

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/43194> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Altena, J.G.H.

Title: Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht

Issue Date: 2016-09-22

*Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht
in het Nederlandse materiële strafrecht*

Het legaliteitsbeginsel en de
doorwerking van Europees recht in het
Nederlandse materiële strafrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 22 september 2016
klokke 16.15 uur

door

Judit Gerrie Hendrike Altena

geboren te Leiden

in 1984

Promotoren: prof. mr. C.P.M. Cleiren
prof. mr. J.H. Crijns

Promotiecommissie: prof. mr. A.H. Klip (Universiteit Maastricht)
prof. mr. A. Prechal (Hof van Justitie van de
Europese Unie, Universiteit Utrecht)
mr. dr. N. Rozemond (Vrije Universiteit
Amsterdam)
prof. mr. J.M. ten Voorde

Dit onderzoek was mogelijk dankzij financiering door het universitaire profileringsgebied *Interaction Between Legal Systems* en dankzij een studieverblijf aan de Universiteit van Bergen, waarvoor het Leids Universiteits Fonds (LUF) een garantiesubsidie heeft verstrekt.

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2016 J.G.H. Altena

ISBN 978 90 13 13885 6

ISBN 978 90 13 13888 7 (E-book)

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Verkorte inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Onderzoeksvragen en doel van het onderzoek	7
1.2	Afbakening en begrippen	10
1.3	Onderzoeksmethoden	15
1.4	Opbouw van het boek	17
2	HET LEGALITEITSBEGINSEL	19
2.1	Inleiding	19
2.2	De historische wortels van het legaliteitsbeginsel	20
2.3	Fundamenten van het legaliteitsbeginsel	38
2.4	De rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit	46
2.5	Toetsingskader	53
2.6	Tot besluit	56
3	DOORWERKING VAN EUROPEES RECHT IN HET MATERIËLE STRAFRECHT	54
3.1	Inleiding	59
3.2	De verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde	60
3.3	De materieelstrafrechtelijke competentie van de Europese Unie	66
3.4	Effecten van het Europees recht in het nationale strafrecht	77
3.5	Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht	84
3.6	Tot besluit	93
4	BRONNEN VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID IN HET EUROPEES STRAFRECHT	95
4.1	Inleiding	95
4.2	De bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid nader beschouwd	97
4.3	Het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht	100
4.4	De herkomst van bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht	108
4.5	Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Nederlandse strafrecht	116
4.6	Deelconclusie	120

5	HET BEPAALDHEIDSGEBOD IN HET EUROPEES STRAFRECHT	125
5.1	Inleiding	125
5.2	Twee vormen van onduidelijkheid van wetgeving	128
5.3	Twee concepties van het bepaaldheidsgebod	138
5.4	Europese regelgeving en het bepaaldheidsgebod	142
5.5	Europese eisen aan omzettingswetgeving	159
5.6	Het bepaaldheidsgebod en de Nederlandse wetgever	168
5.7	Het bepaaldheidsgebod en de Nederlandse strafrechter	181
5.8	Deelconclusie	197
6	GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIEVRIJHEID IN HET EUROPEES STRAFRECHT	203
6.1	Inleiding	203
6.2	Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid nader beschouwd	207
6.3	Twee concepties van de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid	216
6.4	Interpretatie van Europees recht door het Hof van Justitie	222
6.5	Conforme interpretatie en de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid van de nationale rechter	239
6.6	De praktijk van conforme interpretatie in Nederland	261
6.7	Deelconclusie	286
7	HET VERBOD VAN TERUGWERKENDE KRACHT IN HET EUROPEES STRAFRECHT	291
7.1	Inleiding	291
7.2	Het verbod van terugwerkende kracht nader beschouwd	292
7.3	Het verbod van terugwerkende kracht in het Europees recht	295
7.4	Deelconclusie	302
8	HET MILDHEIDSGEBOD IN HET EUROPEES STRAFRECHT	303
8.1	Inleiding	303
8.2	Het mildheidsgebod nader beschouwd	306
8.3	Het mildheidsgebod in het Europees recht	316
8.4	Het mildheidsgebod in het Nederlandse strafrecht	340
8.5	Deelconclusie	362
9	CONCLUSIE	367
9.1	Inleiding	367
9.2	De invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht	368
9.3	Legaliteitsconcepties in het Europees strafrecht	380
9.4	Rechtszekerheid en machtsverdeling in het Europees strafrecht	387
9.5	Aanbevelingen	397
9.6	Tot besluit	402

Verkorte inhoudsopgave

VII

SAMENVATTING	407
SUMMARY	423
LITERATUUR	439
JURISPRUDENTIE	466
CURRICULUM VITAE	475

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Onderzoeksvragen en doel van het onderzoek	7
1.2	Afbakening en begrippen	10
1.3	Onderzoeksmethoden	15
1.4	Opbouw van het boek	17
2	HET LEGALITEITSBEGINSEL	19
2.1	Inleiding	19
2.2	De historische wortels van het legaliteitsbeginsel	20
2.2.1	Van de Oudheid tot de Verlichting	22
2.2.2	De Verlichting: politieke vrijheid door rechtszekerheid en machtscheiding	25
2.2.3	De Verlichting: Rechtspositivisme en wetspositivisme in het werk van Montesquieu en Beccaria	28
2.2.4	De Verlichting: deelnormen van het legaliteitsbeginsel	29
2.2.5	Recente geschiedenis	34
2.3	Fundamenten van het legaliteitsbeginsel	38
2.3.1	Individuele vrijheid en autonomie	40
2.3.2	Rechtszekerheid: het strafrechtelijk fundament	41
2.3.3	Machtsverdeling: het staatsrechtelijk fundament	44
2.4	De rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit	46
2.4.1	De <i>rule book</i> en <i>rights conception of the rule of law</i> van Dworkin	47
2.4.2	De regel- en rechtenconceptie van legaliteit in het materiële strafrecht bij Rozemond en Claes	48
2.4.3	De plaats van de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit in dit onderzoek	52
2.5	Toetsingskader	53
2.6	Tot besluit	56
3	DOORWERKING VAN EUROPEES RECHT IN HET MATERIËLE STRAFRECHT	54
3.1	Inleiding	54
3.2	De verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde	60
3.2.1	De verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde	61
3.2.2	De keuze voor een pluralistisch perspectief toegelicht	64

3.3	De materieelstrafrechtelijke competentie van de Europese Unie	66
3.3.1	Het strafrecht als beleidsterrein van de EU	67
3.3.2	Negatieve integratie: materieel strafrecht als belemmering van het vrij verkeer	69
3.3.3	Positieve integratie: harmonisatie van materieel strafrecht	70
3.3.4	De bevoegdheid tot vaststelling van 'minimumvoorschriften'	72
3.3.5	Harmonisatiebevoegdheden buiten artikel 83 VWEU?	74
3.4	Effecten van het Europees recht in het nationale strafrecht	77
3.4.1	De doorwerking van Europees recht in het strafrecht: spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming	78
3.4.2	Implementatie van Europees recht	80
3.4.3	Gedecentraliseerde handhaving: voorrang, rechtstreekse werking en conforme interpretatie van Europees recht	81
3.5	Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht	84
3.5.1	Grondrechten in het Europees recht	84
3.5.2	Erkenning van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie, codificatie in het Handvest voor de Grondrechten	87
3.5.3	Legaliteit in het punitief bestuursrecht en in het EVRM	89
3.6	Tot besluit	93
4	BRONNEN VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID IN HET EUROPEES STRAFRECHT	95
4.1	Inleiding	95
4.2	De bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid nader beschouwd	97
4.2.1	Openheid of geslotenheid van rechtsordes	97
4.2.2	Componenten van strafbepalingen	99
4.3	Het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht	100
4.3.1	Het rechtsbegrip in het EVRM	100
4.3.2	Het rechtsbegrip in het punitief bestuursrecht	101
4.3.3	Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in artikel 49 lid 1 en 2 van het Handvest	103
4.3.4	Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de omzetting van Europees recht in het strafrecht	105
4.4	De herkomst van bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht	108
4.4.1	Meineed voor het Hof van Justitie en schending van atoomgeheimen: samengestelde strafbepalingen?	108
4.4.2	Richtlijnen als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid?	110
4.4.3	Verordeningen als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid?	111
4.5	Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Nederlandse strafrecht	116

4.5.1	Het rechtsbegrip in artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 16 Grondwet en internationaal recht	117
4.5.2	Rechtstreekse werking van verordeningen in het Nederlandse strafrecht?	119
4.6	Deelconclusie	120
5	HET BEPAALDHEIDSGEBOD IN HET EUROPEES STRAFRECHT	125
5.1	Inleiding	125
5.2	Twee vormen van onduidelijkheid van wetgeving	128
5.2.1	Semantische onduidelijkheid	130
5.2.2	De 'open textuur' van het recht: is semantische onduidelijkheid wel vermijdbaar?	135
5.2.3	Wetssystematische onduidelijkheid	136
5.3	Twee concepties van het bepaaldheidsgebod	138
5.3.1	De rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod	139
5.3.2	De rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod	139
5.3.3	Recapitulerend: het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod	142
5.4	Europese regelgeving en het bepaaldheidsgebod	142
5.4.1	Oorzaken van semantische onduidelijkheid in EU-wetgeving	144
5.4.2	Oorzaken van wetssystematische onduidelijkheid in EU-wetgeving	146
5.4.3	Raad, Commissie en Parlement over binding EU aan het bepaaldheidsgebod	148
5.4.4	Het Hof van Justitie over binding EU aan het bepaaldheidsgebod	150
5.4.5	Zou binding van de Europese wetgever aan het bepaaldheidsgebod wenselijk zijn?	156
5.5	Europese eisen aan omzettingwetgeving	159
5.5.1	Het bepaaldheidsgebod in het EVRM	160
5.5.2	Het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht	163
5.5.3	Bepaaldheid als eis aan de nationale wetgever	165
5.6	Het bepaaldheidsgebod en de Nederlandse wetgever	168
5.6.1	Nederlandse uitgangspunten bij de omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen	169
5.6.2	Omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen	171
5.6.3	Onduidelijkheid en beleidsvrijheid: twee te onderscheiden fenomenen	178
5.6.4	Implementatie van verordeningen	179
5.7	Het bepaaldheidsgebod en de Nederlandse strafrechter	181
5.7.1	De bevoegdheid van de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het bepaaldheidsgebod	182

5.7.2	Hoe toetst de Nederlandse rechter Europese regelgeving en omzettingwetgeving aan het bepaaldheidsgebod?	184
5.7.3	Hoe toetst de Nederlandse rechter een beroep op rechtsdwaling?	192
5.8	Deelconclusie	197
6	GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIEVRIJHEID IN HET EUROPEES STRAFRECHT	203
6.1	Inleiding	203
6.2	Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid nader beschouwd	207
6.2.1	Twee facetten van het interpretatieproces: interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding	209
6.2.2	Analogie versus extensieve interpretatie	212
6.2.3	Grenzen aan het proces en product van interpretatie, en aan de toepassing in het concrete geval	214
6.3	Twee concepties van de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid	216
6.3.1	De rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid	217
6.3.2	De rechtenconceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid	219
6.3.3	Recapitulerend: het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid	221
6.4	Interpretatie van Europees recht door het Hof van Justitie	222
6.4.1	De interpretatie van primair en secundair Europees recht door het Hof van Justitie	223
6.4.2	De rol van verschillende taalversies bij de interpretatie van Europees recht	226
6.4.3	Het EHRM en de grenzen aan de interpretatievrijheid van de nationale rechter	229
6.4.4	Acht het Hof van Justitie het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van toepassing op zijn eigen interpretatievrijheid?	233
6.5	Conforme interpretatie en de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid van de nationale rechter	239
6.5.1	Algemene kenmerken van de verplichting tot conforme interpretatie	240
6.5.2	De betekenis van de nationale wetsgeschiedenis bij conforme interpretatie	246
6.5.3	Wanneer is conforme interpretatie niet verplicht of zelfs niet toegestaan?	248
6.5.4	Het legaliteitsbeginsel als begrenzing van de conforme-interpretatieplicht	254
6.5.5	Conforme interpretatie en het proces van interpreteren	256
6.6	De praktijk van conforme interpretatie in Nederland	261

6.6.1	Leerstellige arresten van de Hoge Raad over conforme interpretatie in het privaats- en belastingrecht	262
6.6.2	De Hoge Raad en conforme interpretatie in het materiële strafrecht, met bijzondere aandacht voor witwassen	266
6.6.3	De feitenrechter en conforme interpretatie	276
6.6.4	Interpretatie conform richtlijnen die minimumharmonisatie beogen	279
6.6.5	Conforme interpretatie en de constitutionele positie van de Nederlandse strafrechter	284
6.7	Deelconclusie	286
7	HET VERBOD VAN TERUGWERKENDE KRACHT IN HET EUROPEES STRAFRECHT	291
7.1	Inleiding	291
7.2	Het verbod van terugwerkende kracht nader beschouwd	292
7.2.1	Wat is regel en wat is uitzondering in het strafrechtelijk overgangsrecht?	292
7.2.2	De toepassing van het verbod van terugwerkende kracht	294
7.3	Het verbod van terugwerkende kracht in het Europees recht	295
7.3.1	Terugwerkende kracht van Europese regelgeving	295
7.3.2	Terugwerkende kracht van omzettingwetgeving	298
7.3.3	Terugwerkende kracht in het EVRM	300
7.4	Deelconclusie	302
8	HET MILDHEIDSGEBOD IN HET EUROPEES STRAFRECHT	303
8.1	Inleiding	303
8.2	Het mildheidsgebod nader beschouwd	306
8.2.1	Reikwijdte	308
8.2.2	Ratio	309
8.2.3	Status	312
8.2.4	Toetsingskader	314
8.3	Het mildheidsgebod in het Europees recht	316
8.3.1	Terugwerkende kracht van Europees recht in het nationale strafrecht	316
8.3.2	Analyse van de huidige stand van zaken	327
8.3.3	Zijn beperkingen toegestaan?	331
8.3.4	Toepassing van het mildheidsgebod op Europees recht	332
8.3.5	De erkenning van het mildheidsgebod in het EVRM	334
8.4	Het mildheidsgebod in het Nederlandse strafrecht	339
8.4.1	Reikwijdte, ratio en status van het mildheidsgebod tot aan 2011	340
8.4.2	Reikwijdte, ratio en status van het mildheidsgebod sinds 2011	343
8.4.3	Terugwerkende kracht van Europees recht in het Nederlandse strafrecht	345
8.4.4	Het rechtsbegrip in artikel 1 lid 2 Sr	349

8.4.5	Terugwerkende kracht van omzettingwetgeving in het Nederlandse strafrecht	351
8.4.6	Enkele handvatten voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr in het Europees strafrecht	358
8.5	Deelconclusie	362
9	CONCLUSIE	367
9.1	Inleiding	367
9.2	De invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht	368
9.2.1	Binding van de Europese wetgever en het Hof van Justitie aan het Europese legaliteitsbeginsel	368
9.2.2	Verplichtingen voor de Nederlandse actoren op grond van het legaliteitsbeginsel, en de relatie van die verplichtingen tot de doorwerking van het Europees recht in het materiële strafrecht	372
9.2.3	Invulling van het legaliteitsbeginsel door de Nederlandse actoren en doorwerking van het Europees recht in het Nederlandse strafrecht	376
9.3	Legaliteitsconcepties in het Europees strafrecht	380
9.3.1	Rechtszekerheid als fundament van het legaliteitsbeginsel	380
9.3.2	Effectiviteit versus legaliteit in het Europees strafrecht	383
9.3.3	Verschillende legaliteitsconcepties in het Europees strafrecht in verschillende contexten	385
9.4	Rechtszekerheid en machtsverdeling in het Europees strafrecht	387
9.4.1	De belangrijkste vormen van rechtsonzekerheid in het Europees strafrecht	387
9.4.2	Het probleem van inconsistenties: onduidelijke conflictnormen	390
9.4.3	Rechtsbescherming tegen rechtsonzekerheid	391
9.4.4	Hoe een probleem van de lidstaten het probleem van de burger kan worden	392
9.4.5	De positie van de Nederlandse strafrechter ten opzichte van de Europese en de nationale wetgever	395
9.5	Aanbevelingen	395
9.6	Tot besluit	397
		402
	SAMENVATTING	407
	SUMMARY	423
	LITERATUUR	439
	JURISPRUDENTIE	466
	CURRICULUM VITAE	475

Afkorting

AAe	Ars Aequi
A-G	Advocaat-generaal
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
Avas	Afwezigheid van alle schuld
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
COM	Commissiedocument
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVOA	Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hv	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JBZ	Justitie en Binnenlandse Zaken
Gw	Grondwet
MvT	Memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OM	Openbaar Ministerie
OVAR	Ontslag van alle rechtsvervolging
Rb	Rechtbank
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
VEG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
W	Rechtspraak van de Week
Wm	Wet milieubeheer
Wte	Wet toezicht effectenverkeer
Wft	Wet op het financieel toezicht

Artikel 49 Handvest voor de Grondrechten voor de Europese Unie

Legaliteitsbeginsel en evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen

1. Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde van het handelen of nalaten. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien de wet na het begaan van het strafbare feit in een lichtere straf voorziet, is die van toepassing.
2. Dit artikel staat niet de berechting en bestraffing in de weg van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten dat ten tijde van het handelen of nalaten een misdrijf was volgens de door de volkerengemeenschap erkende algemene beginselen.
3. De zwaarte van de straf mag niet onevenredig zijn aan het strafbare feit.

Artikel 16 Grondwet

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

Artikel 1 Wetboek van Strafrecht

1. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.
2. Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.

1 | Inleiding

Met het recht tot straffen heeft de overheid een uiterst ingrijpend machtsmiddel tot haar beschikking. De overheid kan haar burgers doelbewust leed toevoegen door hen de uitoefening van bepaalde rechten te ontfzeggen, waaronder in het uiterste geval zelfs het recht op vrijheid. In een rechtsstaat wordt dat recht tot straffen, gezien de onvrijwilligheid en machtsongelijkheid die de uitoefening daarvan kenmerkt, slechts verleend onder de voorwaarde dat de overheid bij haar taakuitoefening gebonden is aan het recht. Uit de aard van het recht vloeien beperkingen voort aan de wijze waarop het kan worden ingezet. Het strafrecht moet algemeen en kenbaar zijn, het mag geen terugwerkende kracht hebben, niet onbegrijpelijk, intern tegenstrijdig, of niet naleefbaar zijn en niet voortdurend veranderen of in de praktijk anders worden toegepast dan men op basis van het geschreven recht zou verwachten.¹ Dat zijn eisen die het legaliteitsbeginsel stelt aan de totstandkoming en toepassing van strafrecht, met andere woorden aan de wijze waarop de staat het recht tot straffen, ook wel het *ius puniendi* genoemd, uitoefent. Wil daadwerkelijk sprake zijn van een *rechtsorde* en een *rechtsstaat*, dan moet het legaliteitsbeginsel worden gerespecteerd.

Het legaliteitsbeginsel vloeit voort uit het streven naar vrijheid en autonomie van burgers, en draagt daar op diverse manieren aan bij. Doordat de overheid bij de uitoefening van het recht tot straffen is gebonden aan het recht, dat kenbaar is voor burgers, zijn burgers in de gelegenheid hun gedragingen af te stemmen op het strafrecht. Zolang zij zich onthouden van gedragingen die strafbaar zijn gesteld, zijn zij ervan verzekerd dat aan hen geen strafrechtelijke sanctie zal worden opgelegd. Ook rechters en andere autoriteiten die het strafrecht toepassen moeten hun handelen afstemmen op het recht zodat willekeur wordt voorkomen. Rechtszekerheid, waaronder verstaan voorzienbaarheid van aansprakelijkstelling voor burgers en het ontbreken van willekeur, vormt het strafrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel. Ten tweede moet begrenzing van de bevoegdheden van de wetgever en rechter voorkomen dat macht wordt verabsoluteerd. De macht van de wetgever, het bestuur en de rechter moet niet alleen in absolute zin worden begrensd, maar ook ten opzichte van elkaar: gedeelde macht is begrensde macht. Die machtsverdeling

1 Fuller 1969.

vormt het staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel.² Er kan nog op meer grondslagen worden gewezen. Het bestaan van een kenbare waarschuwing voorafgaand aan het begaan van de gedraging maakt het mogelijk de burger een verwijt te maken van zijn overtreding, zoals het schuldbeginnsel vereist.³ Heldere strafbepalingen worden daarnaast verondersteld bij te dragen aan de afschrikkende potentie van het strafrecht.⁴ Het legaliteitsbeginsel vormt aldus een normatief perspectief voor het handelen van overheidsinstanties.

Het legaliteitsbeginsel ligt in het Nederlandse recht besloten in artikel 16 van de Grondwet en in artikel 1 Wetboek van Strafrecht. Daarnaast is artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van betekenis voor het Nederlandse recht, alsmede artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). Het legaliteitsbeginsel vindt voor het Nederlandse recht uitdrukking in vijf concrete deelnormen, een verzameling ge- en verboden gericht aan de wetgever, het Openbaar Ministerie en de rechter: 1) *de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid*: strafrechtelijke aansprakelijkheid mag uitsluitend gevestigd worden op grond van een wettelijke strafbepaling; 2) *het bepaaldheidsgebod*: wettelijke strafbepalingen moeten helder afgebakend en begrijpelijk zijn; 3) *de grenzen aan de rechterlijke interpretatie- en toepassingsvrijheid*: de rechter is bij de kwalificatie van gedragingen gebonden aan de wet, die hij niet mag uitbreiden onder het mom van interpretatie; 4) *het verbod van terugwerkende kracht*: het opleggen van een straf is alleen toegestaan indien de gedraging ten tijde van het begaan al strafbaar was. Dat verbod heeft alleen betrekking op regels die strafbaarheid vestigen of verzwaren. In lid 2 van artikel 1 Sr ligt een vijfde norm besloten, die nauw verband houdt met het legaliteitsbeginsel; 5) *het mildheidsgebod*: indien de wet wordt gewijzigd na het begaan van het feit, dan schrijft het mildheidsgebod voor dat de voor de verdachte gunstigste bepaling wordt toegepast. Dit kan tot gevolg hebben dat een wetswijziging met terugwerkende kracht wordt toegepast.⁵ Het mildheidsgebod is geen deelnorm van het legaliteitsbeginsel, maar vormt samen met het verbod van terugwerkende kracht het algemeen overgangsrecht in het Nederlandse strafrecht. Waar in dit boek wordt gesproken over de deelnormen

2 Machtsverdeling wordt in dit boek echter steeds uitsluitend betrokken op de context van het materiële strafrecht. Het onderscheid in een strafrechtelijk en staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel is afkomstig uit Schünemann 1978, hoewel het daarin op iets andere wijze wordt toegepast (zie uitgebreider over de fundamenteën van het legaliteitsbeginsel paragraaf 2.3).

3 Groenhuijsen 1987, p. 26.

4 Bijv. Schünemann 1978, p. 11-14; Groenhuijsen 1987, p. 28-29.

5 De deelnormen worden ook wel aangeduid in Latijnse termen: het *lex scripta*-gebod (het verbod op gewoonterecht, hier aangeduid als de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid), het *lex certa*-gebod (het bepaaldheidsgebod), het *lex stricta*-gebod (de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid) en het *lex mitior*-gebod (het mildheidsgebod). De Nederlandse aanduidingen die ik hier hanteer hebben niet noodzakelijk de structuur van een gebod of norm, maar hebben wel dat karakter.

van het legaliteitsbeginsel wordt daarmee korthedshalve niettemin, tenzij anders aangegeven, mede bedoeld op het mildheidsgebod.

Het legaliteitsbeginsel is geworteld in de periode rondom de Franse Revolutie. Het is ontwikkeld en doordacht voor de context van de soevereine natiestaat en de rechtsverhouding daarbinnen tussen burger, wetgever, uitvoerende macht en rechter. Die context is ingrijpend veranderd door de oprichting van eerst de Europese Gemeenschappen en later de Europese Unie. De Europese Unie is een bijzonder samenwerkingsverband tussen op dit moment 28 lidstaten, bijzonder omdat de samenwerking anders dan in het klassieke internationaal recht niet louter intergouvernementeel is, maar verloopt via daartoe in het leven geroepen (min of meer) supranationale instellingen. Het recht van de Europese Unie oefent in toenemende mate rechtstreeks en middellijk invloed uit op het uitvaardigen en toepassen van strafbepalingen door de lidstaten. Deze toenemende invloed heeft de lange tijd dominante opvatting dat het strafrecht per definitie nationaal is, omdat het onlosmakelijk verbonden zou zijn met de soevereiniteit en identiteit van de staat, gelogenstraft.⁶ Inmiddels wordt de invloed van het Europees recht op het strafrecht in toenemende mate bestudeerd, en is de term *Europees strafrecht* gemeengoed geworden. Het Europees strafrecht is een *meerlagig* rechtsgebied, bestaande uit meerdere elkaar overlappende en beïnvloedende autonome rechtsordes. De overgang van een gesloten nationale strafrechtsorde naar een meerlagig strafrecht noopt tot hernieuwde doordenking van de rol van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht voor de wetgever en de rechter (de uitvoerende macht blijft in dit onderzoek buiten beschouwing).

De context van het Europees strafrecht is ten eerste relevant voor *strafwetgeving*. De uitvaardiging van wetgeving op Europees niveau heeft consequenties voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht. Een belangrijke bepaling in dit verband is artikel 83 VWEU, dat de rechtsgrondslag vormt voor richtlijnen die minimumvoorschriften bevatten inzake de bepaling van strafbare feiten en de maximumstraffen die ten minste moeten worden gesteld op deze feiten. De nationale wetgever zal een strafbaarstelling moeten introduceren die voldoet aan de minimumeisen voortvloeiend uit de richtlijn. Op Europees niveau worden ook verordeningen uitgevaardigd, die rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten en niet mogen worden omgezet in nationale bepalingen.⁷ In sommige gevallen worden deze verordeningen

6 Vervaele 2006; Buruma 1990; Corstens 2004; Barents 2006. Eenzelfde houding ten aanzien van Europese invloeden op het strafrecht was waarneembaar in Duitsland, Satzger 2012a, p. 61.

7 Art. 288 VWEU; HvJ EG 10 oktober 1973, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Variola*), r.o. 10-11.

(al dan niet vrijwillig⁸) strafrechtelijk gehandhaafd. Dit geschiedt middels gelede normstelling: een nationale bepaling verwijst naar de verordening en bestempelt overtreding van delen daarvan tot strafbaar feit, en bepaalt de maximumstraf.⁹ Dit zijn beide voorbeelden van positieve integratie, waarbij het Europees recht verplicht tot strafbaarstelling. Het Europees recht beïnvloedt het strafrecht van de lidstaten tevens middels negatieve integratie, waarbij het juist niet toegestaan is om gedragingen strafbaar te stellen. Strafbare handelingen die bijvoorbeeld de werking van de interne markt belemmeren, moeten worden afgeschaft. In al deze gevallen is het niet langer, in ieder geval niet langer *exclusief* de nationale wetgever die bepaalt welke gedragingen kunnen leiden tot het opleggen van een strafrechtelijke sanctie.

De context van het Europees strafrecht is ten tweede relevant voor *strafrecht-spraak*. Het Europees recht is voor zijn werking in het strafrecht in hoge mate afhankelijk van nationale wetgeving. Indien lidstaten niet voldoen aan de plicht hun nationale recht in overeenstemming te brengen met het Europees recht, kan de Commissie tegen hen een inbreukprocedure starten om alsnog naleving van het Europees recht af te dwingen. Vanaf de jaren 60 heeft het Hof van Justitie daarnaast een verzameling regels ontwikkeld voor ‘gedecentraliseerde handhaving’ van Europees recht: handhaving door de nationale rechter. De nationale rechter heeft een belangrijke taak om zorg te dragen voor de handhaving van het Europees recht, ook of juist wanneer de wetgever niet, niet tijdig of niet adequaat het nationaal recht heeft aangepast. Voor het ontwikkelen van deze regels is van cruciaal belang geweest dat het Hof van Justitie het Europees recht ziet als een autonome rechtsorde, die uit eigen kracht doorwerkt in de rechtsordes van de lidstaten en voorrang heeft op het nationale recht.¹⁰ Het Hof van Justitie kon daarom beslissen dat richtlijnen, ook al moeten zij in beginsel worden omgezet door de lidstaten, onder omstandigheden toch rechtstreekse werking hebben, ergo: inroepbaar zijn voor de nationale rechter.¹¹ Daarnaast heeft de nationale rechter de plicht om nationaal recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van het Europees recht.¹² Nationaal recht dat in strijd is met Europees recht, moet

8 Verordeningen schrijven zelf geen strafrechtelijke handhaving voor. Wel bepaalt Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht in artikel 3 sub c dat het overbrengen van afvalstoffen (in niet verwaarloosbare hoeveelheden) zoals bedoeld in artikel 2, punt 35 van Verordening (EG) 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen strafbaar moet worden gesteld door de lidstaten. Indirect is daarmee strafrechtelijke handhaving van (delen van) de EVOA verplicht. Ten tweede kan strafrechtelijke handhaving verplicht zijn op grond van het assimilatiebeginsel, zie paragraaf 3.3.3.

9 Zie art. 1 WED, waarin overtreding van voorschriften gesteld bij of krachtens verschillende verordeningen wordt aangemerkt als economisch delict.

10 HvJ EG 15 juni 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

11 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

12 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*).

vanwege de voorrang van het Europees recht buiten toepassing blijven.¹³ In al deze gevallen baseert de strafrechter zijn oordeel niet langer exclusief op het Nederlandse recht en is hij voor de uitleg van Nederlandse strafbepalingen deels aangewezen op bronnen uit het Europees recht.

Hoewel zoals gezegd het legaliteitsbeginsel zijn oorsprong vindt in de soevereine natiestaat, heeft het zijn weg gevonden naar het recht van de Europese Unie. Het legaliteitsbeginsel is een algemeen beginsel van Unierecht, dat is erkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en inmiddels is gecodificeerd in artikel 49 lid 1 Handvest. In die hoedanigheid moet het worden gerespecteerd door Europese instellingen (voor zover relevant), alsmede door de nationale wetgever en rechter wanneer zij uitvoering geven aan Europees recht. Voor de Nederlandse actoren zijn tegelijkertijd het Nederlands legaliteitsbeginsel, vervat in artikel 1 Sr en artikel 16 Gw, en artikel 7 EVRM leidend bij hun handelen. De precieze betekenis van het Europees legaliteitsbeginsel, en van het Nederlands legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht, en de implicaties daarvan voor het handelen van de verschillende actoren, is tot op heden niet volledig duidelijk, en ook nog niet volledig uitgekristalliseerd.

De doorwerking (waaronder mede verstaan de plicht tot omzetting) van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht roept vragen op over de werking en toepassing van de deelnormen van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, en in het verlengde daarvan over de mate waarin en de wijze waarop rechtszekerheid en machtsverdeling worden verwezenlijkt in het Europees strafrecht. Ik geef daarvan per deelnorm één of meer voorbeelden. Ten aanzien van de *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid* is de vraag op welk niveau strafbepalingen mogen worden uitgevaardigd – alleen op nationaal, of ook op Europees niveau – en of lidstaten aan hun plicht tot het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen voldoen zonder hun strafwet aan te passen, bijvoorbeeld langs de weg van rechterlijke uitspraken. Ten aanzien van het *bepaaldheidsgebod* kan worden geconstateerd dat reeds enkele decennia zorgen bestaan over de kwaliteit van Europese wetgeving, en het vermoeden bestaat dat gebrekkige Europese regelgeving leidt tot onduidelijke nationale strafbaarstellingen.¹⁴ Dit roept de vraag op of Europese richtlijnen en/of verordeningen die invloed hebben op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid volgens de Europese wetgever of rechter aan het bepaaldheidsgebod moeten voldoen, en als dat niet zo is, of dat wellicht wenselijk zou zijn. Ten derde kan de vraag worden gesteld of de plicht tot conforme interpretatie de nationale rechter dwingt tot het overschrijden van de *grenzen aan de interpretatievrijheid* die hij naar nationaal recht heeft te respecteren. Doorwerking van Europees recht roept voorts de vraag op of richtlijnen en verordeningen gebonden zijn aan het *verbod van terugwerkende kracht*, en of het Europees recht

13 HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*); Barents 2009, p. 45.

14 Zie hierover paragraaf 5.4.

lidstaten kan verplichten gedragingen met terugwerkende kracht strafbaar te stellen. Tot slot leidt de doorwerking van Europees recht in het strafrecht tot vragen over de toepassing van het *mildheidsgebod*. Aangezien het Europees recht er ook toe kan leiden dat de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid *kleiner* wordt, is de vraag of wijzigingen in het Europees recht ook met terugwerkende kracht de strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen uitsluiten. Daarnaast is de vraag naar terugwerkende kracht vanuit Nederlands perspectief bijzonder interessant, omdat het Nederlands mildheidsgebod van artikel 1 lid 2 Sr aldus wordt uitgelegd dat het alleen wordt toegepast indien de wetswijziging is ingegeven door een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van de gedraging. Moet de rechter zich in het Europees strafrecht bij de uitleg en toepassing van nationale strafbepalingen oriënteren op de Europese wetgever, op de Nederlandse wetgever, of wellicht op allebei?

Doorwerking van het Europees recht heeft niet alleen gevolgen voor de toepassing van de deelnormen, maar mogelijk ook voor het verwezenlijken van het strafrechtelijk en staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel. Hoe beïnvloedt het Europees recht de rechtszekerheid en de staatkundige machtsverdeling tussen de verschillende actoren? Vormen onduidelijke Europese richtlijnen een bedreiging voor de rechtszekerheid, en op welke wijze? Is de uitkomst van richtlijnconforme interpretatie voor de verdachte altijd voorzienbaar? In hoeverre is de complexiteit van het Europees strafrecht problematisch in het licht van rechtszekerheid? De wijze waarop het Europees legaliteitsbeginsel vorm krijgt, kan ook de verhouding tussen de nationale wetgever en rechter beïnvloeden. Dat geldt zeker nu de nationale rechter een belangrijke taak is toebedeeld in de verwezenlijking van Europees recht, ook of juist wanneer de nationale wetgever niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan. De rechter moet met het Europees recht strijdige nationale bepalingen soms buiten toepassing laten of conform het Europees recht interpreteren, en het is goed voorstelbaar dat dit leidt tot een andere invulling van zijn rechtsvormende taak dan in het nationale recht. Een belangrijk punt is bovendien dat macht in het Europees strafrecht niet alleen horizontaal verdeeld is, maar ook verticaal, tussen de Europese Unie en de lidstaten. Wetgeving geschiedt op Europees niveau doorgaans in samenwerking tussen Commissie, Parlement en Raad, maar moet altijd worden omgezet of uitgevoerd in nationale strafwetgeving. Het Hof van Justitie speelt een belangrijke rol in de interpretatie van het Europees recht, maar de Nederlandse strafrechter spreekt uiteindelijk een strafrechtelijke veroordeling uit. Hoe zijn bevoegdheden en verantwoordelijkheden precies verdeeld tussen deze twee niveaus? Wie is bevoegd de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen, en wie is verantwoordelijk voor het daarbij adequaat beschermen van de rechten van burgers? Deze vragen illustreren dat zowel het strafrechtelijk fundament van rechtszekerheid als het staatsrechtelijk fundament van machtsverdeling wordt geraakt door de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht.

Het antwoord op de hierboven gestelde vragen komt stapsgewijs tot stand in het handelen van bij het Europees strafrecht betrokken actoren: in dit onderzoek worden daaronder begrepen de Europese wetgever (Commissie, Parlement en Raad), de Europese rechter (het Hof van Justitie), de Nederlandse wetgever en de Nederlandse strafrechter. Het speelveld van het Europees strafrecht waarin zij moeten opereren is complex, politiek gekleurd en mensenrechtelijk precair. De verticale of asymmetrische aard van het strafrecht en de vergaande wijze waarop de overheid eenzijdig ingrijpt in het leven van burgers maken dat het strafrecht als rechtsgebied in een nauwe relatie staat tot de eigen (rechts)cultuur van de lidstaten. Dit verklaart in ieder geval ten dele hun doorgaans gereserveerde houding jegens supranationale invloeden op dit terrein. Tegelijkertijd klinkt een luide roep om effectieve bescherming tegen criminaliteit, en die bescherming kan met de open grenzen in Europa niet worden bereikt zonder dat de lidstaten met elkaar samenwerken. Zij doen dat op het terrein van het strafprocesrecht, maar ook op het terrein van het materiële recht, door delictomschrijvingen te harmoniseren.¹⁵ Bovendien is het tot stand brengen van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en een interne markt van groot belang voor de lidstaten, een belang dat lidstaten niet in gevaar willen brengen door het strafrecht uit te zonderen van Europese invloeden. De Europese en nationale actoren staan dus voor de niet geringe uitdaging invulling te geven aan het legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht. De wijze waarop zij dat doen is bepalend voor de mate waarin individuele vrijheid en autonomie, middels rechtszekerheid en machtsverdeling, worden gerealiseerd voor de burgers in Europa.

1.1 ONDERZOEKSVRAGEN EN DOEL VAN HET ONDERZOEK

Het voorgaande illustreert dat de doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde noopt tot doordenking van de rol van het legaliteitsbeginsel in een meerlagig rechtsgebied als het Europees strafrecht. Het centrale thema van dit onderzoek is de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht, met bijzondere aandacht voor de wijze waarop het legaliteitsbeginsel de doorwerking van Europees recht begrenst en stuurt en de implicaties die de invulling van het legaliteitsbeginsel heeft voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling. Dit centrale thema wordt bestudeerd aan de hand van twee onderzoeksvragen, waarvan de eerste is onderverdeeld in drie deelvragen:

¹⁵ Zie over redenen om tot harmonisatie van materieel strafrecht over te gaan Spencer 2002.

- 1 *Op welke wijze geven Europese en Nederlandse actoren invulling aan het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht?*
 - a. Achten de Europese wetgever en het Hof van Justitie zich gebonden aan het Europese legaliteitsbeginsel en zo ja, op welke wijze geven zij daaraan invulling?
 - b. Welke verplichtingen vloeien voort uit het Europese legaliteitsbeginsel voor de Nederlandse wetgever en rechter, en hoe begrenst en stuurt het Europese legaliteitsbeginsel de doorwerking van het Europees recht in het strafrecht?
 - c. Op welke wijze geven Nederlandse actoren vorm aan het Europese en Nederlandse legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht?
- 2 *Welke implicaties heeft de huidige invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling?*

De vragen staan in een hiërarchische verhouding tot elkaar. Het uiteindelijke doel van het onderzoek is inzicht te bieden in de wijze waarop rechtszekerheid en machtsverdeling kunnen worden gewaarborgd in het Europees strafrecht. Daar is de tweede onderzoeksvraag op gericht. Om die te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk inzicht te verkrijgen in de werking van het meerlagige Europees strafrecht en de rol van het legaliteitsbeginsel daarbinnen. Daarop is de eerste onderzoeksvraag, en het grootste deel van het onderzoek, gericht.

De eerste vraag is gericht op het analyseren van de wijze waarop het legaliteitsbeginsel wordt uitgelegd en toegepast door Europese en nationale actoren. Hoewel het niet de bedoeling is een directe confrontatie te schetsen tussen het 'Europese' legaliteitsbeginsel en het Nederlandse legaliteitsbeginsel of die aan een uitvoerige vergelijking te onderwerpen, is het wel noodzakelijk de invulling van het legaliteitsbeginsel vanuit verschillende perspectieven te bestuderen. Met name de vraag naar de implicaties van de vormgeving van het legaliteitsbeginsel voor het verwezenlijken van de fundamenteen daarvan, maakt het noodzakelijk af te dalen naar het niveau van de lidstaat, en zelfs de individuele strafzaak.

Onderzoeksvraag 1a richt zich op de Europese wetgever en rechter, en betreft de vraag of zij zich op dit moment gebonden achten aan de verschillende deelnormen van het legaliteitsbeginsel. Wanneer het legaliteitsbeginsel op Europees niveau wordt toegepast, zoals in ieder geval in het punitief bestuursrecht, wordt gekeken naar de wijze waarop dat beginsel wordt geïnterpreteerd.

Onderzoeksvraag 1b gaat over de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 49 lid 1 Hv voor de *Nederlandse* actoren – in tegenstelling tot vraag 1a, die betrekking heeft op de Europese actoren. Per deelnorm wordt onderzocht welke verplichtingen voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel voor de lidstaten wanneer zij Europees recht ten uitvoer brengen in het nationale recht. Daarbij gaat het zowel om omzetting en uitvoering, als om voorrang, rechtstreekse werking en conforme interpretatie. Het legaliteitsbeginsel fungeert in die

context als begrenzing van de doorwerkingsmogelijkheden van het Europees recht. Vanwege het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel kunnen voorrang, rechtstreekse werking of conforme interpretatie niet altijd toepassing vinden in het materiële strafrecht. Het antwoord op deze deelvraag geeft inzicht in de invloed die het Europees recht uitoefent op de verhouding tussen burgers en hun lidstaat. Onderzoeksvraag 1a en 1b vertrekken beide vanuit het Europees recht en gaan over de invulling die het legaliteitsbeginsel krijgt van de Europese actoren. Deze invulling is voor de gehele Europese Unie hetzelfde. Het antwoord op deze eerste twee vragen maakt het mogelijk een beeld te schetsen van het Europees legaliteitsbeginsel.

Voor het beantwoorden van onderzoeksvraag 1c is het perspectief niet het Europees recht, maar dat van de Nederlandse actoren. Zij zijn bij de implementatie van Europees recht in het strafrecht zowel gebonden aan artikel 49 lid 1 Hv, als aan artikel 1 Sr (en aan artikel 7 EVRM). In het kader van deze onderzoeksvraag zal met name worden onderzocht hoe de Nederlandse actoren omgaan met hun verplichtingen in het kader van de doorwerking van het Europees recht, en welke rol het legaliteitsbeginsel daarbij speelt. Ten tweede wordt per deelnorm bekeken of de meerlagigheid van het Europees recht vragen opwerpt voor de werking van artikel 1 Sr. Dat is eigenlijk alleen het geval voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr, aangezien het Europese mildheidsgebod minder wetwijzigingen bestrijkt dan het Nederlandse. Dit betekent dat er gevallen zijn waarin uitsluitend artikel 1 lid 2 Sr kan worden toegepast, en artikel 49 Hv geen rol speelt. Dit deel van het onderzoek is georiënteerd op het Nederlandse recht.

De tweede onderzoeksvraag bekijkt vervolgens welk beeld uit het antwoord op de eerste drie deelvragen opdoemt over de wijze waarop en de mate waarin rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling worden gerealiseerd in het Europees strafrecht.

Met de bestudering van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht vanuit en met het oog op de fundamenteën en deelnormen daarvan, zijn zowel theoretische als maatschappelijke belangen gediend. Door het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht met elkaar in verband te brengen, wordt beoogd inzicht te krijgen in de gevolgen van meerlagigheid voor het verwezenlijken van het legaliteitsbeginsel als dragend beginsel van strafrecht. Daarmee wordt tevens beoogd bij te dragen aan de bestudering van de interactie tussen rechtssystemen. Inzicht in de wijze waarop rechtsordes elkaar beïnvloeden is van groot belang voor de rechtspraktijk en de rechtswetenschap, nu rechtsordes steeds meer met elkaar vervlochten raken.¹⁶ Daarnaast wordt beoogd de Nederlandse rechtspraktijk te dienen, door inzicht te verschaffen in de verplichtingen die het Europees recht de Nederlandse wetgever en rechter oplegt, en de mogelijkheden die zij daarbij hebben het legaliteitsbeginsel te

16 Adams & Witteveen 2011; Van Gerven & Lierman 2010.

waarborgen. In het bijzonder, en daarin ligt ook de maatschappelijke relevantie van het onderzoek, wordt bekeken welke mogelijkheden de nationale actoren hebben om binnen de grenzen van hun Europeesrechtelijke verplichtingen het legaliteitsbeginsel zo goed mogelijk te handhaven.

1.2 AFBAKENING EN BEGRIPPEN

De term *Europees strafrecht* verwijst in dit boek naar het meerlagige rechtsgebied dat wordt gekenmerkt door de beïnvloeding van nationaal strafrecht door Europees recht.¹⁷ Het omvat het recht van de Europese Unie voor zover dat het nationale strafrecht beïnvloedt, en het nationale strafrecht voor zover dat valt onder de reikwijdte van het Europees recht. Het Europees strafrecht bestaat derhalve uit twee autonome rechtsordes die gedeeltelijk hetzelfde materiële terrein bestrijken. Het Europees strafrecht is een meerlagig rechtsgebied dat bestaat uit gedeeltes van meerdere rechtsordes. Het Europees strafrecht kan zelf geen rechtsorde en ook geen systeem worden genoemd, hooguit kan het algemenere 'rechtsgebied' worden gebruikt.¹⁸ De term *Europees strafrecht* is een 'werktitel',¹⁹ en dient vooral de analytische afbakening van dit boek, en in bredere zin, een onderzoeksterrein. Onder *Europees recht* wordt hier alleen het recht van de Europese Unie en de voorgangers daarvan verstaan, en niet het recht dat wordt gevormd in het kader van de Raad van Europa of andere internationale of Europese verdragen.

De afbakening van het *strafrecht* is niet statisch en niet beperkt tot de expliciete competentie tot strafrechtelijke harmonisatie van de EU. Het strafrecht wordt in de eerste plaats beïnvloed door richtlijnen die tot stand komen op grond van artikel 83 VWEU, maar ook andere richtlijnen oefenen invloed uit op het strafrecht. Daarnaast worden verordeningen soms strafrechtelijk gehandhaafd. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen, die op grond van een richtlijn in alle lidstaten strafrechtelijk moet worden gehandhaafd,²⁰ maar ook andere verordeningen spelen een rol in het strafrecht, met name in het bijzonder strafrecht.²¹ Of richtlijnen en verordeningen strafrechtelijk worden gehandhaafd, verschilt soms per

17 Deze definitie sluit aan bij de definitie van Europees strafrecht gegeven door Klip: 'the multilevel field of law in which the European Union has normative influence on either substantive criminal law / criminal procedure, or on the co-operation between the Member States', Klip 2016, p. 2.

18 Het begrip 'rechtsorde' impliceert eenheid (zie Barents 2009, p. 46), wat inconsistent is met het hier gehanteerde pluralistische uitgangspunt dat de Europese en nationale rechtsordes beide autonome rechtsordes zijn. Ook het begrip 'meerlagig' moet dus niet worden opgevat als een indicatie dat sprake zou zijn van één geïntegreerde rechtsorde.

19 Albrecht & Braum 1999, p. 297.

20 Op grond van artikel 3 sub c Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

21 Vervaele 2011, p. 28-32.

lidstaat en daarmee verschilt ook de afbakening van Europees strafrecht per lidstaat. Ook wanneer een nationale strafbepaling niet geharmoniseerd is, maar de toepassing daarvan strijdt met het Europees recht, spreek ik van Europees strafrecht.

Mededingingsrecht en andere vormen van punitief bestuursrecht worden in dit boek niet beschouwd als onderdeel van het Europees strafrecht.²² Het Gerecht kwalificeert het mededingingsrecht als administratief recht en stelt dat strafrechtelijke beginselen, waaronder het legaliteitsbeginsel, weliswaar voor het mededingingsrecht van betekenis zijn,²³ maar die betekenis is niet noodzakelijk dezelfde als in het strafrecht.²⁴ Het mededingingsrecht valt om die reden buiten de definitie van Europees strafrecht. Dat wil niet zeggen dat de uitleg van het legaliteitsbeginsel door het Hof en het Gerecht in mededingingsrechtelijke context van geen enkele betekenis is. Het wil voornamelijk zeggen dat ik, nu de visie van het Hof op het legaliteitsbeginsel een belangrijk thema voor dit onderzoek is, in navolging van het Hof de uitleg daarvan in het mededingingsrecht onderscheid van de uitleg daarvan in het strafrecht. Het mededingingsrecht speelt met name een rol in het onderzoek voor zover daaraan een vermoeden kan worden ontleend in relatie tot de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht. Op diezelfde wijze speelt de jurisprudentie van het EHRM over artikel 7 EVRM een rol in het onderzoek. Waar de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel hiaten vertoont, zal worden getracht op basis van de uitleg van het legaliteitsbeginsel in het punitief bestuursrecht en/of in het EVRM een inschatting te geven over de mogelijke invulling daarvan in het Europees strafrecht.

Het woord *doorwerking* in de titel van dit boek moet in ruime zin worden begrepen. Het omvat niet alleen de doorwerkingsmechanismen rechtstreekse werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid,²⁵ maar verwijst hier ook naar alle andere mogelijke manieren waarop het Europees recht het nationale recht beïnvloedt. Dat betekent dat ook de voorrang van het Europees recht, op grond waarvan nationale bepalingen soms buiten toepassing moeten worden gelaten, daaronder wordt begrepen. Ook de verplichting van lidstaten om Europees recht om te zetten in nationaal recht of uit te voeren, valt daar-

22 Anders dan in bijvoorbeeld Klip 2016, die uitgangspunt neemt in de criteria van het EHRM, zie m.n. p. 2-3.

23 Met name op grond van de jurisprudentie van het EHRM, zie EHRM 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, ECLI:NL:XX:1976:AC5818, NJ 1978/224, m.nt. D.H.M. Meuwissen (*Engel/Nederland*).

24 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 206-207. Zie ook art. 23 lid 5 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. In paragraaf 3.5.3 wordt nader ingegaan op de invulling van het legaliteitsbeginsel in het punitief bestuursrecht.

25 In Prinssen 2004 verwijst het begrip uitsluitend naar deze drie mechanismen.

onder. Voor de term ‘implementatie’ is evenwel niet gekozen, omdat die teveel de connotatie van wetgeving heeft (en soms zelfs als synoniem voor omzetting wordt gebruikt, bijvoorbeeld in omzettingswetgeving). Doorwerking verwijst dus naar de manieren waarop het Europees recht direct of indirect de totstandkoming, uitleg, toepassing en reikwijdte van het Nederlandse materiële strafrecht beïnvloedt.

De actoren die in het onderzoek zijn betrokken, zijn de Europese wetgever en rechter en de Nederlandse wetgever en rechter. Dit betekent dat de uitvoerende macht geen deel uitmaakt van het onderzoek. De eerste twee begrippen behoeven daarnaast enige toelichting. Ik begin met de *Europese wetgever*. De voor het strafrecht relevante Europese richtlijnen en verordeningen komen doorgaans tot stand volgens de gewone wetgevingsprocedure omschreven in artikel 294 VWEU. De vaststelling geschiedt formeel door het Parlement en de Raad tezamen. De Commissie vervult echter een dermate belangrijke rol in het wetgevingsproces dat zij in dit boek mede wordt beschouwd als een voor wetgeving relevante actor.²⁶ Daarnaast is het zo dat de Europese wetgever en de Nederlandse wetgever worden beschouwd als twee verschillende wetgevers, hoewel dat strikt genomen niet helemaal juist is. Bij het Europees wetgevingsproces is een veelheid van actoren betrokken, waaronder rechtstreekse afgezanten van de nationale wetgevers in de betrokken Raad van Ministers. Nationale parlementen kunnen rechtstreeks een inbreng leveren. Ook de Commissie en het Parlement hebben een sterke nationale binding, het Parlement is zelfs direct democratisch gelegitimeerd vanuit de lidstaten. Europese wetgeving kan dus niet als een volledig supranationale, van het nationale niveau losgezongen, vorm van wetgeving worden beschouwd. Niettemin gaat het om gescheiden instellingen. Tot slot verwijst, hoewel alle nationale rechters ook Europese rechters zijn, de term *Europese rechter* in dit boek uitsluitend naar het Hof van Justitie.

Het begrip *legaliteit*, en daarmee samenhangend het begrip rechtszekerheid, kan grofweg op twee manieren worden gedefinieerd: substantieel en formeel. In de formele definitie van deze twee begrippen blijft de inhoud van de regels buiten beeld: het legaliteitsbeginsel gaat over de vraag of er duidelijke en kenbare regels zijn en of autoriteiten hun bevoegdheden bij de toepassing daarvan niet overschrijden. Rechtszekerheid is de objectieve kenbaarheid van het recht, die willekeur uitsluit, ongeacht of dat recht ook rechtvaardig is. In

26 Het is de Commissie die wetgevingsvoorstellen doet (art. 294 lid 2 VWEU). Indien het voorstel pas in tweede lezing wordt goedgekeurd, moet de Raad unaniem stemmen over amendementen waarover de Commissie negatief advies heeft uitgebracht (art. 294 lid 9 VWEU). Als het voorstel door het Parlement en de Raad in een richting wordt getrokken die de Raad niet bevalt, kan de Commissie het voorstel intrekken, zo werd onlangs formeel bevestigd in HvJ EU 14 april 2015, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 (*Raad/Commissie*). Bovendien vindt een belangrijk deel van het wetgevingsproces plaats in niet door de Verdragen geregelde ‘trilogie’ tussen Parlement, Raad en Commissie. Naast de Commissie hebben ook de nationale parlementen een inbreng in het wetgevingsproces (zie art. 12 VEU).

de substantiële definitie gaat het legaliteitsbeginsel niet alleen over de eis *dat* het recht zal worden toegepast, maar ook over de inhoud van dat recht. Indien de rechtsregels onrechtvaardig zijn kan geen rechtszekerheid bestaan, maar alleen 'zekerheid van onrecht'.²⁷ Voornamelijk in de Finse rechtstheorie wordt het begrip rechtszekerheid in substantiële zin uitgelegd, waardoor ook de inhoudelijke rechtvaardigheid voorwerp van onderzoek wordt.²⁸ Omwille van analytische helderheid is hier gekozen voor een formele uitwerking van het legaliteitsbeginsel. Bovendien past die formele benadering het beste bij het positivistische rechtsbegrip dat in dit onderzoek tot uitgangspunt wordt genomen.²⁹ Het legaliteitsbeginsel dient de rechtszekerheid, en om rechtszekerheid te bieden hoeft de regel niet rechtvaardig te zijn. Centraal in het onderzoek staan daarom de formele kenmerken van het recht, niet de inhoud van de normen. Dat leidt ertoe dat enkele eerdere studies naar het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht, waarin wel een meer substantiële definitie wordt gehanteerd en bijgevolg de legitimiteit van het strafrecht in het licht van de spanning tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming centraal staat, in wezen een andere thematiek belichten.³⁰ Dit boek stelt de materiële inhoud van het Europees strafrecht als zodanig niet ter discussie.

Het onderzoek gaat over het *materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel ten aanzien van de formulering en toepassing van delictsomschrijvingen*. Dit betekent ten eerste dat strafvorderlijke legaliteit buiten het bestek van het onderzoek blijft. In het *Pupino*-arrest van het Hof van Justitie kreeg het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel zoals dat besloten ligt in artikel 1 Sv geen rol in de begrenzing van de doorwerking.³¹ Het Hof geeft in dit strafvorderlijke arrest, anders dan in het materiële strafrecht, geen specifiek strafrechtelijke inkleuring aan het legaliteitsbeginsel. Dat is in zichzelf een uiterst interessant gegeven, zeker vanuit Nederlands perspectief, aangezien hier ook in het strafprocesrecht het legaliteitsbeginsel een prominente plaats inneemt. Of het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel een rol speelt in het Europees recht (en zo ja, welke) is derhalve zeker het onderzoeken waard. Op dit moment is mijns inziens het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel echter minder geschikt om te bestuderen hoe het Hof bij het vormgeven van de doorwerkingsmechanismen omgaat met de inherente spanning tussen de effectiviteit van het Europees recht en rechtsbescherming. Die spanning manifesteert zich tot op heden vanuit Europeesrechtelijk perspectief voornamelijk in het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel.

Ook de legaliteit van straffen (het *nulla poena*-beginsel) blijft buiten het bereik van het onderzoek. De Europese Unie oefent tot op heden relatief weinig invloed uit op de straffen. Er worden slechts minimum-maximumstraffen

27 Brouwer 2008a, p. 179-180.

28 Zie bijvoorbeeld Raitio 2008a; Raitio 2008b; Suominen 2014; Paunio 2011.

29 Zie paragraaf 2.5 voor een toelichting op die keuze.

30 Dat geldt bijvoorbeeld voor Braum 2003; Peristeridou 2015.

31 Zie HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

geharmoniseerd³² of in algemene zin wordt vereist dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.³³ De doorwerking daarvan in het nationale recht – anders dan via omzetting – is nihil.

Het boek is opgebouwd aan de hand van de verschillende deelnormen van het legaliteitsbeginsel, en welke beginselen als zodanig worden erkend is ook een kwestie van afbakening. Fuller onderscheidt in zijn werk maar liefst acht beginselen van legaliteit, maar die worden in de praktijk herleid tot een viertal deelnormen.³⁴ In dit boek zijn de bronnen van aansprakelijkheid, het bepaaldheidsgebod, de grenzen aan de rechterlijke interpretatie- en toepassingsvrijheid, het verbod van terugwerkende kracht en het mildheidsgebod opgenomen (die laatste niet als deelnorm van het legaliteitsbeginsel, maar als onderdeel van het overgangsrecht).

De bespreking van het mildheidsgebod in een onderzoek naar het legaliteitsbeginsel behoeft enige toelichting, aangezien het een andere ratio heeft dan het legaliteitsbeginsel: toepassing van normen met terugwerkende kracht kan niet worden gefundeerd op rechtszekerheid, noch op machtsverdeling.³⁵ Het is dan ook geen deelnorm van het legaliteitsbeginsel (maar wordt kortheidshalve wel als zodanig aangeduid). De belangrijkste reden om het niettemin te onderzoeken is dat het relevante gegevens kan opleveren over de verhouding tussen de verschillende actoren in het Europees strafrecht.

In buitenlandse literatuur wordt naast de genoemde deelnormen soms het *lex parlamentaria*-beginsel onderscheiden. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat alleen de nationale (in tegenstelling tot een regionale of supranationale), democratisch gelegitimeerde wetgever gedragingen strafbaar kan stellen.³⁶ Dit beginsel moet de legitimiteit van het strafrecht waarborgen.³⁷ Binnen de EU is een dergelijk gebod van belang, aangezien de democratische legitimatie van EU-wetgeving algemeen als zwakker wordt gezien dan de legitimatie van nationale wetgeving. De democratische legitimatie van wetgeving speelt in dit onderzoek echter louter een rol wanneer en voor zover het een argument is om een bepaalde verhouding tussen de wetgever en de strafrechter te bepleiten. Dat argument vormt mede de basis voor het staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel: wetgeving wordt voorbehou-

32 Minimum-maximumstraffen houden een verplichting in voor lidstaten om minimaal een bepaalde maximumstraf te stellen op een bepaalde gedraging, bijvoorbeeld een maximumstraf van minstens vijf jaar gevangenisstraf bij mensenhandel.

33 HvJ EG 12 september 1989, 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*), r.o. 24.

34 Fuller 1969, p. 46-91; zie ook de hertelling aan de hand van Nederlandse voorbeelden van Brouwer 2008b, p. 241-246.

35 De ratio van het mildheidsgebod zal worden besproken in paragraaf 8.2.2.

36 Muñoz de Morales Romero 2011; Muñoz de Morales Romero 2012; Gröning 2007; Asp e.a. 2009, p. 708-709; Greve 1993, p. 67-68; Barletta 2012, p. 125-126.

37 Greve 1993, p. 67-68. Voor Greve is legitimiteit een doelstelling van het legaliteitsbeginsel, naast rechtszekerheid.

den aan de democratisch gelegitimeerde wetgever. Het belang van democratische legitimatie van strafbepalingen wordt onderschreven, maar de vraag of de Europese wetgever afdoende democratisch gelegitimeerd is om strafwetgeving uit te vaardigen zal in dit boek niet beantwoord worden. Dat vereist een onderzoek dat de strafrechtelijke oriëntatie van het onderhavige onderzoek te buiten gaat.

Tot slot bestaat discussie over de vraag of niet ook de *forumkeuze* raakvlakken heeft met het legaliteitsbeginsel. Kort gezegd is de stelling dat rechtsmachtregels voldoende bepaald moeten zijn om voor de burger de uitkomst voorzienbaar te maken. Wil strafrechtelijke aansprakelijkstelling voorzienbaar zijn, dan moet op het moment van het begaan van de gedraging die gedraging aan een rechtsorde kunnen worden gekoppeld.³⁸ Forumkeuze is dus niet zozeer een onderdeel van het legaliteitsbeginsel, maar de forumkeuze kan worden gezien als een norm die mede door het legaliteitsbeginsel wordt beheerst. Ook van dit thema kan worden geconstateerd dat het relevant is voor het Europees strafrecht, niet in de laatste plaats voor het op te richten Europees Openbaar Ministerie.³⁹ Inhoudelijk ligt het echter te ver af van de hier centraal staande problematiek om op basis van het onderhavige onderzoek uitspraken te kunnen doen over de vormgeving van het rechtsmachtrecht of de nexus tussen rechtsmacht en het legaliteitsbeginsel.

Het onderzoek is afgesloten op 1 september 2015. Ontwikkelingen van na die datum zijn slechts incidenteel meegenomen.

1.3 ONDERZOEKSMETHODEN

In het onderzoek is voor verschillende onderdelen van verschillende methodes en theoretische gezichtspunten gebruik gemaakt.

Onderzoek naar het legaliteitsbeginsel vereist een nadere uitwerking van wat onder dat legaliteitsbeginsel precies wordt verstaan. Het legaliteitsbeginsel vervult in dit boek twee functies: het is voorwerp van onderzoek, maar vormt ook het toetsingskader voor het handelen van de verschillende actoren.⁴⁰ Met andere woorden: niet alleen wordt onderzocht hoe actoren het legaliteitsbeginsel vormgeven, ook wordt gekeken naar de gevolgen die dat heeft voor het

38 Verschillende visies op de relatie tussen rechtsmacht en het legaliteitsbeginsel in het internationale strafrecht worden uiteengezet in Luchtman 2012, p. 48-52.

39 Zie verder over dit onderwerp Luchtman 2013a; Luchtman 2013b; Zimmermann 2015.

40 Dupont heeft het legaliteitsbeginsel en andere uitgangspunten van het strafrecht 'kritisch-normatieve' beginselen genoemd. Het kritische duidt op de mogelijkheid de beginselen te gebruiken als criteria ter beoordeling van de rechtmatigheid van het strafrecht. Het normatieve duidt op de regulatieve functie die de beginselen hebben ten opzichte van strafrechtelijk overheidsbeleid: de overheid is aan de beginselen gebonden. Zie Dupont 1979, p. 6-7.

verwezenlijken van de fundamenteën van het legaliteitsbeginsel. In hoofdstuk 2 wordt een kader geformuleerd waarin de belangrijkste begrippen in hun onderlinge samenhang worden beschreven. Daarbij wordt blootgelegd welke verschillende opvattingen in de literatuur en praktijk worden gehuldigd over het legaliteitsbeginsel, rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling. Vervolgens worden normatieve uitgangspunten geformuleerd door stelling te nemen en de begrippen van een definitie te voorzien. Wanneer doorheen het boek stelling ingenomen over de actuele of wenselijke vormgeving van het legaliteitsbeginsel, gebeurt dat tegen de achtergrond van dit toetsingskader.

De beantwoording van de eerste onderzoeksvraag naar de vormgeving van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht berust op een analyse van rechtspraak op Europees en Nederlands niveau, en in mindere mate op wetgeving en documenten afkomstig van de verschillende instanties. De reden dat met name een rechtspraakanalyse dienstig wordt geacht aan het beantwoorden van de onderzoeksvragen, is dat de doorwerking van het Europees recht voor een belangrijk deel vorm krijgt in de jurisprudentie. Klip heeft het Europees strafrecht vanwege de belangrijke rol van jurisprudentie, gecombineerd met het bestaan van relatief open wetgeving, getypeerd als '*a kind of common law*' dat zich ontwikkelt op een wijze vergelijkbaar met de Angelsaksische *common law* stelsels.⁴¹ Die typering heeft gevolgen voor de wijze waarop het Europees strafrecht het best kan worden bestudeerd. Het is niet mogelijk een goed beeld te krijgen van het Europees strafrecht zonder de jurisprudentie, zowel van de Europese als van nationale rechters, diepgaand te bestuderen. Voorrang, rechtstreekse werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid zijn immers door het Hof van Justitie geformuleerd en zijn niet verankerd in de verdragen. Het legaliteitsbeginsel is weliswaar opgenomen in het Handvest van de Grondrechten, maar werd ook daarvoor al erkend door het Hof van Justitie. De verhouding tussen doorwerking en het legaliteitsbeginsel krijgt dus voornamelijk vorm in de jurisprudentie van het Luxemburgse Hof. De doorwerkingsmechanismen leunen op hun beurt zeer sterk op de nationale rechter. Pas bij de nationale strafrechter is er daadwerkelijk sprake van interactie van de rechtsordes, en dáár moet dus ook de uiteindelijke spanning tussen effectiviteit en legaliteit worden opgelost. Dit betekent dat op beide niveaus de rechter wordt gezien als de actor die een belangrijke rol speelt bij de vormgeving van het legaliteitsbeginsel en waarbij de invulling van het legaliteitsbeginsel ook goed te bestuderen is. Een uitzondering daarop is hoofdstuk 5 over het bepaaldheidsgebod, waarvoor meer dan in de andere hoofdstukken ook onderzoek is gedaan naar de rol van de Europese en nationale wetgever. Per hoofdstuk zal waar nodig nader worden aangegeven op welke wijze materiaal is geselecteerd.

41 Klip 2016, p. 10-11.

Deze sterk op de jurisprudentie gerichte werkwijze en de oriëntatie op de deelnormen sluiten goed op elkaar aan. In de rechtspraak gaat het immers meestal niet om schending van 'het legaliteitsbeginsel', maar staat schending van één of meer concrete deelnormen centraal. Die maken het ook mogelijk precies aan te geven door wie, met welke gedraging en op welke wijze het legaliteitsbeginsel is geschonden. Het oordeel dat de wetgever een onvoldoende bepaalde norm heeft geformuleerd is preciezer en informatiever dan het oordeel dat het legaliteitsbeginsel is geschonden. Aangezien de deelnormen aanzienlijk van elkaar verschillen, moet per hoofdstuk worden bekeken welke conceptuele handvatten nodig zijn voor een goed begrip van de deelnorm in een meerlagige context. Ook worden, indien relevant, de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het deelbeginsel geschetst.

De complexe context van het Europees strafrecht waarin het legaliteitsbeginsel functioneert wordt geduid met de theorie van constitutioneel pluralisme. Het constitutioneel pluralisme fungeert als verklaringsmodel en als methodisch uitgangspunt. Dit uitgangspunt wordt verantwoord in hoofdstuk 3.

Een laatste opmerking over het gebruik van theorie en methoden is dat in de hoofdstukken 5 en 6 gebruik zal worden gemaakt van inzichten uit de taalwetenschap. In discussies over het legaliteitsbeginsel speelt namelijk vaak de vraag of naleving van het bepaaldheidsgebod en binding van de rechter aan de wet wel mogelijk is. Taal, zo luidt het argument, is naar haar aard ongeschikt om te voorzien in strikte afbakeningen. Met behulp van basale inzichten uit met name de semiotiek zal worden getracht de rechtspositivistische legaliteitsconceptie in overeenstemming te brengen met recente inzichten uit de taalwetenschap.

1.4 OPBOUW VAN HET BOEK

Het boek bestaat inclusief de inleiding en de conclusie uit negen hoofdstukken. De eerste drie hoofdstukken hebben tot doel de problematiek verder uit te werken en een kader te vormen voor de rest van het onderzoek. Vanaf het vierde hoofdstuk neemt de inhoudelijke beantwoording van de deelvragen een aanvang. De deelnormen vormen het leidende principe voor de structuur van het boek. Per hoofdstuk staat één van de deelnormen centraal. Deze hoofdstukken kunnen daarom ook los van elkaar worden gelezen.

In het hiernavolgende hoofdstuk 2 wordt op basis van een schets van de historische ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel een analytisch en normatief kader geformuleerd. Ook wordt kort weergegeven hoe het klassieke legaliteitsbeginsel onder druk staat in het huidige strafrecht. In het derde hoofdstuk wordt nader ingezoomd op de context van het Europees strafrecht. Wat die context ten eerste zo bijzonder maakt is de onzekere verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes. Deze verhouding wordt begrepen als een situatie van constitutioneel pluralisme. Ten tweede worden kort de plaats van

het strafrecht in het Europees recht en de wijze waarop Europees recht doorwerkt in de nationale rechtsordes beschreven. Het hoofdstuk gaat ook in op de grondrechtenbescherming in het Europees recht, als context voor de rol van het legaliteitsbeginsel daarbinnen. Daarmee zijn de twee belangrijkste elementen van het onderzoek: het legaliteitsbeginsel en (de doorwerking van) het Europees strafrecht geïntroduceerd, zodat zij in de hoofdstukken 4 tot en met 8 met elkaar kunnen worden geconfronteerd.

In hoofdstuk 4 tot en met 8 worden de onderzoeksvragen ten aanzien van de verschillende deelbeginselen beantwoord. Achtereenvolgens behandelt het boek de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid (hoofdstuk 4), het bepaaldheidsgebod (hoofdstuk 5), de rechterlijke interpretatie- en toepassingsvrijheid (hoofdstuk 6), het verbod van terugwerkende kracht (hoofdstuk 7) en het mildheidsgebod (hoofdstuk 8). Voor de structuur van deze hoofdstukken zijn de onderzoeksvragen (hieronder tussen haakjes aangeduid) leidend, waardoor de hoofdstukken vergelijkbaar zijn in opzet. De bespreking van ieder deelbeginsel vangt aan met een verkenning van het beginsel. Vervolgens wordt onderzocht of de Europese actoren de deelnorm van toepassing achten op hun eigen handelen (deelvraag 1a). Vervolgens wordt gekeken welke eisen voortvloeien voor nationale actoren uit die deelnorm, en hoe die eisen zich verhouden tot de doorwerking van Europees recht (deelvraag 1b). Daarna verschuift steeds de focus naar het Nederlandse recht. Ten aanzien van de Nederlandse actoren wordt onderzocht hoe zij omgaan met de eisen die voortvloeien uit het Europees recht, en voor welke bijzondere uitdagingen zij komen te staan gezien het Nederlandse legaliteitsbeginsel (1c). In de slotparagraaf aan het eind van ieder hoofdstuk zal ook kort worden gereflecteerd op rechtszekerheid en machtsverdeling, voor zover dat reeds mogelijk is in het kader van de enkele deelnorm. Daarmee wordt de basis gelegd voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag, die met name in hoofdstuk 9 plaats vindt.

In het negende hoofdstuk worden de onderzoeksvragen voor de deelnormen gezamenlijk beantwoord.

2 | Het legaliteitsbeginsel

2.1 INLEIDING

Het legaliteitsbeginsel is een abstract en veelomvattend concept dat in de literatuur en de rechtspraak op verschillende manieren wordt uitgelegd. Dat begint met de verschillende deelnormen die worden erkend. Verschillen hebben verder betrekking op de fundamentele of grondslagen die als leidend worden beschouwd en op de wijze waarop het legaliteitsbeginsel wordt geacht bij te dragen aan het verwezenlijken van die fundamentele. In de inleiding op dit boek liggen al enkele keuzes besloten: de keuze om het legaliteitsbeginsel te beschrijven en analyseren vanuit de vijf beschreven deelnormen, de keuze voor een positivistische rechtstheorie en de keuze voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling als fundamentele van het legaliteitsbeginsel. Dat laat onverlet dat ook die begrippen zich lenen voor uiteenlopende interpretaties, en dus nader moeten worden uitgewerkt om bruikbaar te zijn als analytisch en normatief kader. Die uitwerking zal worden geboden in dit hoofdstuk.

Bij het beschrijven van een kader voor onderzoek naar de rol van het legaliteitsbeginsel in de meerlagige rechtsorde doet zich een probleem voor. Alle beschikbare theorie over het legaliteitsbeginsel heeft betrekking op de werking van dat beginsel in zijn statelijke habitat, en is niet zonder meer geschikt voor toepassing in een meerlagige rechtsorde. Zo wordt met het fundamentele van staatkundige machtsverdeling steeds gedoeld op horizontale machtsverdeling, terwijl in de meerlagige rechtsorde macht ook over de verschillende niveaus is verdeeld. Een algemeen antwoord op de vraag hoe wetgeving die is uitgevaardigd op instigatie van een hogere wetgever moet worden geïnterpreteerd, kan in de beschikbare wetenschappelijke literatuur daarom niet worden gevonden. In dit hoofdstuk wordt getracht waar nodig het analytisch en normatief kader al zo goed als mogelijk toe te spitsen op de context van het Europees strafrecht. Zo wordt uit het ideaal van individuele vrijheid en autonomie het normatieve principe afgeleid dat verticale machtsverdeling transparant moet zijn. Ook is de keuze om veel aandacht te besteden aan het staatsrechtelijk fundamentele van machtsverdeling ingegeven door de vaststelling dat juist machtsverdeling wordt beïnvloed door de meerlagigheid van het Europees strafrecht.

Dit hoofdstuk beoogt op vier manieren inzicht te bieden in hoe het legaliteitsbeginsel ten behoeve van dit onderzoek wordt verstaan. Ten eerste worden in de eerstvolgende paragraaf van dit hoofdstuk, paragraaf 2.2, de historische wortels van het legaliteitsbeginsel beschreven, met bijzondere aandacht voor de in dit onderzoek centraal staande deelnormen. De ideeëngeschiedenis van het legaliteitsbeginsel is in drie periodes onderverdeeld: de periode tot aan de Verlichting, de Verlichting zelf, waaraan het grootste deel van de paragraaf is gewijd, en tot slot de periode vanaf de Verlichting tot heden. Deze ideeëngeschiedenis van het legaliteitsbeginsel laat zien hoe het legaliteitsbeginsel is ontstaan als middel om vrijheid en autonomie van burgers te verwezenlijken.

Ten tweede worden in paragraaf 2.3 op basis van de ideeëngeschiedenis van het beginsel de fundamenteën daarvan nader uitgewerkt: het strafrechtelijk fundament van rechtszekerheid, en het staatsrechtelijk fundament van staatkundige machtsverdeling. Tevens zal worden beschreven waarom afschrikking, dat blijkens de ideeëngeschiedenis eveneens een belangrijk fundament is van het legaliteitsbeginsel, buiten het onderzoek is gehouden.

In paragraaf 2.4, ten derde, worden de twee belangrijkste contrasterende visies op het legaliteitsbeginsel geschetst, die worden aangeduid als de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit. Beide concepties berusten op de veronderstelling dat het legaliteitsbeginsel de vrijheid en autonomie van individuen waarborgt. Ze zijn echter gebaseerd op verschillende theorieën over de aard van het recht, hetgeen leidt tot een verschillende uitleg van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel. De concepties leiden ook tot een uiteenlopende invulling van het rechtszekerheidsbegrip. Deze concepties dienen in dit boek als middel om de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het bepaaldheidsgebod en de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid te analyseren.

Ten vierde wordt in paragraaf 2.5 een normatief perspectief op het legaliteitsbeginsel geformuleerd. Deze paragraaf schetst het toetsingskader dat leidend is voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag naar de implicaties van de vormgeving van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling. Ook wanneer elders in het boek normatieve standpunten worden ingenomen of aanbevelingen worden gedaan, gebeurt dat tegen de achtergrond van deze uitgangspunten. Het toetsingskader wordt geconstrueerd door op basis van de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel keuzes te maken voor de uitleg van rechtszekerheid en machtsverdeling.

Het hoofdstuk sluit af met een korte recapitulatie in paragraaf 2.6.

2.2 DE HISTORISCHE WORTELS VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL

Het ontstaan van het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt van moderne strafrechtssystemen is veelvuldig en uitvoerig beschreven in rechtshistorische en

strafrechtelijke literatuur.¹ In deze paragraaf zal om die reden worden volstaan met het schetsen van de hoofdlijnen. Het doel is aan te geven op welke idealen en ideeën het legaliteitsbeginsel is gestoeld, en te kijken hoe op basis daarvan de verschillende deelnormen kunnen worden geconstrueerd. De belangrijkste historische periode is die van de Verlichting omdat in die tijd de basis werd gelegd voor het huidige strafrecht en omdat die periode de 'klassieke' conceptie van het legaliteitsbeginsel heeft opgeleverd zoals het nu nog in hoofdlijnen wordt beschreven in de handboeken. Dat klassieke legaliteitsbeginsel omvat in ieder geval het verbod van terugwerkende kracht, het bepaaldheidsgebod en een begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid. Daarnaast heeft het klassieke legaliteitsbeginsel algemene gelding voor het gehele strafrecht, dus niet slechts voor delen ervan die als geponeerd gelden.

Voor de totstandkoming van een dergelijk klassiek legaliteitsbeginsel en de deelnormen ervan moet het rechtsdenken aan twee voorwaarden voldoen: het moet uitgaan van rechtspositivisme en wetspositivisme. Meerdere strafrechtswetenschappelijke auteurs wijzen er ten eerste op dat het probleem van de gelding van het recht in de tijd zich pas kan voordoen op het moment dat het recht wordt gezien als een veranderlijke grootheid, waarbij er een instantie bestaat die het recht kan maken en veranderen en die daarbij zelf aan het recht is gebonden.² Met andere woorden is een *positivistische rechtsopvatting*, die het recht als gemaakt ('geponeerd') en niet als gegeven beschouwt, een voorwaarde. Recht dat zijn bestaan en gelding ontleent aan de natuurlijke orde of een religieuze autoriteit is immers onveranderlijk en daarom altijd geldig. Van terugwerkende kracht kan in het natuurrecht daarom geen sprake zijn.

De tweede voorwaarde voor de ontwikkeling van een 'modern' legaliteitsbeginsel hangt samen met de eerste, en dat is dat de rechtsbronnen van het strafrecht worden beperkt tot het geschreven recht.³ Dit is de ontwikkeling van het *wetspositivisme*. De binding van de rechter aan de wet heeft maar beperkte betekenis wanneer hij zich altijd kan wenden tot het natuurrecht, gewoonterecht of Romeinse recht. Het strafrecht moet dus een gesloten systeem gaan vormen met een beperkt aantal bronnen.

Rechtspositivisme en wetspositivisme kunnen het verbod van terugwerken de kracht en binding van de rechter aan de wet juridisch onderbouwen en maken daarmee de moderne uitwerking van het legaliteitsbeginsel mogelijk. Met name de algemene gelding van het legaliteitsbeginsel (die niet beperkt is tot bepaalde strafbepalingen of situaties) is afhankelijk van deze twee voorwaarden. Hiermee is niet gezegd dat deze twee veranderingen in het juridische denken de formulering van het legaliteitsbeginsel in de Verlichting ook *veroorzaakt* hebben. De directe aanleiding moet veeleer worden gezocht in de onvrede

1 Zie onder meer Frände 1989; Schreiber 1976; Krey 1983; Tamanaha 2004; Groenhuijsen 1996; Groenhuijsen 2002; Van der Donk 1935.

2 Heijder 1979, p. 40-41; Schreiber 1976, p. 18; Frände 1989, p. 72; Groenhuijsen 1996, p. 96-97.

3 Frände 1989, p. 72; Heijder 1979, p. 143-144.

met de wreedheid en ineffectiviteit van het toenmalige rechtssysteem en in ontwikkelingen in het politiek-filosofische denken, die zullen worden besproken in subparagraaf 2.2.2. Bovendien moet worden benadrukt dat een systeem dat niet gebaseerd is op rechtspositivisme en wetspositivisme niet noodzakelijkerwijs corrupteert zoals achttiende-eeuwse continentale rechtssystemen dat deden. Bijvoorbeeld het Engelse recht, dat is gebaseerd op de *common law*, hanteert immers deze uitgangspunten niet, maar garandeert de rechtszekerheid op basis van andere mechanismen.

In deze paragraaf wordt eerst kort weergegeven welke proto-beginselen van legaliteit al zichtbaar waren in de Oudheid en voor welke ideeën het verlichtingsdenken in de plaats kwam. Er werden al ver voor de Franse Revolutie beginselen gehanteerd die doen denken aan het klassieke legaliteitsbeginsel. Deze beginselen bestonden echter naast een hoge mate van rechterlijke vrijheid en willekeur. Dat komt omdat het rechtsdenken niet voldeed aan de zojuist geformuleerde voorwaarden van rechts- en wetspositivisme. Die beginselen waren daarom slechts van toepassing op een deel van het recht, en hadden geen algemene gelding. Om die reden wordt hier slechts van proto-beginselen van legaliteit gesproken. Sinds de Verlichting heeft het legaliteitsbeginsel een prominente plaats in alle West-Europese strafrechtssystemen. In deze paragraaf wordt het Verlichtingsdenken besproken met een bijzondere focus op de idealen, de rechtstheoretische ideeën en de deelnormen die gezamenlijk het 'klassieke' legaliteitsbeginsel uitmaken. Uiteraard heeft de gedachtevorming sindsdien niet stilgestaan. Aan het eind van deze paragraaf komen meer recente ontwikkelingen aan de orde, die duidelijk maken dat het klassieke legaliteitsbeginsel vanaf het ontstaan ervan steeds voorwerp is geweest van discussie, met name waar het de uitgangspunten van rechtspositivisme en wetspositivisme betreft.

2.2.1 Van de Oudheid tot de Verlichting

Het vaak gehanteerde adagium *nullum crimen sine lege*, dat letterlijk betekent 'geen strafbaar feit zonder wet', doet allicht vermoeden dat het legaliteitsbeginsel deel uitmaakte van het Romeinse recht. Tot ongeveer de jaren dertig werd in Nederland veelal aangenomen dat dit inderdaad zo was.⁴ Deze spreuk heeft

4 De vermeende Romeinsrechtelijke wortels van het legaliteitsbeginsel vormden in de jaren dertig een belangrijk argument zowel voor als tegen de controversiële 'Lex Van der Lubbe'. Met deze wet werd met terugwerkende kracht de doodstraf ingevoerd zodat Marinus van der Lubbe, die de Duitse Rijksdag in brand zou hebben gestoken, met terugwerkende kracht ter dood kon worden veroordeeld. Voorstanders van deze wet meenden dat met het legaliteitsbeginsel, gezien de Romeinsrechtelijke (en niet Germaanse) wortels daarvan, geen rekening hoefde te worden gehouden. Tegenstanders wezen juist op het fundamentele karakter

echter, zo schreef Van der Donk naar aanleiding van historisch onderzoek, 'zoaals zoovele harer zustersen, met dat recht [het Romeinse recht, JGHA] alleen de Latijnsche taal gemeen'.⁵ De Latijnse taal geeft het beginsel een aura van onveranderlijkheid mee, nogal eens tot wrevel van auteurs. Zo stelt Fockema Andreae dat het nullum crimen-beginsel steeds opnieuw dient te worden beproefd op deugdelijkheid, vooral omdat het is 'gehuld in den nimbus van onaantastbare juridische heiligheid, welke de Latijnsche taal schijnt te waarborgen'.⁶ Naar heersende opvatting kan in het Romeinse recht, noch in het recht van de Middeleeuwen, het legaliteitsbeginsel worden gevonden zoals wij dat nu verstaan.⁷

In de Klassieke Oudheid zijn uitgangspunten waarneembaar die, indien bezien door een moderne bril, zouden kunnen worden vereenzelvigd met het legaliteitsbeginsel. Met name het verbod van terugwerkende kracht kan op meerdere plaatsen worden herkend; daarnaast is soms een binding van de rechter aan de wet herkenbaar. Toch zijn deze beginselen wezenlijk verschillend van het legaliteitsbeginsel zoals dat in de Verlichting tot stand kwam. Dit had te maken met de overheersing van de natuurrechtsgedachte in het rechtsdenken.⁸ Dat natuurrechtsdenken leidde tot de opvatting dat veel strafbepalingen een declaratoir karakter zouden hebben: zij *vestigen* niet de strafbaarheid van bepaalde gedragingen, maar *bevestigen* die strafbaarheid slechts.⁹ Het verbod van terugwerkende kracht gold daarom uitsluitend voor – in moderne termen – constitutieve strafbepalingen, die wel strafbaarheid vestigen. Buiten deze constitutieve strafbepalingen had de rechter een hoge mate van vrijheid in het bepalen van het recht,¹⁰ zowel in de tijd van de Republiek als het Romeinse Keizerrijk.¹¹ Daarnaast kon het verbod van terugwerkende kracht door de wetgever opzij worden geschoven, hoewel daarvan uit de praktijk slechts weinig voorbeelden voorhanden zijn.¹² Het verbod van terugwerkende kracht was dus niet absoluut, niet voor de rechter en niet voor de wetgever. Daarmee is het verschil met het huidige verbod van terugwerkende kracht dusdanig groot dat hier slechts van een proto-retroactiviteitsverbod kan worden gesproken.

De situatie veranderde niet wezenlijk tot aan het einde van de Middeleeuwen. Vóór de Middeleeuwen was in West-Europa ofwel nauwelijks sprake

ter van het legaliteitsbeginsel, dat zou blijken uit de Romeinsrechtelijke herkomst ervan. Zie Van der Donk 1935.

5 Van der Donk 1935, p. 356.

6 Fockema Andreae 1922, p. 346.

7 Heijder 1979 140-141; Frände 1989, p. 72-81; Schreiber 1976, p. 17-31; Krey 1983, p. 1-12. In die zin ook al Van der Donk 1935.

8 Zie Tamanaha 2004, p. 7-14.

9 Heijder 1979, p. 140-142; Schreiber 1976, p. 18-22.

10 Van der Donk 1935, p. 338-356.

11 Schreiber 1976, p. 18-22.

12 Schreiber 1976, p. 20-22.

van geschreven recht, ofwel was rechtspraak nauwelijks aan die wetgeving gebonden.¹³ Het recht in de Middeleeuwen werd in hoge mate gekenmerkt door een hernieuwde toepassing van het Romeinse recht, waardoor het legaliteitsbeginsel niet wezenlijk tot ontwikkeling kwam ten opzichte van het Romeinse recht. Verder bestond er nog steeds weinig geschreven recht, het recht verschilde sterk per stad en gewoonterecht werd veelvuldig toegepast. Het natuurrechtsdenken bleef in stand. Hoewel er vanaf de twaalfde eeuw op het continent al zeker sprake was van enige binding aan de wet, kon de rechter lacunes altijd opvullen met het *ius commune*, het gemene recht. De rol daarvan werd door de tijd heen wel steeds kleiner.¹⁴ Van een analogieverbod of algemene grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid was niettemin vooralsnog geen sprake.¹⁵ Daarnaast bleef tot aan de Verlichting het idee overheersen dat het hoogste gezag niet aan het recht kon worden gebonden.

Tegen het einde van de achttiende eeuw zag het strafrecht in West-Europa er weinig aantrekkelijk uit. Naast de chaos in wetgeving en de willekeur waren de straffen wreed.¹⁶ Er bestonden vanzelfsprekend wel verschillen tussen de Europese landen. In Duitsland bestond met de *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) van 1532 weliswaar geen omvattende codificatie, maar wel een belangrijke poging tot unificatie van het recht in het Heilige Roomse Rijk, waartoe ook het huidige Nederland behoorde. De CCC, zo beschrijft Schreiber, bond de rechter aan de wet bij het opleggen van strafrechtelijke sancties, maar niet bij burgerlijke sancties, waaronder de gevangenisstraf en geldboete. Bovendien werden delicten die uit het Romeinse recht voortvloeiden gezien als louter declaratoir, waardoor aan een verbod van terugwerkende kracht geen behoefte bestond.¹⁷ De receptie van het Romeinse recht is voornamelijk beperkt gebleven tot het continent en heeft het Engelse recht nauwelijks beïnvloed. Hoewel soms wordt gewezen op de Magna Charta als oorsprong van het legaliteitsbeginsel, verhinderde deze niet dat het gewoonterecht een grote rol speelde op de Britse eilanden. Ook daar kende men dus geen legaliteitsbeginsel in de moderne zin van het woord.¹⁸ Frankrijk maakte evenmin deel uit van het Heilige Roomse Rijk waardoor de CCC daar niet de uniformerende rol speelde zoals zij elders deed. Volgens Frände was met name het Franse strafrecht er bar aan toe met een grote en onoverzichtelijke hoeveelheid wetten, waardoor het geen verrassing mag heten dat aan het legaliteitsbeginsel zo'n prominent belang werd gehecht in de Franse Revolutie.¹⁹

13 Van der Donk 1935, p. 356.

14 Frände 1989, p. 73-76.

15 Schreiber 1976, p. 25; Frände 1989, p. 75-76.

16 Zie bijvoorbeeld het eerste deel van *Discipline, Toezicht en Straf*, Foucault 1989 (1975), p. 10-99.

17 Schreiber 1976, p. 25-28.

18 Hall 1937, p. 166-168; Frände 1989, p. 80-81; Van der Donk 1935, p. 357-358.

19 Frände 1989, p. 79-80.

2.2.2 De Verlichting: politieke vrijheid door rechtszekerheid en machtscheiding

De Verlichting heeft het legaliteitsbeginsel voortgebracht zoals we dat nu kennen. Voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel, en met name in het licht van de fundamenteën zoals die in dit boek worden onderscheiden, is met name het werk van Montesquieu en Beccaria van groot belang geweest. Zij waren belangrijke inspiratiebronnen van de Franse Revolutie in 1789, de daaruit voortvloeiende *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* en het postrevolutionaire recht.²⁰ Zij stonden daarin uiteraard niet alleen: het werk van Rousseau, Hobbes, Locke, Portalis en enkele anderen is zeker ook van betekenis geweest. Deze paragraaf pretendeert geenszins volledigheid. Het doel is een globaal beeld te schetsen van de ideeëngeschiedenis van het legaliteitsbeginsel waarbij niet de auteurs, maar hun idealen en ideeën die relevant waren voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel centraal staan. Montesquieu is als grondlegger van de *trias politica* onmisbaar voor het staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel (machtsverdeling), Beccaria paste het verlichtingsdenken toe op het strafrecht en droeg zo de belangrijkste bouwstenen aan voor het strafrechtelijk fundament (rechtszekerheid). Beccaria was bovendien de enige die expliciet een legaliteitsbeginsel formuleerde.²¹ Daarnaast wordt enige aandacht besteed aan het werk van Rousseau, waarin met name het primaat van de wetgever theoretisch wordt gefundeerd.

Voor een goed begrip van het werk van Montesquieu is relevant te weten dat hij deel uitmaakte van de elite van het *ancien régime*: hij was onder meer president van het gerechtshof van Bordeaux en dus jurist, en bovendien van adel. Hij kende de rechterlijke macht van binnenuit – en was daarover zeer kritisch, maar was geen revolutionair die het gehele *ancien régime* omver wilde werpen. Hij zag een staat voor zich waarin de adelstand veel macht en vrijheid geniet, een staat zoals die bestond in Frankrijk voordat Lodewijk XIV koning werd.²² Hij vroeg zich af hoe de goed functionerende monarchie heeft kunnen vervallen in despotisme, en hoe de goede orde in Frankrijk hersteld kon worden. Aan het eind van zijn leven schreef hij zijn *magnum opus*, het aanvankelijk anoniem uitgegeven *De l'esprit des lois*, 'Over de geest van de wetten'.²³ Het is een vuistdik werk bestaand uit 31 boeken waarvan met name het elfde de reden is voor de enorme impact die het heeft gehad en nog heeft. In dat boek beschrijft Montesquieu de politieke vrijheid in relatie tot de staat. De kernthese van 'Over de geest van de wetten' is echter een andere, namelijk

20 Zie Melai 1969 over de invloed van Montesquieu, Rousseau en Beccaria op het recht na de Franse Revolutie.

21 Beccaria (1764) 1982, p. 45. Dat beginsel heeft opvallend genoeg betrekking op de straffen en niet de strafbare feiten, maar uit de onderbouwing ervan blijkt dat dit ook van toepassing moet zijn op de delictomschrijvingen, zie Groenhuijsen 2002, p. 40.

22 Foqué & 't Hart 1990, p. 67-83.

23 Montesquieu (1748) 2006.

dat er drie verschillende staatsvormen mogelijk zijn: de despotie, de monarchie en de republiek.²⁴ Welke van die staatsvormen het beste is, is volgens Montesquieu afhankelijk van een veelheid aan omgevingsfactoren, bijvoorbeeld het klimaat.²⁵ De belangrijkste bijdrage van Montesquieu aan het ontwikkelen van het legaliteitsbeginsel is zijn leer van de *trias politica*: macht moet functioneel en institutioneel verdeeld worden om te voorkomen dat teveel macht in één hand accumuleert. De triasleer zal hieronder nader worden besproken.

Beccaria was net als Montesquieu van adel. Zijn belangrijkste werk, *Dei delitti e delle pene* ('Over misdaden en straffen') verscheen in 1764. Als zijn grootste verdienste wordt gezien dat hij de Verlichtingsideeën, met name de *trias politica* van Montesquieu, heeft doordacht op hun consequenties voor het strafrecht. Hij wordt minder gewaardeerd als oorspronkelijk denker; Foqué en 't Hart merkten bijvoorbeeld op dat zijn invloed 'veel groter dan zijn wijsgerige diepgang' is geweest,²⁶ en Van Bemmelen schreef dat Beccaria met de protestgeneratie van de jaren zestig gemeen had dat hij weinig wist van het onderwerp waar hij over zou gaan schrijven.²⁷ Helemaal terecht is die kritiek mijns inziens niet: Beccaria heeft grote invloed uitgeoefend op het strafrechtsdenken in heden en verleden, omdat hij op basis van het wetsbegrip en de triasleer van Montesquieu en de contractfilosofie van Hobbes, Locke en Rousseau een diepgravend en vernieuwend pleidooi formuleerde voor een gematigder strafrecht. De beweegredenen daarvoor waren humanistisch en vrijheidsgericht, maar ook zeer expliciet utilitaristisch en gericht op speciale en generale preventie. In dat laatste aspect kan Beccaria ook worden gezien als een voorloper van Von Feuerbach, die het legaliteitsbeginsel grondvestte in zijn psychologische-dwangstheorie.²⁸

De voor dit betoog meest kernachtige verandering in het denken tijdens de Verlichting is dat een nieuw ideaal voor de samenleving werd beleden: politieke vrijheid voor het individu.²⁹ Het beroemde boek XI, hoofdstuk 6 in *De l'esprit des lois* van Montesquieu gaat over Engeland, omdat in dat land politieke vrijheid het doel was van het staatsbestel. Montesquieu omschrijft dat begrip op twee manieren. Aanvankelijk beschrijft hij vrijheid als 'het recht om alles te doen wat de wetten toestaan'.³⁰ Uit andere passages blijkt dat het vrijheidsbegrip complexer is dan dat. Elders in hetzelfde boek noemt hij de politieke

24 Montesquieu (1748) 2006, II, 1.

25 Het grootste deel van het boek wordt in beslag genomen door een beschrijving van die omgevingsfactoren en de wijze waarop het recht daaraan moet worden aangepast.

26 Foqué & 't Hart 1990, p. 84.

27 Van Bemmelen 1982, p. 7-8.

28 Von Feuerbach/Mittelmaier 1847, p. 36-44. Uitbreider daarover paragraaf 2.2.4.

29 Dat geldt niet alleen voor Montesquieu, maar ook voor Rousseau, wiens contractfilosofie in tegenstelling tot eerdere varianten vooral in het teken stond van vrijheid en niet van veiligheid. Zie Van Roermund 1995, p. 17-18.

30 Montesquieu (1748) 2006, XI, 3, p. 217.

vrijheid *tranquilité d'esprit*, de rustige zekerheid dat overheidsingrijpen aan de wet is gebonden.³¹ Die zekerheid moet volgens Groenhuijsen niet worden gezien als een individuele geestesgesteldheid, als het zich veilig voelen. Die is ten eerste moeilijk meetbaar, maar vooral ook niet onverenigbaar met de opvatting dat bepaalde, apert verwerpelijke gedragingen kunnen worden bestraft zonder voorafgaande strafbepaling, als dat maar voorzienbaar is. Vrijheid voor Montesquieu is dus in de uitleg van Groenhuijsen niet een subjectief-psychologisch begrip, maar een objectieve toestand. Door politieke vrijheid te zien als een toestand die door het recht in objectieve zin in het leven geroepen kan worden door beperking van de staatsmacht, krijgt het een ruimer bereik en vormt het de basis voor rechtsstatelijke eisen aan wetgeving en rechtspraak. Die rechtsstatelijke eisen kunnen niet opzij worden gezet in een concreet geval.³² Ook het tegengaan van willekeur, volgens Melai de belangrijkste drijfveer van Montesquieu, is een onderdeel van het streven naar politieke vrijheid.³³ Het vrijheidsbegrip in het werk van Montesquieu is dus ruim en gericht op het in het leven roepen van een objectieve toestand voor een ieder. Het recht moet aan objectieve rechtsstatelijke kwaliteitseisen voldoen, ongeacht de mate waarin burgers zich op dat recht daadwerkelijk oriënteren en aan de concrete bepalingen vertrouwen ontleen.

Vrijheid was echter zeker niet de enige drijfveer van de genoemde Verlichtingsauteurs. Hierboven is al kort aangestipt dat met name Beccaria sterk vanuit het utilitarisme dacht. '[E]en maximaal geluk voor een maximaal aantal mensen' was volgens Beccaria het enige oogpunt dat aan de wet ten grondslag behoort te liggen.³⁴ Het legaliteitsbeginsel staat bij hem grotendeels in de sleutel van afschrikking. Zo schrijft hij: 'Hoe groter het aantal burgers is, dat de tekst van de wet begrijpt en het wetboek in handen heeft, hoe geringer de criminaliteit is.'³⁵ Zijn werk is doordrenkt van het rationaliseringsstreven dat de Verlichting zo sterk kenmerkte, naast het streven naar humanisering van de strafrechtspleging.

Doordat het werk van met name Montesquieu en Rousseau sterk was georiënteerd op de inrichting van de staat, kreeg het denken over het legaliteitsbeginsel ook een institutioneel karakter. Montesquieu wilde in de woorden van Melai een 'machtsverbrokkeling' tot stand brengen waarbij zowel de functies wetgeving, bestuur en rechtspraak als de organen die deze functies uitoefenen gescheiden zijn.³⁶ De leer van de *trias politica* houdt niet in dat de machten absoluut van elkaar gescheiden moeten zijn; ze moeten elkaar juist in toom houden en daarom in sommige gevallen in kunnen grijpen in elkaars

31 Montesquieu (1748) 2006, XI, 6, p. 219.

32 Groenhuijsen 2002, p. 36-37.

33 Melai 1969, p. 3-4.

34 Beccaria (1764) 1982, p. 37.

35 Beccaria (1764) 1982, p. 55.

36 Melai 1969, p. 4-5; Melai 1968, p. 9-10.

besluiten. Montesquieu formuleerde dus zelf al een aantal uitzonderingen op de leer van de machtscheiding.³⁷ De uitvoerende macht ligt idealiter bij één persoon, de monarch. De wetgevende macht wordt uitgeoefend door vertegenwoordigers van het volk, en vertegenwoordigers van de adel, die ook weer kan zorgen voor een machtsbalans tussen de volksvertegenwoordiging en de executieve. Mensen die 'zich onderscheiden door afkomst, rijkdom of verdiensten' – de adelstand – moeten hun eigen vertegenwoordigend orgaan hebben, dat ook de bevoegdheid heeft om recht te spreken over edelen. De rechtsprekende macht is geen permanent instituut, maar wordt steeds opnieuw gevormd uit een selectie van burgers – Montesquieu was een tegenstander van beroepsrechters.³⁸ Deze drie functies zijn dus van elkaar gescheiden, maar tegelijkertijd oefenen de organen die met die functies zijn bekleed invloed op elkaar uit. Het doel van machtsverdeling is te voorkomen dat één persoon of groep teveel bevoegdheden krijgt. Er moet een balans bestaan tussen de machten, en de macht van ieder orgaan moet beperkt zijn. Voor Montesquieu was dus ook de wetgevende macht beperkt.³⁹ De wetgevende macht moet zich beperken tot het uitvaardigen van algemene regels en moet zich daardoor onthouden van een oordeel over in het verleden begane gedragingen.

2.2.3 De Verlichting: Rechtspositivisme en wetspositivisme in het werk van Montesquieu en Beccaria

Naast het gegeven dat Montesquieu en Beccaria nieuwe idealen formuleerden en beschreven hoe die idealen konden worden bereikt, voldeden hun ideeën aan de voorwaarden voor de totstandkoming van het klassieke legaliteitsbeginsel beschreven in de inleiding op deze paragraaf: het rechtspositivisme verving het natuurrecht en het wetspositivisme deed opgeld.

Op het cruciale punt van het rechtspositivisme onderscheidde Montesquieu zich van vroegere denkers: bindende regels worden vastgesteld door mensen en zijn voor hun gelding niet afhankelijk van een beroep op religieuze of andersoortige legitimatie.⁴⁰ Rousseau nam om andere redenen afstand van het natuurrecht: hij stelde dat hoewel er 'ongetwijfeld' een 'universele rechtvaardigheid' bestaat, deze voor de mens niet kenbaar is en het dus geen zin heeft om 'metafysische ideeën' te koppelen aan het wetsbegrip.⁴¹ Rousseau

37 Montesquieu (1748) 2006, XI, 6.

38 Montesquieu (1748) 2006, XI, 6, p. 221.

39 Anders dan Rousseau, die een hiërarchische verhouding tussen de wetgever en het bestuur als ideaal zag.

40 Frände 1989, p. 101; Melai 1969, p. 9.

41 Rousseau (1762) 1995, p. 72-73. Die 'universele rechtvaardiging' had bij Rousseau wel een religieuze lading: 'Alle gerechtigheid komt van God, hij alleen is er de bron van; maar als wij haar van zo hoog wisten te ontvangen, zouden wij geen regering of wetten nodig hebben.' Rousseau (1762) 1995, p. 72.

wees dus een metafysisch wetsbegrip af op epistemologische gronden. In het werk van Beccaria was het rechtspositivisme zichtbaar in de stelling dat wetten veranderlijk zijn.⁴² Sowieso werden in het contractsdenken van Rousseau en Beccaria de wetten beschouwd als door mensen gemaakt:⁴³ het idee van het maatschappelijk verdrag bood immers een niet-religieuze, niet-natuurrechtelijke verklaring voor het bestaan van maatschappelijke orde.

Het denken van Montesquieu en Beccaria was niet alleen rechtspositivistisch, maar ook wetspositivistisch. Toepassing van gewoonterecht achtten zij onwenselijk.⁴⁴ De uitspraak van de rechter mag volgens Montesquieu niets anders behelzen dan wat letterlijk in de wet staat.⁴⁵ Het wetspositivisme was bij Beccaria nog zichtbaarder: alleen de wetten kunnen straffen bepalen.⁴⁶ De wet is dus door mensen gemaakt, de wet kan veranderen, en alleen de wet kan strafrechtelijke aansprakelijkstelling funderen. Daarmee werden de belangrijkste rechtstheoretische voorwaarden geschapen voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel, en met deze ideeën en de idealen die zijn besproken in paragraaf 2.2.2 kunnen alle deelnormen van het legaliteitsbeginsel worden beredeneerd.

2.2.4 De Verlichting: deelnormen van het legaliteitsbeginsel

Hoe kunnen nu de verschillende deelnormen van het legaliteitsbeginsel worden afgeleid uit deze idealen en ideeën?

Het *lex scripta*-gebod, de uitwerking van de wetspositivistische leer over de *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid*, wordt in Nederland doorgaans gezien als deelnorm van het legaliteitsbeginsel. In het verlichtingsdenken werd het niet gezien als een deelnorm, maar als een veronderstelling over de oorsprong van het recht.⁴⁷ De formulering van het legaliteitsbeginsel berustte op aanvaarding van de wetspositivistische bronnenleer. Dat de rechtsbronnenleer wordt gezien als een normatief streven, is een opvatting die pas na de Verlichting is ontwikkeld.⁴⁸

Ten tweede is de vraag of en waar het *bepaaldheidsgebod* is terug te vinden in de hier centraal staande werken. Het duidelijkst hierover is Beccaria: 'Indien de interpretatie van de wet een kwaad is, dan is de onduidelijkheid van de wet het natuurlijk ook, omdat een onduidelijke tekst een uitlegging onontbeerlijk maakt.'⁴⁹ Die heldere wetten zullen volgens Beccaria afschrikkend wer-

42 Groenhuijsen 2002, p. 41.

43 Dupont 1979, p. 50-51.

44 Daarin onderscheidt Montesquieu zich van Locke, zie Groenhuijsen 2002, p. 37.

45 Montesquieu (1748) 2006, XI, 6, p. 221.

46 Beccaria (1764) 1982, p. 45.

47 Groenhuijsen 1996, p. 99-100.

48 Uitgebreid daarover paragraaf 2.2.5.

49 Beccaria (1764) 1982, p. 55.

ken.⁵⁰ Ook Montesquieu staat noodzakelijk voor heldere wetten, omdat daarmee de willekeur en eigen macht van rechters wordt beperkt.⁵¹ Waar hij het heeft over binding van de rechter aan de wet, komt terloops aan de orde dat het gaat om 'nauwkeurig geformuleerde' wetten.⁵²

Over de derde deelnorm, de *grenzen aan rechterlijke interpretatievrijheid*, moet iets verder worden uitgeweid. Gebondenheid van de rechter aan de wet wordt doorgaans in verband gebracht met Montesquieu, wiens beschrijving van de rol van de rechter in de *trias politica* in de loop der jaren iets van een karikatuur heeft gekregen. Eerstejaars rechtenstudenten leren over zijn beeld van de rechter als '*bouche de la loi*' of 'de mond die de woorden van de wet spreekt', 'willoze wezens' die de wet niet mogen interpreteren.⁵³ De studenten wordt niettemin meteen ook ingeprent dat interpretatie een onvermijdelijk aspect is van de rechterlijke arbeid. Er wordt echter verschillend gedacht over of die weergave van de rechter als willoze spreekbuis wel recht doet aan de denkbeelden van Montesquieu. De moeilijkheid is dat Montesquieu zijn uitspraken over de rechter steeds doet in de context van één van de staatsvormen en dat in die staatsvormen ook de wetten verschillend zijn. In de republiek dienen de wetten alleen om de vrijheid te garanderen en kunnen daarom ze duidelijk zijn, zodat de rechter nog maar weinig aan interpretatie hoeft te doen. In de monarchie zijn de wetten complexer en daarom niet altijd volledig helder. In de republiek is de rechter slechts een spreekbuis van de wet, in de monarchie moet hij soms de wet interpreteren naar de 'geest van de wet'. Uit het werk van Montesquieu zijn kortom verschillende conclusies te trekken over de wijze waarop de *trias politica* moet worden vormgegeven, meer in het bijzonder over de rol die de rechter daarin heeft.⁵⁴ Aan de ene kant verdedigt Groenhuijsen de 'klassieke' uitleg dat Montesquieu wel degelijk de rechter strak aan de wet beoogt te binden. Dat blijkt volgens hem onder meer uit het feit dat Montesquieu rechtspraak in verschillende gevallen wil overlaten aan (het adellijk deel van) de wetgever. Zo mag de rechter geen mildere straf opleggen dan de wet voorschrijft; als de wet te streng is moet de wetgever optreden en niet de rechter.⁵⁵ Groenhuijsen vindt voor die opvatting steun bij Schönfeld.⁵⁶ Melai verdedigt een uitleg van Montesquieu die meer in overeenstemming is met moderne opvattingen over interpretatie. Melai ziet in de opmerkingen van Montesquieu een 'korzelige plaatsaanwijzing' voor

50 Beccaria (1764) 1982, p. 55.

51 Groenhuijsen 2002, p. 37; Nan 2011, p. 68.

52 Montesquieu (1748) 2006, VI, 3, p. 125.

53 Montesquieu (1748) 2006, XI, 6, p. 227.

54 Zie Witteveen 1991, p. 30-35 en Wiarda/Koopmans 1999, p. 13-15.

55 Groenhuijsen 2002, p. 29-37.

56 Schönfeld verrichtte promotieonderzoek naar het werk van Montesquieu en kwam tot de conclusie dat het beeld van de rechter als spreekbuis van de wet onjuist was, behalve in het strafrecht. In het strafrecht moet de rechter wél de letter van de wet volgen. Zie Schönfeld 1979, p. 74.

de rechter: het moest maar eens gedaan zijn met de willekeur in de rechtspraak.⁵⁷ Daarbij zou Montesquieu zich heel goed bewust zijn van de noodzaak tot interpreteren, het is voor hem niettemin een politiek streven.⁵⁸

De discussie over binding van de rechter aan de wet is al zo oud als het idee zelf, en dit is niet de plaats om die discussie te beëindigen. In ieder geval is duidelijk dat de denkbeelden die terecht of onterecht aan Montesquieu worden toegeschreven wel courant waren in zijn tijd. Beccaria was, in ieder geval explicieter dan Montesquieu en misschien ook wel meer dan Montesquieu, een echte fakkeldrager van een strikt interpretatieverbod voor de rechter. Als de wet moet worden geïnterpreteerd, dan moet die taak aan de soeverein worden opgedragen.⁵⁹ Beccaria zag een veroordeling als het product van een syllogistische redenering, en anders dan bij Montesquieu mag de rechter daarbij nooit rekening houden met de 'geest van de wet'.⁶⁰ De argumenten daarvoor vond hij in de leer van machtscheiding die hij van Montesquieu had overgenomen.⁶¹ Onbestreden bleef deze opvatting ook toen al niet. In de Nederlandse vertaling van 'Over misdaden en straffen' werd een noot opgenomen van Morellet, die in 1765 een Franse vertaling maakte van het boek. Morellet merkte op dat hoewel het streven naar het uitbannen van willekeur juist is, dit nooit geheel mogelijk is. De wet is in algemene termen verrat en het bewijs biedt nooit volledige zekerheid. Om nodeloze wreedheid van straffen te voorkomen moest de rechter volgens Morellet juist wel rekening houden met de geest van de wet.⁶²

De conclusie dat grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid zijn af te leiden uit het werk van in ieder geval Beccaria en in zekere mate ook Montesquieu, is op grond van het bovenstaande gerechtvaardigd. De argumentatie was gebaseerd op het wetspositivistische uitgangspunt, volgens hetwelk de rechter alleen de geschreven wet mocht toepassen. Het gewoonterecht en andere vormen van ongeschreven recht wilden zij uitbannen, mede omwille van het door beide auteurs gehuldigde ideaal van gelijke wetstoepassing. De mate waarin en de wijze waarop de rechter de wet mocht interpreteren is voor meerderlei uitleg vatbaar, maar vaststaat dat de rechter zich moest baseren op de wet. Doet hij dat niet, dan wordt rechtspraak willekeurig en onvoorspelbaar, en vinden de burgers geen gemoedsrust. Een tweede argument voor het analogieverbod dat kan worden afgeleid uit het werk van Montesquieu is de leer van de machtscheiding: de wetgever maakt algemene wetten, de rechter past ze toe in het concrete geval. Als laatste is bij Rousseau de rechter vooral aan de wet gebonden omdat het volk de strafbare feiten mag vaststellen, niet

57 Melai 1968, p. 11.

58 Melai 1968, p. 11.

59 Beccaria (1764) 1982, p. 49.

60 Beccaria (1764) 1982, p. 48-51; Nan 2011, p. 70-73; Frände 1989, p. 105-106.

61 Frände 1989, p. 105-108.

62 Zie noot 1 van Morellet op p. 52-53 in Beccaria (1764) 1982.

de rechter. De rechter ontbeert de daartoe noodzakelijke democratische legitimatie. Het analogieverbod volgt dus uit het ideaal van vrijheid, machtscheiding en democratische legitimatie.

Ook het *verbod van terugwerkende kracht* kan worden afgeleid uit de idealen en ideeën van de verlichtingsdenkers. Het is opvallend dat het retroactiviteitsverbod in het denken van voor en tijdens de Middeleeuwen van alle deelnormen het beste te herkennen was, terwijl in het werk van Montesquieu en Beccaria het analogieverbod een veel prominenter rol inneemt ten koste van het verbod van terugwerkende kracht. Dit kan worden verklaard door het institutionele karakter van het werk van met name Montesquieu en Rousseau, waardoor de verhouding tussen de organen in de *trias politica* belangrijker wordt. Maar ook bij Beccaria is het retroactiviteitsverbod niet expliciet te vinden. Ondanks het gegeven dat dit weinig expliciet aan de orde kwam in de hier besproken werken, is het legaliteitsbeginsel zoals het uiteindelijk in de *Déclaration* wordt opgenomen geformuleerd als verbod van terugwerkende kracht. Ook in de meeste hedendaagse formuleringen is het legaliteitsbeginsel opgesteld als een retroactiviteitsverbod. Het retroactiviteitsverbod volgt in de eerste plaats, hoewel niet expliciet, logisch uit het werk van Montesquieu. Terugwerkende kracht van strafbepalingen zou rechtstreeks indruisen tegen het doel van Montesquieu om de politieke vrijheid van burgers te garanderen.⁶³ Zij kunnen immers nooit een *tranquillité d'esprit* ervaren als een gedraging *ex post facto* kan worden gecriminaliseerd. Bovendien volgt het retroactiviteitsverbod uit het wetsbegrip van Montesquieu, dat inhoudt dat een wet algemeen moet zijn. Een wet is algemeen indien het feit herhaalbaar is en het subject verwisselbaar.⁶⁴ In de algemeenheid van de wet ligt ook besloten dat allen een gelijke aanspraak kunnen maken op die wet, en in die zin is het wetsbegrip rechtstreeks gerelateerd aan het gelijkheidsideaal.⁶⁵ Dit wetsbegrip wordt gedeeld door Rousseau en Beccaria.⁶⁶ Als een regel wordt geformuleerd die van toepassing is op zaken uit het verleden, zijn feit en subject niet meer herhaalbaar en verwisselbaar.⁶⁷ Het verbod van terugwerkende kracht kan daarom worden gegrondvest op het wetsbegrip en de idealen van vrijheid en gelijkheid. In de literatuur is opgemerkt dat de leer van de machtscheiding zich niet tegen terugwerkende kracht verzet.⁶⁸ Dat is op zichzelf genomen juist, maar de machtscheiding vormt wel een argument voor de algemeenheid van de wet: de onafhankelijke positie van de rechter wordt gewaarborgd indien de wetgever alleen algemene bevelen kan geven, en geen rechtsoordelen over concrete gevallen.⁶⁹ Omdat de wetgever niet de taak van de

63 In die zin ook Schreiber 1976, p. 58-61; Frände 1989, p. 102-103.

64 Melai 1968, p. 21.

65 Mevis 2000, p. 4-6.

66 Rousseau (1762) 1995, p. 67-68; Beccaria (1764) 1982, p. 46.

67 Groenhuijsen 2002, p. 37.

68 Zie Schreibers beschrijving van de positie van Binding, Schreiber 1976, p. 58.

69 Melai 1968, p. 20-22.

rechter mag overnemen, moet de wetgever zich beperken tot algemene (en dus: vooruitwerkende) beslissingen. Aldus fundeert machtsverdeling het wetsbegrip, en daarmee indirect het verbod van terugwerkende kracht.

Het *mildheidsgebod* is net als het *lex scripta*-gebod nog afwezig als beginsel in het werk van de hier besproken verlichtingsdenkers. De ratio van dat beginsel is een afwijkende ten opzichte van de andere deelnormen en zal uitvoerig aan de orde komen in hoofdstuk 8.⁷⁰ Toch is het mildheidsgebod evengoed een product van de Verlichting. In de wetboeken die werden ontworpen kort na de Franse Revolutie komt steeds een dergelijke bepaling voor.⁷¹ Op twee manieren is te zien dat het beginsel binnen de hierboven beschreven ontwikkelingen past. Ten eerste is gesteld dat het rechtspositivisme een voorwaarde is voor het opkomen van vragen van overgangsrecht. Voor de Verlichting kon dit beginsel, evenmin als het verbod op terugwerkende kracht, dus geen algemene verbindende kracht krijgen omdat het recht niet uitsluitend werd gezien als een product van menselijk handelen. Daarnaast kan uit het ideaal van vrijheid worden afgeleid dat geen zwaardere straf zal worden opgelegd dan noodzakelijk: daarop kan het beginsel worden gebaseerd dat wetten die milder zijn geworden met terugwerkende kracht worden toegepast, aangezien een zwaardere straf of ruimere strafbepaling kennelijk niet langer noodzakelijk is.⁷²

Het moge duidelijk zijn dat uit de geschriften van de belangrijkste verlichtingsdenkers niet één heldere instructie voor de inrichting van staat en strafrecht kan worden opgetekend. Daarvoor zijn de denkbeelden te verschillend. Toch kan de Verlichtingserfenis goed worden samengevat door te wijzen op de bondige formulering van het legaliteitsbeginsel van Von Feuerbach. Von Feuerbach omschrijft het beginsel in zijn *Lehrbuch* uit 1801 in drie Latijnse adagia die het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking brengen: *nulla poena sine lege* (geen strafoplegging die niet op de wet is gebaseerd), *nulla poena sine crimine* (geen strafoplegging als niet een door de wet strafbaar gestelde daad is begaan) en *nullum crimen sine poena legali* (geen strafbaar gesteld feit zonder toepassing van de door de wet bedreigde straf).⁷³ Op deze beginselen kunnen geen uitzonderingen worden gemaakt.⁷⁴ Aan Von Feuerbach danken we dus de Latijnse formulering van het beginsel *nullum crimen sine lege*, die later soms tot verwarring over een vermeende Romeinsrechtelijke oorsprong zou leiden.⁷⁵

70 Kort gezegd kan terugwerkende kracht van gunstiger bepalingen niet worden gefundeerd in het rechtszekerheidsbeginsel, maar wordt het gerelateerd aan clementie, rechtsvernieuwing of het beginsel van proportionaliteit van straffen. Zie daarover paragraaf 8.2.2.

71 Knigge 1984, p. 309-313.

72 Zie in vergelijkbare zin Juratowitch 2008, p. 117.

73 Von Feuerbach 1847/Mittelmaier, p. 41. De vertaling van de Latijnse frases komt uit 't Hart 1983, p. 209.

74 Von Feuerbach/Mittelmaier 1847, p. 41.

75 Zie paragraaf 2.2.1.

Bij Von Feuerbach staat het legaliteitsbeginsel, net als bij Beccaria, in het licht van de afschrikkende werking van het strafrecht. Hij formuleerde daartoe de theorie van de psychologische dwang: door de dreiging met straf zouden potentiële daders worden afgeschrikt omdat de kosten van deviant gedrag hoger worden dan de baten.⁷⁶ Evenals Beccaria gaat hij dus uit van de mens als calculerend en rationeel beslissend wezen. Het actuele belang van zijn werk is mijns inziens echter meer gelegen in de formulering van het legaliteitsbeginsel dan in de onderbouwing ervan.

2.2.5 Recente geschiedenis

Over de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in de negentiende eeuw is betrekkelijk weinig geschreven, met uitzondering van het werk van Schreiber en een artikel van Groenhuijsen over de invloed van de Historische School op het legaliteitsbeginsel.⁷⁷ De negentiende eeuw wordt ten onrechte buiten de historische beschouwingen over het legaliteitsbeginsel gelaten: sinds die periode wordt het wetspositivisme niet langer gezien als absolute voorwaarde voor de rechtsstaat, maar als een politieke keuze.⁷⁸ Bovendien vormt die periode de opmaat voor het geleidelijk loslaten van het legaliteitsbeginsel in de aanloop naar en tijdens de periode van de Tweede Wereldoorlog.

Schreiber en Groenhuijsen beschrijven ten eerste hoe het legaliteitsbeginsel een tamelijk vanzelfsprekende plaats kreeg in de strafwetten en grondwetten na de Franse Revolutie en daarmee stevig in het strafrecht werd verankerd.⁷⁹ Desondanks stond het legaliteitsbeginsel in de literatuur voortdurend ter discussie en in wezen verandert de visie daarop al vrij snel. De belangrijkste factor daarbij was de invloedrijke Historische School die het rechtsdenken in Duitsland transformeerde met auteurs als Savigny en Puchta. In het kort werd het legaliteitsbeginsel door de Historische School al snel minder strikt opgevat.⁸⁰ Het werd nog steeds gezien als dienstig aan het verwezenlijken van vrijheid en de rechtsstaat,⁸¹ maar daarnaast werd soms verwezen naar het schuldbeginsel als grondslag.⁸² Het strikte wetspositivisme werd losgelaten, niet ten gunste van het natuurrecht maar wel van gewoonterecht en analogische toepassing van wet en recht als bronnen van strafrecht.⁸³ Groenhuijsen beschrijft hoe de Historische School zich verzette tegen de codificatiegedachte

76 Von Feuerbach/Mittelmaier 1847, p. 36-44.

77 Schreiber 1976, p. 118-180; Groenhuijsen 1996.

78 Groenhuijsen 1996, p. 99-100.

79 Schreiber 1976, p. 118; Groenhuijsen 1996, p. 87-88.

80 Schreiber 1976, p. 124-155.

81 Schreiber 1976, p. 155, zie ook Mevis 2000, p. 6-10.

82 Schreiber 1976, p. 155.

83 Schreiber 1976, p. 124-155; Groenhuijsen 1996, p. 96-97. Schreiber en Groenhuijsen wijzen er daarbij beide op dat de opvattingen binnen de Historische School zeer sterk uiteenliepen.

en de daarbij behorende wetspositivistische bronnenleer: volgens Savigny is de wezenlijke bron van het recht de *Volksgeist*. Savigny zag de *Volksgeist* als een gezamenlijk product van de menselijke natuur en de eigenaardigheden van een volk. Het recht moet een volledig of integer systeem vormen en daarom moet de rechter, indien de wetgever geen uitdrukkelijke wil kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van een bepaalde interpretatievraag, met behulp van analogisch redeneren toch een oplossing zoeken die past in het rechtsstelsel.⁸⁴ De geschreven wet werd volgens Schreiber niettemin als superieur beschouwd.⁸⁵ Binding van de rechter aan de wet was niet zozeer een absolute regel, maar werd in toenemende mate gezien als een beginsel van wetgevingsbeleid. Bij deze stand van zaken was het niet echt nodig om aan het verbod van terugwerkende kracht te tornen, en ook het mildheidsgebod bleef als algemeen geaccepteerd beginsel buiten de discussie.⁸⁶ De belangrijkste modificaties lagen in het afzwakken van de wetspositivistische bronnenleer als noodzakelijk uitgangspunt tot een optionele regel, en in een versoepeling van het analogieverbod. De kritiek op het klassieke legaliteitsbeginsel werd nog sterker aan het eind van de negentiende eeuw.⁸⁷ In Nederland kreeg het legaliteitsbeginsel niettemin als vanzelfsprekend plaats in het wetboek van 1886. Artikel 1 Sr beperkt de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid tot de wet, en ook het analogieverbod wordt geacht deel uit te maken van dat artikel. De kritiek op het legaliteitsbeginsel heeft aldus weinig gevolgen gehad voor het Nederlands Wetboek van Strafrecht.

Groenhuijsen verklaart de waaier aan standpunten ten tijde van de Historische School door de moeizame poging die daarin moest worden gedaan een niet-exclusieve bronnenleer te verenigen met het ideaal van rechtsbescherming.⁸⁸ Dit standpunt illustreert hij met het werk van Zachariae, waarin een op punten zeer strikt retroactiviteitsverbod werd bepleit, terwijl tegelijkertijd een veelheid aan uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel mogelijk werd geacht. Uitzonderingen waren niet problematisch voor Zachariae, omdat het ging om gevallen waarin de dader slechts zijn 'werkelijk verdiende straf' kreeg.⁸⁹ Het criterium van 'werkelijk verdiende straf' verhoudt zich, zo kan met Groenhuijsen worden geconstateerd, moeizaam tot het ideaal van rechtsbescherming. Daarmee past het werk van Zachariae volgens Groenhuijsen 'in de denkwereld waarin de autoriteit van het beginsel wordt ondergraven'.⁹⁰ Het wetspositivisme veranderde in de negentiende eeuw van een wetenschappelijk uitgangspunt in een politieke keuze. Groenhuijsen schrijft hierover: 'Het

84 Groenhuijsen 1996, p. 88-92.

85 Schreiber 1976, p. 129-130, p. 155; in navolging daarvan Groenhuijsen 1996, p. 96.

86 Schreiber 1976, p. 140, 154-155.

87 Met als hoogtepunt de kritiek van Binding, die zich verzet tegen de 'tyranie' van het legaliteitsbeginsel, zie daarover Schreiber 1976, p. 169-180.

88 Groenhuijsen 1996, p. 95-96.

89 Groenhuijsen 1996, p. 92-95.

90 Groenhuijsen 1996, p. 94.

stellen van buitengrenzen aan het strafrechtelijke optreden van de overheid wordt niet langer een zaak van wetenschap geacht, maar een van politiek.⁹¹ Welke rechtsbronnen worden geaccepteerd in een rechtsorde was niet langer een kwestie van wetenschap, maar een kwestie van kiezen. Groenhuijsen ziet dit als een positieve ontwikkeling: de rechtsbeschermende functie van het legaliteitsbeginsel is niet langer afhankelijk van heersende wetenschappelijke opvattingen, maar een politieke verantwoordelijkheid.⁹²

De ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in grofweg de negentiende eeuw vormt mede de achtergrond van de discussie over het legaliteitsbeginsel die zich vanaf de jaren twintig van de 20^e eeuw ontspon in Nederland. Er kwam een discussie op gang die zich met name richtte op de interpretatievrijheid van de rechter, en die in wezen nooit meer is gestaakt.⁹³ Meerdere ontwikkelingen hebben aan het ontstaan van die discussie bijgedragen, waarvan ik er hier twee noem.

De eerste is de langzaam veranderende verhouding tussen de gemeenschap en het individu. Hierin werd het denken beïnvloed door het nationaalsocialisme dat in Duitsland in opkomst was en waarin zich dezelfde ontwikkeling voordeed.⁹⁴ Waar in de Verlichting het individu langzaam emancipeerde uit het collectief, groeide in de eerste decennia van de twintigste eeuw in Nederland de opvatting dat de gemeenschap moest prevaleren boven het individu.⁹⁵ Er werd daarom in toenemende mate gepleit voor het afschaffen van het analogieverbod, dat ten onrechte de belangen van het individu boven die van de samenleving zou plaatsen. De vraag die de NJV in 1934 stelde aan haar preadviseurs is veelzeggend: 'Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidig strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort?'⁹⁶ Met name de eerste preadviseur, Hooykaas, beantwoordde deze volmondig bevestigend. De kritiek op het legaliteitsbeginsel is echter geenszins onweersproken gebleven.⁹⁷

De tweede oorzaak voor een hernieuwde discussie over het legaliteitsbeginsel was de opkomst van sociaaleconomische wetgeving.⁹⁸ Steeds meer facetten

91 Groenhuijsen 1996, p. 100.

92 Groenhuijsen 1996, p. 99-100.

93 Zie voor een bespreking van het denken over legaliteit in de periode voorafgaand aan de Tweede Wereldoorlog Jansen 2006.

94 Zie daarover opnieuw Schreiber 1976, p. 191-193.

95 Ook Jansen 2006 plaatst deze discussie in de sleutel van individu versus collectief. Zie ook Schünemann 1978, p. 1, waar met instemming Von Liszt wordt geciteerd die het legaliteitsbeginsel typeert als de bescherming van de burger '*gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit*'; Hazewinkel-Suringa 1968, p. 296-297, volgens wie de opheffing van het analogieverbod (mede) voortkwam uit de opvatting dat de gemeenschap belangrijker is dan het individu; Nan 2011, p. 80-87.

96 Hooykaas 1934; Marx 1934.

97 Zie Jansen 2006; Nan 2011, p. 80-87.

98 Stolwijk 1986, p. 162-163.

van het leven werden gereguleerd door de overheid en het recht krijgt een meer sturend karakter. Rond de overgang naar de twintigste eeuw werd de liberale nachtwakersstaat ingeruild voor de verzorgingsstaat, waarbij de overheid veel actiever dan voorheen ingreep in het leven van burgers. Tegelijkertijd groeide door het complexer en veranderlijker worden van de samenleving de onmacht van de wetgever om te voorspellen in welke strafbepalingen moest worden voorzien.⁹⁹ Onder deze omstandigheden werd het moeilijker de rechtszekerheid en machtsverdeling te waarborgen.

In 1939 brak de Tweede Wereldoorlog uit. Het legaliteitsbeginsel stond al, zoals zojuist besproken, om verschillende redenen onder druk. Vanaf het eind van de jaren dertig leidden deze en andere ontwikkelingen tot de afschaffing van het analogieverbod in een aantal landen, waaronder in 1943 in het bezette Nederland. In plaats daarvan meldde het wetboek: 'Valt een feit niet onder den tekst, doch wel onder de grondgedachte van eene wettelijke strafbepaling, zoo is de strafbepaling toepasselijk, indien het feit naar gezond rechtsgevoel strafwaardig is'. Daarmee werd het wetspositivisme in het positieve recht expliciet verlaten. Onder het nationaalsocialistisch regime prevaleerden de belangen van het collectief volledig boven de belangen van individuen.¹⁰⁰

De oorlog heeft tegenstrijdige gevolgen gehad voor het legaliteitsbeginsel. Aan de ene kant heeft de oorlog het ideaal van politieke vrijheid voor burgers en bescherming tegen willekeurige en excessieve machtsuitoefening nieuw leven ingeblazen. Het legaliteitsbeginsel wordt, zo schrijft Stolwijk, sinds de oorlog gerekend tot de onveranderlijke fundamenteën van de rechtsstaat.¹⁰¹ Het legaliteitsbeginsel maakte als vanzelfsprekend deel uit van de mensenrechtenverdragen die na de oorlog werden gesloten en die supranationale bescherming moesten bieden tegen uit het lood slaande en geslagen nationale overheden. Het legaliteitsbeginsel kreeg een plaats in artikel 7 EVRM en behoort tot de rechten waarop geen uitzondering mogelijk is in geval van een noodtoestand.¹⁰²

Niettemin wakkerde de oorlog ook sentimenten tegen het legaliteitsbeginsel aan.¹⁰³ Radbruch gaf het positivisme zelfs min of meer de schuld van de degeneratie van het recht, omdat het met het adagium *Gesetz ist Gesetz* tot een onkritische houding ten opzichte van het recht had geleid. Volgens Radbruch wordt in het positivisme absolute waarde gehecht aan de rechtszekerheid, waardoor doelmatigheid maar vooral de gerechtigheid er bekaaid vanaf komen, terwijl in sommige gevallen de rechtszekerheid het juist zou moeten afleggen

⁹⁹ Hazewinkel-Suringa 1968, p. 296-297.

¹⁰⁰ Jansen 2006.

¹⁰¹ Stolwijk 1986, p. 167.

¹⁰² Art. 15 lid 2 EVRM.

¹⁰³ Zie Nan over Pompe en Van Eck, Nan 2011, p. 87-89.

tegen de rechtvaardigheid.¹⁰⁴ Ook in de naoorlogse rechtspleging werd het legaliteitsbeginsel als knellende hinderpaal ervaren. Het schrijnende feit was dat de wandaden van de te berechten nationaalsocialisten op instigatie van de staat waren begaan, waardoor verdachten zich probeerden te beroepen op het wettelijk voorgeschreven, of in ieder geval wettelijk gesanctioneerd zijn van hun gedragingen op het moment dat zij werden begaan. Dit verweer wenste men niet te honoreren.¹⁰⁵ Ook werd de behoefte gevoeld met terugwerkende kracht de doodstraf in te voeren en ten uitvoer te leggen. In het Besluit Buitengewoon Strafrecht werden daarom enkele gedragingen met terugwerkende kracht strafbaar gesteld en werd de doodstraf opnieuw ingevoerd. Men brak in de woorden van Groenhuijsen openlijk met het legaliteitsbeginsel, en dat met instemming van het merendeel van de rechtswetenschappers van dat moment. Daaraan lag echter geen wens tot afschaffing van het legaliteitsbeginsel ten grondslag, maar de gevoelde noodzaak om gezien de uitzonderlijke omstandigheden dit eenmalig buiten toepassing te laten.¹⁰⁶ Ook de naoorlogse tribunalen worstelden met het legaliteitsbeginsel. Artikel 7 EVRM kreeg, hoewel artikel 15 EVRM afwijking in het noodrecht uitsluit, een tweede lid waarin misdrijven 'overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaaftde volken worden erkend' worden uitgezonderd van het eerste lid. Daarmee werd beoogd de naoorlogse rechtspleging te legitimeren.¹⁰⁷

De Tweede Wereldoorlog heeft dus zowel geleid tot een verhoging van de status van het legaliteitsbeginsel als eeuwige voorwaarde voor de rechtsstaat, als tot een belangrijk voorbehoud bij de toepassing ervan. Dat voorbehoud heeft tot niet onbelangrijk gevolg dat ten aanzien van bepaalde misdrijven in het EVRM geen strikt wetspositivisme wordt gehanteerd.

2.3 FUNDAMENTEN VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL

In de strafrechtelijke literatuur wordt uit de hierboven beschreven geschiedenis van het legaliteitsbeginsel een veelheid aan grondslagen voor het legaliteitsbeginsel afgeleid.¹⁰⁸ Drie belangrijke pijlers kunnen daaruit worden gededistilleerd: rechtszekerheid, machtsverdeling en afschrikking (uiteraard worden daarvoor door diverse auteurs verschillende begrippen gebruikt). Om het hier centraal staande onderzoeksthema, de doorwerking van Europees recht in het

104 Namelijk wanneer het recht is verworpen tot 'unrichtig Recht', Radbruch (1950) 1973, p. 339-350, m.n. p. 344-347.

105 Groenhuijsen 2000.

106 Zie daarover Groenhuijsen 2000; Knigge 1984, p. 193-195.

107 Boot 2002, p. 158-159, 170.

108 Groenhuijsen 1987, p. 25-31; Schünemann 1978, p. 9-17; Frände 1989, p. 116-119; Kristen 2010, p. 642.

materiële strafrecht, zo goed mogelijk over het voetlicht te krijgen is gekozen voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling als fundamenten.

Afschrikking speelt evenwel geen rol voor het onderzoek. De reden daarvoor is dat de doelmatigheid ofwel een argument kan vormen om de deelnormen *niet* toe te passen, ofwel zo moet worden geherformuleerd dat doelmatigheid hetzelfde is als rechtszekerheid in objectieve zin. Daarnaast speelt mee dat afschrikking met juridische onderzoeksmethoden niet goed kan worden beoordeeld, en dat het minder goed past bij het mensbeeld van de autonome mens dat in de volgende subparagraaf zal worden geschetst. Afschrikking kan ten eerste onder omstandigheden vragen om *minder* strikte naleving van het legaliteitsbeginsel. Fuller en Von Feuerbach pleiten voor heldere wetgeving opdat burgers de calculatie kunnen maken wat hun gedrag zal kosten en opleveren. In de literatuur is er echter op gewezen dat een zekere vaagheid van de wet burgers extra voorzichtig kan maken, net zoals analoge toepassing van strafbepalingen afschrikkend kan werken, waardoor schendingen van de deelbeginselen van legaliteit juist van instrumenteel belang kunnen zijn voor generale preventie.¹⁰⁹ Vage randen van het strafrecht perken de vrijheid van burgers verder in dan strikt noodzakelijk.¹¹⁰ Dit betekent dat er een tegenstelling kan bestaan tussen het nastreven van doelmatigheid en het legaliteitsbeginsel. Dat probleem kan worden opgelost door te wijzen op de reciproque relatie tussen overheid en burgers, waaruit volgt dat burgers niet geneigd zullen zijn de wet na te leven indien de wetgever daar niet de garantie tegenover stelt dat het ook deze regels zijn die op het gedrag van de burger zullen worden toegepast.¹¹¹ Schünemann ziet daarom afschrikking, of eigenlijk in bredere zin *doelmatigheid* als fundament van het legaliteitsbeginsel, maar legt doelmatigheid aldus uit dat indien het strafrecht geen rechtszekerheid biedt, het ook niet doelmatig zal zijn.¹¹² In die uitleg heeft afschrikking of doelmatigheid geen toegevoegde waarde meer ten opzichte van rechtszekerheid: deze doelmatigheid wordt namelijk alleen bereikt door rechtszekerheid.

In deze paragraaf worden het strafrechtelijk fundament van rechtszekerheid en het staatsrechtelijk fundament van staatkundige machtsverdeling nader toegelicht, en wordt uiteengezet hoe deze begrippen in dit onderzoek worden gehanteerd. De paragraaf begint met een korte beschrijving van vrijheid en autonomie als ultieme doelstelling van het legaliteitsbeginsel. In de daarop volgende subparagrafen worden rechtszekerheid en machtsverdeling gedefi-

109 Brouwer heeft het in dit verband over een '*chilling effect*' dat de vrijheid van burgers verder inperkt dan noodzakelijk, maar door de samenleving zelden zal worden betreurd, zie Brouwer 2008a, p. 184-185, 197-200; Brouwer 2008b, p. 260-262; Frände 1989, p. 146-148.

110 Brouwer 2008b, p. 260-262.

111 Fuller 1969, p. 38-41. Daarbij heeft Fuller het wel over een *total failure* om het legaliteitsbeginsel na te leven.

112 Schünemann 1978.

nieerd als het strafrechtelijk en staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel.

2.3.1 Individuele vrijheid en autonomie

Het legaliteitsbeginsel is gericht aan de overheid en beoogt de individuele vrijheid en autonomie van burgers te verzekeren.¹¹³ Vrijheid wordt in dit onderzoek begrepen in overeenstemming met Verlichtingsideaal van vrijheid, zoals dat in paragraaf 2.2.2 uiteen is gezet: vrijheid is niet alleen de vrijheid om te doen wat de wet niet verbiedt, vrijheid omvat ook de zekerheid dat overheidsingrijpen aan de wet is gebonden. Vrijheid heeft als doel van het legaliteitsbeginsel uitsluitend betrekking op de verticale relatie tussen de burger en de overheid, en niet op de relatie tussen burgers onderling.

Individuele autonomie behelst het mogelijk maken van oordeelsvorming over de handelingsmogelijkheden.¹¹⁴ Daarin ligt echter niet, zoals in het mensbeeld van de *homo economicus* wel het geval is, de verwachting besloten dat mensen daadwerkelijk hun gedragingen afstemmen op de strafwet. Wat betreft het mensbeeld wordt dus in het onderhavige werk een zekere afstand genomen ten opzichte van het Verlichtingsdenken.¹¹⁵ Het begrip autonomie zoals Brouwer dat omschrijft omvat mede de menselijke waardigheid in de zin dat uit de erkenning van de autonomie een gelijke aanspraak op vrijheid voor iedereen voortvloeit, alsmede respect voor de mens als doel in zichzelf, en niet als middel.¹¹⁶ Om de vrijheid en autonomie van burgers te waarborgen, moet het recht burgers beschermen tegen 'excessieve machtsuitoefening door de overheid'.¹¹⁷ Die bescherming is de uiteindelijke bestaansreden van het legaliteitsbeginsel en de kern van de aanspraak die het individu heeft jegens de wetgever en rechter die hem strafrechtelijk aansprakelijk stellen.¹¹⁸

Door het bieden van rechtszekerheid en door het verdelen van macht kan het legaliteitsbeginsel bijdragen aan het verwezenlijken van vrijheid en autonomie van burgers.¹¹⁹ Rechtszekerheid en machtsverdeling vormen het strafrechtelijke respectievelijk het staatsrechtelijke fundament van het legaliteits-

113 Brouwer 2008b, p. 255-262.

114 Brouwer 2008b, p. 255-262.

115 Het mensbeeld van de rationele en calculerende mens speelt een belangrijke rol voor de veronderstelde afschrikkende werking van het strafrecht, bijvoorbeeld in het werk van Von Feuerbach en Beccaria.

116 Brouwer 2008b, p. 255-262.

117 Groenhuijsen 1987, p. 45.

118 Brouwer 2008b, p. 255-262.

119 Satzger onderscheidt ook een rechtsbeschermende en machtsverdelende component van het bepaaldheidsgebod, zie Satzger 2004, p. 943-944.

beginsel.¹²⁰ Rechtszekerheid maakt het voor burgers mogelijk hun gedrag af te stemmen op het recht, zij kunnen strafrechtelijk optreden voorzien en voorkomen met hun gedrag en de wet wordt gelijkelijk toegepast op gelijke gevallen. Machtsverdeling zorgt ervoor dat de macht van de wetgever en de rechter beperkt is, in absolute zin maar ook ten opzichte van de andere machten, doordat wederzijdse invloed bestaat op elkaars beslissingen (*checks and balances*). De rechter is bij het beoordelen van de strafbaarheid van een gedraging gebonden aan het recht, waardoor zijn autonomie beperkt is. De wetgever mag strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen, maar wel uitsluitend in algemene wetten waardoor de onafhankelijkheid van de rechter gewaarborgd is. Rechtszekerheid en machtsverdeling kunnen dus worden gezien als middelen om het doel van politieke vrijheid en autonomie te realiseren. Deze middelen worden vertaald in concrete gedragsnormen in de deelnormen van het legaliteitsbeginsel. Zij verhouden zich tot die deelnormen als subdoelen van het legaliteitsbeginsel. De deelnormen in het model zijn de vijf normen die in dit boek worden onderzocht: de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, het bepaaldheidsgebod, de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid, het retroactiviteitsverbod en het mildheidsgebod.

2.3.2 Rechtszekerheid: het strafrechtelijk fundament

In de hedendaagse Nederlandse literatuur wordt voor de achtergrond van het legaliteitsbeginsel overwegend verwezen naar de zekerheid en bescherming die het recht moet bieden aan burgers.¹²¹ Alle deelnormen van het legaliteitsbeginsel kunnen worden onderbouwd met een verwijzing naar rechtszekerheid, behoudens het mildheidsgebod (dat deels een afwijkende ratio heeft, die wordt besproken in paragraaf 8.2.2). Rechtszekerheid is daarom een overkoepelend belang: uiteindelijk kunnen alle fundamenteën worden herleid tot de rechtszekerheidsgedachte.¹²² Dat maakt het rechtszekerheidsbeginsel ook abstract en veroorzaakt soms begripsverwarring met het legaliteitsbeginsel zelf.

Rechtszekerheid wordt in dit onderzoek beschouwd als het *primaire* fundament. Wanneer de rechter een strafbepaling *extensief* interpreteert op een wijze die strijdt met de in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking komende bedoeling van de wetgever, is dat problematisch zowel vanuit het oogpunt van rechtszekerheid als van staatkundige machtsverdeling. Wanneer de rechter een strafbepaling *restrictief* interpreteert op een wijze die strijdt met de in de

120 Het onderscheid in een straf- en staatsrechtelijk fundament is zoals eerder aangegeven afkomstig van Schünemann 1978, hoewel Schünemann niet rechtszekerheid, maar doelmatigheid ziet als het strafrechtelijk fundament.

121 Een aantal voorbeelden: De Hullu 2015, p. 86-87; Borgers 2011, p. 105. In Kelk/de Jong wordt het primaat gelegd bij de 'constitutionele dimensie' die vooral machtscheiding inhoudt, Kelk/de Jong 2013, p. 100-106.

122 Groenhuijsen 1987, p. 31.

wetsgeschiedenis tot uitdrukking komende bedoeling van de wetgever, is dat niet langer problematisch vanuit het oogpunt van rechtszekerheid (in de uitleg die daar zojuist van is gegeven), maar wel vanuit het oogpunt van staatkundige machtsverdeling. Een dergelijke interpretatie wordt in dit onderzoek als een minder problematische schending van het legaliteitsbeginsel gezien. Daaruit blijkt dat het staatsrechtelijk fundament van machtsverdeling ondergeschikt is aan het strafrechtelijk fundament van rechtszekerheid.

In de uitleg van het rechtszekerheidsbeginsel kunnen drie thema's worden geïdentificeerd die nog om een nadere uitwerking vragen: 1) gaat het om rechtszekerheid in subjectieve of objectieve zin; 2) zijn de vereisten die eruit voortvloeien statisch of contextafhankelijk; en 3) aan wie moet het recht rechtszekerheid bieden: alleen aan de verdachte of ook aan het slachtoffer? De jurisprudentie van het Hof van Justitie zal worden geanalyseerd aan de hand van deze drie vragen. Ik voorzie ze hier alle drie van een korte toelichting.

Wanneer wordt verwezen naar rechtszekerheid, kan daarmee worden verwezen naar *rechtszekerheid in subjectieve of in objectieve zin*. Die concepties van rechtszekerheid leiden tot verschillende eisen voor wetgever en rechter. Het onderscheid is vergelijkbaar met het eerder gemaakte onderscheid in de uitleg van het vrijheidsbegrip: vrijheid als subjectieve geestesgesteldheid of als objectief kenmerk van het recht.¹²³ Rechtszekerheid in subjectieve zin betreft de ervaren zekerheid van een bepaald rechtssubject over zijn rechtspositie. Rechtszekerheid in objectieve zin betreft de kenmerken van het recht die subjectieve rechtszekerheid mogelijk maken.¹²⁴ Objectieve rechtszekerheid is een voorwaarde voor subjectieve rechtszekerheid, die zowel door Loth als Brouwer voorop wordt gesteld.¹²⁵ Het begrip objectieve rechtszekerheid heeft in mijn optiek daarnaast een zelfstandige waarde, en wanneer niet subjectieve, maar objectieve rechtszekerheid voorop wordt gesteld leidt dit tot een ander begrip van rechtszekerheid. Bij objectieve rechtszekerheid ligt de nadruk meer op de plichten van de overheid, terwijl bij subjectieve rechtszekerheid de nadruk ligt op de rechten van burgers. Het onderscheid is relevant omdat rechtszekerheid in objectieve zin altijd dezelfde eisen stelt aan het recht, terwijl bij de rechtszekerheid in subjectieve zin de rechtszekerheid geen kenmerk is van het recht zelf, maar van het rechtssubject. Dat betekent dat het mogelijk is dat het recht in objectieve zin onzeker is, terwijl bij het subject geen rechtsonzekerheid bestaat.¹²⁶ Ook ontstaat er, wanneer subjectieve rechtszekerheid het uitgangspunt is, ruimte voor het idee dat niet ieder rechtssubject evenveel zekerheid nodig heeft of verdient. De keuze voor een subjectieve of objectieve invulling van het rechtszekerheidsbegrip is een normatieve keuze. Peters heeft

123 Zie paragraaf 2.2.2.

124 Loth 2000, p. 85; Brouwer 2008a, p. 182-183.

125 Loth 2000, p. 85; Brouwer 2008a, p. 182.

126 Bijvoorbeeld omdat het rechtssubject zich überhaupt niet op de normen oriënteert.

zich expliciet verzet tegen de stelling dat het legaliteitsbeginsel niet voor alle rechtssubjecten op dezelfde wijze of in dezelfde mate zou gelden: dat zou een vrijbrief voor uitholling van de rechtsbeschermende functie ervan betekenen.¹²⁷

Objectieve rechtszekerheid stelt striktere eisen aan de rechtszekerheid: ook wanneer rechtssubjecten hun handelen niet daadwerkelijk afstemmen op het recht, moet het recht helderheid bieden over hun rechtspositie. Het belang van die mogelijkheid ligt in de erkenning van de mens als autonoom individu die zijn vrijheid kan verwezenlijken. Dat is volgens Groenhuijsen ook de betekenis van de *tranquillité d'esprit*: een objectieve toestand, geen inhoudelijk oordeel over de psychologische gesteldheid van een aanwijsbaar individu.¹²⁸ Objectieve rechtszekerheid past dus bij het mensbeeld van de autonome mens, terwijl subjectieve rechtszekerheid meer uitgaat van een rationeel handelende en calculerende mens. Die objectieve rechtszekerheid is van belang bij het voorkomen van willekeur. Het recht moet niet alleen duidelijkheid bieden aan de burger: het moet ook voor degenen die het recht toepassen richting geven bij het bepalen wie vervolgd en veroordeeld moet worden. Indien het recht onduidelijk is, kunnen politieke en justitiële autoriteiten hun handelen minder goed afstemmen op de wet en kan de gelijkheid onder de burgers minder goed worden gewaarborgd. Op die manier speelt rechtszekerheid een rol voor het waarborgen van gelijkheid en rechtsbescherming tegen overheidsingrijpen.

In de complexe, veranderlijke samenleving waarin de overheid tegelijkertijd een zeer grote rol speelt in het leven van burgers is het moeilijk om volledige objectieve zekerheid te bieden. Tegen die achtergrond hebben Hol en Gribnau een *contextueel bepaald concept van rechtszekerheid* ontwikkeld.¹²⁹ Het is duidelijk dat zij daarbij hun vertrekpunt nemen in de subjectieve rechtszekerheid. Het is een betrekkelijk eenvoudig concept dat stelt dat de behoefte aan rechtszekerheid afhankelijk is van de aard van de rechtsbetrekking, de aard van de rechtsnorm en de normadressaat. Asymmetrische rechtsbetrekkingen nopen tot grotere rechtszekerheid omdat ze niet zijn gebaseerd op consensualiteit maar op eenzijdig ingrijpen. Eenzelfde grote behoefte aan rechtszekerheid geldt voor normen die niet codificeren, maar modificeren, ergo een verandering in het gedrag van burgers of in de maatschappij beogen te bewerkstelligen.¹³⁰ De normadressaat is relevant om te bepalen welke verwachtingen mogen worden gekoesterd van het vermogen van de adressaat om het gedrag af te stemmen op complexe en eventueel gelede normen.¹³¹

127 Peters 1972, p. 10-11.

128 Groenhuijsen 2002, p. 36-37, besproken in paragraaf 2.2.2.

129 Hol & Gribnau 1999. Ook Loth noemt rechtszekerheid een 'contextafhankelijk gegeven', Loth 2000, p. 81, 88-91.

130 Dit onderscheid is afkomstig uit Koopmans 1970.

131 Hol & Gribnau 1999.

Naast het onderscheid tussen rechtszekerheid in objectieve en in subjectieve zin kan worden gekeken naar de reikwijdte van het rechtszekerheidsbegrip, of de vraag aan wie het recht rechtszekerheid moet bieden. De steeds groter wordende rol van het slachtoffer in het strafrecht heeft ertoe geleid dat rechtszekerheid in het strafrecht in toenemende mate ook wordt gezien als rechtszekerheid voor het slachtoffer. In een concrete zaak vereist het legaliteitsbeginsel volgens sommigen dat belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.¹³² Dit is tot op zekere hoogte te beschouwen als een herhaling in andere termen van de discussie over een formele of substantiële definitie van het legaliteitsbeginsel.¹³³ In de inleiding van dit boek is reeds besproken dat om verwarring te voorkomen het begrip rechtszekerheid in beginsel wordt beperkt tot de burger als verdachte, maar uiteraard wordt de mogelijkheid opgehouden dat dit in de context van het Europees strafrecht geen adequate definitie blijkt.

2.3.3 Machtsverdeling: het staatsrechtelijk fundament

Het staatsrechtelijk fundament van het legaliteitsbeginsel wordt gevormd door de verdeling van overheidsmacht. Dit fundament wordt in dit boek ondergeschikt geacht aan het strafrechtelijk fundament.¹³⁴ Niettemin is de machtsverdeling een belangrijk middel om de vrijheid te garanderen, en bovendien in het bijzonder interessant gezien de context van het Europees recht. Het Europees strafrecht bestaat immers uit twee autonome rechtsordes die beide bestaan uit meerdere instanties waarover macht verdeeld is, maar waartussen ook een machtsverdeling bestaat. Anders gezegd is macht niet alleen horizontaal verdeeld, maar ook verticaal.

Witteveen omschreef in zijn Tilburgse oratie twee modellen van de leer van de *trias politica*: volgens het ene model moeten de machten strikt *gescheiden* zijn, volgens het andere moeten de machten vooral met elkaar in *evenwicht* zijn.¹³⁵ In het in dit boek gebruikte begrip machtsverdeling zit een keuze voor het tweede model. De reden daarvoor is dat op nationaal en op Europees niveau geen sprake is van een strikte scheiding tussen de machten.¹³⁶ Wetgeving is bijvoorbeeld een gezamenlijke verantwoordelijkheid van meerdere organen. Die organen opereren niet in absolute onafhankelijkheid, maar kunnen elkaar juist wederzijds beïnvloeden om te voorkomen dat de macht van één van de organen verabsoluteert.¹³⁷ Voor het legaliteitsbeginsel als beginsel

132 Cleiren 2008, p. 305-306; 't Hart 1983, p. 203-208; Peristeridou 2015, p. 166.

133 Zie paragraaf 1.2.

134 Zie paragraaf 2.3.2.

135 Witteveen 1991, p. 20-25.

136 Schütze 2014, p. 88-91.

137 Witteveen 1991, p. 69-74.

van materieel strafrecht is vooral de machtsverdeling tussen wetgever en rechter relevant. Kort gezegd moet de wetgever zich beperken tot het stellen van algemene en heldere regels, en moet de rechter zich beperken tot oordelen in het individuele geval op basis van de algemene regels die de wetgever stelt. Wanneer wordt uitgegaan van een machtsevenwicht, dus een verdeling van macht over de instanties, moet voortdurend worden gereflecteerd op de verhoudingen, zo benadrukt Witteveen. Indien de machtspositie van het bestuur versterkt ten opzichte van die van de wetgever, kan het zijn dat de rechter zichzelf een actievere rol toebedeelt om de macht van het bestuur te controleren.¹³⁸ Machtsverschuivingen lokken zo andere machtsverschuivingen uit, waarbij het doel is voortdurend een situatie van adequate *checks and balances* in stand te houden. Machtsverhoudingen kunnen ook verschuiven doordat het maatschappelijk vertrouwen in één of meerdere instanties in een bepaald tijdsgewricht zwakker of sterker wordt.

Nu is het bijzondere aan de samengestelde Europese strafrechtsorde dat de macht er niet alleen horizontaal, maar ook verticaal verdeeld is. Dit fenomeen is uiteraard bekend van federale stelsels. In de *Federalist Papers* speelt de verdeling van macht tussen de lidstaten en de federatie een belangrijke rol in het begrenzen van macht. In de wijziging van de constitutie, die van de Amerikaanse confederatie een federatie zou maken, was niet voorzien in een absolute scheiding van de machten. De anti-federalisten waren hierover bezorgd. Madison brengt hier tegenin dat absolute machtscheiding niet wenselijk en ook niet realistisch is, en dat moet worden gestreefd naar een machtsbalans.¹³⁹ Bovendien brengt hij in stelling dat de macht ook verticaal zou worden verdeeld, waardoor machtsconcentratie nog verder wordt bemoeilijkt.¹⁴⁰

De verticale machtsverdeling tussen de EU en lidstaten verschilt in belangrijke mate van horizontale machtsverdeling. Ten eerste bestaat er geen functionele scheiding zoals in de *trias politica* (waarbij de functies wetgeving, rechtspraak en bestuur over diverse organen zijn verdeeld). Ook ligt aan de samenwerking in de EU niet de gedachte ten grondslag dat machtsaccumulatie op één niveau moet worden voorkomen. De EU heeft simpelweg de bevoegdheden die zij door de lidstaten toegekend krijgt.¹⁴¹ Verticale machtsverdeling is daarmee niet ingegeven door een principiële overweging, maar meer door politieke opportuniteit.

Voor dit boek betekent het ideaal van verticale machtsverdeling het volgende. De precieze verdeling van bevoegdheden tussen Europese en nationale actoren in het Europees strafrecht is niet het gevolg van een van tevoren

138 Zie Witteveen 1991, p. 89.

139 Hamilton, Madison & Jay 2008, p. 239-245, 256-260.

140 Hamilton, Madison & Jay 2008, p. 258.

141 Art. 5 VEU.

doordachte en uitgewerkte structuur. Die verdeling is voor een aanzienlijk deel tot stand gekomen in de praktijk, door het ontwikkelen van de doorwerkingsmechanismen en door verschillende vormen van competentiestrijd.¹⁴² Bovendien geldt opnieuw dat de rol van het strafrecht in het Europees recht lange tijd bescheiden is geweest, waardoor in de ontwikkeling ook weinig rekening is gehouden met gevoeligheden op het terrein van het strafrecht. Om die reden is het van belang te bekijken hoe verantwoordelijkheden en bevoegdheden expliciet en impliciet zijn verdeeld tussen Europese en nationale actoren. Daarnaast wordt onderzocht in hoeverre er machtsverschuivingen plaatsvinden tussen de Nederlandse actoren onderling.

2.4 DE RECHTSPOSITIVISTISCHE EN RECHTENCONCEPTIE VAN LEGALITEIT

Het strikt waarborgen van het legaliteitsbeginsel is in sommige gevallen slechts mogelijk tegen een niet geringe prijs: de vrijspraak van een verdachte terwijl die als niet rechtvaardig wordt ervaren. Met die spanning tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid in het concrete geval kan op verschillende manieren worden omgegaan, en die manieren worden wel geduid met het begrippenpaar regel- en rechtenconceptie van legaliteit, hier in navolging van Brouwer de rechtspositivistische en rechtenconceptie genoemd.¹⁴³ Deze twee concepties komen grofweg overeen met een continentale of Romaans-Germaanse versus een *common law* of Angelsaksische benadering van legaliteit.¹⁴⁴ De rechtenconceptie is aanvankelijk geformuleerd als aanvulling op de rechtspositivistische conceptie, en niet zozeer als alternatief daarvoor.¹⁴⁵ In deze paragraaf zal kort de achtergrond van het begrippenpaar rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit in algemene termen worden toegelicht, wordt de toepassing ervan in het materiële strafrecht besproken en ga ik in op de wijze waarop deze begrippen in dit boek zullen worden gehanteerd. Deze paragraaf richt zich op een beschrijving van de concepties in algemene zin, in hoofdstuk 5 en 6 zal worden uitgewerkt welke consequenties deze concepties hebben voor de uitleg van het bepaaldheidsgebod en de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid.

142 Bijvoorbeeld de strijd die zich voordeed tussen de Commissie en de Raad ten aanzien van de bevoegdheid tot harmonisatie van strafrecht buiten de eerste pijler. Zie daarover bijvoorbeeld Vervaele 2008; Miettinen 2015b.

143 Brouwer 2008b, p. 262-267. De verwijzing naar het rechtspositivisme geeft beter dan het begrip 'regelconceptie' weer dat deze conceptie gebaseerd is op een bepaalde (rechtspositivistische) conceptie van het recht.

144 Loth heeft het over een continentale versus Angelsaksische benadering, Loth 2000, p. 80; De Jong over een continentale versus *common law*-benadering, De Jong 1999; Koekkoek over een Romaans-Germaanse versus Angelsaksische, Koekkoek 2000, p. 41.

145 Omdat het mildheidsgebod is gebaseerd op een andere ratio dan het legaliteitsbeginsel, zijn de begrippen daarop niet van toepassing.

2.4.1 De *rule book* en *rights conception of the rule of law* van Dworkin

De oorsprong van het begrippenpaar is het onderscheid tussen de begrippen *rule book* en *rights conception*, dat Dworkin maakt in zijn collectie essays *A Matter of Principle*, gepubliceerd in 1985. Dworkin's onderscheid tussen de *rule book* en *rights conception of the rule of law* gaat niet over het strafrecht, maar over de inrichting van de rechtsstaat.¹⁴⁶ De *rule book conception* houdt in dat de overheid in haar optreden tegen individuen steeds is gebonden aan en wordt beperkt door een aan dat overheidsoptreden voorafgaande wettelijke grondslag. De wet moet worden gevolgd, en wanneer dat niet langer wenselijk wordt geacht moet de wet worden gewijzigd. Een samenleving waarin de overheid zich niet gebonden acht aan de wet is onrechtvaardig. Dat betekent niet dat een samenleving waarin de overheid zich wel beperkt tot handelen met een wettelijke grondslag daarmee wél rechtvaardig is. Omdat de *rule book conception* niets zegt over de inhoud van regels, bestaat de mogelijkheid dat overheidsoptreden weliswaar gebonden is aan regels, maar dat deze materieel gezien onrechtvaardig zijn.

In de *rights conception* wordt het handelen van individuen niet alleen begrensd door de wet, maar ook door de rechten die individuen jegens elkaar kunnen invoeren. Zoals Brouwer stelt over de rechtenconceptie: '[b]inding aan recht is hier binding aan rechten.'¹⁴⁷ De overheid heeft tot taak het daadwerkelijk invoerbaar maken en garanderen van die rechten. De inhoud van regels is daarvoor van groot belang: zij moeten de juiste rechten erkennen (*accuracy*) met de juiste reikwijdte (*scope*), en deze rechten moeten op een eerlijke manier worden afgedwongen (*fairness*).¹⁴⁸ Als het ideaal van de *rights conception* wordt bereikt, dan is de samenleving ook rechtvaardig, omdat het legaliteitsbeginsel het waarborgen van rechten veronderstelt.¹⁴⁹ De *rights conception* berust dus niet op een formeel, maar op een materieel rechtsbegrip.

Deze *rights conception* hangt nauw samen met de constructivistische interpretatietheorie die Dworkin verdedigt. Voor Dworkin is het recht een integer geheel, een *seamless web* waarin op iedere rechtsvraag één juist antwoord is te vinden. Indien de wet geen helder antwoord biedt, moet de rechter zoeken naar een oplossing die past binnen het systeem (het vereiste van *fit*) en tegelijkertijd bijdraagt aan de best mogelijke ontwikkeling en rechtvaardiging van dat systeem (het vereiste van *justification*). Die *justification* heeft geen universele pretentie, maar betreft het specifieke rechtssysteem. Met deze cultuurrechtvisie

146 Dworkin 1985, p. 11 e.v. Dworkin noemt de concepties onder andere '*general ideals for a just society*' en '*general political ideals*', en in die hoedanigheid hebben zij betrekking op alle aspecten van wat wij de rechtsstaat noemen. Elders heeft hij het over '*ideal[s] of law*' (cursivering in origineel), en gaat het weer meer specifiek over het legaliteitsbeginsel. Zie Dworkin 1985, p. 12-13.

147 Brouwer 2008b, p. 263.

148 Dworkin 1985, p. 12.

149 Dworkin 1985, p. 11-13.

staat Dworkin, als ik het goed zie, in de traditie van Montesquieu en Savigny. Montesquieu ging immers ook op zoek naar het beste recht voor een bepaalde cultuur, en Savigny zag de *Volksgeist* als ultieme bron van het recht, die kan verschillen naar tijd en plaats.¹⁵⁰ Met Savigny heeft Dworkin bovendien gemeen dat het recht een integer geheel moet zijn, zonder dat *de wet* noodzakelijkerwijs alle vragen moet kunnen beantwoorden. Het recht wordt dus bij beide auteurs niet uitsluitend gevonden in de wet. De rechter moet bepalen of de eiser een recht heeft dat hij jegens de gedaagde kan afdwingen. De wet is een belangrijke, maar niet de enige bron van rechten.¹⁵¹

Volgens deze constructivistische interpretatietheorie heeft de rechter dus een belangrijke rol bij het vaststellen van de rechten van eisers, maar dat wil niet zeggen dat de rechter als een soort wetgever te werk gaat.¹⁵² Dworkin maakt een onderscheid tussen principiële argumenten, die leiden tot het garanderen van rechten, en beleidsargumenten, die leiden tot het nastreven van het algemeen belang. Wetgevingsvoorstellen zijn idealiter gebaseerd op beide typen argumenten, en dat is waar het verschil gelegen is tussen wetgeving en rechtsvormende rechtspraak: de rechter die een antwoord moet formuleren in een *hard case* moet zich baseren op principiële argumenten, en zich niet laten leiden door beleidsoverwegingen. De rechter heeft dus geen discretionaire ruimte om de uitspraak te doen die hij het beste acht: hij moet zich afvragen welke *rechten* de verschillende partijen geldend kunnen maken.¹⁵³ Dworkin benadrukt daarbij dat in strafzaken de theorie niet geheel opgaat: de verdachte heeft het recht om vrijgesproken te worden als alle schuld ontbreekt, maar dat wil niet zeggen dat wanneer er wel sprake is van schuld, de staat vervolgens een recht op een veroordeling te gelde kan maken.¹⁵⁴

2.4.2 De regel- en rechtenconceptie van legaliteit in het materiële strafrecht bij Rozemond en Claes

Rozemond heeft in een artikel uit 1999 de *rule book* en *rights conception* vertaald met de regel- en rechtenconceptie.¹⁵⁵ Hij heeft tevens de ideeën van Dworkin vertaald naar de context van het materiële strafrecht.¹⁵⁶ Niet de staat, maar andere burgers dan de verdachte kunnen de bescherming van rechten claimen in het strafrecht, want ook het strafrecht draait volgens Rozemond om de

150 Ook Groenhuijsen heeft gewezen op continuïteiten in het werk van Savigny ten opzichte van dat van Montesquieu, zie Groenhuijsen 1996, p. 90.

151 Dworkin 1985, p. 11-13, 16.

152 Dworkin 1997, p. 105-162.

153 Dworkin 1997, p. 105-108.

154 Dworkin 1997, p. 126.

155 Rozemond 1999.

156 Rozemond 1999.

bescherming van burgerrechten.¹⁵⁷ Ook daarvoor geldt dat die rechten in het wetboek kunnen, maar niet per se hoeven staan. Zo kunnen volgens Rozemond uit het EVRM positieve verplichtingen worden afgeleid tot het beschermen van de rechten van slachtoffers, die de rechter binden.¹⁵⁸ Het recht van de verdachte op een voorzienbare strafrechtelijke aansprakelijkstelling wordt door Rozemond uiteraard niet ontkend. Maar in de kern kan een verdachte aansprakelijk worden gesteld omdat 'de dader een moreel besef heeft van de rechten en vrijheden van anderen en dat hij in strijd met dit morele besef heeft gehandeld.'¹⁵⁹

De strafrechtelijke vertaling van de twee concepties van het legaliteitsbeginsel kan niet helemaal los worden gezien van de in de vorige paragraaf behandelde discussie over de fundamenteën van het legaliteitsbeginsel. Met name leiden de twee concepties tot een andere invulling van het rechtszekerheidsbegrip.¹⁶⁰ In de rechtspositivistische conceptie wordt het rechtszekerheidsbeginsel op conventionele wijze uitgelegd als bescherming van de verdachte tegen onvoorzien en willekeurig overheidsoptreden. Die bescherming is absoluut en statisch. In de rechtenconceptie heeft rechtszekerheid een bredere betekenis: het vereist dat rechten worden beschermd – niet alleen die van verdachten, maar van alle burgers. Niet alleen de verdachte, ook het (potentiële) slachtoffer moet kunnen vertrouwen op het recht, aldus Loth.¹⁶¹ Dit rechtszekerheidsbegrip biedt ruimte voor een contextafhankelijke invulling van de eisen die aan het recht worden gesteld. Daarnaast ligt in de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel meer nadruk op een scheiding van wetgeving en rechtspraak, terwijl de rechtenconceptie meer uitgaat van een balans tussen de machten. Dat leidt er bijvoorbeeld toe dat in de rechtenconceptie rechterlijke rechtsvorming niet als problematisch wordt beschouwd.

Het schoolvoorbeeld waarmee het verschil in uitkomst tussen de rechten- en rechtspositivistische conceptie in een strafzaak kan worden geïllustreerd zijn de EHRM-zaken over verkrachting binnen het huwelijk.¹⁶² Verkrachting binnen het huwelijk was niet strafbaar omdat het sluiten van een huwelijk instemming met seksuele gemeenschap inhield, waardoor de wederrechtelijkheid ontviel aan de handeling (verkrachting was omschreven als '*unlawful sexual intercourse*'). De zaak CR tegen het Verenigd Koninkrijk draaide om twee ex-partners, die van tafel en bed gescheiden waren maar wier huwelijk nog niet was ontbonden. De man begaf zich naar het verblijfadres van de vrouw en pogde haar te verkrachten.¹⁶³ Formeel gezien waren dader en slachtoffer

157 In dezelfde zin Loth 2000, p. 84.

158 Rozemond 1999, p. 119.

159 Rozemond 1999, p. 125.

160 Over de relatie tussen concepties van legaliteit en rechtszekerheid, zie o.m. Loth 2000.

161 Loth 2000, p. 84.

162 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. Knigge (CR/Verenigd Koninkrijk);

EHRM 22 november 1995, 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. Knigge (SW/Verenigd Koninkrijk).

163 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. Knigge (CR/Verenigd Koninkrijk).

nog met elkaar gehuwd, waardoor er geen sprake kon zijn van een verkrachting in juridische zin. In de rechtspositivistische conceptie staat de grammaticale interpretatie centraal: dat wat naar de tekst van de wet strafbaar is gesteld, is strafbaar. Daarbij speelt de eventuele bedoeling van de wetgever een belangrijke rol in de uitleg van strafbepalingen. In dit geval was die historische bedoeling zonneklaar: echtgenoten kunnen hun echtgenotes niet verkrachten. Door maatschappelijke ontwikkelingen was deze bedoeling echter volledig achterhaald geraakt. Het EHRM keek echter niet zozeer naar de tekst van de wet of de historische bedoeling van de wetgever (het bestaan en de kenbaarheid van een dergelijke 'bedoeling van de wetgever' wordt ook sterk in twijfel getrokken), maar veeleer naar de strekking van de bepaling. Het EHRM liet de veroordeling in stand en stelde, na eerst het belang van het legaliteitsbeginsel en de absolute status ervan in herinnering te hebben gebracht:

'The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim – cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (see paragraph 34 above).'¹⁶⁴

Het EHRM vond kortom niet dat voor de verdachte niet voorzienbaar was dat hij veroordeeld zou worden. Daarom is artikel 7 lid 1 EVRM niet geschonden.

Inmiddels worden de begrippen regel- en rechtenconceptie veelvuldig gebruikt om de verschillende opvattingen over legaliteit te verklaren.¹⁶⁵ In het werk van Dworkin en Rozemond heeft de formulering van een rechtenconceptie als alternatief voor de rechtspositivistische conceptie vooral gevolgen voor de interpretatievrijheid van de rechter. Claes heeft de gevolgen doordacht van de aan de rechtenconceptie ten grondslag liggende ideeën voor de taak van de wetgever.¹⁶⁶ In het werk van Claes, en in navolging daarvan in het werk van Peristeridou, wordt de rechtenconceptie gebruikt als een opvatting over het legaliteitsbeginsel als geheel en de deelbeginselen daarvan.¹⁶⁷ Het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie heeft dus een ontwikkeling doorgemaakt van accent ten aanzien van de rol van de rechter in de rechtsstaat, tot een alternatief voor de klassieke opvatting van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Inmiddels kan wel worden gezegd dat het onderscheid

164 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. Knigge (CR/Verenigd Koninkrijk), par. 42.

165 Zie bijvoorbeeld Cleiren 2008; Loth 2000.

166 Claes 2004.

167 Claes gebruikt in zijn proefschrift de term 'rechtsethische conceptie', en Peristeridou heeft het over het 'relational model', maar zij gebruiken beiden ook de term 'rechtenconceptie', die ik hier hanteer omwille van de consistentie.

tussen een rechtspositivistische en rechtenconceptie niet langer uitsluitend betrekking heeft op rechtsvinding of interpretatie, maar op het gehele concept van het legaliteitsbeginsel.

Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het werk van Claes en Peristeridou in wezenlijke mate afwijkt van dat van Dworkin en Rozemond. Om te beginnen presenteert Claes zijn 'rechtsethische conceptie' als *derde* alternatief voor een 'conventionalistische' en een 'pragmatische' conceptie van legaliteit. Ditzelfde geldt voor Peristeridou, die onderscheid maakt tussen een '*classical*', '*instrumentalist*' en een door haar verdedigd '*relational model*' van het strafrecht en van het legaliteitsbeginsel.¹⁶⁸ Hun indeling is anders dan de hier gehanteerde indeling die in de volgende subparagraaf uiteen zal worden gezet, omdat Claes en Peristeridou de concepties van het legaliteitsbeginsel rechtstreeks koppelen aan visies over de functie van het strafrecht: rechtsbescherming van de verdachte tegen de staat, ordehandhaving (instrumentaliteit), of een combinatie van die twee, waarbij burgers aan het strafrecht bescherming tegen de staat ontnemen, maar ook redelijke verwachtingen ten aanzien van het gedrag van andere burgers. Claes en Peristeridou verdedigen allebei de derde variant. De rechtsbeschermende conceptie wordt door Claes en Peristeridou als onrealistisch, de pragmatische als onrechtvaardig terzijde geschoven. In de rechtsethische of relationele conceptie is de legitimiteit van het strafrecht, en ook van het legaliteitsbeginsel, gebaseerd op zowel de rechtsbescherming als instrumentaliteit.

Peristeridou verdedigt de rechtenconceptie als de beste conceptie voor het Europees strafrecht. Zij doet dit, als ik het goed begrijp, op normatieve gronden. De instrumentele rechtsopvatting kan volgens haar beter de huidige stand van zaken in de Europese Unie beschrijven: het Europees strafrecht ontleent zijn legitimiteit exclusief aan de instrumentaliteit ervan.¹⁶⁹ Het rechtsbeschermingsmodel lijkt dan een aantrekkelijk alternatief, maar dit heeft dan weer te weinig oog voor de instrumentele functie, omdat de noodzaak van bijvoorbeeld het bestrijden van grensoverschrijdende criminaliteit of het functioneren van de interne markt geen geldige legitimatie vormen – binnen dat model – voor optreden van de Europese Unie.¹⁷⁰ Bovendien moet het rechtsbeschermingsmodel volgens Peristeridou leiden tot de keuze voor een supranationaal Europees strafrecht, omdat dit meer rechtszekerheid kan bieden dan het huidige meerlagige systeem. Daarom is dit model onverenigbaar met de huidige vormgeving van het Europees strafrecht.¹⁷¹ De rechtenconceptie heeft als enige oog zowel voor de instrumentaliteit als rechtsbescherming als doelstellingen van het strafrecht. Het is van belang op te merken dat gezien de koppeling die wordt gemaakt tussen de legitimiteit van het strafrecht en het

168 Peristeridou 2015, p. 134 e.v.

169 Peristeridou 2015, p. 263-266.

170 Peristeridou 2015, p. 266-268.

171 Peristeridou 2015, p. 267-268.

legaliteitsbeginsel, de theorie die Peristeridou schetst van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht evenzeer een theorie van de *legitimiteit* van het Europees strafrecht is. De formele benadering van het legaliteitsbeginsel die in dit boek tot uitgangspunt is gekozen, maakt dat de legitimiteit van het Europees strafrecht als zodanig niet ter discussie staat.¹⁷²

2.4.3 De plaats van de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit in dit onderzoek

In dit boek is ervoor gekozen om in navolging van Brouwer onderscheid te maken tussen een *rechtspositivistische* en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel. In paragraaf 2.2 is beschreven dat het rechtspositivisme wordt gezien als een belangrijke katalysator voor de totstandkoming van het ‘klassieke’ legaliteitsbeginsel. Het (formele) rechtspositivistische rechtsbegrip houdt in dat de bindendheid van regels is gelegen in hun afkomst van bevoegde instanties. Het (materiële) rechtsbegrip dat aan de rechtenconceptie ten grondslag ligt is gebaseerd op inhoudelijke geldingscriteria. Verschillende opvattingen over wat ‘recht’ is leiden tot verschillende opvattingen over hoe de overheid aan dat recht is gebonden, en daarmee tot verschillende concepties van het legaliteitsbeginsel.¹⁷³ Het onderscheid wordt dus niet geacht te berusten op verschillende opvattingen over de functie van het strafrecht, zoals bij Claes en Rozemond het geval is.

In dit boek worden de rechtspositivistische en rechtenconceptie gezien als concepties van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel die voor de interpretatie van diverse deelnormen relevant kunnen zijn. De rechtenconceptie heeft dus een ruimere betekenis dan bij Dworkin, die zijn pijlen met name richtte op het wetspositivisme en de gevolgen daarvan voor de rechterlijke interpretatievrijheid, en die zijn theorie bovendien niet formuleerde met het oog op het strafrecht. De consequenties van de twee concepties voor de verschillende deelbeginselen zullen nader worden onderzocht en beschreven in hoofdstuk 5 en 6. Als kern van de rechtenconceptie wordt aangeduid dat het legaliteitsbeginsel een afweging in zich herbergt. In de woorden van Rozemond moet de rechter streven naar een evenwicht tussen ‘waarborgen tegen willekeur en bescherming van slachtoffers’,¹⁷⁴ volgens ‘t Hart gaat het om een afweging van het instrumentele en rechtsbeschermende aspect van het strafrecht.¹⁷⁵ Die laatste omschrijving lijkt ruimer dan de eerste aangezien deze ook beleidsargumenten lijkt te kunnen omvatten, iets waar Dworkin zich juist tegen

¹⁷² Zie hierover ook paragraaf 1.2.

¹⁷³ Brouwer 2008b, p. 262-265; zie hierover ook paragraaf 6.3.

¹⁷⁴ Rozemond 1999, p. 129.

¹⁷⁵ ‘t Hart 1983, p. 203-208. Voor een vergelijkbare nadruk op het afwegingsaspect, zie Brouwer 2008b, p. 265-266; Groenhuijsen 1987, p. 47-48.

verzette. Van belang is te benadrukken dat het legaliteitsbeginsel in de rechtenconceptie niet zelf wordt afgewogen tegen andere belangen, de belangenafweging is *intern* aan het beginsel.¹⁷⁶ Dit betekent dat ook in het geval dat de rechtszekerheid van de verdachte het onderspit delft, het legaliteitsbeginsel gerealiseerd kan zijn. Het bepaaldheidsgebod is bijvoorbeeld niet per definitie vervuld indien een norm helder is afgebakend: de norm moet ook ruim genoeg zijn om onwenselijk geacht gedrag te bestraffen en liefst ook flexibel zijn met het oog op toepassing ervan in een nog onbekende toekomst.

In de rechtspositivistische conceptie is een dergelijke afweging juist *niet* toegestaan, behoudens in noodsituaties (zoals de door Brouwer genoemde situatie dat het leven van mensen of het voortbestaan van de staat in gevaar komt).¹⁷⁷ Daar zou ik nog aan willen toevoegen dat in die noodsituaties een *uitzondering op het legaliteitsbeginsel* wordt gemaakt: het legaliteitsbeginsel wordt afgewogen tegen andere belangen. De consequentie daarvan is dat het legaliteitsbeginsel is geschonden. In de rechtspositivistische conceptie trekt het legaliteitsbeginsel de beslissing van de wetgever of rechter altijd in de richting van meer rechtszekerheid voor de verdachte. Er kan dus vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel nooit te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gevestigd (vanuit andere perspectieven kan dat uiteraard wel, maar dan nog geldt dat een tekort aan strafrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel door de wetgever moet worden opgelost, en niet door de rechter).

Uit het bovenstaande is gebleken dat in de literatuur diverse alternatieven zijn geformuleerd voor de rechtspositivistische conceptie, die met uiteenlopende begrippen worden aangeduid. In dit boek wordt het begrip 'rechtenconceptie' gebruikt als een verzamelnaam voor op normatieve gronden gestoelde bezwaren tegen de rechtspositivistische conceptie. Voor alle alternatieven die zijn geformuleerd voor de positivistische conceptie geldt dat zij de striktheid en eenzijdigheid in de toepassing van dat beginsel relativeren. Het legaliteitsbeginsel streeft in deze visies niet altijd naar meer rechtszekerheid voor de verdachte, maar kan juist ook rechtvaardigen dat daarop soms uitzonderingen worden gemaakt.

2.5 TOETSINGSKADER

In dit onderzoek wordt het legaliteitsbeginsel begrepen vanuit de rechtspositivistische conceptie. Die keuze impliceert acceptatie van het rechtspositivistisch rechtsbegrip, en de kernthese van de positivistische rechtstheorie: de *separability thesis* volgens welke het mogelijk en noodzakelijk is een onderscheid te maken tussen recht en moraal. Daaruit volgt dat de morele juistheid van een bepaling geen constituerende voorwaarde is voor de gelding daarvan, maar dat binden-

¹⁷⁶ Expliciet in die zin Peristeridou 2015, p. 166.

¹⁷⁷ Brouwer 2008b, p. 259.

de regels in het leven worden geroepen door een daartoe bevoegde autoriteit.¹⁷⁸

De rechtspositivistische conceptie heeft analytische voordelen ten opzichte van de rechtenconceptie. De rechtenconceptie vergt immers dat er een adequate afweging is gemaakt tussen verschillende belangen, maar wat de juiste balans is tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, is uiteindelijk geen juridische, maar een politieke vraag. In de rechtspositivistische conceptie heeft het legaliteitsbeginsel in ieder geval altijd hetzelfde verdwijnpunt: rechtszekerheid voor de (potentiële) verdachte. Dat maakt de rechtspositivistische conceptie geschikt om te hanteren als normatief perspectief bij het onderzoek naar het Europees strafrecht.

Daarnaast acht ik de rechtspositivistische conceptie ook de meest juiste, in ieder geval voor het Nederlandse strafrecht. Volgens De Hullu ontleent het legaliteitsbeginsel zijn waarde mede aan zijn hardheid, aan zijn algemene gelding. Om die reden is hij kritisch over argumenten die gebaseerd zijn op de strafwaardigheid van gedragingen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid of op een afweging van het legaliteitsbeginsel tegen andere beginselen.¹⁷⁹ Diezelfde gedachte speelt bij Groenhuijsen, die benadrukt dat een uitzondering op het legaliteitsbeginsel in het ene geval bemoeilijkt dat in het andere geval legaliteit wel een absolute grens vormt. Er ontbreekt een 'theoretisch beredeneerd criterium om de uitsparingen op het legaliteitsbeginsel te begrenzen.'¹⁸⁰ Het resultaat van een dergelijke afweging in concreto kan zijn 'dat in *alle* (toch al niet zo vaak voorkomende) gevallen waarin de bescherming door het legaliteitsbeginsel zich zou moeten realiseren, op basis van een ad hoc afweging toch de voorkeur wordt gegeven aan de daarmee onverenigbare gedachte van maatschappelijke controle.'¹⁸¹ Het zoeken naar een balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming is mijns inziens ongeschikt om als criterium te dienen: of er sprake is van een dergelijke balans is geen juridisch, maar een politiek oordeel. Het is daarom ook de wetgever die, door te bepalen welke gedragingen strafbaar zijn en welke niet, in algemene zin de daarmee gemoeide belangen moet afwegen. De afweging tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming wordt daarom geacht besloten te liggen in het geheel van materieel strafrecht. Het streven naar vrijheid en autonomie van burgers kan het best worden bereikt indien handhaving van het legaliteitsbeginsel wordt nagestreefd, zonder dat die handhaving een belangenafweging omvat. *Als* daarop al een uitzondering moet worden gemaakt, dan moet de consequentie worden aanvaard dat in dat geval het legaliteitsbeginsel niet is gehandhaafd: het is geschonden ten behoeve van een groter belang. Wanneer het legaliteitsbeginsel in zichzelf een afweging herbergt tussen rechtszekerheid

178 Hart 1961. Zie voor een meer recente beschouwing Brouwer 2008c, p. 131-167.

179 De Hullu 2015, p. 93-94, 113.

180 Groenhuijsen 1987, p. 47-48.

181 Groenhuijsen 1987, p. 47, cursivering in origineel.

en andere belangen, is veel moeilijker aan te geven of en wanneer het beginsel is geschonden.

Tegen de rechtspositivistische conceptie worden niet alleen normatieve bezwaren opgeworpen, ook worden bezwaren geuit van meer theoretische aard: de veronderstellingen die eraan ten grondslag liggen zouden achterhaald zijn. Met name de eisen dat de wetgever duidelijke normen moet uitvaardigen en dat de rechter daaraan gebonden is, worden als problematisch beschouwd.¹⁸² In de hoofdstukken 5 en 6 zal aan de hand van de semantiek worden besproken in hoeverre die bezwaren gegrond zijn en moeten leiden tot een nuancering van de rechtspositivistische conceptie. Praktische bezwaren aangaande de haalbaarheid van volmaakte naleving van het legaliteitsbeginsel vormen op zichzelf onvoldoende grond om die naleving niet meer na te streven. Pas wanneer duidelijk is dat het nastreven van het ideaal geen enkele bijdrage levert aan de verwezenlijking ervan, of in een aperte wanverhouding staat tot de prijs die daarvoor moet worden betaald, moet het worden losgelaten. Ik zal betogen dat een rechtspositivistische conceptie, inzichten uit de semiotiek en semantiek in acht nemend, wel degelijk richting kan geven aan het handelen van de wetgever en rechter.

Het rechtszekerheidsbegrip dient als gezegd ook als normatieve maatstaf aan de hand waarvan de vormgeving van het Europees strafrecht en de rol van het legaliteitsbeginsel daarbinnen zullen worden beoordeeld. De keuze voor de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel brengt ook keuzes met zich mee ten aanzien van het rechtszekerheidsbegrip. Ten eerste wordt met rechtszekerheid primair bedoeld op objectieve rechtszekerheid: rechtszekerheid is in de eerste plaats een kwaliteit van het recht, niet van de rechtssubjecten. Alleen wanneer rechtszekerheid in objectieve zin wordt begrepen, kan zij namelijk ook zorgen voor gelijkheid en het terugdringen van willekeur. Bovendien stelt objectieve rechtszekerheid hogere eisen aan het recht dan subjectieve rechtszekerheid. Rechtszekerheid is in deze opvatting vooral een rechtsstatelijke eis, en in mindere mate een subjectief recht dat burgers jegens hun overheid kunnen invoeren. De rechtspositivistische conceptie leidt ook tot een voorkeur voor een statische, niet contextueel bepaalde invulling van het rechtszekerheidsbeginsel. Omdat rechtszekerheid in de eerste plaats een eigenschap is van het recht, doet de hoedanigheid van het rechtssubject er weinig toe. Ten derde wordt het begrip rechtszekerheid uitsluitend betrokken op de rechtszekerheid van de verdachte. De positivistische legaliteitsconceptie verzet zich tegen een afweging van belangen, ook wanneer die wordt verhuld door rechtszekerheid mede te betrekken op het slachtoffer.

Ten aanzien van horizontale staatkundige machtsverdeling is vanuit het normatieve uitgangspunt van de rechtspositivistische legaliteitsconceptie met name van belang dat de functies wetgeving en rechtspraak gescheiden blijven.

182 Onder meer Van Klink 2001; Claes 2004; Claes 2003, m.n. p. 154-158.

Hoewel geen strikte machtscheiding wordt gepropageerd, volgt uit het wetsbegrip dat de wetgever tot taak heeft het formuleren van algemeen geldige normen, terwijl de taak van de rechter gelegen is in de toepassing van die normen op het concrete geval.

Het aspect van verticale machtsverdeling komt in de beschikbare literatuur logischerwijs niet aan de orde. Daarom formuleer ik hier – schetsmatig – enkele uitgangspunten die kunnen dienen als toetsingskader, die ik afleid uit het legaliteitsbeginsel. Ten eerste kan worden gesteld dat de toedeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden transparant moet zijn. Dat maakt het mogelijk om de verschillende macht uitoefenende instanties verantwoordelijk te houden voor hun handelen. Mocht bijvoorbeeld de rechtszekerheid worden geschonden, dan moet duidelijk kunnen worden waar en op welke wijze dat is veroorzaakt, wie daarvoor verantwoordelijk is en hoe de schending kan worden geredresseerd.

Een tweede normatief uitgangspunt dat kan worden geformuleerd voor de machtsverdeling in het kader van het legaliteitsbeginsel is dat de toedeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden rationeel moet zijn. Dat wil zeggen dat bevoegdheden en verantwoordelijkheden met elkaar moeten corresponderen: wie bijvoorbeeld de bevoegdheid heeft tot het uitvaardigen van strafbepalingen, moet ook de verantwoordelijkheid hebben voor de begrijpelijkheid en kenbaarheid van die strafbepalingen. Dat kan door een koppeling te maken tussen de uitoefening van het *ius puniendi* en het legaliteitsbeginsel: wanneer een orgaan betrokken is bij de uitoefening van het *ius puniendi*, moet het ook verantwoordelijk zijn voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel werkt ook andersom: wie de verantwoordelijkheid heeft voor het garanderen van het legaliteitsbeginsel, moet ook adequate bevoegdheden hebben dit te kunnen waarborgen. Daaraan ligt de simpele redenering ten grondslag dat het legaliteitsbeginsel ook in de werkelijkheid geëffectueerd moet kunnen worden.

2.6 TOT BESLUIT

Uit de beschreven ideeëngeschiedenis blijkt dat de betekenis van het legaliteitsbeginsel omstreden en veranderlijk is geweest. In dit boek wordt de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel, die berust op de positivistische rechtstheorie, tot uitgangspunt genomen, zij het met enige nuances. Kort gezegd luidt de wijze waarop het legaliteitsbeginsel in dit onderzoek wordt begrepen als volgt. Het legaliteitsbeginsel is nastrevenswaardig omdat het door rechtszekerheid en machtsverdeling te garanderen optimaal bijdraagt aan de vrijheid en autonomie van burgers. De rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel vraagt van de wetgever en rechter dat zij steeds gericht zijn op het bieden van zoveel mogelijk rechtszekerheid. Ook wordt horizontale machtsverdeling, de scheiding van de functies wetgeving en handhaving,

nagestreefd. Als normatief uitgangspunt voor verticale machtsverdeling is geformuleerd dat deze transparant en rationeel moet zijn, in die zin dat verantwoordelijkheden en bevoegdheden met elkaar moeten corresponderen. Dit alles wil niet zeggen dat ook de Europese en Nederlandse wetgever en rechter uitgaan van deze conceptie. De verschillende concepties, en de verschillende keuzes die moeten worden gemaakt bij de invulling van de begrippen rechtszekerheid en machtsverdeling, zijn mede geschetst om een heldere analyse van het geldende recht mogelijk te maken. Het legaliteitsbeginsel dient dus zowel de functie van onderzoeksobject, als die van toetsingskader.

3 | Doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht

3.1 INLEIDING

In het onderhavige onderzoek wordt gekeken naar wat er gebeurt met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel wanneer het materiële strafrecht wordt geconfronteerd met de invloed van het Europees recht. In dit hoofdstuk wordt geschetst hoe het Europees recht het strafrecht beïnvloedt. Dit hoofdstuk behandelt vier thema's: 1) de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsorde; 2) de competentie van de EU op het terrein van het materiële strafrecht; 3) de manieren waarop het Europees recht het nationale strafrecht kan beïnvloeden; en 4) de plaats van het legaliteitsbeginsel in het Europees recht. De belangrijkste keuzes die in dit hoofdstuk worden gemaakt en die van belang zijn voor de analyse in hoofdstuk 4 tot en met 8, zullen hier in de inleiding al kort worden geschetst, zodat de in het Europees strafrecht ingevoerde lezer het hoofdstuk selectief kan lezen.

In de eerste plaats is de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes uniek, omdat het Europees recht – in ieder geval volgens het Hof van Justitie – doorwerkt in de nationale rechtsordes onafhankelijk van het nationale recht. Tegelijkertijd is de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes complex, omdat niet alle lidstaten die interpretatie van het Hof delen. Deze tegenstrijdige claims worden hier benaderd vanuit het perspectief van het constitutioneel pluralisme. Dat perspectief en de keuze daarvoor worden uiteengezet in paragraaf 3.2.

Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 het belang van de Europese integratie voor het strafrecht nader uiteengezet aan de hand van een analyse van de strafrechtelijke competentie van de Europese Unie. Ten eerste is van belang dat het Europees recht zowel het effect kan hebben dat bepaalde gedragingen *niet strafbaar* mogen zijn (negatieve integratie), als dat bepaalde gedragingen juist *wel strafbaar* moeten zijn (positieve integratie). Lidstaten kunnen dus verplicht worden tot het afschaffen, uitvaardigen of aanpassen van strafbepalingen. Voor de doorwerking van richtlijnen is ten tweede van belang of positieve integratie zich beperkt tot minimumharmonisatie en of die zich beperkt tot de rechtsgrondslag van artikel 83 VWEU. In beide gevallen leidt een negatief antwoord op die vraag tot indringender doorwerkingsmogelijkheden van het Europees recht en dus een hardere confrontatie met het legaliteitsbeginsel, zoals nader zal worden toegelicht. In dit hoofdstuk wordt verdedigd dat in ieder geval rekening moet worden gehouden met totale harmonisatie, alsmede

met strafrechtelijke EU-wetgeving – inclusief strafrechtelijke verordeningen – buiten artikel 83 VWEU om. Dat EU-wetgeving met een strafrechtelijk karakter buiten artikel 83 VWEU om zou kunnen worden uitgevaardigd wordt niet verdedigd omdat de verdragen daartoe een expliciete rechtsgrondslag bieden of omdat dat wenselijk zou zijn, maar simpelweg omdat de verdragen het niet expliciet uitsluiten en verwacht kan worden dat de grenzen van de wetgevingscompetentie zullen worden opgezocht.

Paragraaf 3.4 biedt een overzicht van de wijzen waarop het Europees recht het strafrecht beïnvloedt. Allereerst zullen de belangrijke begrippen worden afgebakend. Vervolgens wordt geschetst waarom de doorwerking van Europees recht in het strafrecht problematisch kan zijn: de doorwerkingsmechanismen zijn ontwikkeld met het oog op de integratie van de interne markt, maar moeten nu worden toegepast in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Dit leidt tot een voortdurende, vaak impliciete spanning tussen de wens de effectiviteit van het Europees recht te verzekeren, en de wens adequate rechtsbescherming te bieden op grond van het legaliteitsbeginsel.

In paragraaf 3.5 ten slotte wordt nader ingegaan op het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht, tegen de achtergrond van de rol die grondrechten spelen in de Europese Unie. De paragraaf biedt een kort historisch overzicht van de stapsgewijze erkenning van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof. Daarnaast wordt een voorlopige plaatsaanduiding en een algemene schets gegeven van het legaliteitsbeginsel in het EVRM en het Europees punitief bestuursrecht. Daaruit blijkt dat de wijze waarop het legaliteitsbeginsel door het EVRM wordt uitgelegd niet altijd één op één overdraagbaar is naar het Europees recht. Eenzelfde voorzichtigheid is geboden bij het trekken van conclusies uit het punitief bestuursrecht, maar dan met name omdat het Hof van Justitie zelf aangeeft dat het onderscheid maakt tussen de uitleg van het legaliteitsbeginsel in bestuursrechtelijke en strafrechtelijke context.

Paragraaf 3.6 bevat tot slot een korte recapitulatie.

3.2 DE VERHOUDING TUSSEN DE EUROPESE EN DE NATIONALE RECHTSORDE

Een bijzonder kenmerk van de Europese rechtsorde is dat al een kleine vijftig jaar wordt getwist over hoe deze rechtsorde zich precies verhoudt tot de rechtsordes van de lidstaten. Het Hof van Justitie veronderstelt de autonomie van het Europees recht en de suprematie daarvan boven het nationale recht, terwijl de meeste lidstaten zichzelf net als Duitsland zien als *'masters of the Treaties'* en stellen dat de werking van het Europees recht onderworpen is aan de voorwaarden die het recht van de lidstaten daaraan verbindt.¹ De spanning

1 *'Herren der Verträge'*, in de woorden van het Bundesverfassungsgericht, BVerfG 30 juni 2009, BVerfGE 2, 08 (Lissabon), r.o. 150.

die aldus is ontstaan tussen de positie van het Hof van Justitie en enkele lidstaten wordt in dit boek begrepen vanuit het theoretisch perspectief van het constitutioneel pluralisme. Het constitutioneel pluralisme en de keuze daarvoor zullen in het hiernavolgende worden toegelicht.

3.2.1 De verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde

De discussie over de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes barstte los met de bekende arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* uit 1963 en 1964.² In die arresten vestigde het Hof van Justitie de rechtstreekse werking (*Van Gend & Loos*) en voorrang (*Costa/ENEL*) van het Europees recht.³ De Gemeenschap was volgens het Hof in *Van Gend & Loos* 'in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde', ten behoeve waarvan de lidstaten hun soevereiniteit hebben begrensd.⁴ Een jaar later zei het Hof dat de lidstaten 'anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde' in het leven hadden geroepen, waarmee het Hof het communautaire recht een bijzondere positie gaf in het internationale recht. Het Hof voegde hier nog aan toe dat het Europees recht uit een 'autonome bron voortvloeit'.⁵ Het Europees recht is een autonome rechtsorde, waarvan het recht onafhankelijk van het grondwettelijk stelsel van de lidstaten kan doorwerken in het nationaal recht. Het Europees recht heeft volgens het Hof bovendien altijd voorrang op nationaal recht, inclusief de constitutie.⁶ Daarmee mat het Hof het Europees recht een hiërarchisch bovengeschikte positie aan ten opzichte van het nationale recht.

Deze voorstelling van zaken werd in de meeste lidstaten niet aanvaard. Aangevoerd door het Duitse Bundesverfassungsgericht hebben hoogste nationale rechters zich vanaf het begin verzet tegen de gedachte dat het Europees recht autonoom kan doorwerken in het nationale recht. In 1974 wees het Bundesverfassungsgericht het eerste *Solange*-arrest.⁷ Daarin toetste de Duitse constitutionele rechter een verordening aan de nationale Grondwet, in weerwil van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Het Bundesverfassungsgericht stelde dat het weliswaar een dergelijke bepaling niet onverbindend kan verklaren, maar dat een verordening die met de Grondwet conflicteert niet kan worden toegepast in Duitsland.⁸ De Duitse rechter behield zich dus het recht voor Europees recht te toetsen aan de nationale Grondwet. In het tweede

2 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

3 Die twee begrippen worden besproken in paragraaf 3.4.

4 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

5 HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

6 HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*), r.o. 3.

7 BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

8 BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*), r.o. 49.

Solange-arrest deed het Bundesverfassungsgericht niettemin een belangrijke concessie: zolang de grondrechtenbescherming op Europees niveau in algemene zin afdoende werd geacht, zou het Bundesverfassungsgericht afzien van de uitoefening van zijn bevoegdheid de toepasbaarheid van Europees secundair recht te toetsen.⁹

Aanvankelijk werd de positie van Duitsland en enkele andere lidstaten geïnterpreteerd als laatste stuiptrekkingen van de voorbij suprematie van het nationale recht.¹⁰ Het conflict werd echter alleen maar verder op scherp gesteld toen het Duitse Bundesverfassungsgericht het Verdrag van Maastricht aan de Grondwet toetste. Hoewel het verdrag niet onverenigbaar werd geacht met de Grondwet, benadrukte het Duitse Hof nogmaals dat de Europese Gemeenschap geen staat is en slechts kan handelen op grond van een uitdrukkelijke bevoegdheidstoedeling vanuit de lidstaten. Het Bundesverfassungsgericht hield strikt vast aan het attributiebeginsel: de Europese Gemeenschap kan alleen optreden indien en voor zover de lidstaten daartoe een bevoegdheid hebben toegekend. De EG kan dus niet zijn eigen bevoegdheden afbakenen, met andere woorden: in het EG-recht bestaat geen *Kompetenz-Kompetenz*. Handelingen die niet op een expliciete grondslag berusten beschouwde het Duitse Hof als *ultra vires* en daarom onverbindend.¹¹ Deze jurisprudentie heeft meerdere hoogste rechters in andere lidstaten geïnspireerd om ieder op hun eigen wijze suprematie van het nationale recht te claimen.¹²

De Hoge Raad heeft een uitzonderlijke positie ingenomen door wél de suprematie van het Europees recht te accepteren. In 2004 wees de Hoge Raad arrest in een zaak over de doorwerking van Verordening 3280/85/EEG in het strafrecht.¹³ De verdachte rechtspersoon was door het Hof Den Bosch veroordeeld voor overtreding van de Arbeidstijdenwet wegens het niet bieden van de verplichte rusttijden aan zijn werknemers. Wat die rusttijden waren, was niet in het Nederlandse recht bepaald: de Arbeidstijdenwet verwees naar de verordening en bestempelde niet-naleving tot strafbaar feit. Namens de verdachte werd betoogd dat de verordening geen een ieder verbindende bepaling kan inhouden in de zin van artikel 93 Gw, omdat het legaliteitsbeginsel een Nederlandse strafbepaling vereist. De Hoge Raad maakte echter korte metten met het middel, waar hij stelde: 'Het middel miskent dat een op grond van het EG-verdrag vastgestelde verordening zoals waarvan hier sprake is, krachtens dat verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit gelding heeft en

9 BVerfG 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), r.o. 132.

10 Avbelj & Komárek 2012, p. 2.

11 BVerfG 12 oktober 1993, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*), r.o. 106; zie ook Baquero Cruz 2008, m.n. p. 391-394.

12 Baquero Cruz noemt Denemarken, Polen, Frankrijk, Spanje, Tsjechië, Oostenrijk, Zweden en België. Baquero Cruz 2008, p. 389-422.

13 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*). Verordening (EEG) 3820/85 van de Raad van 20 december 1985 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer.

rechtstreeks toepasselijk is in elke Lid-Staat. Die gelding is niet gebaseerd op het stelsel van art. 93 en 94 Gw.¹⁴ Sindsdien is de autonome doorwerking van het Europees recht voor Nederland het uitgangspunt.

De positie van Nederland is als gezegd uitzonderlijk en niet representatief voor de gehele Europese Unie. Zowel door het Hof van Justitie als door de hoogste rechters in meerdere lidstaten wordt een superieure positie geclaimd van de eigen rechtsorde. Is het Europees recht nu geïntegreerd in het nationale recht of andersom? Binnen het lang gehanteerde dualisme van staten en internationale organisaties¹⁵ leek er geen andere mogelijkheid te bestaan dan dat de ene rechtsorde deel uitmaakt van de andere, hoger gerangschikte rechtsorde.¹⁶ Vanuit Europeesrechtelijk perspectief is de positie van de lidstaten die superioriteit van de eigen rechtsorde claimen een voorbeeld van 'exceptional instances of institutional disobedience'.¹⁷ Vanuit het perspectief van die lidstaten is de Europese Unie die zichzelf *Kompetenz-Kompetenz* toebedeelt als een Baron van Münchhausen die zichzelf aan zijn eigen haren optrekt uit het moeras.

Met een kort artikel in het *European Law Journal* uit 1995 legde MacCormick de basis voor een uitweg uit de patstelling: het constitutioneel pluralisme.¹⁸ De claims van beide rechters zijn in dat perspectief geldig, bezien vanuit hun eigen rechtsorde. Beide rechtsordes zijn namelijk volgens MacCormick zelf-referentieel: de eventuele toepassing van een norm afkomstig uit een andere rechtsorde is gebaseerd op erkenning van die norm in het eigen systeem.¹⁹ MacCormick schreef hierover:

'The legal systems of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another. It follows also that the interpre-

14 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*), r.o. 3.6. In r.o. 3.5 zegt de Hoge Raad dat de rechtstreekse toepasselijkheid van een verordening meebrengt dat deze 'zonder nadere maatregel tot opnemings in het nationale recht in werking treedt'. Dat is een opvallende overweging, aangezien veel verordeningen, ook de in dit arrest centraal staande (zie art. 17 van de verordening), voor de handhaving wel afhankelijk zijn van nationale bepalingen voor de uitvoering ervan. Zo moet bestraffing van overtreding van een verordening een grondslag hebben in het nationale bestuurs- of strafrecht. Op de redenering van de Hoge Raad kan dus wel wat worden afgedongen: de verordening werd wel degelijk eerst toepasbaar in het strafrecht na de invoering van een nationale bepaling die overtreding van de verordening strafbaar stelde.

15 Prechal 2006, p. 9.

16 Barents 2009, p. 46; MacCormick 1995, p. 263-264.

17 Baquero Cruz 2012, p. 249.

18 MacCormick 1995. Hij spreekt in dat artikel nog uitsluitend van 'pluralisme', de term 'constitutioneel pluralisme' munt hij in *Questioning Sovereignty*, MacCormick 1999.

19 MacCormick 1995, p. 262; zie ook de uitleg van Barents, Barents 2009, p. 46.

tative power of the highest decision-making authorities of the different systems must be, as to each system, ultimate.²⁰

Dit idee is door hemzelf uitgewerkt tot het ‘constitutioneel pluralisme’.²¹ De verhouding tussen de rechtsordes wordt nu wel aangeduid als ‘heterarchisch’ in plaats van hiërarchisch of horizontaal in plaats van verticaal.²² Beide rechtsordes zijn van toepassing op hetzelfde territoire, zonder dat de één ondergeschikt is aan of deel uitmaakt van de ander. Zij bepalen beide autonoom hoe zij zich verhouden tot andere rechtsordes.²³ Dankzij het idee van constitutioneel pluralisme bestaan er niet langer twee, maar drie manieren om de verhouding tussen de rechtsordes te begrijpen.

Indien beide rechtsordes zichzelf als autonoom beschouwen, kan er een constitutioneel conflict ontstaan. Dat doet zich voor wanneer het Europees recht bepaalt dat een norm van Europees recht doorwerkt in het nationale recht, terwijl het nationale constitutionele recht bepaalt dat dit niet mogelijk is. In eerste instantie formuleerde MacCormick een ‘radicaal pluralisme’, inhoudende dat voor constitutionele conflicten geen juridische oplossing bestaat.²⁴ Wat zal gebeuren in een situatie van conflict is een kwestie van macht en politiek. Later zag MacCormick wel een juridisch kader waarin het probleem kan worden opgelost, namelijk het internationaal recht. Beide rechtsordes zijn ingebed in het internationaal recht en dat biedt normen, in de eerste plaats het beginsel *pacta sunt servanda*, die kunnen worden toegepast bij constitutionele conflicten.²⁵ Het conflict moet dan benaderd worden vanuit de vraag waartoe de lidstaten zich jegens de Europese Unie hebben verbonden. De pluraliteit van rechtsordes staat derhalve in een monistisch raamwerk, het raamwerk van het internationaal recht.²⁶

3.2.2 De keuze voor een pluralistisch perspectief toegelicht

In het onderhavige onderzoek wordt het constitutioneel pluralisme in de eerste plaats gehanteerd als een perspectief om de onverenigbare constitutionele claims van de verschillende rechterlijke colleges te begrijpen. De reden om dit perspectief te kiezen is dus gebaseerd op een overweging van descriptieve aard: welk model kan de huidige constitutionele verhoudingen op de meest accurate wijze beschrijven? De verschillende autoriteitsclaims bestaan nu

20 MacCormick 1995, p. 264.

21 MacCormick 1999. Zie verder, onder veel meer Walker 2002; Maduro 2003; Kumm 2005; Barber 2006; Van Rijn van Alkemade & Uzman 2011.

22 Walker 2003 p. 4; gevolgd door Claes 2006 p. 35-36.

23 Barents 2009, p. 51.

24 MacCormick 1995 p. 265.

25 MacCormick 1999, p. 97-121, m.n. p. 116 e.v.

26 MacCormick 1999, p. 116-117.

eenmaal naast elkaar, en het is de vraag hoe zinvol het is om de Europese dan wel de nationale claims als onjuist geheel terzijde te schuiven. Afgezien van de vraag of zij te gelde kunnen worden gemaakt, geven die claims hoe dan ook mede vorm aan het constitutionele landschap van de Europese Unie en kunnen ze het handelen van de hoogste rechters in de verschillende rechtsordes beïnvloeden.²⁷ Het lijkt erop dat zowel de nationale rechters als het Hof van Justitie zich bewust zijn van de mogelijkheid van constitutionele conflicten en zich inspannen een daadwerkelijk conflict te vermijden. Zo is in meerdere landen de Grondwet aangepast om de doorwerking van het Europees recht ook vanuit nationaalrechtelijk perspectief te kunnen legitimeren.²⁸ Op die manier kan het Europees recht effectief worden toegepast zonder dat een constitutioneel conflict zich voordoet. Zolang de nationale rechters en het Hof de voorrang van het Unierecht erkennen en toepassen, doet het er niet wezenlijk toe op welke wijze ze die voorrang legitimeren.²⁹ Zolang constitutionele conflicten dus vermeden kunnen worden, kan de situatie van constitutioneel pluralisme een duurzame stand van zaken zijn.

Nu moet hierbij uiteraard de kanttekening worden gemaakt dat precies vanuit het Nederlands perspectief het constitutioneel pluralisme als verklaaringsmodel niet nodig is. De Hoge Raad heeft juist geaccepteerd dat het nationale constitutionele recht niet relevant is voor de doorwerking. Daardoor is een constitutioneel conflict met het Nederlandse recht op dit moment onmogelijk. Niettemin hanteer ik op basis van het pluralistisch perspectief de veronderstelling dat de Nederlandse rechtsorde nog altijd autonoom is. Vooral nog is daarin de keuze gemaakt voor onvoorwaardelijke doorwerking van Europees recht, maar het staat Nederland vrij om in de toekomst een andere positie te kiezen. Dat Europees recht doorwerkt buiten artikel 93 en 94 Gw om wordt ook wel betwist, en zeker de wenselijkheid van dat gegeven staat ter discussie.³⁰ Het pluralistisch model biedt in ieder geval reden om de integratie tussen Europees en Nederlands recht *ook* als een vraagstuk van Nederlands recht te bezien. Of in het Nederlandse recht een strafbepaling uit het Europees recht zonder nationaalrechtelijke grondslag rechtstreeks zou kunnen worden toegepast, doet vanuit het perspectief van Europeesrechtelijke suprematie niet ter zake – het nationaal recht is niet relevant voor de doorwerking van Europees recht. Vanuit het perspectief van constitutioneel pluralisme kan daarentegen wél de vraag worden gesteld of en zo ja welke voorwaarden het Nederlandse recht stelt aan de doorwerking van Europees recht, bijvoorbeeld

27 Maduro 2003, p. 521.

28 Zie bijvoorbeeld voor een bespreking van het Sloveense wijzigingsproces Avbelj 2011, p. 755-756.

29 Maduro 2003, p. 521-534.

30 Zie de kritische reacties op het *Verplichte rusttijden*-arrest van onder meer Alkema in zijn annotatie (NJ 2005/80); Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004; Geelhoed 2013, p. 28-29. Voor een kort overzicht van de discussie over doorwerking in het Nederlandse recht Geelhoed 2013, p. 25, met verdere verwijzingen.

de hypothetische rechtstreekse toepassing van een hypothetische strafbepaling uitgevaardigd op EU-niveau.

3.3 DE MATERIEELSTRAFRECHTELIJKE COMPETENTIE VAN DE EUROPESE UNIE

De vraag naar de reikwijdte van de strafrechtelijke competentie van de Europese Unie is met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verduidelijkt, maar niet volledig opgehelderd. De competentie van de Europese Unie wordt bepaald in het primaire Unierecht, dat tot stand wordt gebracht door de lidstaten.³¹ Het primaire recht vormt de grondslag voor de totstandkoming van secundair of afgeleid recht, dat door de instellingen wordt gecreëerd.³² Op die manier kennen de lidstaten bevoegdheden toe aan de Europese Unie en bakenen zij die bevoegdheden af. Het kan echter nauwelijks verbazing wekken dat in de praktijk de grenzen van de bevoegdheden worden opgezocht en regelmatig inzet zijn van strijd tussen de instellingen. Twee twistpunten in relatie tot het strafrecht zijn de vraag of harmonisatie op grond van artikel 83 VWEU steeds beperkt is tot minimumharmonisatie of ook totale harmonisatie mogelijk maakt, en of er een bevoegdheid bestaat tot het verplichten van strafbaarstellingen buiten artikel 83 VWEU om, eventueel zelfs rechtstreeks in een verordening. In deze paragraaf wordt geschetst dat totale harmonisatie en het gebruik van artikel 325 VWEU als rechtsgrondslag voor de harmonisatie van strafrecht niet als volslagen onrealistische toekomstscenario's terzijde kunnen worden geschoven. Om die reden wordt in het vervolg van dit boek rekening gehouden met die mogelijkheden. Eerst wordt een zeer korte historische schets gegeven van het groeiend belang van het strafrecht voor het Europees project. Vervolgens wordt het onderscheid geschetst tussen *negatieve integratie*, waarbij de rechtsordes van de lidstaten op elkaar worden aangepast doordat zij bepaalde gedragingen niet verbieden, en *positieve integratie*, waarbij lidstaten bepaalde gedragingen juist wel verbieden. Ten derde komt aan de orde welke betekenis moet worden gehecht aan de beperking van de strafrechtelijke competentie in artikel 83 VWEU tot 'minimumvoorschriften'. Tot slot komt de vraag aan de orde of de mogelijkheid bestaat dat strafrecht wordt geharmoniseerd buiten artikel 83 VWEU om.

31 Het primaire recht bestaat uit de verdragen, inclusief de totstandkomingsverdragen en de bij de verdragen horende protocollen, alsmede het Handvest van de Grondrechten.

32 Het secundaire recht bestaat met name uit verordeningen, richtlijnen, kaderbesluiten en besluiten.

3.3.1 Het strafrecht als beleidsterrein van de EU

De Europese Unie is niet begonnen als een strafrechtelijk project. De EU komt voort uit de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, opgericht in 1951 om de wedloop om natuurlijke bronnen die noodzakelijk zijn voor het voeren van oorlog tegen te gaan door een gemeenschappelijke markt te creëren voor kolen en staal. Revolutionair was dat daarbij een Hoge Autoriteit in het leven werd geroepen, een supranationale instantie die de lidstaten bindend verplichtingen kon opleggen. In 1958 werd met het Verdrag van Rome de Europese Economische Gemeenschap (EEG) ingesteld om een gemeenschappelijke markt te creëren. Met hetzelfde verdrag werd ook de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, Euratom, opgericht met als doel de vreedzame toepassing van atoomenergie te bevorderen. In 1985 werd met de Europese Akte (die in 1987 in werking trad) besloten het Verdrag van Rome te wijzigen en werd de basis gelegd voor de interne markt door een positieve harmonisatiebevoegdheid te creëren. Vrij verkeer voor personen was op dat moment echter politiek nog niet haalbaar, waardoor dit aanvankelijk buiten het EEG-kader tot stand kwam in het Schengenakkoord (1985). Het vrij verkeer van personen noopte ook tot enige samenwerking op het terrein van het strafrecht in het kader van Schengen.³³

Met het Verdrag van Maastricht van 1992 werd de Europese Economische Gemeenschap omgevormd tot de Europese Unie die vanaf toen bestond uit drie pijlers: de eerste pijler bevatte het gemeenschappelijk economisch, sociaal en milieubeleid (de Europese Gemeenschappen), de tweede pijler bestond uit het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid en de derde pijler bevatte de Politieke en Justitiële Samenwerking in Strafzaken. Sinds de oprichting van de Europese Unie in 1993 is de justitiële samenwerking in strafzaken dus een expliciete doelstelling van het Europees project. Tot die tijd was het strafrecht hooguit relevant voor zover het een bijdrage kon leveren aan het bereiken van de economische doelstellingen van de Europese Gemeenschappen.³⁴ De Europese Unie ging de concurrentie aan met de Raad van Europa, opgericht in 1949, die tot dan toe werd gezien als het juiste vehikel voor gezamenlijke maatregelen op strafrechtelijk terrein.³⁵

Sinds de oprichting van de Europese Unie in 1993 is de justitiële samenwerking in strafzaken dus een expliciete doelstelling van het Europees project. Tot die tijd was het strafrecht hooguit relevant voor zover het een bijdrage kon leveren aan het bereiken van de economische doelstellingen van de Europese Gemeenschappen.³⁶ De Europese Unie ging de concurrentie aan met

³³ Barents & Brinkhorst 2012, p. 368; Spencer 2014, p. 755-756.

³⁴ Herlin-Karnell 2013, p. 444.

³⁵ Zie over deze ontwikkeling en de verhouding tot de Raad van Europa Nilsson 2012, p. 106-107.

³⁶ Herlin-Karnell 2013, p. 444.

de Raad van Europa, opgericht in 1949, die tot dan toe werd gezien als het juiste vehikel voor gezamenlijke maatregelen op strafrechtelijk terrein.³⁷ Harmonisatie van strafrecht vindt in beide kaders plaats door middel van verdragen of besluiten waarin de lidstaten zich verplichten tot het strafbaar stellen van bepaalde gedragingen. Samenwerking binnen de EU bood echter enkele voordelen ten opzichte van de intergouvernementele samenwerking in de Raad van Europa, zoals effectievere wetgevingsprocedures en beter toezicht op de naleving. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam in 1999 nam strafrechtelijke integratie pas echt een hoge vlucht. In de Europese Raad van Tampere werd besloten de 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' verder tot ontwikkeling te brengen, waarbij wederzijdse erkenning als belangrijkste vorm van samenwerking werd aangewezen.³⁸ Het Schengen-acquis werd geïntegreerd in de EU en EG. Niettemin bleef de samenwerking op het terrein van het strafrecht ook in de Europese Unie tot aan het Verdrag van Lissabon zowel kenmerken vertonen van intergouvernementele samenwerking als van de communautaire methode. Het instrument voor strafrechtelijke harmonisatie werd het kaderbesluit, dat geen rechtstreekse werking heeft (maar, zo bleek later, wel een plicht tot conforme interpretatie in het leven roept³⁹). De discrepantie tussen intergouvernementele en supranationale elementen 'has turned EU criminal justice into a field of extreme constitutional uncertainty', aldus Fletcher, Löff en Gilmore in 2008.⁴⁰

Op 1 december 2009 is het Verdrag van Lissabon in werking getreden, waarmee de pijlerstructuur is afgeschaft. Het strafrecht is 'gecommunautariseerd', wat wil zeggen dat de communautaire methode van toepassing is: er wordt gebruik gemaakt van richtlijnen, die worden aangenomen via de gewone wetgevingsprocedure van artikel 289 juncto 294 VWEU waarbij met gekwalificeerde meerderheid wordt gestemd in de Raad. Wel voorzien artikel 82 en 83 VWEU, de bepalingen die een bevoegdheidsgrondslag bevatten voor de harmonisatie van strafproces- en strafrecht, in een 'noodremprocedure': indien een lidstaat meent dat een richtlijn 'afbreuk zou doen aan fundamentele aspecten van zijn strafrechtstelsel', kan hij ervoor zorgen dat de Raad bij unanimitéit moet beslissen. Als dat niet lukt, kunnen minstens negen lidstaten kiezen voor 'nauwere samenwerking' en het voorstel alsnog aannemen. Het strafrecht behoudt aldus nog steeds een bijzondere status, hoewel de impact daarvan kleiner is dan voorheen. Sinds 1 december 2014, na het einde van een overgangsperiode van vijf jaar, heeft het Hof van Justitie volledige jurisdictie gekregen en kan de Commissie inbreukprocedures starten tegen de lidstaten

37 Zie over deze ontwikkeling en de verhouding tot de Raad van Europa Nilsson 2012, p. 106-107.

38 In het Engels de 'area of freedom, security and justice', inmiddels adequater vertaald met 'ruimte van vrijheid, veiligheid en recht'.

39 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

40 Fletcher, Löff & Gilmore 2008, p. 18.

ten aanzien van sinds het Verdrag van Maastricht tot stand gebrachte derdepijlermaatregelen.⁴¹ De nadruk in het Europees recht ligt reeds lang op het faciliteren van strafrechtelijke samenwerking door middel van wederzijdse erkenning van justitiële beslissingen. Het doel daarvan was het vereenvoudigen en daarmee effectiever maken van internationale samenwerking bij het bestrijden van criminaliteit.⁴² Verschillen tussen het formele strafrecht van de lidstaten staan echter het wederzijds vertrouwen, dat aan de basis ligt van de wederzijdse erkenning, in de weg. De laatste jaren hebben daarom een toenemende aandacht gezien voor het waarborgen van grondrechten in wederzijdse-erkenningsprocedures. Inmiddels zijn daarom enkele procedurele rechten geharmoniseerd middels richtlijnen. Daarnaast zijn met name ernstige en grensoverschrijdende delicten, alsmede gedragingen die het Uniebudget of de uitvoering van Uniebeleid in gevaar brengen, geharmoniseerd voor wat hun beschrijving en minimale maximumsancie betreft. Hoewel wederzijdse erkenning nog steeds geldt als het belangrijkste instrument, is er met de jaren een betekenisvolle hoeveelheid harmonisatiewetgeving, ook op het terrein van het materiële strafrecht, tot stand gekomen.

3.3.2 Negatieve integratie: materieel strafrecht als belemmering van het vrij verkeer

De invloed van het Europees recht op het nationaal strafrecht wordt onderscheiden in negatieve en positieve integratie.⁴³ Bij negatieve integratie gaan de strafrechtssystemen van de lidstaten meer op elkaar lijken omdat bepaalde gedragingen *niet* strafbaar mogen zijn, bijvoorbeeld omdat ze de werking van de interne markt belemmeren. Positieve integratie duidt op het fenomeen dat de lidstaten juist dezelfde gedragingen *wel* strafbaar stellen, om Uniebeleid effectiever te handhaven of om bepaalde vormen van criminaliteit beter te kunnen bestrijden. Pas met het Verdrag van Maastricht van 1992 heeft het strafrecht een duidelijke rol gekregen in de Europese integratie, in die zin dat er een rechtsgrondslag bestaat voor de harmonisatie van materieel strafrecht. Europese regelgeving oefent echter in negatieve zin al veel langer invloed uit op het materiële strafrecht.

In de jaren zeventig werd al duidelijk dat het onmogelijk was het strafrecht geheel te immuniseren voor invloeden vanuit Europa. Dat had te maken met het volgende. Het creëren van de interne markt geschiedde voor een groot deel door middel van negatieve integratie: het afschaffen van nationale regels die grensoverschrijdende verkoop van goederen of aanbod van diensten

41 Art. 258 VWEU. Zie over de gevolgen van het verstrijken van die overgangsperiode Baker 2015.

42 Zie over wederzijdse erkenning en de keuze daarvoor Barents 2006, p. 361-364.

43 Bijvoorbeeld in Klip 2016, p. 33-34; Delmas-Marty 1998.

bemoeilijkten. Daarbij zijn niet alleen expliciete kwantitatieve beperkingen verboden, ook ‘maatregelen van gelijke werking’ die in effect een handelsbelemmering vormen zijn niet toegestaan.⁴⁴ Ook nationale strafrechtelijke regels kunnen de in- of uitvoer van producten belemmeren en daarmee dergelijke ‘maatregelen van gelijke werking’ vormen.⁴⁵ Ook kunnen strafbepalingen het vrij verkeer van werknemers belemmeren.⁴⁶ Onder omstandigheden zijn deze maatregelen gerechtvaardigd.⁴⁷ De jurisprudentie van het Hof van Justitie over wanneer een maatregel toelaatbaar is in het licht van de interne markt en wanneer niet, is complex.⁴⁸ Het is daarom vaak niet op voorhand met zekerheid te voorspellen of een nationale strafbepaling in strijd met het Unierecht zal worden geacht, en om die reden buiten toepassing moet worden gelaten.

In de jaren zeventig werd ook duidelijk dat naast de verdragen richtlijnen de toepassing van een nationale strafbepaling konden verhinderen. In het arrest *Ratti* uit 1979 had een rechtspersoon oplosmiddelen verpakt en geëtiketteerd volgens de regels uit richtlijn 73/173.⁴⁹ Die richtlijn was echter nog niet omgezet in het Italiaanse recht. Italië vervolgde de rechtspersoon op grond van het oudere, strengere nationale recht. De rechtspersoon kon volgens het Hof in een dergelijk geval rechtstreeks een beroep doen op de richtlijn, waardoor de strafbepaling buiten toepassing moest blijven.⁵⁰ Ook het negatieve effect van richtlijnen was dus al in de jaren zeventig zichtbaar.⁵¹

3.3.3 Positieve integratie: harmonisatie van materieel strafrecht

De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht vormt het kader voor de meeste Europese initiatieven inzake de voorkoming en bestrijding van criminaliteit.⁵² Artikel 83 VWEU biedt twee rechtsgrondslagen voor de harmonisatie van materieel strafrecht.

Artikel 83 lid 1 VWEU vormt de rechtsgrondslag voor de harmonisatie van strafbepalingen inzake de zogenaemde *eurocrimes*: ‘vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie die voortvloeit uit de aard

44 Art. 34 en 35 VWEU.

45 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*).

46 Bijvoorbeeld HvJ EG 14 juli 1977, 8/77, ECLI:EU:C:1977:131 (*Sagulo*).

47 Art. 36 VWEU.

48 Miettinen 2013a, p. 125-130.

49 Richtlijn 73/173/EEG van de Raad van 4 juni 1973 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake de indeling, de verpakking en het kenmerken van bepaalde gevaarlijke preparaten (oplosmiddelen).

50 HvJ EG 5 april 1979, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*).

51 Zie Mitsilegas 2014a, p. 421-422 voor een bespreking van recentere beperkingen van de strafrechtelijke competentie van de lidstaten. Deze zijn voor de hier centraal staande thematiek van ondergeschikt belang.

52 Art. 3 lid 2 VEU, art. 82-86 VWEU.

of de gevolgen van deze strafbare feiten of uit een bijzondere noodzaak om deze op gemeenschappelijke basis te bestrijden'. In hetzelfde artikel worden de vormen van criminaliteit genoemd die aan deze criteria voldoen: terrorisme, mensenhandel en seksuele uitbuiting van vrouwen en kinderen, illegale wapenen drugshandel, witwassen, corruptie, vervalsing van betaalmiddelen, computercriminaliteit en georganiseerde criminaliteit. Het betreft vormen van criminaliteit die al sinds jaar en dag voorwerp zijn van internationale verdragen die verplichten tot strafbaarstelling, vaak vanwege het grensoverschrijdende karakter van de gedragingen. Op bijna alle terreinen waarop de EU kaderbesluiten (onder de oude derde pijler) en richtlijnen (sinds het Verdrag van Lissabon) heeft uitgevaardigd bestonden al internationale verplichtingen tot strafbaarstelling, vaak onder de vlag van de Raad van Europa, de Verenigde Naties of beide. De delicten hoeven zelf geen grensoverschrijdend element te hebben: mensenhandel binnen een lidstaat is even strafbaar als grensoverschrijdende mensenhandel. Artikel 83 lid 1 VWEU kan worden gezien als een voortzetting van het werk dat is verricht onder de voormalige derde pijler.

Met eenparigheid van stemmen in de Raad kunnen ook andere delicten worden geharmoniseerd op de grondslag van artikel 83 lid 1 VWEU. Dat is bijzonder, aangezien dit in wezen een verdragswijziging inhoudt volgens een bijzondere procedure, zonder dat rechtstreekse consultatie van de nationale parlementen is vereist. Het Duitse Bundesverfassungsgericht achtte dit in het Lissabon-arrest onacceptabel aangezien de Duitse Grondwet parlementaire goedkeuring van de overdracht van soevereiniteit vereist.⁵³ De Duitse wetgever introduceerde daarop een bepaling die het de Duitse minister pas toestaat akkoord te gaan met uitbreiding van de competentie nadat het parlement daar uitdrukkelijk zijn goedkeuring aan heeft verleend.⁵⁴ In Nederland is in een dergelijke procedure niet voorzien. Dit heeft tot gevolg dat de uitbreiding van de strafrechtelijke competentie op grond van artikel 83 lid 1 VWEU in potentie minder brede democratische legitimatie heeft dan wanneer die plaats zou vinden middels verdragswijziging.

Artikel 83 lid 2 VWEU biedt de grondslag voor het uitvaardigen van richtlijnen voor de strafrechtelijke handhaving van EU-beleid, de zogeheten *accessoire harmonisatiebevoegdheid*. Bij de strafrechtelijke harmonisatie op grond van artikel 83 lid 2 VWEU gaat het om wat Mitsilegas *functional criminalisation* heeft genoemd: het strafrecht is niet in zichzelf een beleidsterrein, maar een middel om de effectiviteit van ander, niet-strafrechtelijk beleid te verzekeren.⁵⁵ Artikel 83 lid 2 VWEU is een voortzetting van de controversiële bevoegdheid tot strafrechtelijke harmonisatie die eerder werd ingelezen in de bevoegdheden op

53 BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 2, 08 (*Lissabon*); art. 23 lid 1, tweede volzin Grundgesetz.

54 Satzger 2012a, p. 75. Satzger wijst er daarbij op dat gezien de ruime omschrijving van de *eurocrimes*, het niet waarschijnlijk is dat van de uitbreidingsmogelijkheid gebruik zal worden gemaakt.

55 Mitsilegas 2014a, p. 419.

grond van de eerste pijler, geïmpliceerde accessoire bevoegdheid genoemd door Miettinen.⁵⁶ Over het bestaan van die bevoegdheid werd na de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht lang getwist tussen de Europese instellingen: aanvankelijk werden alle Commissievoorstellen met een strafrechtelijke component op grond van de eerste pijler door de Raad afgewezen of gewijzigd, of de Raad kwam met concurrerende voorstellen. Een enkele keer ging een verordening vergezeld van een voorstel voor een kaderbesluit, waarin dan de strafrechtelijke handhaving van het beleid werd geregeld.⁵⁷ De strijd werd beslecht door het Hof van Justitie in het arrest *Commissie/Raad*, waarin de Commissie goeddeels haar zin kreeg: indien strafrechtelijke handhaving noodzakelijk werd geacht voor de handhaving van het beleid, mocht het gebruik van het strafrecht worden verplicht. De aard en hoogte van de sanctie kon echter niet worden voorgeschreven op grond van de eerste pijler; die bevoegdheid bleef beperkt tot harmonisatie in de derde pijler.⁵⁸ Deze werkwijze werd gecodificeerd met het Verdrag van Lissabon. De vraag blijft echter of ook buiten artikel 83 lid 2 VWEU bevoegdheden kunnen worden gevonden tot harmonisatie van materieel strafrecht. Die vraag staat centraal in de laatste subparagraaf van deze paragraaf.

Hoe dan ook geschiedt strafrechtelijke handhaving van Uniebeleid ook nu al buiten de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 83 lid 2 VWEU om. Lidstaten zijn in veel gevallen vrij om te bepalen op welke wijze zij Europees recht handhaven, zolang zij daarbij gebruik maken van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties. Zij kunnen dus kiezen voor strafrechtelijke handhaving. Strafrechtelijke handhaving kan echter ook verplicht zijn op grond van het assimilatiebeginsel: lidstaten moeten overtredingen van Europees recht onder dezelfde voorwaarden handhaven als vergelijkbare overtredingen van het nationale recht.⁵⁹ In sommige gevallen zullen lidstaten daarom individueel genoodzaakt zijn te kiezen voor strafrechtelijke handhaving, omdat vergelijkbare gedragingen al strafrechtelijk worden gehandhaafd.⁶⁰

3.3.4 De bevoegdheid tot vaststelling van ‘minimumvoorschriften’

Artikel 83 VWEU vermeldt in beide leden dat ‘minimumvoorschriften’ kunnen worden vastgesteld, een term waarvan de betekenis ter discussie staat. De vraag is met name of deze term betekent dat totale harmonisatie op grond van artikel 83 VWEU is uitgesloten. De term ‘minimumvoorschriften’ komt ook

⁵⁶ Miettinen 2013b; Miettinen 2015.

⁵⁷ Uitgebreid over deze competentiestrijd Vervaele 2014a, p. 16-24.

⁵⁸ HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (*Commissie/Raad: milieustrafrecht*), bevestigd in HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625 (*Commissie/Raad: scheepsverontreiniging*).

⁵⁹ HvJ EG 12 september 1989, 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*), r.o. 24.

⁶⁰ Mitsilegas 2014a, p. 418-419; Klip 2016, p. 75-76.

voor in artikel 82 VWEU, waar de harmonisatie van strafprocesrecht is geregeld. Artikel 82 lid 2 regelt dat ter bevordering van de wederzijdse erkenning minimumvoorschriften kunnen worden vastgesteld op het terrein van het strafprocesrecht. Lid 2 eindigt met een toelichting: 'De vaststelling van de in dit lid bedoelde minimumvoorschriften belet de lidstaten niet een hoger niveau van bescherming voor personen te handhaven of in te voeren.' Naar analogie met artikel 82 lid 2 VWEU zouden lidstaten wellicht bij de harmonisatie van strafrecht ook een hoger niveau van bescherming mogen invoeren, ergo: meer gedragingen strafbaar stellen dan waartoe de richtlijn verplicht. Dat zou betekenen dat ze bestanddelen uit de richtlijn kunnen weglaten. Deze interpretatie, inhoudende dat het begrip minimumvoorschriften de harmonisatiebevoegdheid beperkt tot minimumharmonisatie, is de meest gangbare.⁶¹ Het is de Europese wetgever dan niet toegestaan een bepaald terrein uitputtend te regelen; lidstaten behouden de mogelijkheid tot het stellen van aanvullende regels. Ook de Commissie heeft benadrukt dat artikel 83 VWEU totale harmonisatie uitsluit.⁶²

Niettemin zijn ook redelijk wat auteurs een andere mening toegedaan. Klip lokte discussie uit door te stellen dat minimumregels geen vrijbrief zijn voor ongebreidelde repressie: de bevoegdheid om meer gedragingen strafbaar te stellen dan waartoe het Europees recht verplicht, is in ieder geval begrensd door de fundamentele vrijheden en door het proportionaliteitsbeginsel. Volgens Klip heeft de EU met de gebruikte terminologie beoogd aan te sluiten bij de praktijk van harmonisatie op andere terreinen. Het begrip 'minimumvoorschriften' slaat dan op het feit dat lidstaten de vrijheid behouden regels te stellen voor andere onderwerpen dan die geregeld in de richtlijn. Hoeveel vrijheid de lidstaat precies heeft, is afhankelijk van het doel van het instrument en varieert per geval.⁶³ Klip sluit dus kennelijk niet uit dat het gebruik van minimumvoorschriften maximumharmonisatie betekent, maar ziet dit slechts als één van de mogelijkheden en niet als de regel. Vervaele heeft later wel in algemene zin gesteld dat zodra de omschrijving van een strafbaar feit is geharmoniseerd, lidstaten daar niet meer van af kunnen wijken. Hij zoekt de reden daarvoor in artikel 2 VWEU: bij gedeelde bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten geldt dat indien de EU wetgevend heeft opgetreden, lidstaten alleen nog bevoegd zijn 'voor zover de Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend.'⁶⁴ Ook Nilsson betoogt dat het begrip *minimum rules* niet verwijst naar minimumharmonisatie. Hij draagt daarvoor onder meer aan dat totale harmonisatie voor veel meer rechtszekerheid zorgt. Het woord minimumvoor-

61 Zie bijvoorbeeld Hecker 2012, p. 357; Satzger 2012a, p. 78-80; Asp 2012, p. 110-121 en in navolging daarvan Weyembergh 2013, p. 14-15.

62 Mededeling van de Commissie 'Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law', COM(2011) 573, p. 7.

63 Klip 2006, p. 24-25; Klip 2009, p. 154-155; Klip 2016, p. 180-185.

64 Vervaele 2014a, p. 53.

schriften verwijst dan naar het gegeven dat alleen de delictomschrijving wordt geharmoniseerd – eigenlijk geünificeerd – terwijl de algemene leerstukken ongemoeid blijven.⁶⁵

Geen van de argumenten is mijns inziens doorslaggevend. De stelling dat totale harmonisatie vanuit het oogpunt van rechtszekerheid wenselijk zou zijn kan worden gevolgd, maar dat is geen reden om aan te nemen dat dit ook de juiste interpretatie van het begrip minimumvoorschriften is. Asp wijst er bovendien op dat er geen noodzakelijke relatie bestaat tussen minimumharmonisatie en rechtsonzekerheid – de lidstaten kunnen minimumregels uitstekend omzetten in heldere nationale regels.⁶⁶ Wel zou het wenselijk zijn, aldus Asp, als voor de lidstaten steeds duidelijk is welk niveau van harmonisatie is beoogd, en hoeveel ruimte ze hebben om af te wijken van de gebruikte formuleringen.⁶⁷ Ook van de argumenten van Asp kan worden gezegd dat dit inderdaad wenselijk zou zijn, maar dat ze evenmin een dwingend resultaat opleveren. De conclusie is daarmee dat vooralsnog onduidelijk is of totale harmonisatie mogelijk is op grond van artikel 83 VWEU. Intussen is de praktijk dat lidstaten, ook Nederland, ervan uitgaan dat richtlijnen minimumharmonisatie bevatten. Zij nemen de vrijheid om eventueel meer gedragingen strafbaar te stellen. De verdere analyse in dit boek zal het uitgangspunt hanteren dat richtlijnen de ruimte laten voor strengere normen op nationaal niveau, tenzij uit de richtlijn het tegendeel blijkt.

3.3.5 Harmonisatiebevoegdheden buiten artikel 83 VWEU?

De Commissie is al begonnen de grenzen van de strafrechtelijke bevoegdheden na het Verdrag van Lissabon af te tasten. In 2012 deed de Commissie een voorstel voor een strafrechtelijke richtlijn buiten artikel 83 VWEU om, te weten op basis van artikel 325 lid 4 VWEU.⁶⁸ Dat artikel luidt:

‘Het Europees Parlement en de Raad nemen volgens de gewone wetgevingsprocedure, na raadpleging van de Rekenkamer, de nodige maatregelen aan op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, om in de lidstaten alsmede in de instellingen, de organen en de instanties van de Unie een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden.’

⁶⁵ Nilsson 2011, p. 668-671.

⁶⁶ Asp 2012, p. 175-176.

⁶⁷ Asp 2012, p. 176-177.

⁶⁸ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, COM (2012)363.

In dit artikel is niet gespecificeerd of deze maatregelen ook strafrechtelijke maatregelen kunnen zijn. Bovendien laat de term 'maatregelen' ruimte voor zowel richtlijnen als verordeningen als instrument. Het artikel heeft twee potentiële gevolgen. Het eerste is dat strafrechtelijke harmonisatie mogelijk zou zijn buiten artikel 83 VWEU om. Het tweede is dat, indien het artikel zou worden gebruikt als rechtsgrondslag voor strafrechtelijke harmonisatie, het gebruik van een rechtstreeks toepasselijke verordening niet kan worden uitgesloten. De voorganger van artikel 325 lid 4 VWEU, artikel 280 lid 4 VEG, bepaalde in de laatste volzin dat de genoemde maatregelen geen betrekking hadden op de toepassing van het nationale strafrecht. Dit voorbehoud is verdwenen in het Verdrag van Lissabon.⁶⁹ Daarmee lijkt bewust ruimte gecreëerd voor de inzet van dit artikel tot strafrechtelijke harmonisatie of zelfs unificatie.

De Commissie merkte in haar voorstel een richtlijn aan als het aangewezen instrument omdat het gebruik van een richtlijn de mogelijkheid open laat voor lidstaten om strengere maatregelen te nemen.⁷⁰ De Raad noch het Parlement is het echter eens met de keuze voor artikel 325 VWEU als rechtsgrondslag. Zij willen de richtlijn baseren op artikel 83 VWEU. Op het moment van schrijven (november 2015) is nog onduidelijk wat de uitkomst van dit conflict zal zijn.⁷¹ Het voorval laat zien dat hoewel het Verdrag van Lissabon enige helderheid heeft weten te scheppen, de competentiestrijd over de harmonisatie van materieel strafrecht nog niet tot het verleden behoort. De keuze voor een rechtsgrondslag is, ook wanneer voor een richtlijn als instrument wordt gekozen, van een zeker belang voor de lidstaten, omdat artikel 83 VWEU voorziet in enkele bijzondere garanties voor de strafrechtelijke systemen van de lidstaten. Die garanties vallen weg met de keuze voor artikel 325 VWEU als rechtsgrondslag. Zo is de noodremprocedure van artikel 83 VWEU niet van toepassing op de richtlijn als die wordt gebaseerd op artikel 325 lid 4 VWEU,⁷² en kunnen het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken de uitzonderingspositie die zij hebben ten aanzien van strafrechtelijke harmonisatie niet inroepen.⁷³ Belangrijker nog – voor het onderhavige onderzoek – is dat dan totale harmonisatie in ieder geval mogelijk is, aangezien artikel 325 VWEU niet beperkt is tot

⁶⁹ Asp 2012, p. 142-147.

⁷⁰ Toelichting op het Voorstel voor een richtlijn fraudebestrijding, p. 8. Niettemin bevat het voorstel zeer gedetailleerde delictomschrijvingen, die weinig beleidsruimte laten voor de lidstaten. Zie daarover ook Miettinen 2013b.

⁷¹ Als de Raad vast blijft houden aan art. 83 VWEU als rechtsgrondslag zou de Commissie het voorstel nog kunnen intrekken, of het Hof zou de richtlijn kunnen vernietigen wegens een onjuiste rechtsgrondslag.

⁷² Anders Satzger, die meent dat de noodrem wel van toepassing is indien van een richtlijn gebruik wordt gemaakt, maar niet indien een verordening wordt gebruikt. Zie Satzger 2012a, p. 82, en in navolging daarvan Hecker 2012, p. 493.

⁷³ Zie voor die uitzonderingsposities Protocol 19 betreffende het Schengenacquis dat is opgenomen in het kader van de Europese Unie; Protocol 21 betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en Protocol 22 betreffende de positie van Denemarken bij het Verdrag van Lissabon.

het uitvaardigen van ‘minimumvoorschriften’. Artikel 325 VWEU geeft de EU een doelgebonden bevoegdheid: de bevoegdheid om maatregelen te nemen die ‘nodig’ zijn om fraude adequaat te bestrijden.⁷⁴

Asp meent als één van de weinigen dat de beste uitleg van het Verdrag van Lissabon toch inhoudt dat strafrechtelijke harmonisatie alleen kan plaatsvinden op grond van artikel 83 VWEU.⁷⁵ In zijn ogen hebben de lidstaten met het Verdrag van Lissabon niet alleen een stap richting verdere integratie gezet, maar ook richting een meer gecontroleerde en begrensde supranationale bevoegdheid voor de EU.⁷⁶ Het sterkste argument daarvoor is in mijn ogen het gegeven dat artikel 83 lid 2 VWEU precies bedoeld lijkt voor een situatie als de wens tot strafrechtelijke bestrijding van fraude met EU-middelen: als buiten artikel 83 lid 1 VWEU de behoefte bestaat tot strafrechtelijke harmonisatie in het kader van handhaving van Uniebeleid, kan gebruik worden gemaakt van artikel 83 lid 2 VWEU. Niettemin is het, zoals Asp zelf ook toegeeft, onwaarschijnlijk dat deze beperkte opvatting stand zal houden bij het Hof van Justitie.

Terugdenkend aan de rechtspraak over rechtsgrondslagen van vóór het Verdrag van Lissabon lijkt het onwaarschijnlijk dat het Hof zal oordelen dat de strafrechtelijke competentie uitputtend is geregeld in artikel 83 VWEU.⁷⁷ Immers, ook toen een expliciete rechtsgrondslag bestond voor strafrechtelijke harmonisatie in het Verdrag van Amsterdam, zag het Hof nog steeds ruimte voor een geïmpliceerde accessoire bevoegdheid.⁷⁸ Klip stelt dat deze rechtspraak nog steeds relevant is: buiten artikel 83 VWEU om kan de Europese Unie wel voorschrijven dat regelgeving strafrechtelijk moet worden gehandhaafd, maar kan zij niet de aard of de hoogte van de sanctie bepalen.⁷⁹ Ook kan worden gewezen op de rechtspraak op andere terreinen over de keuze van rechtsgrondslagen, waarin het Hof, indien er meerdere rechtsgrondslagen in aanmerking komen, steeds eist dat wordt aangesloten bij het belangrijkste doel van het instrument.⁸⁰ Het uitwisselen van gegevens over verkeersdelicten moest daarom worden geregeld op basis van artikel 91 lid 1 sub c VWEU, in de titel vervoer.⁸¹ Wanneer harmonisatie van strafrecht een ondergeschikt

74 Hecker 2012, p. 151-153; Satzger 2012a, p. 81-82. Satzger noemt ook nog artikel 33 VWEU als mogelijke harmonisatiegrondslag, dat luidt: ‘Binnen het toepassingsgebied van de Verdragen nemen het Europees parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure maatregelen ter versterking van de douanesamenwerking tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en de Commissie.’

75 Asp 2012, p. 147-154.

76 Asp 2012, p. 152.

77 Miettinen 2013b; Klip 2016, p. 185-190 en meer in algemene zin over de grenzen aan harmonisatiebevoegdheden Weatherill 2011.

78 Aldus het Hof in HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (*Commissie/Raad: milieustrafrecht*); HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625 (*Commissie/Raad: scheepsverontreiniging*).

79 Klip 2016, p. 185-190.

80 Miettinen 2015a.

81 HvJ EU 6 mei 2014, C-43/12, ECLI:EU:C:2014:298 (*Commissie/Parlement en Raad*).

element is, moet de rechtsgrondslag wellicht buiten artikel 83 VWEU worden gezocht. Voor strafrechtelijke verordeningen zou artikel 325 lid 4 VWEU een rechtsgrondslag kunnen bieden, of, zoals Klip heeft gesuggereerd, de verordening tot oprichting van een Europees Openbaar Ministerie.⁸²

Gezien de wijze waarop het Hof van Justitie placht en pleegt om te gaan met rechtsgrondslagen – zowel op het terrein van het strafrecht als daarbuiten – kan worden geconcludeerd dat buiten artikel 83 VWEU rechtsgrondslagen voor strafrechtelijke harmonisatie kunnen en waarschijnlijk ook zullen worden gevonden.⁸³ Dat betekent in de eerste plaats dat in het vervolg rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van totale harmonisatie, in ieder geval op rechtsgrondslagen anders dan artikel 83 VWEU. Het betekent ook dat in het vervolg van dit boek rekening wordt gehouden met eventuele harmonisatie van materieel strafrecht door middel van rechtstreeks toepasselijke verordeningen. Of deze verordeningen per definitie een nationale strafbaarstelling vereisen om te kunnen worden toegepast in het Nederlandse strafrecht, zal worden onderzocht in paragraaf 4.5.

3.4 EFFECTEN VAN HET EUROPEES RECHT IN HET NATIONALE STRAFRECHT

De doorwerking van het Unierecht in het materiële strafrecht is omgeven met een aantal bijzonderheden ten opzichte van de doorwerking in het administratief recht. De oorzaak daarvan ligt in ieder geval ten dele in het feit dat positieve integratie van materieel strafrecht pas de laatste vijftientig, en vooral de laatste vijftien jaar echt van de grond is gekomen, terwijl het institutionele recht al eerder vorm had gekregen in het kader van de economische samenwerking. Het creëren van een interne markt en het samenwerken op strafrechtelijk terrein zijn echter verschillende grootheden, waardoor de met het oog op de interne markt ontwikkelde doorwerkingsmechanismen niet één op één toepasbaar zijn op de ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht. Ten eerste heeft de ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht een diffuser karakter omdat het Unierecht doorgaans niet verplicht tot het toekennen van rechten aan burgers, maar juist verplicht tot repressief optreden ten aanzien van die burgers. Ten tweede – maar dat punt zal hier niet nader worden uitgewerkt – is het strafrecht nauw verbonden aan de nationale (rechts-)cultuur, waardoor doorwerking minder gemakkelijk wordt geaccepteerd door de lidstaten.

Aan het begin van deze paragraaf komt de spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming bij de doorwerking van Europees recht kort aan de orde. Daarna ga ik in op de effecten die Europees recht kan hebben in het nationale

⁸² Klip 2016, p. 544.

⁸³ Voor een uitgebreide studie naar de strafrechtelijke bevoegdheden van de Europese Unie zie naast Asp 2012 Miettinen 2015b.

recht. Ten eerste moeten richtlijnen en kaderbesluiten worden omgezet in het nationale recht, en ook verordeningen nopen soms tot nationale uitvoeringsmaatregelen. Ten tweede zijn door het Hof van Justitie mechanismen ontwikkeld die ervoor zorgen dat bij conflicten tussen nationaal en Europees recht, de effectiviteit van het Europees recht zoveel mogelijk gewaarborgd is. Het Hof van Justitie heeft ten eerste de voorrang van Europees recht aangenomen voor de situatie waarin nationaal recht en Europees recht niet met elkaar in overeenstemming zijn. Indien een Europeesrechtelijke bepaling conflicteert met een bepaling van die nationale rechtsorde, gaat het Unierecht voor.⁸⁴ Daarnaast heeft het Hof gedecentraliseerde handhavingsmechanismen ontwikkeld waarmee de toepassing van Europees recht door de rechter wordt verzekerd: rechtstreekse werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid.⁸⁵ Rechtstreekse werking houdt in dat voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan op het Europees recht. Conforme interpretatie houdt in de plicht het nationale recht dat onder de reikwijdte van Europees recht valt aldus te interpreteren dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan de doelstellingen van het Europees recht. De conforme-interpretatieplicht is van toepassing op rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkend Europees recht. Mochten conforme interpretatie en rechtstreekse werking niet tot het gewenste resultaat kunnen leiden, kan overheidsaansprakelijkheid ontstaan. In dat geval kan een burger de door de schending van het Unierecht veroorzaakte schade verhalen op de lidstaat.⁸⁶ Overheidsaansprakelijkheid heeft voor het legaliteitsbeginsel geen relevantie en blijft daarom verder buiten beschouwing.

3.4.1 De doorwerking van Europees recht in het strafrecht: spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming

In het algemeen kan worden gesteld dat het strafrecht als rechtsgebied wordt gekenmerkt door de constante wens strafbaar gedrag tegen te gaan of daar adequaat en effectief op te reageren, en de wens om daarbij de rechten en vrijheden van de betrokken burgers zo goed mogelijk te respecteren. Die twee wensen staan in een zekere spanningsverhouding tot elkaar, omdat het niet altijd mogelijk is beide volkomen te verwezenlijken. Op – in ieder geval op het oog – vergelijkbare wijze wordt de interactie tussen Europees recht en het nationale strafrecht gekenmerkt door de wens het Europees recht zo effectief mogelijk te laten zijn, en de wens ook daarbij rechten en vrijheden van de betrokken burgers te respecteren. Ook tussen die wensen kan spanning bestaan, en die spanning manifesteert zich met name bij de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht.

⁸⁴ HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*).

⁸⁵ Prinssen 2004.

⁸⁶ HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

Het welslagen van het Europees project is in hoge mate afhankelijk van de inspanningen van de lidstaten. Veel secundair Europees recht is niet rechtstreeks toepasselijk, maar moet worden omgezet in nationaal recht. Nationale uitvoeringsmaatregelen zijn nodig om strafrechtelijke handhaving van verordeningen mogelijk te maken. Wanneer nationale wetgevers niet, niet tijdig of niet adequaat aan hun wetgevingsverplichtingen voldoen, is er bovendien een belangrijke rol weggelegd voor de rechter om het Europees recht voorrang te verlenen en het eventueel rechtstreeks toe te passen, het nationale recht conform Europees recht uit te leggen, of een schadevergoedingsmaatregel op te leggen aan de staat indien het gebrek tot schade heeft geleid.

De afhankelijkheid van de inspanningen van de lidstaten vertaalt zich in de loyaliteitsplicht, neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU, die lijkt op het internationaalrechtelijke beginsel *pacta sunt servanda* maar een verdergaande uitleg krijgt.⁸⁷ De loyaliteitsplicht omvat drie onderdelen: de lidstaten en de Unie moeten elkaar respecteren en steunen, de lidstaten moeten alle noodzakelijke maatregelen nemen om nakoming van hun Unierechtelijke verplichtingen te verzekeren en de lidstaten moeten zich onthouden van maatregelen die het verwezenlijken van de doelstellingen van de EU in gevaar kunnen brengen. Dit beginsel vormt mede de grondslag voor de doorwerkingsmechanismen en de plicht tot effectieve handhaving van het Unierecht.⁸⁸

Het doorwerkingsstelsel is ontwikkeld door het Hof van Justitie in een tijd dat de Europese Unie zich nog nauwelijks manifesteerde op strafrechtelijk terrein, maar voornamelijk een sociaaleconomisch project was.⁸⁹ Het belangrijkste oogmerk van doorwerking is te verzekeren dat burgers de hun door het Europese recht toegekende rechten en vrijheden kunnen invoeren jegens de lidstaten. Hoewel het Gemeenschapsrecht ook verplichtingen schiep voor burgers, konden doorwerking en effectieve rechtsbescherming vaak met behulp van hetzelfde mechanisme worden bewerkstelligd. Het lastige aan de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht is dat het Europees recht dat op dat terrein is uitgevaardigd een fundamenteel ander karakter heeft dan het internemarktrecht. De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht vereist immers een zekere afweging tussen vrijheid, veiligheid en recht die niet alle drie tegelijkertijd volledig kunnen worden gerealiseerd.⁹⁰ Er worden geen rechten of plichten toegekend aan burgers in het primaire recht, er wordt een verplichting gecreëerd tot regelend optreden en de daadwerkelijke normen die voor burgers relevant zijn komen pas tot stand in het secundaire recht.⁹¹

87 Barents & Brinkhorst 2012, p. 95.

88 Prechal 2006, p. 14-15.

89 Van Kempen 2006, p. 74; Prechal 2006.

90 Klip merkt niettemin op dat de vage einddoelen worden uitgewerkt in concretere kortetermijnbeleidsplannen zoals de routekaart ter versterking van de procedurele rechten, zie Klip 2016, p. 30-31.

91 Prechal 2006, p. 20-21; Mitsilegas 2014a, p. 416-417.

Leidt de nadruk op effectiviteit in het kader van de interne markt veelal tot grotere rechtsbescherming, '[e]ffectiveness in the context of European criminal law may [...] lead to the increase, rather than the limitation, of state power vis-à-vis the individual', aldus Mitsilegas.⁹² En in de woorden van Klip: 'While the internal market gives rights to the citizens of the European Union in the form of the five freedoms, the rights that are applicable in the area of freedom, security and justice are given to the Member States.'⁹³ Toch zijn de mechanismen en karakteristieken van het Europees recht grotendeels behouden gebleven.⁹⁴

Gezien het wezenlijk andere karakter van het Europees strafrecht moet gezocht worden naar een verhouding tussen het nastreven van de effectiviteit van Europees recht, en het waarborgen van de grondrechten. De spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming komt tot uitdrukking in de doorwerking van Europees recht en de begrenzing daarvan op grond van het legaliteitsbeginsel.

3.4.2 Implementatie van Europees recht

Onder doorwerking van Europees recht worden in dit boek alle wijzen waarop het Europees recht het nationale recht beïnvloedt verstaan. In deze subparagraaf ligt de nadruk op omzetting van richtlijnen en uitvoering van verordeningen, beide verantwoordelijkheden van de wetgever. In de volgende subparagraaf kijk ik naar gedecentraliseerde handhaving van Europees recht, de verantwoordelijkheid van de rechter.

Harmonisatie van materieel strafrecht geschiedt in de eerste plaats door het uitvaardigen van richtlijnen. Richtlijnen zijn 'verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat' volgens het werkingsverdrag, maar laten aan de lidstaten de vrijheid vorm en middelen te kiezen om de doelstelling van de richtlijn te bereiken. Ze binden de burger niet rechtstreeks.⁹⁵ Dit betekent dat richtlijnen moeten worden omgezet in nationaal recht. Dat kan geschieden door aanpassing van de tekst van de wet maar ook door het toevoegen van een omzettingsdoelstelling aan een bestaande bepaling van nationaal recht. In wezen doet de lidstaat dan niets, behalve verklaren dat het nationale recht reeds in overeenstemming is met het Europees recht. Dit wordt wel 'impliciete omzetting' genoemd.⁹⁶ In richtlijnen kan ook de aard van de sanctie en de minimale maximumhoogte daarvan worden voorgeschreven.

⁹² Mitsilegas 2014a, p. 417. In vergelijkbare zin Klip 2002, p. 27.

⁹³ Klip 2016, p. 528.

⁹⁴ Prechal 2006, p. 15-17.

⁹⁵ Art. 288 VWEU.

⁹⁶ Kristen 2004, p. 39.

Primair recht is, mits het 'duidelijk en onvoorwaardelijk' is en geen nadere uitwerking vereist op Europees of nationaal niveau om te kunnen worden toegepast, rechtstreeks toepasselijk.⁹⁷ Verordeningen zijn eveneens, opnieuw mits ze daartoe inhoudelijk geschikt zijn, rechtstreeks toepasselijk in alle rechtsordes van de Europese Unie.⁹⁸ Dat betekent dat zij niet hoeven en ook niet mogen worden omgezet in nationaal recht: er geldt een overschrijfverbod.⁹⁹ Lidstaten moeten soms wel uitvoeringsmaatregelen nemen. Van uitvoering van verordeningen is op het terrein van het strafrecht met name sprake wanneer een nationale strafbaarstelling wordt geïntroduceerd waardoor overtreding van (één of meer bepalingen van) een verordening tot strafbaar feit worden bestempeld. De strafrechtelijke handhaving van Uniebeleid vindt dus vaak plaats door een nationale strafbaarstelling in het leven te roepen die verwijst naar een verordening, waarbij een aparte sanctienorm de strafsoort en de maximumstraf bepaalt.

Tot aan het Verdrag van Lissabon werd in de derde pijler gebruik gemaakt van kaderbesluiten, die nooit rechtstreekse werking kunnen hebben.¹⁰⁰ De kaderbesluiten die nog bestaan werken dus op een iets andere wijze door dan richtlijnen en verordeningen.¹⁰¹ Kaderbesluiten moeten altijd worden omgezet in nationaal recht.

3.4.3 Gedecentraliseerde handhaving: voorrang, rechtstreekse werking en conforme interpretatie van Europees recht

Het niet, niet tijdig of niet adequaat implementeren van richtlijnen in het nationale recht kan op twee niveaus worden aangepakt. Het eerste is het communautaire niveau, waarbij de Commissie met behulp van de inbreukprocedure lidstaten kan dwingen tot implementatie. Gezien de hoeveelheid verplichtingen voor de lidstaten kan de Commissie met alleen de inbreukprocedure de effectiviteit van Europese regelgeving niet afdoende waarborgen, terwijl individuen daardoor het risico lopen dat zij rechten die het Europees recht aan hen toekent niet kunnen afdwingen. Deze inbreukprocedure is pas sinds 1 december 2014 van toepassing op onder de voormalige derde pijler tot stand gekomen maatregelen.¹⁰² Het tweede niveau waarop implementatiegebreken kunnen worden aangepakt is wat Prechal noemt het niveau van 'gedecentraliseerde handhaving', oftewel handhaving van Europees recht door

97 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

98 Art. 288 VWEU.

99 HvJ EG 10 oktober 1973, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Variola*), r.o. 10-11; Satzger 2012a, p. 85-86.

100 Art. 34 lid 2 sub b VEU (oud).

101 Zie voor het overgangsrecht artikel 9 Protocol 36 bij het Verdrag van Lissabon.

102 Art. 10 Protocol 36 bij het Verdrag van Lissabon betreffende overgangsbepalingen.

de nationale rechter.¹⁰³ Aan die gedecentraliseerde handhaving heeft het Hof van Justitie vanaf de jaren zestig vorm gegeven.

Voorrang kan worden gezien als een conflictregel, die bepaalt wat er moet gebeuren op het moment dat meerdere regels van toepassing zijn op hetzelfde geval, en deze regels niet dezelfde uitkomst voorschrijven. Meer specifiek is het door Barents een *negatieve aanwijzingsregel* genoemd, omdat voorrang slechts bepaalt welke regel er *niet* mag worden toegepast: de met het Europees recht strijdige regel van nationaal recht.¹⁰⁴ Deze voorrang is volgens het Hof van Justitie ‘absoluut en onvoorwaardelijk’, en geldt dus voor *al* het Europees recht ten opzichte van *al* het nationaal recht – ook het constitutioneel recht.¹⁰⁵ Bepalingen van nationaal recht die in strijd zijn met het Europees recht, moeten buiten toepassing worden gelaten.¹⁰⁶ Voor de goede orde: het buiten toepassing laten van de regel tast de geldigheid ervan niet aan, en de bepaling hoeft slechts buiten toepassing te worden gelaten voor zover die met het Europees recht in strijd is, waardoor ook gedeeltelijke buitentoepassingslating mogelijk is.¹⁰⁷ Soms kan in plaats van de buiten toepassing gelaten bepaling een andere regel van nationaal recht worden toegepast, of een bepaling van Europees recht indien die rechtstreekse werking heeft. De voorrang van Europees recht mag er niet toe leiden dat fundamentele rechten van betrokkenen worden geschonden. Het buiten toepassing laten van een bepaling is derhalve niet verplicht indien dit een schending van het legaliteitsbeginsel tot gevolg heeft.¹⁰⁸

Rechtstreekse werking houdt in dat bepalingen van Europees recht voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen. Zowel primair als secundair Europees recht kan rechtstreeks werken, indien het ‘onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig’ is, en dus naar zijn aard en inhoud geschikt is om door de nationale rechter te worden toegepast.¹⁰⁹ Sinds het arrest Van Duyn is duidelijk dat ook richtlijnen rechtstreekse werking kunnen hebben.¹¹⁰ Voor richtlijnen gelden echter enkele aanvullende voorwaarden, omdat zij niet rechtstreeks toepasselijk zijn en dus omgezet moeten worden in nationale bepalingen. Ten eerste moet de omzettingstermijn zijn verstreken. Gedurende de omzettingsperiode heeft een richtlijn daarom geen rechtstreekse werking,

103 Prechal 2005a, p. 8-9. Craig & De Búrca noemen dit ‘private enforcement’ omdat het particulariseren zijn die handhaving van het Unierecht eisen, zie Craig & De Búrca 2011, p. 181.

104 Barents 2009, p. 45-46.

105 HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*); HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

106 HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal II*); HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*); HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 (*Winner Wetten*); HvJ EU 14 juni 2012, C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348 (*ANAFE*).

107 Barents & Brinkhorst 2012, p. 89-93.

108 HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*); HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

109 HvJ EG 19 januari 1982, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), r.o. 25.

110 HvJ EG 4 december 1974, 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (*Van Duyn*), zie ook Craig & De Búrca 2011, p. 183-193.

en geldt voor de lidstaten slechts dat zij zich moeten onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het resultaat dat door de richtlijn is voorgeschreven in gevaar brengen.¹¹¹ Daarnaast is een voorwaarde voor rechtstreekse werking dat de bepalingen van de richtlijn voldoende duidelijk, precies en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd.¹¹² De bepalingen moeten zich met andere woorden lenen voor toepassing door de rechter en niet om nadere uitwerking door de wetgever vragen. Tot slot is rechtstreekse werking een mechanisme dat door individuen kan worden ingeroepen met het oog op de bescherming van hun belangen.¹¹³ Zo zegt het Hof van Justitie in *Becker*:

‘Wanneer [...] de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig lijken te zijn en uitvoeringsmaatregelen niet tijdig zijn getroffen, kunnen de particulieren zich op die bepalingen beroepen tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is. Hetzelfde geldt wanneer die bepalingen rechten vastleggen die de particulieren tegenover de Staat kunnen doen gelden.’¹¹⁴

Bij richtlijnen die de harmonisatie van strafbepalingen beogen is rechtstreekse werking in beginsel ook mogelijk, maar dan alleen wanneer het totale harmonisatie betreft, of er sprake is van een gebonden beleidsvrijheid waarvan geen gebruik is gemaakt. Dit betekent ook dat een lidstaat niet kan profiteren van de rechtstreekse werking van een richtlijn terwijl hij zelf nalatig is geweest bij de implementatie ervan. Richtlijnen kunnen nooit rechtstreeks verplichtingen opleggen aan particulieren. Anders gezegd: richtlijnen hebben geen omgekeerd verticaal effect. Kaderbesluiten, zolang ze nog niet zijn vervangen door richtlijnen, hebben krachtens artikel 34 van het oude EU-Verdrag geen rechtstreekse werking.

Conforme interpretatie is zowel verplicht in het kader van implementatie als van gedecentraliseerde handhaving. Iedere norm die strekt tot omzetting van Europees recht moet worden uitgelegd in overeenstemming met de tekst en het doel van dat Europees recht.¹¹⁵ Aldus is het onderdeel van de implementatieplicht. Wanneer een richtlijn adequaat is omgezet, zal deze plicht geen problemen opleveren. Vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel wordt conforme interpretatie doorgaans pas interessant wanneer het beoogt een conflict tussen Europees en nationaal recht op te heffen. Wanneer in het vervolg over conforme interpretatie gesproken wordt, is conforme interpretatie als doorwerkingsmechanisme bedoeld. De conforme-interpretatieplicht is van toepassing op al het Europees recht.

111 HvJ EG 18 december 1997, C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 (*Inter-environnement Wallonie*), r.o. 45.

112 Craig & De Búrca 2011, p. 188.

113 Prechal 2005a, p. 100; Craig & De Búrca 2011, p. 181-182; Hilson & Downes 1999.

114 HvJ EG 19 januari 1982, C-8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), r.o. 25.

115 Anders: Riesenhuber & Domröse 2005.

3.5 HET STRAFRECHTELIJK LEGALITEITSBEGINSEL IN DE CONTEXT VAN HET EUROPEES STRAFRECHT

In deze paragraaf wordt een kort overzicht geboden van de rol van grondrechten in het Europees recht en meer specifiek van de erkenning van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit biedt een grove schets van het geheel waarvan de delen afzonderlijk zullen worden bestudeerd in hoofdstuk 4 tot en met 8. Eerst wordt de plaats van grondrechten in het Europees recht besproken. Vervolgens komt de geleidelijke erkenning van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel, resulterend in de opnemings ervan in het Handvest van de Grondrechten aan de orde. Aan het eind komt de plaats van het punitief bestuursrecht en het EVRM in het onderzoek aan de orde en wordt een korte inleiding gegeven op de rol van het legaliteitsbeginsel in die twee contexten.

3.5.1 Grondrechten in het Europees recht

In het EEG-, Euratom- en EGKS-verdrag waren geen verwijzingen te vinden naar fundamentele rechten en vrijheden. Gezien het economische karakter van de bedoelingen met deze verdragen werd daartoe geen noodzaak ervaren.¹¹⁶ Grondrechten zouden van weinig relevantie zijn voor de economische doelstellingen die men voor ogen had. Die positie hield maar enige tijd stand. Het Europees recht kreeg met de voorrang en rechtstreekse werking al snel grote invloed op het recht van de lidstaten, waar men zich zorgen begon te maken over het waarborgen van fundamentele rechten. In 1969 erkende het Hof van Justitie in het *Stauder*-arrest het bestaan van 'algemene beginselen van Gemeenschapsrecht' waarin de fundamentele rechten besloten liggen.¹¹⁷ In de zaak *Internationale Handelsgesellschaft* bevestigt het Hof dat 'de eerbiediging der grondrechten een bestanddeel uitmaakt van de algemene rechtsbeginselen' en dat deze grondrechten, hoewel voortvloeiend uit de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten, moeten worden verzekerd in het kader van de Gemeenschap en de doelstellingen daarvan.¹¹⁸ Deze rechten en beginselen destilleert het Hof van Justitie uit de rechtssystemen van de lidstaten en uit internationale verdragen waar de lidstaten zich aan verbonden hebben, met name het EVRM.

116 Hoewel er wel over is gedacht, en zelfs is overwogen om de grondrechtencatalogus die in het EVRM zou komen te staan op te nemen in het EEG-Verdrag. Zie o.m. Jacque 2011, p. 995.

117 HvJ EG 12 november 1969, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 (*Stauder*), r.o. 7.

118 HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*), r.o. 3-4.

Inmiddels neemt de bescherming van grondrechten een belangrijke plaats in in het primaire Europees recht: niet alleen in het Handvest, maar ook in het VEU en VWEU. De belangrijkste mensenrechtenbepaling in het VEU is artikel 6. In lid 1 wordt de gebondenheid aan het Handvest bevestigd, en in lid 3 wordt bevestigd dat de grondrechten deel uitmaken van het Unierecht als algemene beginselen. Voor die grondrechten verwijst het VEU naar het EVRM en naar de constitutionele tradities van de lidstaten. Het EVRM en de nationale constituties blijven dus een bron van in ieder geval inspiratie bij het formuleren en uitleggen van fundamentele rechten. Lid 2 van artikel 6 VEU stelt dat de Unie toetreedt tot het EVRM. Deze onvoorwaardelijk geformuleerde belofte kan echter niet op korte termijn worden ingelost. De met veel moeite uitonderhandelde toetredingsovereenkomst werd in december 2014 door het Hof van Justitie getorpedeerd omdat het Hof vond dat de bijzondere kenmerken van de Europese Unie daarin onvoldoende gewaarborgd werden.¹¹⁹ Toetreding zal daarom niet op korte termijn plaats kunnen vinden. In artikel 67 VWEU wordt ten slotte gesteld dat de EU een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is 'waarin de grondrechten en de verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd'.¹²⁰

Veel algemene beginselen van Gemeenschapsrecht hebben hun beslag gekregen in het Handvest van de Grondrechten voor de Europese Unie. Het Handvest bestaat al sinds 2000, maar heeft sinds 2009 de status van primair recht van de Europese Unie.¹²¹ Het Handvest moet te allen tijde worden gewaarborgd door alle instellingen van de EU en door de lidstaten wanneer en voor zover zij Europees recht uitvoeren.¹²² Het Hof van Justitie heeft een ruime uitleg gegeven aan de toepasbaarheid van het Handvest. Onder uitvoering moet niet alleen de omzetting van EU-wetgeving worden verstaan: op alle regelingen die binnen het toepassingsgebied van het Unierecht vallen, is het Handvest van toepassing.¹²³ Het Handvest staat niet in de weg aan strengere grondrechtenbescherming door de lidstaten.¹²⁴ Bovendien wordt het Handvest, waar overlap bestaat met het EVRM, geacht ten minste dezelfde rechten te garanderen, terwijl de mogelijkheid wordt opengehouden om in het kader van de Europese Unie verdergaande bescherming te bieden.¹²⁵

119 HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (*Advies over ontwerpakkoord toetreding tot het EVRM*).

120 Art. 67 lid 1 VWEU. Dat artikel bepaalt inderdaad dat de Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is.

121 Art. 6 lid 1 VEU.

122 Art. 51 lid 1 Hv.

123 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), r.o. 19-21. Kennelijk beschouwt het Hof de bepalingen over de reikwijdte van het Handvest als een codificatie van de bestaande jurisprudentie over algemene beginselen van Gemeenschapsrecht.

124 Art. 53 Hv.

125 Art. 52 lid 3 Hv.

In het Handvest is de relatie tussen grondrechtenbescherming in Unierechtelijk kader en het EVRM geformaliseerd. Artikel 52 lid 3 Hv bepaalt dat rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten uit het EVRM, eenzelfde inhoud en reikwijdte hebben. Tegelijkertijd wordt in de tweede volzin van dat artikel de mogelijkheid opengelaten voor ruimere bescherming op grond van het Handvest. Blijkens de toelichting op artikel 52 Hv moet onderscheid worden gemaakt tussen rechten die met het EVRM corresponderen, en rechten die een ruimere bescherming bieden. Het legaliteitsbeginsel in het Handvest, vervat in artikel 49, correspondeert blijkens de toelichting op dat artikel met het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM.¹²⁶ Op basis daarvan is de verwachting gerechtvaardigd dat de uitleg van artikel 49 Hv in de praktijk zal aansluiten bij de uitleg van artikel 7 EVRM.¹²⁷

Het Handvest bepaalt in artikel 53 dat het aldus moet worden uitgelegd dat het geen afbreuk doet aan de mensenrechten en fundamentele vrijheden zoals die worden erkend in onder meer de grondwetten van de lidstaten. Die bepaling heeft echter niet tot gevolg dat lidstaten het Unierecht mogen toetsen aan hun nationale Grondwet. Wanneer in het secundaire Unierecht overeenstemming wordt bereikt over hoe grondrechten of vrijheden moeten worden beschermd, bijvoorbeeld bij de wederzijdse erkenning van bepaalde beslissingen, dan is de grondrechtenbescherming als het ware gefixeerd op dat niveau. Al sinds het arrest *Internationale Handelsgesellschaft* is duidelijk dat het Europees recht ook voorrang heeft op de nationale constituties.¹²⁸ In het *Melloni*-arrest bevestigt het Hof van Justitie deze stand van zaken: artikel 53 Hv heeft niet tot gevolg dat de overlevering in het kader van een Europees Aanhoudingsbevel mag worden geweigerd op grond van een nationaal grondrecht, in casu het recht van verdachten om aanwezig te zijn bij hun proces.¹²⁹ In het kaderbesluit zijn de lidstaten overeengekomen op welke wijze het door het Handvest gegarandeerde recht op een eerlijk proces, meer specifiek de bijzondere bescherming bij verstekveroordelingen, moet worden gegarandeerd in overleveringsprocedures. Daarmee is in wezen voor dat onderwerp de grondrechtenbescherming geharmoniseerd: het is niet alleen het minimum aan bescherming dat moet worden geboden, maar ook het maximum. In het kaderbesluit ligt een afweging besloten tussen de doelstellingen van het kaderbesluit en de rechten van de verdachte, die niet door de lidstaten op grond van de nationale constitutie kan worden overgedaan en anders kan uitvallen.

126 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, *Pb EU* 2007, C 303/02.

127 Andersom blijkt ook dat het EHRM zich bij de uitleg van artikel 7 EVRM laat inspireren door het Hof van Justitie. Zie EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië* 2) en de bespreking daarvan in paragraaf 8.3.5.

128 HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

129 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*).

3.5.2 Erkenning van het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie, codificatie in het Handvest voor de Grondrechten

Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is stapsgewijs erkend als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. Het is langzaam ontwikkeld vanuit het rechtszekerheidsbeginsel dat moet worden verzekerd bij het opleggen van sancties in het bestuursrecht tot een op het strafrecht toegesneden legaliteitsbeginsel. Naarmate het Hof meer te maken kreeg met strafrechtelijke zaken, werd de doorwerking aangepast voor toepassing in het strafrecht en werden langzaam aan steeds meer deelnormen van het legaliteitsbeginsel erkend. Daarbij werd veelvuldig verwezen naar artikel 7 EVRM, dat een belangrijke bron van inspiratie was voor de erkenning van het legaliteitsbeginsel, en nog altijd is voor de uitlegging ervan.¹³⁰

In de jaren tachtig kreeg de doorwerking van richtlijnen een specifiek strafrechtelijke kleur. De deelnorm van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel die in 1984 als eerste door het Hof expliciet werd aangemerkt als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht is het *verbod van terugwerkende kracht*. Daarmee werd afgeweken van de doorwerking van Europees recht in het administratief recht. In het Europees administratief recht bestaat namelijk geen algemeen verbod op terugwerkende kracht. Een bepaling kan met terugwerkende kracht worden toegepast indien eventueel gerechtvaardigd vertrouwen wordt gerespecteerd en indien terugwerkende kracht noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken.¹³¹ In het arrest *Kirk* erkent het Hof het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, verwijzend naar de rechtsstelsels van de lidstaten en naar artikel 7 EVRM.¹³²

Als tweede werden de *grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid* erkend in jurisprudentie over conforme interpretatie. De toepassing daarvan is niet verbonden aan de voorwaarde dat dit een voor de verdachte gunstig effect heeft.¹³³ Het Hof van Justitie stelt wel in het *Kolpinghuis*-arrest dat de conforme-interpretatieplicht 'haar begrenzing [vindt] in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.'¹³⁴ In *Procura della Repubblica/X* gebruikte het Hof van Justitie voor het eerst het begrip 'legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten'. In dat arrest is ook de meest scherpe formulering van een analogieverbod te vinden, die luidt: 'het beginsel dat de toepassing van de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid'.¹³⁵

130 In die zin ook Mitsilegas 2014b, p. 1356.

131 HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 41-49, m.n. 45.

132 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*), r.o. 21.

133 HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), r.o. 45.

134 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), r.o. 13.

135 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25.

Voldoende *bepaaldheid* van regels was al aanvaard als eis in het administratief recht alvorens te worden aanvaard in het strafrecht.¹³⁶ In een arrest over het belastingrecht uit 1981 stelde het Hof: ‘Het beginsel van rechtszekerheid eist dat een regeling waarbij aan de belastingplichtige lasten worden opgelegd duidelijk en nauwkeurig omschreven is, opdat de belastingplichtige ondubbelzinnig zijn rechten en verplichtingen kan kennen en dienovereenkomstig zijn beschikkingen kan treffen.’¹³⁷ Het bepaaldheidsgebod speelt in de strafrechtelijk georiënteerde jurisprudentie weliswaar geen prominente rol, maar verzet zich volgens het Hof in een arrest uit 1996 ‘tegen de instelling van een strafvervolgning wegens een feit dat niet duidelijk bij wet strafbaar is gesteld.’¹³⁸

In de hiervoor geciteerde passage uit het arrest *Procura della Repubblica/X* is, afgezien van het bepaaldheidsbeginsel, ook een verwijzing naar de *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid* te lezen. Het Hof vereist namelijk dat feiten strafbaar moeten worden gesteld ‘bij wet’. Een echte sluitingsnorm kan hierin echter niet gelezen worden.¹³⁹

In 2005 werd ten slotte het *mildheidsgebod* erkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.¹⁴⁰ Het mildheidsgebod heeft een duidelijke ontwikkeling doorgemaakt van uitsluitend nationaal beginsel tot beginsel van Gemeenschapsrecht. De erkenning van het mildheidsgebod is wellicht nog het meest opvallend omdat het Hof van Justitie daarmee duidelijk afstand nam van de jurisprudentie van het EHRM, dat het gebod in 2005 nog niet had erkend. Pas in 2009 heeft ook het EHRM het mildheidsgebod erkend als onderdeel van artikel 7 EVRM.¹⁴¹

In de jurisprudentie zijn dus achtereenvolgens het verbod van terugwerken de kracht, de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid, het bepaaldheidsgebod en het mildheidsgebod erkend, terwijl ook de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid onder de aandacht zijn geweest, maar een meer onzekere status hebben. De jurisprudentie heeft zijn beslag gekregen in artikel 49 lid 1 van het Handvest.¹⁴²

Artikel 49 Hv bestaat uit drie leden, waarvan de eerste twee betrekking hebben op het legaliteitsbeginsel inclusief het mildheidsgebod, en het derde lid op het evenredigheidsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel staat in het eerste lid, en

136 HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche / Commissie*).

137 HvJ EG 9 juli 1981, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171 (*Gondrand en Garancini*), r.o. 17.

138 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491, (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25.

139 Zie paragraaf 4.3.

140 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

141 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*).

142 Volgens het Gerecht is het in werking treden van het Handvest niet van invloed op de eerdere jurisprudentie over het legaliteitsbeginsel; inhoudelijk heeft het Handvest dus geen veranderingen gebracht. Zie Gerecht EU 16 september 2013, T-373/10, ECLI:EU:T:2013:455 (*Villeroy & Boch e.a./Commissie*), r.o. 163.

evenals in de meeste codificaties is het geformuleerd als een verbod van terugwerkende kracht. In de tweede volzin wordt het verbod van terugwerken de kracht van zwaardere straffen gevestigd, en de derde volzin bevat het mildheidsgebod. Boven het artikel staat 'Legaliteitsbeginsel en evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen'. Het mildheidsgebod wordt in de kop niet afzonderlijk benoemd. Artikel 49 lid 1 Hv correspondeert volgens de toelichting met artikel 7 EVRM en heeft dus in principe dezelfde reikwijdte en betekenis.¹⁴³ Dat laat echter nog steeds de mogelijkheid open dat het Hof van Justitie in de jurisprudentie ruimere bescherming biedt dan het EHRM.¹⁴⁴

Artikel 49 lid 2 Hv bevat een uitzondering op lid 1 voor 'handelen of nalaten dat ten tijde van het handelen of nalaten een misdrijf was volgens de door de volkerengemeenschap erkende algemene beginselen.' Dit lid is ontleend aan artikel 7 lid 2 EVRM en wijkt daar slechts in de formulering licht van af. Het roept daarom, net als artikel 7 lid 2 EVRM, de vraag op naar de verhouding tussen lid 1 en lid 2. Lid 1 vermeldt dat een handeling een strafbaar feit moet uitmaken naar 'nationaal of internationaal recht'. Wat de toegevoegde waarde van de verwijzing naar de 'door de volkerengemeenschap erkende algemene beginselen' nog is, zal worden besproken in hoofdstuk 4 over de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

3.5.3 Legaliteit in het punitief bestuursrecht en in het EVRM

De jurisprudentie van het Hof van Justitie over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is nog beperkt van omvang en van een uitgekristalliseerd leerstuk van Europees recht is nog geen sprake. Waar in de jurisprudentie vergeefs wordt gezocht naar een invulling van het legaliteitsbeginsel, zal worden gezocht naar aanknopingspunten in het EVRM en in de jurisprudentie op het terrein van het punitief bestuursrecht. Die aanknopingspunten kunnen zowel positief als negatief zijn, afhankelijk van de relevante overeenkomsten en verschillen: een bepaalde uitleg van het legaliteitsbeginsel in het punitief bestuursrecht of EVRM kan aanleiding geven tot het vermoeden dat het Hof van Justitie die uitleg in het strafrecht zal volgen, of juist dat het Hof zal kiezen voor een andere uitleg.

De eerste bron van informatie is de wijze waarop het Hof en het Gerecht het legaliteitsbeginsel uitleggen in het punitief bestuursrecht. Met name zal voor dit onderzoek worden geput uit het mededingingsrecht, op welk terrein door de Commissie rechtstreeks boetes worden opgelegd aan overtreders, maar ook voorbeelden uit het belastingrecht, douanerecht en de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie zullen worden gebruikt. Het

¹⁴³ Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, *Pb EU* 2007, C 303/02.

¹⁴⁴ In die zin ook Mitsilegas 2014b, p. 1360.

gaat er daarbij niet om een uitputtende beschrijving te geven van de invulling van het legaliteitsbeginsel in die context.

Het mededingingsrecht wordt in het Europees recht gekwalificeerd als bestuursrechtelijke handhaving.¹⁴⁵ Dat neemt niet weg dat het EHRM meent dat ook op procedures die als bestuursrechtelijk worden gekwalificeerd, de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing kunnen zijn. Met behulp van de zogeheten Engel-criteria wordt invulling gegeven aan het autonome begrip *criminal charge* in het EVRM.¹⁴⁶ Het Europees mededingingsrecht voldoet aan die criteria, hetgeen personen die voorwerp zijn van een mededingingsrechtelijke procedure het recht geeft enkele procedurele rechten uit artikel 6 EVRM in te roepen. Op basis van dat gegeven wordt wel gesteld dat ook het mededingingsrecht behoort tot het (Europees) strafrecht.¹⁴⁷ Dat er sprake is van een *criminal charge* in de autonome uitleg die het EHRM daaraan geeft, rechtvaardigt echter op zichzelf nog niet de conclusie dat er ook naar nationale of Europeesrechtelijke maatstaven sprake is van strafrecht. Het punitief bestuursrecht wordt in het nationale recht nog steeds gezien als bestuursrecht, hoewel wordt erkend dat er sprake is van een *criminal charge* en artikel 6 EVRM dus van toepassing is. Een vergelijkbare situatie kenmerkt het Europees recht en de positie van het mededingingsrecht daarbinnen.

In recente rechtspraak over de voorzienbaarheid van sancties licht het Gerecht het Europese standpunt nader toe. In artikel 15 lid 2 van Verordening 17/62¹⁴⁸ was geregeld dat de Commissie overtredingen van het mededingingsrecht kon beboeten met een boete van maximaal tien procent van de jaaromzet van de betrokken ondernemingen.¹⁴⁹ Bij het Gerecht en het Hof van Justitie is veelvuldig geklaagd over het ontbreken van een absoluut boeteplafond en het als gevolg daarvan niet voorzienbaar zijn van de hoogte van de sanctie.¹⁵⁰ Deze klachten zijn zonder gevolg gebleven, omdat de Europese rechters vinden dat voldoende duidelijk is hoe de boetes door de Commissie worden berekend. In de zaak *Degussa* lichtte het Gerecht toe waarom de klachten niet kunnen slagen:

145 Art. 23 lid 5 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag; GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC Treuhand AG/Commissie*), r.o. 113.

146 EHRM 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, ECLI:NL:XX:1976:AC5818, NJ 1978/224, m.nt. D.H.M. Meuwissen (*Engel/Nederland*).

147 Bijvoorbeeld in Klip 2016, p. 2-3.

148 Verordening (EEG) 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, inmiddels Verordening 1/2003/EG van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

149 Nu art. 23 lid 2 verordening (EG) 1/2003.

150 Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325 (*Bolloré/Commissie*); HvJ EG 22 mei 2008, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295 (*Evonik Degussa/Commissie en Raad*).

‘Dat die marktdeelnemer het niveau van de geldboeten die de Commissie in een concreet geval zal opleggen niet nauwkeurig kan kennen, kan geen schending opleveren van het beginsel van de legaliteit van sancties, nu, wegens de ernst van de inbreuken waartegen de Commissie sancties dient te nemen, de doelstellingen van bestraffing en afschrikking rechtvaardigen dat ondernemingen niet de mogelijkheid wordt geboden het voordeel in te schatten dat hun deelname aan een inbreuk zou opleveren, door van meet af aan het bedrag van de geldboete die hun wegens die onwettige gedraging zou worden opgelegd, in te calculeren.’¹⁵¹

Dit is een opvallende overweging omdat hier de tegenstelling die er kan bestaan tussen afschrikking en legaliteit op scherp staat. De afweging die het Gerecht maakt valt uit in het voordeel van afschrikking en bestraffing, ten koste van de rechtszekerheid.

In recente rechtspraak expliciteert het Gerecht dat deze rechtspraak moet worden gelezen in het licht van het onderscheid tussen het punitief bestuursrecht en het strafrecht.¹⁵² Het mededingingsrecht heeft, zo stelt het Gerecht, een ‘quasi-strafrechtelijk’ karakter, maar behoort niet tot de kern van het strafrecht. Voor die stelling verwijst het naar het arrest *Jussila/Finland* van het EHRM.¹⁵³ Die zaak had betrekking op de procedurele rechten van de betrokkene bij een opgelegde boete wegens een onjuiste belastingaangifte, die op grond van de Engel-criteria een *criminal charge* vormt. In *Jussila/Finland* stelt het EHRM dat niet iedere *criminal charge* even gewichtig is en wordt gekenmerkt door ‘any significant degree of stigma’.¹⁵⁴ Belastingzaken, aldus het EHRM, verschillen van de ‘hard core of criminal law’ en daarom hoeven niet alle strafrechtelijke waarborgen even strikt te worden toegepast.¹⁵⁵ Deze EHRM-jurisprudentie wordt aangehaald door het Gerecht, en daaruit wordt afgeleid dat het mededingingsrecht evenmin onder de *hard core of criminal law* valt.

Deze rechtspraak van het EHRM heeft betrekking op procedurele rechten die kunnen worden ontleend aan het recht op een eerlijk proces in artikel 6 EVRM. Het Gerecht past de strekking van deze rechtspraak naar analogie toe op artikel 7 EVRM. Ook ten aanzien van het legaliteitsbeginsel geldt, aldus het Gerecht, dat de strafrechtelijke garanties niet noodzakelijkerwijs ten volle hoeven te worden gegarandeerd binnen het mededingingsrecht.¹⁵⁶ Een van

151 GvEA EG 5 april 2006, T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103 (*Evonik Degussa/Commissie*), r.o. 83 (bevestigd in HvJ EU EG 22 mei 2008, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295 (*Evonik Degussa/Commissie en Raad*); in vergelijkbare zin GvEA EG 8 oktober 2008, T-69/04, ECLI:EU:T:2008:415 (*Schunk en Schunk Kohlenstoff-Technik/Commissie*), r.o. 45.

152 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 206-207.

153 EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*).

154 EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*), r.o. 43.

155 EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*), r.o. 43.

156 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 213.

de argumenten die het in dat kader¹⁵⁷ aandraagt is dat het mededingingsrecht uitsluitend over financiële belangen gaat. Mededingingsregels worden overtreden uit economische motieven en de sancties zijn eveneens uitsluitend van financiële aard, waardoor een zuivere calculatie van kosten en baten mogelijk is als de hoogte van de boete volledig nauwkeurig voorspelbaar is. Dit zou volgens het Gerecht de doeltreffendheid van het mededingingsrecht 'aanzienlijke schade' kunnen berokkenen.¹⁵⁸ Het moet gezegd worden dat dit een bijzondere stap in de argumentatie is, die mijns inziens geen grond vindt in het EVRM. Het argument dat de afschrikking bemoeilijkt zou worden indien een maximumsanctie bekend zou zijn, kan bovendien ook opgaan voor bepaalde vormen van economische criminaliteit, en is derhalve niet noodzakelijk gekoppeld aan het administratieve karakter van het mededingingsrecht. Niettemin is in ieder geval het Gerecht kennelijk van mening dat het legaliteitsbeginsel zich leent voor een zeer sterk door de context bepaalde benadering.

De scheidslijn tussen het mededingingsrecht (en het punitief bestuursrecht in het algemeen) en het strafrecht is hiermee geëxpliciteerd en ook geconsolideerd. Dit betekent dat de afstand tussen de toepassing van het legaliteitsbeginsel in het mededingingsrecht en het strafrecht verder is vergroot dan al het geval was. In dit onderzoek, waar de uitleg en toepassing van het legaliteitsbeginsel centraal staat, kan de toepassing van het beginsel in dit type zaken daarom niet worden vereenzelvigd met toepassing in strafzaken.

De tweede bron van informatie is de uitleg van het legaliteitsbeginsel door het EHRM. De jurisprudentie van het EHRM kan inzicht bieden in het Europees legaliteitsbeginsel, maar enige voorzichtigheid is wel geboden. Het is niet ondenkbaar dat toch verschillen ontstaan in de uitleg tussen beide hoven. Dat is ook al gebeurd: voordat het Handvest bindend werd erkende het Hof van Justitie het mildheidsgebod als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, terwijl dit niet in artikel 7 EVRM lag besloten.¹⁵⁹ De geheel andere context waarin het beginsel moet worden toegepast door beide hoven kan om drie redenen nopen tot uiteenlopende interpretaties. Een deel van de richtinggevende rechtspraak over artikel 7 EVRM gaat over de berechting van zeer ernstige

157 De redenering van het Gerecht is niet helemaal duidelijk, omdat het Gerecht eerst het *Jussila*-arrest bespreekt (r.o. 206) en vervolgens het onderscheid tussen het mededingingsrecht en strafrecht benadrukt om tot de conclusie te komen dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. Daarna wordt een klacht over de terugwerkende kracht besproken en pas in r.o. 213 staat de opmerking over de analoge toepassing van de *Jussila*-redenering op artikel 7 EVRM. Gelet op de strekking van het betoog ga ik er echter vanuit dat ook de passage over de bepaaldheid van de verordening al in het licht van een minder strikte toets aan artikel 7 moet worden gelezen.

158 Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*), r.o. 207.

159 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

misdrijven in post-conflictsituaties.¹⁶⁰ In dergelijke gevallen spelen mogelijk andere overwegingen een rol dan bij de berechting van een minder ernstig vergrijp, zoals aandelenhandel met voorkennis. Ten tweede gaat de rechtspraak van het EHRM niet over situaties van meerlagigheid en doorwerking, maar over de 'gewone' toepassing van het legaliteitsbeginsel in nationale context. Ten derde moet in EU-verband rekening worden gehouden met eventuele toepassing van het legaliteitsbeginsel op het Europees recht, en dus op het Hof van Justitie zelf.

Het Europees punitief bestuursrecht en artikel 7 EVRM worden dus mede onderzocht, maar uitsluitend voor zover dat dienstig wordt geacht aan de beantwoording van de onderzoeksvragen. Dit boek bevat derhalve geen systematische en uitputtende beschrijving van de invulling van het legaliteitsbeginsel in die contexten. Bovendien moeten steeds de relevante verschillen voor ogen worden gehouden tussen de toepassing van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht versus in het punitief bestuursrecht, en tussen toepassing door het Hof van Justitie versus toepassing door het EHRM.

3.6 TOT BESLUIT

In dit hoofdstuk zijn met grove streken de voor dit onderzoek belangrijkste kenmerken van het Europees strafrecht geschetst. Van belang is dat het constitutioneel pluralisme tot uitgangspunt is gekozen, hetgeen tot gevolg heeft dat de doorwerking zowel vanuit Europees als vanuit Nederlands recht zal worden bestudeerd. Verder is besproken op welke grondslagen de Europese Unie bevoegd is het materiële strafrecht te harmoniseren. Daaruit blijkt dat het niet waarschijnlijk is dat die bevoegdheid beperkt is tot artikel 83 VWEU, maar dat harmonisatie van strafrecht ook kan plaatsvinden op basis van artikel 325 lid 4 VWEU, of, indien er sprake is van een voorstel dat meerdere rechtsgrondslagen combineert, op grond van in wezen iedere andere rechtsgrondslag. In het tweede deel van het hoofdstuk, vanaf de vierde paragraaf, zijn de begrippen doorwerking en legaliteit in het Europees strafrecht nader uitgewerkt. Het blijkt dat in het kader van de interne markt ontwikkelde mechanismen en structuren niet zonder meer kunnen worden getransformeerd naar het Europees strafrecht, gezien de aard van het strafrecht. Tegelijkertijd laat dit hoofdstuk zien dat niet alleen verplichtingen tot strafbaarstellingen doorwerken in het nationale recht: Europeesrechtelijke grondrechten en beginselen, waaronder het legaliteitsbeginsel, beïnvloeden eveneens het nationale strafrecht.

160 Bijv. EHRM 22 maart 2001, 37201/97 (*K.-H.W./Duitsland*); EHRM 12 juli 2007, 74613/01 (*Jorgic/Duitsland*); EHRM 19 september 2008, 9174/02, NJ 2010/65, m.nt. J.M. Reijntjes (*Korbely/Hongarije*); EHRM 17 mei 2010, 36376/04 (*Kononov/Letland*).

4 | Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht

4.1 INLEIDING

Op welke wijze kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gevestigd? Die vraag kan voor een strafrechtssysteem worden beantwoord door de catalogus van bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid te inventariseren. In Nederland wordt het *lex scripta*-gebod gezien als deelnorm van het legaliteitsbeginsel, hier iets breder omschreven als *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid*. Het *lex scripta*-gebod houdt in dat strafrechtelijke aansprakelijkheid altijd gefundeerd moet zijn in een geschreven strafbepaling, en niet in de gewoonte of rechtersrecht. Daarmee kent het Nederlandse strafrecht een formeel rechtsbegrip: strafrechtelijke aansprakelijkheid kan alleen gevestigd worden op basis van wetgeving, uitgevaardigd door een daartoe bevoegde en democratisch gelegitimeerde wetgever. De strafrechtssystemen behorende tot de *common law* hanteren een materieel rechtsbegrip: als strafrechtelijke aansprakelijkheid kenbaar en voorzienbaar was voor het individu, dan is voldaan aan de eis van een voorafgaande strafbaarstelling. Dat materiële rechtsbegrip laat, anders dan het formele rechtsbegrip, ruimte voor het funderen en geleidelijk uitbreiden van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de rechtspraak. Het rechtsbegrip is dus bepalend voor het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid dat in een rechtsorde wordt geaccepteerd op grond van het legaliteitsbeginsel. In het Europees strafrecht is echter tevens de herkomst van bronnen van belang, met andere woorden de vraag of (geschreven) strafbepalingen uitsluitend op nationaal niveau kunnen worden uitgevaardigd, of ook op internationaal niveau.

Op het eerste gezicht lijkt de vraag naar bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht wellicht zinledig. Die vraag kan immers alleen gesteld worden ten aanzien van een bepaald strafrechtssysteem, en het Europees strafrecht vormt nu juist geen afgebakend en afgesloten systeem.¹ Vooralsnog kan daarom uitsluitend de vraag worden gesteld welke bronnen in het *rationale recht* kunnen worden erkend als bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die vraag heeft niettemin meerdere Europeesrechtelijke aspecten. Dit hoofdstuk vertrekt niet vanuit het *lex scripta*-gebod, maar vanuit de vraag naar bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het

1 Zie paragraaf 1.2.

algemeen. Die vraag omvat zowel het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid (wet, gewoonte, jurisprudentie) als de mogelijke herkomst van die bronnen (nationaal of Europees recht).

Het type rechtsbronnen dat wordt erkend bepaalt of een strafrechtstelsel open dan wel gesloten is. De openheid of geslotenheid van een rechtsorde beïnvloedt in belangrijke mate de omvang van de rechtsvormende taak van de rechter ten opzichte van de wetgever. In paragraaf 4.2 wordt het onderscheid tussen open en gesloten rechtsordes en het belang daarvan geschetst. Voor de beantwoording van de vraag naar de herkomst van de rechtsbronnen wordt, eveneens in paragraaf 4.2, de strafbepaling uitgesplitst in een gedragsomschrijving, strafbaarstelling en een sanctienorm. Die begrippen kunnen worden gebruikt om zo precies mogelijk te kunnen beschrijven op welk niveau (Europees of Nederlands) strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, wat weer een vergelijking tussen de doorwerking van richtlijnen, verordeningen en internationale verdragen mogelijk maakt.

De eerste vraag is welk type rechtsbronnen kan dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die vraag staat centraal in paragraaf 4.3. Het type rechtsbronnen bepaalt in belangrijke mate wanneer individuen een beroep kunnen doen op artikel 49 Hv: vereist dit een wettelijke grondslag voor aansprakelijkheid of kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gevestigd en uitgebreid in de jurisprudentie? Vanuit het perspectief van de wetgever is relevant welke eisen het Europees recht stelt aan de grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in het nationale recht. Kunnen lidstaten Europees recht implementeren in het strafrecht door middel van aanpassing van de jurisprudentie, of moet strafrechtelijke aansprakelijkheid altijd worden gevestigd in een geschreven strafbepaling? Om deze vragen te kunnen beantwoorden wordt eerst het rechtsbegrip in het EVRM geanalyseerd, alsmede dat in het Europees mededingingsrecht. Daarna kan onderzocht worden welke bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid het Europees recht erkent in artikel 49 Hv, zowel in lid 1 als in lid 2.

De tweede vraag is of strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtstreeks in het Europees recht kan worden gevestigd. Die vraag gaat dus niet over het type rechtsbron, maar de rechtsorde waarin die bron zijn herkomst vindt. Deze vraag staat centraal in paragraaf 4.4. De vraag naar een mogelijke rechtsgrondslag voor een strafrechtelijke verordening is al beantwoord in het vorige hoofdstuk: het is waarschijnlijk dat in de toekomst ook buiten artikel 83 VWEU harmonisatie van strafrecht zal plaatsvinden.² In dit hoofdstuk gaat het om de technische vraag welke wetgevingshandelingen eventueel geschikt zouden zijn om strafbepalingen te bevatten. Die vraag moet, gezien het voor het onderhavige onderzoek gekozen perspectief van constitutioneel pluralisme, worden beoordeeld vanuit het perspectief van zowel de Europese als de

2 Zie paragraaf 3.3.5.

ationale rechtsorde. Eerst wordt gekeken of er op dit moment al kan worden gesproken van rechtstreeks toepasselijk strafrecht. Met ‘rechtstreeks toepasselijk strafrecht’ wordt in dit hoofdstuk bedoeld op een bepaling van Europees recht die zonder omzetting of uitvoeringsmaatregelen in het nationale recht door de strafrechter kan worden toegepast als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarna wordt systematisch bekeken wat de werking van richtlijnen en verordeningen in het strafrecht is, waarbij met name verordeningen interessant zijn omdat zij ook ten nadele van individuen rechtstreeks kunnen worden toegepast. Daarbij wordt onderzocht of in de jurisprudentie van het Hof aanwijzingen kunnen worden gevonden dat verordeningen, net als richtlijnen, per definitie *niet* kunnen dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Hoewel Europees recht autonoom doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, wordt ook gekeken naar eventuele nationaalrechtelijke hindernissen die eventueel in de weg zouden kunnen staan aan de rechtstreekse toepasselijkheid van een Europese strafbepaling. Dit is het onderwerp van paragraaf 4.5. Daarbij bekijk ik de beperkingen die het legaliteitsbeginsel eventueel opwerpt voor rechtstreekse toepassing van strafbaarstellingen gelegen in internationale of Europese wetgeving.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 4.6.

4.2 DE BRONNEN VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID NADER BESCHOUWD

Allereerst wordt aan de hand van de begrippen openheid en geslotenheid van de wet nader verkend welk type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt erkend in rechtsordes en welke gevolgen dat heeft. Daarna wordt de strafbepaling uitgesplitst in drie componenten, namelijk een gedragsomschrijving, een strafbaarstelling en een sanctienorm. Aan de hand daarvan zal in paragraaf 4.4 per component worden onderzocht in welke rechtsorde die component gelegen kan zijn. Dat maakt het mogelijk een precies antwoord te geven op de vraag wat de herkomst is van een strafbepaling.

4.2.1 Openheid of geslotenheid van rechtsordes

De geschiedenis van het legaliteitsbeginsel, beschreven in hoofdstuk 2, laat zien dat een strikt wetspositivistische leer historisch gezien eerder uitzondering dan regel is geweest. In de Verlichting kreeg het wetspositivisme kortstondig de status van onveranderlijk uitgangspunt van het strafrecht, maar dat veranderde in de negentiende eeuw al snel. Rechtsordes verschillen in het aantal en type rechtsbronnen dat wordt erkend als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarmee kan het strafrecht al dan niet een gesloten systeem worden.

Een gesloten rechtsorde kent een wetspositivistische leer of formeel rechtsbegrip, wat tot uitdrukking komt in het *lex scripta*-beginsel. Het wetspositivisme bepaalt dat alleen de wet een gedraging tot strafbaar feit kan bestempelen. Is een gedraging niet in de wet omschreven als strafbaar feit, dan mag die gedraging niet bestraft worden. Dit negatieve rechtsprincipe wordt gezien als een sluitingsnorm op primair niveau.³ Indien een strafrechtsstelsel deze norm bevat kan het worden gekarakteriseerd als een gesloten stelsel. Iedere gedraging kan in dat stelsel worden gekwalificeerd: als een in de wet omschreven strafbaar feit, of als een niet-strafbare gedraging.⁴

De rechtsorde blijft open indien er geen afgebakend corpus van teksten is waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, maar er in plaats daarvan een materieel rechtsbegrip wordt gehanteerd. Dit is het geval indien jurisprudentie, gewoonterecht of andere vormen van ongeschreven recht als bron van het materiële strafrecht worden geaccepteerd. Dat een gedraging niet in het geschreven recht als strafbaar feit is bestempeld, leidt niet noodzakelijk tot de conclusie dat de gedraging geen strafbaar feit is.⁵ De rechter kan bijvoorbeeld bepalen dat er een lacune bestaat in het recht en deze lacune opvullen met gewoonterecht.

Bij ontstentenis van een primaire sluitingsregel kan het stelsel eventueel op secundair niveau worden gesloten, bijvoorbeeld door een (al dan niet geschreven) regel die de rechter opdraagt lacunes te signaleren en vervolgens alsnog te voorzien in een juridische normering.⁶ De strafrechtelijke bronnen-catalogus bepaalt of de rechtsorde op het *primaire* niveau van de gedragsnormen open of gesloten is. Ook wanneer een strafrechtsstelsel dus op secundair niveau gesloten zou zijn, wordt in het vervolg het materiële strafrecht in een dergelijk stelsel beschouwd als open systeem.

Het al dan niet gesloten zijn van de rechtsorde op primair niveau heeft op verschillende manieren gevolgen voor de invulling van het legaliteitsbeginsel. Indien de rechtsorde gesloten is, is de taak van de rechter beperkt tot het interpreteren van de wet en heeft hij geen wezenlijke rechtsvormende taak.⁷ In een open rechtsorde heeft de rechter meer vrijheid en ook meer verantwoordelijkheid in het vormen van recht. Daaruit volgt dat de rechtsvormende taak in sterkere mate verdeeld is over de wetgever en de rechter, terwijl in een gesloten stelsel die taken gescheiden zijn. In een gesloten rechtsorde maakt de wetgever regels voor algemene toepassing, en de rechter past ze toe in het concrete geval. In een open stelsel beslist de rechter nog steeds voor het

3 Brouwer 1979, p. 135 e.v.; Cleiren 1992, p. 18-19.

4 Brouwer 1979.

5 Brouwer 1979, p. 134.

6 Cleiren 1992, p. 19. Het onderscheid tussen het primaire en secundaire niveau sluit aan bij het onderscheid dat Hart maakt tussen primaire regels die het gedrag normeren, en secundaire regels die gaan over de creatie, wijziging en toepassing van primaire regels; Hart 1961, p. 79-99.

7 Brouwer 1979, p. 129-130.

individuele geval, maar uit die individuele beslissingen kunnen wel algemene regels voortvloeien. Volgens Koekkoek zijn rechtsregels in Angelsaksische rechtstradities daarom niet per definitie algemeen: ze zijn juist in beginsel voor het concrete geval geformuleerd.⁸ In dat geval zijn feit en rechtssubject immers niet herhaalbaar en verwisselbaar.⁹

Op basis van de rechtspositivistische conceptie zal een *lex scripta*-norm en dus een gesloten rechtsorde de voorkeur genieten, terwijl vanuit de rechtenconceptie het gebruik van jurisprudentie en gewoonterecht als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid minder problematisch is. De vraag wat dan de grenzen zijn bij het formuleren van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter, zal uitvoerig aan de orde komen in hoofdstuk 6.

4.2.2 Componenten van strafbepalingen

Wie de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht wil bestuderen wordt geconfronteerd met een complicatie van het vraagstuk. Die complicatie is dat in het Europees strafrecht gelede normstelling veel voorkomt, waarbij niet één bepaling de grondslag vormt voor de aansprakelijkheid, maar waarbij een strafbaarstelling verwijst naar een elders gelegen gedragsomschrijving, die vaak weer verspreid ligt over verschillende wetten en lagere regelgeving. Om de vraag te kunnen beantwoorden in welke instrumenten strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd, moet daarom eerst worden gekeken wat de frase 'strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen' inhoudt. Daarop kan het uitsplitsen van de strafbepaling in een gedragsomschrijving, strafbaarstelling en sanctienorm enig licht werpen.

Om de herkomst van bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen analyseren wordt de strafbepaling onderscheiden in een delictsom-schrijving en een sanctienorm.¹⁰ De sanctienorm bevat de strafdreiging (en is daarmee onderdeel van het *nulla poena*-beginsel, niet van het *nullum crimen*-beginsel), en de delictsom-schrijving bevat de omschrijving van de strafbare gedraging. In Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek wordt de delictsom-schrijving nog weer onderverdeeld in de omschrijving van het gedrag dat van de norm afwijkt (kortweg: de gedragsomschrijving¹¹) en de strafbaarstelling, de verklaring dat afwijken van de norm een strafbaar feit oplevert. Doorheen het boek worden deze begrippen steeds in de hier aangeduide technische betekenis gehanteerd. De onderdelen van de strafbepaling worden door

⁸ Koekkoek 2000, p. 41-43.

⁹ Melai 1968, p. 21.

¹⁰ De Hullu 2015, p. 69; Kelk/de Jong 2013, p. 15. Het onderscheid is met name gepropageerd door Binding, zie Simons/Pompe 1937, p. 93-96.

¹¹ Het gaat om de norm waarvan overtreding een strafbaar feit vormt. Die hoeft niet letterlijk te zijn geformuleerd als een beschrijving van een gedraging.

Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek met behulp van een voorbeeld schematisch weergegeven:

Figuur 4.1: De strafbepaling uitgesplitst in een gedragsomschrijving, strafbaarstelling en sanctienorm¹²

1) <i>gedragsomschrijving</i>	2) <i>strafbaarstelling</i>	3) <i>sanctienorm</i>
Hij die groente verkoopt buiten de veiling om	wordt gestraft	met geldboete van de eerste categorie
Delictsomschrijving		

Dit fijnmaziger onderscheid kan worden gebruikt om nader licht te werpen op de taakverdeling tussen de EU en de lidstaten. Per onderdeel van de strafbepaling kunnen twee vragen worden gesteld: 1) kan de EU dit onderdeel dwingend regelen? 2) kan dit onderdeel rechtstreeks werken of rechtstreeks worden toegepast? Deze vragen worden beantwoord in paragraaf 4.4. Eerst komt het type rechtsbronnen in het Europees strafrecht ter sprake.

4.3 HET TYPE BRONNEN VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID IN HET EUROPEES STRAFRECHT

Het *type* bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid dat wordt erkend in het Europees strafrecht is van belang voor de Nederlandse wetgever en de Nederlandse rechter. Voor de *strafrechter* is van belang te weten welk rechtsbegrip wordt gehanteerd in artikel 49 Hv. Om die vraag te beantwoorden wordt daaraan voorafgaand kort het rechtsbegrip in het EVRM en het Europees punitief bestuursrecht onderzocht. De Nederlandse *wetgever* moet weten of omzetting van een strafrechtelijke richtlijn in een geschreven bepaling verplicht is, of dat een richtlijn ook langs de weg van rechterlijke uitspraken genoeglijk omgezet kan worden.

4.3.1 Het rechtsbegrip in het EVRM

Voor de uitleg van artikel 49 Hv is artikel 7 EVRM relevant. Het gaat dan om de vraag wat de betekenis is van het begrip '*law*' uit artikel 7 lid 1 EVRM:

¹² Met kleine wijziging (ik gebruik de term 'gedragsomschrijving' in plaats van 'gedrag dat van de norm afwijkt') overgenomen uit Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek 2013, p. 35.

hanteert het EHRM een materieel of formeel rechtsbegrip?¹³ Bij het EVRM zijn zowel continentale lidstaten met een gesloten strafrechtsorde als Angelsaksische lidstaten met een open rechtstelsel aangesloten. Om die reden was het aanvankelijk niet helder wat in het verdrag onder het begrip 'law' moest worden verstaan.¹⁴ Dat kan immers zowel verwijzen naar 'wet' als naar het bredere 'recht'. De Nederlandse (niet authentieke) vertaling gebruikt steeds het begrip 'wet'. In het *Sunday Times*-arrest, een zaak tegen het Verenigd Koninkrijk, geeft het EHRM helderheid over het begrip 'law' in artikel 10 lid 2 EVRM: het gaat niet alleen om geschreven, maar ook om ongeschreven recht. Een ander oordeel 'would strike at the very roots of that State's legal system', aldus het EHRM, daarmee verwijzend naar de rol van de *common law* in het Verenigd Koninkrijk.¹⁵ Wel worden er materiële eisen gesteld aan het begrip 'wet': de norm moet kenbaar ('adequately accessible') en duidelijk ('formulated with sufficient precision') zijn.¹⁶ In het bekende arrest *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* oordeelt het EHRM dat de uitleg van het begrip 'law' in artikel 7 EVRM niet verschilt van die in de overige artikelen.¹⁷ Het is daarom adequater om te spreken van een grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in het *recht*, dan in de *wet*. Het rechtsbegrip dat in het EVRM wordt gehanteerd is dus een materieel rechtsbegrip. Omdat ook ongeschreven recht een bron kan vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, is er geen sprake van sluiting van de nationale rechtsordes op het primaire niveau. Deze rechtspraak tast echter de geslotenheid van nationale continentale strafrechtstelsels niet aan.

4.3.2 Het rechtsbegrip in het punitief bestuursrecht

In het mededingingsrecht legt het Hof van Justitie zelf punitieve sancties op. Sancties, van welke aard ook, vereisen een duidelijke rechtsgrondslag, zo stelde het Hof voor het eerst in de zaak *Könecke*.¹⁸ Könecke had overeenkomstig een Europese verordening staatssteun en een waarborg ontvangen van de Duitse overheid. Deze waren echter verleend op grond van door de rechtspersoon verstrekte informatie die later onjuist bleek te zijn. Duitsland wilde de waarborg verbeurd verklaren, maar vond hiervoor geen grondslag in de

13 Wat het EHRM verstaat onder 'international law' in artikel 7 lid 1 en onder 'the general principles of law recognised by civilised nations', zal worden besproken in paragraaf 4.3.3.

14 Zie de annotatie van Alkema bij EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146 (*Sunday Times*), met verwijzingen.

15 EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), r.o. 47.

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

17 Knigge in zijn annotatie bij EHRM 22 november 1995, zaken 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1 (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*).

18 HvJ EG 25 september 1984, 117/83, ECLI:EU:C:1984:288 (*Könecke*), r.o. 11, o.m. herhaald in HvJ EG 12 december 1990, C-172/89, ECLI:EU:C:1990:457 (*Vandemoortele*), r.o. 9. Zie de bespreking van deze en enkele andere arresten in Braum 2003, p. 23-26.

verordening. De verwijzende rechter vroeg daarom aan het Hof of hij een geldboete mocht opleggen. Die wens ketste af bij het Hof op het vereiste van een duidelijke rechtsgrondslag. De verordening bevatte een leemte, aldus het Hof, aangezien deze niet voorzag in een sanctie die in een geval als het onderhavige kon worden opgelegd. Aangezien de Europese regeling moest worden beschouwd als een ‘volledig stelsel’ waarin was beoogd het onderwerp uitputtend te regelen, mocht deze leemte volgens het Hof niet worden opgevuld in het nationale recht.¹⁹ Als een onderwerp dus volledig wordt geregeld in het Europees recht, moeten sancties ook een grondslag vinden in dat Europees recht – kennelijk in de verordening zelf – en niet in het nationale recht. Het Hof accepteerde met deze uitspraak dat de financiële belangen van de Europese Gemeenschap werden geschaad omdat kennelijk groter gewicht wordt gehecht aan het bestaan van een ondubbelzinnige rechtsgrondslag.

Maar wat heeft nu te gelden als rechtsgrondslag voor het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie? In het arrest *Dansk røring* heeft het Hof van Justitie ten aanzien van de legaliteit van sancties een materieel rechtsbegrip geaccepteerd, in aansluiting op de rechtspraak over artikel 7 EVRM.²⁰ In het mededingingsrecht heeft de Commissie een vrij grote discretionaire bevoegdheid bij de vaststelling van boetes.²¹ Aan deze discretionaire bevoegdheid is nader invulling gegeven in beleid van de Commissie in de vorm van zogeheten ‘richtsnoeren’ die de berekeningsmethoden voor de vaststelling van de hoogte van boetes bevatten. Deze richtsnoeren worden gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie. In de zaak *Dansk røring* merkte het Hof deze richtsnoeren aan als ‘recht’ in de zin van artikel 7 EVRM. Net zoals jurisprudentiële uitleggingen ‘recht’ kunnen zijn, kan repressief beleid dat ook zijn. De reden daarvoor is gelegen in de algemene strekking van de regels en de rechtsgevolgen die zij kunnen sorteren.²²

Het materiële rechtsbegrip heeft niet alleen betrekking op sancties, maar ook op de gedragsomschrijvingen zelf. Het Gerecht heeft aangesloten bij de EVRM-jurisprudentie inhoudende dat rechtspraak als rechtsbron een rol kan spelen bij de ‘voortschrijdende ontwikkeling van het strafrecht’, en die rechtspraak toegepast in het mededingingsrecht.²³ Door de acceptatie van de richtsnoeren en jurisprudentie als recht, op basis van hun inhoud en rechtsgevolgen,

19 HvJ EG 25 september 1984, 117/83, ECLI:EU:C:1984:288 (*Könecke*), r.o. 20.

20 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*).

21 Art. 15 Verordening (EEG) 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (oud), inmiddels art. 23 lid 2 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

22 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 222-223. Zie verder HvJ EG 22 mei 2008, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295 (*Evonik Degussa/Commissie en Raad*), punt 40; Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325 (*Bolloré/Commissie*), punt 32.

23 GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC Treuhand AG/Commissie*), r.o. 141.

is kortom in het mededingingsrecht ten aanzien van sancties uitdrukkelijk een rechtsbegrip geaccepteerd dat gebaseerd is op materiële geldingscriteria.²⁴

4.3.3 Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in artikel 49 lid 1 en 2 van het Handvest

In de literatuur overheerst de opvatting dat het Handvest, net als het EVRM, een materieel rechtsbegrip kent. Volgens artikel 49 lid 1 Hv moet een handelen of nalaten, wil dat leiden tot een veroordeling, op het moment van die handeling een strafbaar feit zijn 'naar nationaal of internationaal recht'. De keuze voor het begrip 'recht' en niet het engere 'wet' wordt door bijvoorbeeld Eser gezien als keuze voor een materieel rechtsbegrip dat ruimte laat voor strafrechtstelsels uit de *common law*-traditie.²⁵ Een tweede aanwijzing dat in het Europees strafrecht een materieel rechtsbegrip geldt, is de correspondentie met artikel 7 EVRM. Het EHRM heeft het wetspositivisme uitdrukkelijk afgewezen. In het mededingingsrecht heeft het Hof van Justitie zich al aangesloten bij het ruimere materiële rechtsbegrip door richtsnoeren en jurisprudentie te kwalificeren als 'recht'. In het mededingingsrecht moet aansprakelijkheid dus een grondslag hebben in het recht, en niet in de wet. Met de genoemde auteurs kan inderdaad het vermoeden worden onderschreven dat ten aanzien van de toepassing van artikel 49 lid 1 Hv het Hof van Justitie uitgangspunt zal nemen in de jurisprudentie van het EHRM, en dus zal kiezen voor een materieel rechtsbegrip.

Daarbij past wel een kanttekening. Het EHRM en het Hof van Justitie spreken zelf geen strafrechtelijke veroordelingen uit en leggen geen straffen op. Het rechtsbegrip dat zij hanteren heeft slechts gevolgen voor de lidstaten. Het Hof van Justitie zou in theorie in de toekomst (in theorie, want het scenario acht ik op dit moment zeer onwaarschijnlijk) de bevoegdheid kunnen krijgen strafzaken te behandelen. Dat nu een materieel rechtsbegrip geaccepteerd is voor de lidstaten, wil nog niet zeggen dat het Hof van Justitie zichzelf ook bevoegd zou achten de strafrechtelijke aansprakelijkheid jurisprudentieel uit te breiden. Wanneer het Hof van Justitie immers zélf veroordelingen uit zou spreken, bestaat er voor lidstaten met een gesloten rechtsorde – anders dan in het kader van het EVRM – geen mogelijkheid om voor hun eigen onderdanen de geslotenheid van het strafrecht te handhaven. Daarmee zou dus voor alle

24 In die zin ook Peristeridou 2015, p. 183-187. Kristen houdt echter een slag om de arm. Hij wijst erop dat het Hof van Justitie eerst in *Evonik Degussa* de rechtspraak over het rechtsbegrip tot de zijne lijkt te maken, terwijl die vermelding in latere rechtspraak achterwege blijft. Kristen verwijst echter niet naar het hier besproken arrest *Dansk rørintudstri*, dat een sterkere aanwijzing vormt. Zie Kristen 2011, p. 342-343.

25 Eser 2014, aant. 13 op artikel 49 Hv, en in navolging daarvan Dannecker & Bülte 2014, punt 210. Door deze auteurs wordt ook waarde gehecht aan het feit dat boven artikel 49 Hv in de Duitse versie '*Gesetzmäßigkeit*' staat en niet het gebruikelijker '*Gesetzlichkeit*'.

landen het strafrecht worden 'opengebroken'. Het Hof zal rekening moeten houden met het feit dat een dergelijke benadering een breuk zou opleveren met de constitutionele tradities van de continentale lidstaten. Het ligt daarnaast voor de hand te veronderstellen dat, mochten lidstaten die bevoegdheid al willen toekennen, de continentale lidstaten het Hof van Justitie strikt zullen willen binden aan een verdragsrechtelijke grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het Hof van Justitie kan dan niet zelf strafrechtelijke aansprakelijkheid creëren.²⁶ Dit laat mijns inziens zien dat de vrijheid die het Hof zich kan permitteren bij de uitleg van Europees recht afhankelijk is van diens positie en functie in de meerlagige strafrechtsorde.

Voor de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid is ook de verhouding tussen lid 1 en 2 van artikel 49 Hv relevant. Volgens artikel 49 lid 1 Hv moet een handelen of nalaten, wil dat leiden tot een veroordeling, op het moment van die handeling een strafbaar feit zijn 'naar nationaal of internationaal recht'. Hierin worden zowel nationaal als internationaal recht als bron van aansprakelijkheid aangemerkt. Lid 2 van artikel 49 Hv vermeldt dat ook gedragingen die een misdrijf zijn 'volgens de door de volkerengemeenschap erkende algemene beginselen' kunnen worden bestraft. Wat is de betekenis van deze algemene beginselen in het tweede lid in relatie tot het internationaal recht genoemd in lid 1, dat immers ook ongeschreven recht omvat?²⁷ Voor het beantwoorden van die vraag kan opnieuw worden gekeken naar het EVRM.

Artikel 7 lid 2 EVRM is geïntroduceerd om te voorkomen dat het legaliteitsbeginsel de berechting van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven tijdens de Tweede Wereldoorlog zou belemmeren.²⁸ De betreffende misdrijven hadden namelijk niet alleen geen grondslag in het destijds geldende nationale recht, ook hun verankering in het geschreven internationaal recht was zwak. Met de verwijzing naar algemene beginselen werd de discussie over het bestaan van een verdragsrechtelijke grondslag voor de veroordelingen vermeden. Het EHRM heeft echter de toepassing van het tweede lid van artikel 7 EVRM op misdrijven tegen de menselijkheid niet beperkt tot misdrijven gerelateerd aan de Tweede Wereldoorlog. Misdrijven tegen de menselijkheid zijn, aldus de Straatsburgse rechter, niet beperkt tot een bepaalde groep personen in een bepaalde tijd.²⁹ Inmiddels zijn deze delicten wel geregeld in het internationaal recht. In recentere zaken heeft het EHRM daarom ook op deze misdrijven lid 1 van artikel 7 toegepast, waardoor aan deze veroordelingen

26 In die zin ook Peristeridou 2015, p. 301-303.

27 Art. 38 lid 1 sub b, c en d Statuut van het Internationaal Gerechtshof erkent gewoonterecht, algemene beginselen en rechterlijke beslissingen en doctrine als bronnen van internationaal recht.

28 Boot 2002, p. 158-159, 170; Mitsilegas 2014b, p. 1369-1370; Mariniello 2013.

29 Niet-ontvankelijkheidsverklaring EHRM 24 januari 2006, 14685/04 (*Penart/Estland*).

strikttere eisen worden gesteld en waardoor de relevantie van de uitzondering van lid 2 is afgenomen.³⁰

De toegevoegde waarde van lid 2 voor artikel 49 Hv lijkt beperkt, aangezien de berechting van misdrijven gepleegd tijdens de Tweede Wereldoorlog niet snel onder de reikwijdte van het Europees recht zal vallen.³¹ Dat geldt ook in meer algemene zin voor misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven uit artikel 49 lid 1. Wel kan de vraag worden gesteld of overtreding van de bepalingen van een richtlijn of verordening zonder omzetting in een bepaling van nationaal recht kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit naar 'internationaal recht', zodat richtlijnen en verordeningen op die manier alsnog kunnen dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. De vraag of Europees recht inderdaad kan dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid staat centraal in paragraaf 4.4.

4.3.4 Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de omzetting van Europees recht in het strafrecht

Zojuist is beargumenteerd dat artikel 49 Hv aldus moet worden geïnterpreteerd dat daarin net als in het EVRM wordt uitgegaan van een materieel rechtsbegrip. Toch stelt Klip onomwonden dat in het Unierecht alleen geschreven strafbepalingen in het nationale recht worden geaccepteerd.³² Klip heeft het echter, anders dan Eser en Dannecker en Bülte, daarbij niet over artikel 49 Hv maar over de eisen die het Unierecht stelt aan de implementatie van richtlijnen en verordeningen. Richtlijnen zijn krachtens artikel 288 lid 3 VWEU bindend ten aanzien van het resultaat, maar zij laten aan de lidstaten de vrijheid zelf vorm en middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat implementatie van een richtlijn, naast door het introduceren van omzettingswetgeving, ook kan geschieden door middel van een gewijzigde feitelijke praktijk, aanwijzingen, of rechtspraak. Uit jurisprudentie inzake inbreukprocedures op grond van artikel 258 VWEU blijkt niettemin dat de vrijheid vorm en middelen te kiezen geen absolute vrijheid behelst, in die zin dat het Hof beoordeelt in hoeverre de middelen adequaat zijn om het gestelde doel te bereiken.³³ In het kader van die vrijheid zijn de lidstaten verplicht de 'meest passende' vorm en middelen te kiezen,³⁴ waarbij het Hof tamelijk indringend toetst of de keuze inderdaad meest passend is. In het bestuursrecht is omzetting in formele wetten niet altijd noodzakelijk, zo lang de rechten die particulieren kunnen ontlenen aan de richtlijn kenbaar, duidelijk

30 Mariniello 2013.

31 In diezelfde zin Peristeridou 2015, p. 187.

32 Klip 2016, p. 197-199.

33 Craig & De Búrca 2011, p. 425; Prechal 2005a, p. 73-76.

34 HvJ EG 8 april 1976, 48/75, ECLI:EU:C:1976:57 (*Royer*), r.o. 73, 75.

en afdwingbaar zijn.³⁵ Echter, het hanteren van administratieve praktijken die naar 'goeddenken' van de administratie kunnen worden gewijzigd beschouwt het Hof, zelfs al voldoet de praktijk aan de doelstellingen van de richtlijn, niet als adequate methode van implementatie.³⁶ In algemene zin moet niet alleen *de facto*, maar ook *de jure* het nuttig effect van de richtlijn verzekerd worden. Dat is het geval wanneer gebruik wordt gemaakt van bindende regelgeving.³⁷ Het Hof hecht grote waarde aan rechtszekerheid voor individuen, zowel waar het Europees recht beoogt rechten toe te kennen als waar het leidt tot het opleggen van verplichtingen. Hoewel uiteraard ook in deze context het probleem speelt dat het Europees strafrecht geen rechten toekent, heeft de rechtspraak over het toekennen van rechten mijns inziens toch ook betekenis voor het strafrecht, omdat de rechtspraak in de kern gaat over rechtszekerheid. In *Commissie/Nederland*, een zaak over consumentenbescherming, overweegt het Hof dat: 'een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn.'³⁸ Rechtspraak wordt als implementatiemethode geacht onvoldoende rechtszekerheid te creëren in het privaatrecht. Daaraan kan de gevolgtrekking worden verbonden dat in het strafrecht rechtspraak evenmin een afdoende omzettingmethode zal zijn.

Dat omzetting van richtlijnen in wetgeving verplicht is blijkt daarnaast uit de vele arresten waarin het Hof van Justitie oordeelt dat een richtlijn 'uit zichzelf en onafhankelijk van een nationale wettelijke regeling ter uitvoering ervan, niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren.'³⁹ Ook in de andere rechtstalen die een vergelijkbaar onderscheid maken tussen recht en wet, is gekozen voor het engere begrip 'wet'.⁴⁰

Uit de jurisprudentie over de omzetting van richtlijnen buiten het strafrecht en de interpretatie van nationaal recht in het strafrecht blijkt dat het Unierecht

35 HvJ EG 23 mei 1985, 29/84, ECLI:EU:C:1985:229 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 23; HvJ EG 6 mei 1980, 102/79, ECLI:EU:C:1980:120 (*Commissie/België*), r.o. 11. Zie ook Klamert 2006, p. 1263-1267; Craig & De Búrca 2011 p. 424-426; Kristen 2004, p. 39-41; Geelhoed 2009, p. 332-333.

36 HvJ EG 6 mei 1980, 102/79, ECLI:EU:C:1980:120 (*Commissie/België*), r.o. 11; HvJ EG 1 maart 1983, 300/81, ECLI:EU:C:1983:50 (*Commissie/Italië*), r.o. 10.

37 Borgers 2006, p. 7; Handleiding Wetgeving en Europa, p. 86, 92.

38 HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*), r.o. 21.

39 HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*), r.o. 20. Ook in latere rechtspraak verwijst het Hof steeds naar wetgeving, zie HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), r.o. 13; HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*), r.o. 37; HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*), r.o. 29.

40 Dat geldt in ieder geval voor het Frans, Duits, Deens, Zweeds en Spaans.

alleen geschreven strafbepalingen accepteert en dat dit lidstaten met een *common law* stelsel dwingt tot omzetting in geschreven wetsbepalingen.⁴¹ Het Europees recht hanteert aldus voor de lidstaten, ten aanzien van de vraag of een gedraging strafbaar is gesteld naar nationaal recht, een formeel rechtsbegrip. Dit lijkt wellicht in strijd met het voorgaande. De schijnbare tegenstelling kan worden weggenomen door te constateren dat het Hof mede geschreven strafbepalingen eist met het oog op toezicht op de naleving. Een strafrechtelijke richtlijn wordt pas geacht genoeglijk geïmplementeerd te zijn, indien deze is omgezet in een nationale strafbepaling. Die verplichting voor de lidstaten heeft echter een andere ratio dan de ratio die aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag ligt. Waar de ratio van het legaliteitsbeginsel uiteindelijk gelegen is in het waarborgen van individuele vrijheid en autonomie, vinden de eisen die het Hof aan omzettingwetgeving stelt hun rechtvaardiging in het waarborgen van de naleving van Europees recht en het faciliteren van toezicht daarop.

Dit kan worden geïllustreerd met een casus.⁴² Stel, er is een lidstaat die de Richtlijn mensenhandel nog niet heeft geïmplementeerd in het nationale recht. Deze lidstaat kent een open strafrechtstelsel, waarin op grond van een materieel rechtsbegrip ook rechtspraak als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt geaccepteerd. In de lidstaat bestaat al sinds jaar en dag een strafbaarstelling van handel in vrouwen en kinderen die in essentie dezelfde gedragingen omvat als de richtlijn, afgezien van het feit dat daarin alleen vrouwen en kinderen als potentiële slachtoffers worden genoemd. In de lidstaat bestaat echter al geruime tijd onvrede met deze bepaling, in de jurisprudentie en literatuur wordt geklaagd over de beperkte reikwijdte en ook de wetgever overweegt actie. Er komt een zaak voor de rechter waarbij een volwassen man slachtoffer is geworden van een ernstige vorm van mensenhandel. De rechter meent dat een veroordeling voor de verdachte voorzienbaar was, en dat de veroordeling in lijn is met de kern van het delict. Een veroordeling voldoet, kortom, aan de criteria daaraan gesteld door het EHRM. De veroordeling is niet gebaseerd op de richtlijn, maar op het nationale recht. Er is dus geen sprake van ontoelaatbare rechtstreekse werking van de richtlijn. Omdat het delict valt onder de reikwijdte van een richtlijn, is artikel 49 lid 1 Hv niettemin van toepassing. Jurisprudentiële ontwikkeling van het strafrecht is, net als in het EHRM, in beginsel toegestaan in het Handvest. Het Handvest is dus niet geschonden. De lidstaat heeft echter *niet* voldaan aan zijn *implementatieverplichting*. Daarvoor is immers vereist dat de richtlijn is omgezet in een geschreven strafbepaling. De veroordeling kan dus niet worden gezien als adequate implementatie van de richtlijn, maar is wel toelaatbaar met het oog op het

41 Klip 2016, p. 199.

42 Gemodelleerd naar EHRM 22 november 1995, zaken 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (SW en CR/Verenigd Koninkrijk).

legaliteitsbeginsel. De lidstaat heeft niet voldaan aan zijn plicht op grond van de richtlijn, maar heeft evenmin het legaliteitsbeginsel geschonden.

Aan de wetgever worden dus in het kader van de implementatie van Europees recht andere eisen gesteld dan aan de rechter in het kader van het legaliteitsbeginsel. Gezien die eisen aan de omzetting is het rechtsbegrip in artikel 49 lid 1 Hv van beperkte relevantie voor nationale wetgevers. Uiteindelijk zal immers al het Europees recht, ook in de *common law* landen, moeten worden omgezet in geschreven strafbepalingen. Het materiële rechtsbegrip is derhalve in het Europees strafrecht van beperkte betekenis.

4.4 DE HERKOMST VAN BRONNEN VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID IN HET EUROPEES STRAFRECHT

In deze paragraaf staat centraal of en op welke wijze primair of secundair Europees recht bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vormen – naar geldend Europees recht. De vraag is of op Europees niveau normen kunnen worden uitgevaardigd die op nationaal niveau strafrechtelijk moeten worden gehandhaafd zonder dat daar een nationale omzettingsoepaling aan te pas komt. In de eerstvolgende subparagraaf komen de bepalingen over meined en schending van atoomgeheimen ter sprake, aangezien die in de literatuur zijn aangemerkt als rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen van Europees recht. In de paragrafen daarop wordt de werking van richtlijnen en verordeningen geanalyseerd aan de hand van de begrippen uit paragraaf 4.2.2. Daarbij wordt gekeken of richtlijnen en verordeningen de gedragsomschrijving, strafbaarstelling en sanctienorm dwingend kunnen voorschrijven en of die componenten van de strafbepaling dan ook rechtstreeks kunnen werken of rechtstreeks kunnen worden toegepast. Het bestaan van een eventuele rechtsgrondslag voor harmonisatie van strafrecht middels een verordening is ter sprake geweest in paragraaf 3.3.5.

4.4.1 Meined voor het Hof van Justitie en schending van atoomgeheimen: samengestelde strafbepalingen?

In de literatuur wordt met enige regelmaat gesteld dat er al rechtstreeks toepasselijk Europees strafrecht bestaat.⁴³ Het zou gaan om twee bepalingen. Ten eerste bepaalt artikel 30 van het Statuut van het Hof van Justitie dat lidstaten meined voor het Hof van Justitie beschouwen, en op aangifte van het Hof van Justitie vervolgen, als hetzelfde strafbare feit als meined voor

43 Hecker 2012, p. 220-223; Dannecker & Bülte 2014, par. 96-201; Doorenbos 1992, p. 1043-1046; Ferdinandusse 2001.

een nationale rechtbank.⁴⁴ Een vergelijkbare bepaling is vervat in artikel 194 van het Euratom-verdrag: schending van atoomgeheimen in het kader van het Euratom-verdrag moeten worden beschouwd als een inbreuk op beschermde geheimen van de lidstaat. Lidstaten passen daarop hun bepalingen toe over het in gevaar brengen van de veiligheid van de staat of de schending van beroepsgeheimen. Tweemaal bevatten de verdragen dus een opdracht om de schending van Europese rechtsgoederen te behandelen op dezelfde wijze als de schending van nationale rechtsgoederen.⁴⁵ Volgens Hecker zijn deze bepalingen uit het Europees primair recht rechtstreeks toepasbaar in de lidstaten en vormen zij samen met de nationale bepaling een '*supranationalen Gesamtbestand*'.⁴⁶ De bepaling uit het Euratom-verdrag is ook in de Duitse rechtspraak geaccepteerd als Duits recht (maar vormt niet rechtstreeks de grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid).⁴⁷

De betreffende bepalingen zijn echter niet gemakkelijk te lezen als strafbepalingen. Ze bevatten geen gedragsomschrijving, geen sanctienorm en geen strafbaarstelling. Ze leggen lidstaten de plicht op om bepaalde gedragingen te vervolgen, en wel onder dezelfde condities als vergelijkbare gedragingen in het nationale recht – het bestaan van een nationale strafbepaling wordt daarbij verondersteld. Zowel in de Duitse als Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur wordt het standpunt dat hier sprake is van rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen daarom terecht bestreden.⁴⁸ Satzger merkt op dat de verplichting voor de lidstaat ten aanzien van het vervolgen van meened voor het Hof van Justitie niet kan worden gekwalificeerd als een rechtstreeks toepasselijke strafbepaling, omdat wetgeving op nationaal niveau noodzakelijk is voor de werking ervan.⁴⁹ De strafbaarheid van meened voor het Hof van Justitie is volgens Satzger dus niet gebaseerd op rechtstreekse toepassing van het Statuut of een Statuut-conforme interpretatie van het nationale recht, maar op het beginsel van loyale samenwerking dat de lidstaten verplicht de Europese rechtspleging op dezelfde wijze te beschermen als de nationale.⁵⁰ In het Nederlandse recht is aan die verplichting ten aanzien van meened uitvoering gegeven door de introductie van artikel 207a Sr, dat meened voor een interna-

44 Art. 30 Statuut van het Hof van Justitie, Protocol 3 bij het Verdrag van Lissabon, *PbEU* 2010, C 83/210.

45 Dannecker en Müller wijzen erop dat vergelijkbare verwijzingen zich ook een enkele keer voor in het secundaire recht voordoen, Dannecker & Müller 2014, par. 24. Het voorbeeld dat zij noemen is art. 5 Verordening (EEG) 28/62 van de Raad van 14 mei 1962 betreffende de organisatie van een loonenquête.

46 Hecker 2012, p. 220-223, citaat op p. 220; in vergelijkbare zin Dannecker & Bülte 2014, par. 96-201 (digitale uitgave).

47 BGH 1 februari 1962, *NJW* 1963/748 (*EURATOM-Geheimnisse als Gegenstand verräterische Beziehungen*).

48 Satzger 2012a, p. 51-53; Geelhoed 2013, p. 240; Corstens 2000, p. 19

49 Satzger 2012a, p. 51-53.

50 Satzger 2012a, p. 53.

tionaal gerecht strafbaar stelt.⁵¹ Een veroordeling zal dus uitsluitend grondslag vinden in het Nederlandse recht. Zonder nationale strafbepaling inzake de schending van geheimen of meened kunnen deze en vergelijkbare bepalingen geen enkel effect sorteren.

4.4.2 Richtlijnen als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid?

Kan in een richtlijn strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gevestigd? Richtlijnen kunnen alle onderdelen van de strafbepaling dwingend omschrijven. Met 'dwingend omschrijven' wordt bedoeld dat lidstaten verplicht zijn gevolg te geven aan de richtlijn. Wanneer zij niet voldoen aan de verplichtingen uit de richtlijn, schenden zij het Europees recht. Ten eerste kan, indien totale harmonisatie is beoogd, dwingend worden voorgeschreven welke gedragingen verboden moeten zijn en welke toegestaan. De *formulering* van de delictomschrijving staat weliswaar vrij aan de lidstaat, maar het spreekt voor zich dat het gebruik maken van die vrijheid al snel een risico tot over- of ondercriminalisering veroorzaakt. De *reikwijdte* van de bepaling wordt voorgeschreven door het Europees recht. Ook het feit *dat* een gedraging een strafbaar feit moet vormen naar nationaal recht kan dwingend worden voorgeschreven. Ten derde kunnen de aard en de hoogte van de sanctie dwingend worden voorgeschreven. Tot op heden is daarbij uitsluitend gebruik gemaakt van minimum-maximumsancties, maar het is niet uitgesloten dat in de toekomst ook gebruik zal worden gemaakt van minimumsancties.⁵²

De formulering van een gedragsomschrijving, strafbaarstelling en minimum-maximumsanctie in richtlijnen is echter uitsluitend dwingend ten aanzien van de lidstaten. Als een lidstaat niet voldoet aan een dergelijke dwingend omschreven verplichting, kan de Commissie jegens de lidstaat handhavend optreden. Daarnaast kan op decentraal niveau de rechter het Europees recht handhaven. Richtlijnen kunnen echter geen verplichtingen in het leven roepen

51 Hoewel dit naar de letter van de wet ook al kon worden bestraft op grond van de gewone meenedbepaling artikel 207 Sr, aldus Geelhoed 2014, *T&C Strafrecht*, aant. 5 op artikel 207a Sr.

52 De Commissie heeft tweemaal minimumsancties voorgesteld in richtlijnvoorstellen, maar stuit daarbij vooralsnog op bezwaren uit de Raad en het Parlement. Zie het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, COM(2012)363 en het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bescherming van de euro en andere munten tegen valsemunterij en ter vervanging van Kaderbesluit 2000/383/JBZ van de Raad, COM(2013) 42. Bij het Verdrag van Amsterdam was een verklaring opgenomen inhoudende dat gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel K.3 sub e (de bevoegdheid minimumvoorschriften uit te vaardigen met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en sancties), lidstaten die geen minimumstraffen kennen niet zal dwingen tot het opnemen daarvan. Deze verklaring is niet opgenomen bij het Verdrag van Lissabon.

voor individuen – slechts indien zij rechten kunnen ontleen jegens de staat kunnen individuen zich op de richtlijn beroepen.⁵³ Voor het strafrecht betekent dit dat richtlijnen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen niet kunnen uitbreiden. Indien de delictsomschrijving in het nationale recht minder gedragingen omvat dan de richtlijn, kan niet op grond van de richtlijn een veroordeling volgen.⁵⁴ Indien meer gedragingen strafbaar zijn gesteld in het nationale recht dan op grond van de richtlijn was voorgeschreven (en zulks niet is toegestaan op grond van de richtlijn), heeft de richtlijn wel voorrang en moet de nationale bepaling voor zover in strijd met de richtlijn buiten toepassing worden gelaten.⁵⁵ Indien het nationale recht wel een verbodsbepaling kent, maar deze uitsluitend bestuursrechtelijk handhaaft, kan de verplichting tot strafbaarstelling uit de richtlijn evenmin rechtstreeks fungeren als grondslag voor strafrechtelijk optreden. Als laatste kan de richtlijn, indien de maximumstraf naar nationaal recht onder het minimum van de richtlijn ligt, niet rechtstreeks leiden tot een strafverzwaring. Schematisch ziet dit er als volgt uit:

Figuur 4.2: Richtlijnen in het schema van Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek

1) gedragsomschrijving	2) strafbaarstelling	3) sanctienorm
Dwingend omschreven (bij totale harmonisatie) of niet dwingend omschreven (bij minimumharmonisatie)	Dwingend omschreven	Binnen bandbreedte dwingend omschreven (minimum-maximumstraf)
Heeft geen rechtstreekse werking*	Heeft geen rechtstreekse werking	Heeft geen rechtstreekse werking
Delictsomschrijving		

* Het is wel mogelijk dat de nationale strafbepaling gedeeltelijk buiten toepassing moet blijven indien deze meer strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt dan is toegestaan.

Hieruit volgt dat een richtlijn nooit een rechtstreekse bron kan vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

4.4.3 Verordeningen als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid?

Wie op zoek is naar rechtstreeks toepasselijke bepalingen in het Europees recht, maakt meer kans op succes wanneer wordt gezocht naar rechtstreeks toepasse-

53 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*), r.o. 48.

54 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431, r.o. 13 (*Kolpinghuis*).

55 HvJ EG 5 april 1979, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*).

lijke verordeningen. Verordeningen kunnen immers, in tegenstelling tot richtlijnen, verplichtingen in het leven roepen voor individuen. Zij mogen niet worden omgezet in nationaal recht. Een verordening kan wel nopen tot uitvoeringsmaatregelen op nationaal niveau, en dat is tot nu toe bij alle verordeningen die strafrechtelijk worden gehandhaafd het geval. Veel verordeningen bepalen dat lidstaten sancties moeten stellen op het handelen in strijd met onderdelen van de verordening. Lidstaten worden dan geacht inbreuken op het Europees recht onder dezelfde voorwaarden te bestraffen als vergelijkbare overtredingen in het nationale recht.⁵⁶ Deze verplichting, ook wel het assimilatiebeginsel genoemd, kan ertoe leiden dat de ene lidstaat gedwongen is een verordening strafrechtelijk te handhaven, terwijl een andere lidstaat ook voor bestuursrechtelijke handhaving kan kiezen. Op grond van artikel 83 VWEU is het aangewezen instrument voor harmonisatie van materieel strafrecht de richtlijn. Een enkele keer wordt daarom strafrechtelijke handhaving van een verordening verplicht middels een richtlijn, bijvoorbeeld de Richtlijn inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.⁵⁷ Daarin zijn delictsomschrijvingen opgenomen alsmede de verplichting deze gedragingen naar nationaal recht strafbaar te stellen. De verordeningen die op dit moment strafrechtelijk worden gehandhaafd, worden dat ofwel omdat een richtlijn dat voorschrijft, ofwel omdat het assimilatiebeginsel in een lidstaat tot de keuze voor strafrechtelijke handhaving leidt.

Het is niet toegestaan de bepalingen van een verordening over te nemen in het nationale recht.⁵⁸ Om een verordening strafrechtelijk te kunnen handhaven, zal het nationale recht voor de gedragsomschrijving moeten verwijzen naar het Europees recht.⁵⁹ Tegelijkertijd bevat die verordening geen strafbaarstelling en geen sanctienorm: over de aard en hoogte van de sanctie wordt in verordeningen uitsluitend geregeld dat deze 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' moeten zijn.⁶⁰ De strafbaarstelling en sanctienorm moeten derhalve wel in het nationale recht worden opgenomen.

Het is de vraag of verordeningen, indien zij wel een strafbaarstelling en een sanctienorm zouden bevatten, wel rechtstreeks toepasbaar zouden kunnen zijn als strafbepaling. In het *Rolex*-arrest heeft het Hof van Justitie de rechtspraak over de beperkte werking van richtlijnen in het strafrecht analoog toegepast op verordeningen. De zaak gaat over de doorvoer van nagemaakte

56 HvJ EG 12 september 1989, 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*), r.o. 24.

57 Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

58 HvJ EG 10 oktober 1973, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Variola*), r.o. 10-11.

59 Satzger 2012a, p. 85-86.

60 Bijvoorbeeld art. 47 van Verordening (EG) nr. 1272/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 betreffende de indeling, etikettering en verpakking van stoffen en mengsels; art. 16 lid 3 Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten.

Rolex-horloges, goederen die inbreuk maken op het intellectuele-eigendomsrecht. De *in*- en *uit*voer van dergelijke goederen is een strafbaar feit naar Oostenrijks recht, maar de verwijzende rechter twijfelt over de *door*voer – terwijl *door*voer in de verordening wel als verboden gedraging is aangemerkt.⁶¹ Het Hof herinnert aan de beperkingen in het strafrecht van de plicht tot conforme interpretatie die zijn geformuleerd ten aanzien van de doorwerking van richtlijnen, en vervolgt:

‘Hoewel de communautaire regeling die in de hoofdzaak aan de orde is, een verordening is, een norm derhalve die naar haar aard niet noopt tot nationale omzettingsmaatregelen, en geen richtlijn, dient te worden opgemerkt dat artikel 11 van verordening nr. 3295/94 de lidstaten de bevoegdheid geeft om sancties vast te stellen voor inbreuken op de bij artikel 2 van deze verordening verboden gedragingen, waardoor de door het Hof ten aanzien van richtlijnen gevolgde redenering op die zaak kan worden toegepast.’⁶²

Dougan concludeert uit dit arrest dat verordeningen *nooit* rechtstreeks tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden.⁶³ Het Hof past immers de redenering ten aanzien van richtlijnen, inhoudende dat deze niet zonder omzetting kunnen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, toe op verordeningen.

Die algemene gevolgtrekking acht ik echter niet gerechtvaardigd. Uit de opmerking dat de verordening de bevoegdheid tot het stellen van sancties aan de lidstaten laat, maak ik iets anders op. De in het arrest centraal staande verordening heeft de gebruikelijke structuur zoals hierboven besproken: de gedragsnorm is dwingend voorgeschreven, maar de strafbaarstelling en de sanctienorm niet. De verordening bevat alleen een gedragsomschrijving, maar geen complete strafbepaling. Dit betekent dat er zonder nationale wetgeving simpelweg geen strafbepaling voorhanden is. In dat opzicht lijkt de verordening op een richtlijn, en daarom kan de jurisprudentie over richtlijnen worden toegepast. Net als een richtlijn vereist deze verordening dat de nationale wetgever de nationale wet aanpast om te zorgen dat de betreffende gedragingen strafbaar zijn. Als de verordening nu *wel* een strafbaarstelling en sanctienorm zou bevatten, zou een complete strafbepaling ontstaan. Het *Rolex*-arrest maakt een *a contrario*-redenering mogelijk inhoudende dat *indien* de strafbaarstelling en de sanctienorm voldoende duidelijk zouden zijn omschreven om rechtstreeks te kunnen worden toegepast, de verordening als strafbepaling

61 Art. 2 Verordening (EG) 3295/94 van de Raad van 22 december 1994 tot vaststelling van maatregelen om het in het vrije verkeer brengen, de uitvoer, de wederuitvoer en de plaatsing onder een schorsingsregeling van nagemaakte of door piraterij verkregen goederen te verbieden.

62 HvJ EG 7 januari 2004, C-60/02, ECLI:EU:C:2004:10 (*Rolex*), r.o. 62.

63 Dougan 2012, p. 118-120. In diezelfde zin Klip 2016, p. 197-198; Peristeridou 2015, p. 181.

zou kunnen worden toegepast.⁶⁴ Dit argument wordt mijns inziens niet ontkracht in het recente *Taricco*-arrest.⁶⁵ Weliswaar stelde het Hof daar dat bij het verlenen van voorrang aan een verdragsbepaling (art. 325 lid 4 VWEU) in het strafrecht artikel 49 Hv moet worden gewaarborgd, maar ook artikel 325 lid 4 VWEU is geen strafbepaling. Dit artikel bevat geen enkele component van een strafbepaling, maar uitsluitend een verplichting voor lidstaten om fraude te bestrijden. Toepassing van die bepaling als grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid zou een evidente schending van het vereiste van een ondubbelzinnige rechtsgrondslag betekenen.

Er bestaan, kortom, op dit moment geen complete, rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen. Wel bestaan er rechtstreeks toepasselijke gedragsomschrijvingen die de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht afbakenen, mits de nationale wet voorziet in een strafbaarstelling en een sanctienorm. Er is dan sprake van een gelede strafbaarstelling die, omdat deze is samengesteld uit bepalingen afkomstig uit verschillende rechtsordes, een *hybride strafbepaling* zou kunnen worden genoemd. Schematisch ziet één en ander er als volgt uit:

Figuur 4.3: Het schema van Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek toegepast op verordeningen

1) gedragsomschrijving	2) strafbaarstelling	3) sanctienorm
Dwingend omschreven	Niet dwingend omschreven, maar strafbaarstelling kan geboden zijn o.g.v. assimilatiebeginsel	Niet dwingend omschreven: afschrikkend, evenredig en doeltreffend
Is rechtstreeks toepasselijk; omzetting verboden	Is niet rechtstreeks toepasselijk, want niet (dwingend) omschreven.*	Is niet rechtstreeks toepasselijk, want niet (dwingend) omschreven.*
Delictsomschrijving		

* Indien deze dwingend omschreven zou zijn, is rechtstreekse toepassing in theorie mogelijk

⁶⁴ In die zin ook Miettinen 2013a, p. 87. Die redenering wordt bevestigd door het latere *Aurubis Bulgaria*-arrest, waarin het Hof eerst vaststelt dat de douaneverordening de vaststelling van sancties overlaat aan de lidstaten. Op basis van die vaststelling concludeert het Hof dat het legaliteitsbeginsel zich ertegen verzet dat een lidstaat een gedraging bestraft zonder dat de nationale wetgeving voorziet in een sanctie. Zie HvJ EU 31 maart 2011, C-546/09, ECLI:EU:C:2011:199 (*Aurubis Bulgaria*), r.o. 40-43.

⁶⁵ HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

In dit schema kan nu bij wijze van voorbeeld een strafbepaling worden ingevuld waardoor de gelaagde structuur ervan inzichtelijk wordt.⁶⁶ De vakken met bepalingen van Europees recht worden in het schema grijs gekleurd.

Figuur 4.4: Strafbepaling van het niet uit de handel halen van vervalst geld door kredietinstellingen in het schema van Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek

1) gedragsomschrijving	2) strafbaarstelling	3) sanctienorm
Art. 6 lid 1 Verordening 1338/2001: Verplichtingen van de kredietinstellingen 1. De kredietinstellingen [...] hebben de verplichting om alle ontvangen eurobankbiljetten en -muntstukken waarvan zij weten of voldoende redenen hebben om te vermoeden dat deze vals zijn, uit omloop te nemen. Zij leveren die onverwijld in bij de bevoegde nationale autoriteiten.	Art. 1, aanhef en sub 2 WED: Economische delicten zijn: overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: de verordening (EG) nr. 1338/2001 van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 2001 tot vaststelling van maatregelen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de euro tegen valsemunterij (<i>PbEG</i> L 181), artikel 6, eerste lid.	Art. 6 lid 1, aanhef WED: Hij, die een economisch delict begaat, wordt gestraft: [...] Art. 6 lid 1 sub 2 WED (vervolg): [...] in geval van een ander misdrijf met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, taakstraf of geldboete van de vierde categorie;
Delictsomschrijving		

Is hier nu sprake van rechtstreeks toepasselijk Europees strafrecht? Deze schema's kunnen op twee manieren worden geïnterpreteerd. Volgens de incorporatiethese transformeert de gedragsomschrijving van Europees recht in nationaal recht, door de verwijzing in het nationaal recht. Satzger stelt dat de materiële gedragsnorm die in het Europees recht ligt 'becomes an integral part of the domestic criminal law provision'.⁶⁷ Toch behoudt, erkent ook Satzger, de norm 'in substance' zijn Europese karakter, wat bijvoorbeeld tot gevolg heeft dat Europese normen over de interpretatie ervan van toepassing zijn.⁶⁸ Formeel kan de gedragsomschrijving dus worden aangemerkt als nationaal recht, materieel blijft het een Europeesrechtelijke bepaling in het schema van Satzger.

Eenvoudiger is het om niet de context waarin de norm wordt toegepast, maar de herkomst van de norm als criterium te nemen voor de classificatie

⁶⁶ Omwille van de – toch al ver te zoeken – eenvoud beperk ik mij in dit schema tot misdrijven. Ook zijn de wetteksten waar mogelijk ingekort.

⁶⁷ Satzger 2012a, p. 86.

⁶⁸ Satzger 2012a, p. 86-87; uitgebreider Satzger 2001 p. 213-290.

als behorend tot de ene of andere rechtsorde. Een Europese verordening is niet door de Nederlandse wetgever in het leven geroepen⁶⁹ en kan ook niet zomaar door de Nederlandse wetgever worden herroepen of gewijzigd. De verordening is niet in het Staatsblad, Tractatenblad of de Staatscourant gepubliceerd, maar in het Publicatieblad van de Europese Unie. Ook al kan en moet de verordening worden toegepast in het Nederlandse recht, vanwege zijn herkomst blijft het een bepaling van Europees recht. De strafbepaling als geheel is dus een hybride bepaling, samengesteld uit Nederlands en Europees recht. Dat Europees recht is zowel in positieve als in negatieve zin bepalend voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid, omdat de gedragsomschrijving in het Europees recht ligt. De werking van het Europees recht in het strafrecht blijft echter vooralsnog volledig afhankelijk van een nationale strafbaarstelling en sanctienorm. Anders gezegd: de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt nog altijd door de nationale wetgever gevestigd. Van rechtstreeks toepasselijk strafrecht kan daarom niet gesproken worden.

4.5 BRONNEN VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID IN HET NEDERLANDSE STRAFRECHT

In paragraaf 3.2.1 zijn de verschillende theorieën over de doorwerking van het Europees recht besproken. Het Hof van Justitie beschouwt doorwerking als een kwestie van Europees recht.⁷⁰ In Nederland is dat uitgangspunt aanvaard door de Hoge Raad.⁷¹ Daarmee is artikel 1 Sr noch artikel 16 GW relevant voor de vraag of op Europees niveau strafbepalingen kunnen worden geformuleerd die rechtstreeks toepasselijk zijn op Nederlands grondgebied. Een dergelijke bepaling is rechtstreeks toepasselijk in Nederland op grond van het Europees recht, en heeft voorrang op het Nederlandse recht – ook op de Grondwet. Niettemin roept de mogelijkheid van rechtstreeks toepasselijke verordeningen de vraag op of rechtstreekse werking van een verordening een breuk met de gangbare uitleg van het Nederlands legaliteitsbeginsel zou betekenen. In het legaliteitsbeginsel ligt immers een politieke keuze besloten ten aanzien van de soorten wetgeving die kunnen worden aanvaard als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.

In deze paragraaf wordt gekeken welk type bronnen in het Nederlandse strafrecht wordt aanvaard als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsmede welke herkomst die bronnen kunnen hebben. Eerst komt het rechtsbegrip in artikel 1 lid 1 Sr en artikel 16 Gw aan bod, daarna ga ik specifiek

69 Zie niettemin de relativerende opmerking over het onderscheid tussen de Europese en Nederlandse wetgever in paragraaf 1.2.

70 HvJ EG 5 februari 1963 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

71 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*).

in op de doorwerking van verordeningen in het Nederlandse recht vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel.

4.5.1 Het rechtsbegrip in artikel 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht en artikel 16 Grondwet en internationaal recht

De memorie van toelichting bij artikel 1 Sr is notoir kort, en gaat voor het grootste deel over lid 2 van dat artikel. Over het type bronnen dat wordt aanvaard als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat consensus, maar de implicaties van artikel 1 lid 1 Sr voor de doorwerking van internationaal recht in het strafrecht worden niet geëxpliciteerd, en daarover bestaat dan ook de nodige onenigheid. De wetsgeschiedenis van artikel 16 Gw biedt geen opheldering, aangezien artikel 16 Gw heeft bedoeld het legaliteitsbeginsel constitutionele status te bieden zonder daarin inhoudelijke wijziging aan te brengen. Het rechtsbegrip in artikel 16 Gw en artikel 1 Sr is derhalve hetzelfde.⁷²

Artikel 1 lid 1 Sr stelt dat geen gedraging strafbaar is dan uit kracht van een voorafgegane wettelijke strafbepaling. Dit betekent dat er voor iedere gedraging twee mogelijkheden bestaan: deze valt onder een voorafgegane wettelijke strafbepaling en is daarom strafbaar, of deze valt er niet onder en is daarom niet strafbaar. In artikel 1 lid 1 Sr is een *lex scripta*-gebod vervat: een wettelijke strafbepaling is in het Nederlandse recht een *geschreven* wettelijke strafbepaling. De Nederlandse strafrechtsorde vormt daarmee een gesloten systeem wat het *type* bronnen betreft.

Wat is vervolgens een 'wettelijke strafbepaling' als bedoeld in artikel 16 Gw en artikel 1 Sr? Met andere woorden: welke *herkomst* mogen die strafbepalingen hebben? Het begrip 'wettelijke strafbepaling' omvat 'alle producten van legislatieve aard, die zijn uitgevaardigd bij of krachtens een wet in formele zin'.⁷³ Dit houdt ook in dat ook wetten in materiële zin met een basis in de wet in formele zin, bijvoorbeeld provinciale en gemeentelijke verordeningen, grondslag kunnen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ook AMvB's moeten een grondslag hebben in een wet in formele zin, willen zij door straffen worden gehandhaafd.⁷⁴ In lagere regelgeving worden echter slechts overtredingen strafbaar gesteld, het formuleren van misdrijven is voorbehouden aan de formele wetgever.

Of het rechtsbegrip aldus verstaan ook strafbaarstelling in *hogere* wetgeving uitsluit, staat daarmee echter nog niet vast. Uit het begrip 'wettelijke strafbepaling' kan worden afgeleid dat zowel een gedragsomschrijving, als een strafbaarstelling, als een sanctienorm vooraf gegeven moet zijn. Een internationale

⁷² *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, 3, p. 51.

⁷³ Cleiren 2014, *T&C Strafrecht*, aant. 6 op art. 1 Sr; in vergelijkbare zin 't Hart 1983, p. 213-214.

⁷⁴ HR 13 januari 1879, *W 4330 (Meerenberg)*; zie daarover Voermans 2009; Art. 89 lid 2 Gw.

verplichting tot strafbaarstelling van een bepaalde gedraging voldoet niet aan dat vereiste, en kan derhalve überhaupt niet worden ingeroepen als wettelijke grondslag.⁷⁵ Daarmee is de angel grotendeels uit de problematiek gehaald, want het opnemen van complete strafbepalingen in het internationaal strafrecht die door staten worden gehandhaafd is niet gebruikelijk. Strafbepalingen die door Nederland worden gehandhaafd, worden doorgaans ook omgezet in Nederlands recht.⁷⁶ Bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd wel rekening gehouden met de toepassing van internationaal recht in het strafrecht, zij het alleen in de vorm van overtredingen.⁷⁷ Een voorbeeld daarvan is de Herziane Rijnvaartakte, die een unieke (maar historisch uitzonderlijke⁷⁸) mengvorm van internationaal en nationaal recht vormt.⁷⁹ Volgens Simons/Pompe kunnen bepalingen van internationaal recht dus rechtstreeks worden toegepast indien zij strafbepalingen bevatten.⁸⁰ Ook Ferdinandusse heeft betoogd dat het legaliteitsbeginsel niet aan rechtstreekse toepassing van een verdragsbepaling in de weg staat.⁸¹ In de huidige strafrechtelijke literatuur wordt over artikel 1 Sr evenwel ook gesteld dat daarin uitsluitend wordt bedoeld op Nederlandse strafbaarstellingen.⁸² De Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 16 Gw en artikel 1 Sr een strafbaarstelling 'bij of krachtens de Nederlandse wet' vereisen.⁸³

75 De Hullu 2015, p. 86.

76 Haentjes & Swart 1997, p. 26-28.

77 Zie de memorie van toelichting bij artikel 6 Invoeringswet Wetboek van Strafrecht in Smidt & Smidt 1901, p. 97-98 en Simons/Pompe 1937, p. 78-80.

78 Fleuren 2004, p. 331.

79 De gedragsomschrijving ligt in dit geval in het nationale recht, de strafbaarstelling en de sanctienorm liggen in het internationale recht. Artikel 32 van de Rijnvaartakte, die in het Nederlands bekend is gemaakt, bevat een strafbaarstelling en een sanctienorm voor de overtreding van het Rijnvaartpolitiereglement, die door de Rijnvaartrechter (een nationale rechter in de hoedanigheid van internationale rechter) rechtstreeks wordt toegepast. Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 11 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW4397. Zie verder Fleuren 2004, p. 330-331; HR 10 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0590, NJ 1997/223 en daarover Haak 2000; Ferdinandusse 2001; De Savornin Lohman 2011. De Rijnvaartakte werd ook genoemd in de memorie van toelichting bij artikel 6 Invoeringswet Wetboek van Strafrecht als voorbeeld van een strafbaarstelling deels bij tractaat, deels bij reglementen, Smidt & Smidt 1901, p. 97-98.

80 Simons/Pompe 1937, p. 78-80. Zie voor hedendaagse literatuur Vlemminx & Boekhorst 2000, p. 463-464; Ferdinandusse, Kleffner & Nollkaemper 2002; Fleuren 2004, p. 329.

81 Ferdinandusse 2001.

82 Strijards 2000; De Hullu 2015, p. 86; gevolgd door Kristen 2004, p. 93, voetnoot 204; A-G N. Keijzer in zijn vordering tot cassatie in het belang der wet bij HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002/559 m.nt. Reijntjes, AAe 2002/99 m.nt. Buruma (*Decembermoorden*), punt 40; 't Hart in zijn annotatie bij HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0773, NJ 1998/70.

83 HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002/559, m.nt. J.M. Reijntjes, AAe 2002/99, m.nt. Y. Buruma (*Decembermoorden*), r.o. 4.

De vraag rijst nog of bij verdrag van de vereisten van artikel 1 Sr en 16 Gw kan worden afgeweken. Daarover verschillen de meningen.⁸⁴ De Hoge Raad heeft in ieder geval geoordeeld dat artikel 1 Sr en 16 Gw niet wegens strijd met een regel van ongeschreven volkenrecht buiten toepassing worden gelaten.⁸⁵ De discussie is om twee redenen voor dit onderzoek niet van belang. Ten eerste om de principiële reden dat de doorwerking van internationaal recht in het Nederlands op andere wijze plaatsheeft dan de doorwerking van Europees recht. Het Europees recht werkt autonoom door en is niet afhankelijk van artikel 1 Sr en 16 Gw, noch van artikel 93 en 94 Gw. Ten tweede om de meer pragmatische reden dat het scenario dat Nederland zich zou verbinden aan het met terugwerkende kracht strafbaar stellen van een gedraging als onwaarschijnlijk terzijde kan worden geschoven.

4.5.2 Rechtstreekse werking van verordeningen in het Nederlandse strafrecht?

De doorwerking van verordeningen geschiedt tot op heden middels verwijzingen in het nationale recht. De toelaatbaarheid daarvan is aan de orde geweest in het arrest *Verplichte Rusttijden*.⁸⁶ Dit arrest, dat vooral bekendheid verwierf vanwege de overweging over de autonome doorwerking van Europees recht, bevat een verweer op grond van artikel 1 lid 1 Sr. Hoewel al langere tijd gebruik werd gemaakt van verwijzingen naar Europese regelgeving in het nationale strafrecht, werd in deze zaak aangevoerd dat de verordening geen een ieder verbindende bepaling is. Volgens de toelichting volgt uit het legaliteitsbeginsel dat een delictsomschrijving in het internationale recht nooit rechtstreeks werkend kan zijn zoals bedoeld in artikel 93 Gw. Delictsomschrijvingen moeten volgens het middel daarom altijd worden omgezet in een nationale bepaling. Als bekend antwoordde de Hoge Raad daarop dat artikel 93 en 94 Gw niet relevant zijn voor de doorwerking van Europees recht.⁸⁷ Kennelijk is voor de Hoge Raad vanzelfsprekend dat ook artikel 1 lid 1 Sr niet aan toepassing van de verordening in de weg staat. Dat wil nog niet zeggen dat de verordening als zodanig als strafbepaling moet worden gezien: zonder strafbaarstelling in het nationale strafrecht zouden geen strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd voor de overtreding ervan. Dat dit arrest betekent dat een verordening 'kennelijk [voldoet] aan het strafrechtelijk legaliteitsbegin-

84 Zie in ontkennende zin bijvoorbeeld Strijards 2000, en in bevestigende zin bijvoorbeeld Ferdinandusse 2001; Ferdinandusse, Kleffner & Nollkaemper 2002.

85 HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002/559, m.nt. J.M. Reijntjes, *AAe* 2002/99, m.nt. Y. Buruma (*Decembermoorden*); Strijards 2000.

86 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*). Zie over dit arrest ook paragraaf 3.2.

87 HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*).

sel', zoals gesteld door Verhoeven, kan er dan ook niet uit worden afgeleid.⁸⁸ De Hoge Raad heeft slechts geaccepteerd dat een gedragsomschrijving in een verordening middels een verwijzing in een nationale strafbaarstelling kan worden geaccepteerd als gedragsomschrijving, dus als *onderdeel* van de strafbepaling.

Op dit moment wordt Europees recht uitsluitend na het nemen van maatregelen in het nationale recht strafrechtelijk gehandhaafd. Richtlijnen worden omgezet in nationaal recht, en ook rechtstreeks toepasselijke verordeningen worden slechts na het opnemen van een strafbaarstelling en sanctienorm in het Nederlandse recht middels het strafrecht gehandhaafd. Over de vraag of rechtstreekse toepassing van een volledige strafbaarstelling in een verordening aanvaardbaar zou zijn, heeft de Hoge Raad zich dus nog niet hoeven uitspreken.

Of de Nederlandse strafrechter strafrechtelijke aansprakelijkheid mag baseren op verdragen of verordeningen is uiteindelijk een politieke vraag die zich vertaalt in het legaliteitsbeginsel. Een principieel argument tegen de toepassing van in verordeningen gelegen strafbaarstellingen lijkt niet te volgen uit artikel 1 Sr, maar in de praktijk hanteert de Hoge Raad het uitgangspunt dat alleen de Nederlandse wet als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan gelden. Op dit moment heeft artikel 1 lid 1 Sr geen eenduidige betekenis voor het Nederlandse recht als het gaat om de toelaatbaarheid van strafbaarstellingen in verdragen of in Europees recht. Of in de toekomst strafbaarstellingen in het Europees recht zouden moeten worden aanvaard als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid, is in ieder geval mede afhankelijk van de wijze waarop Europees recht tot stand komt, en of de democratische legitimatie daarvan als afdoende wordt ervaren. Een politieke discussie over de democratische legitimatie van Europees recht, meer bijzonder verordeningen, en de betekenis van artikel 1 Sr zou daarom op gang moeten komen om voorbereid te zijn op de toekomst. Niet om de eventuele doorwerking van een strafrechtelijke verordening te kunnen afweren, maar om een standpunt in te kunnen nemen in de discussie of zulks wenselijk is en zo ja, of dat een expliciete wettelijke regeling vereist.

4.6 DEELCONCLUSIE

In dit hoofdstuk is tegen de achtergrond van het constitutioneel pluralisme zowel vanuit Europees als vanuit nationaal perspectief onderzocht wat de bronnen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid, waarbij onderscheid is

⁸⁸ Verhoeven 2010, p. 48-49, daarin gevolgd door Ortlep in zijn annotatie bij HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3332, AB 2012/360.

gemaakt tussen het type bronnen (wet, jurisprudentie) en de herkomst van die bronnen (nationaal recht, Europees recht).

In het Europees strafrecht kunnen in beginsel ook andere dan geschreven rechtsbronnen worden erkend: het *type* bronnen is dus niet beperkt tot wetgeving. Het Europees strafrecht is, nu het niet principieel gesloten is, aan te merken als een open stelsel. Het Hof heeft zich in de mededingingsrechtelijke jurisprudentie aangesloten bij het materiële rechtsbegrip zoals dit ook door het EHRM is geaccepteerd. Het EHRM hanteert een materieel rechtsbegrip waarbij de vraag of er een afdoende grondslag bestond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt beantwoord aan de hand van materiële eisen: een norm moet kenbaar en duidelijk zijn. Dit heeft echter vooralsnog voor de Europese actoren weinig gevolgen, aangezien strafrechtelijke aansprakelijkheid in het nationale recht wordt gevestigd. Er bestaan op dit moment geen complete, rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen in het Europees strafrecht. Of daar een geldige rechtsgrondslag voor bestaat is onzeker, maar er lijkt op dit moment geen behoefte te bestaan rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen uit te vaardigen in het Europees recht. Strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in het Europees strafrecht derhalve tot op heden uitsluitend gevestigd in nationale wettelijke strafbepalingen. Een tweede relativering van de betekenis van het materiële rechtsbegrip in het Handvest is dat, mocht het Hof van Justitie ooit de bevoegdheid krijgen strafrechtelijke veroordelingen uit te spreken, het voor de hand ligt dat het daarbij beperkt zal worden door een geschreven grondslag in het Europees recht. Het creëren van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder adequate rechtsgrondslag zou in strijd zijn met het attributiebeginsel.⁸⁹

De aanvaarding van het materiële rechtsbegrip is ook van geringe relevantie voor de nationale rechtspraktijk. Het Europees recht verplicht de lidstaten namelijk wel tot omzetting in het geschreven recht. Onder omstandigheden kan weliswaar worden afgezien van omzetting in algemeen verbindende voorschriften; in het strafrecht is dit niet mogelijk. Richtlijnen kunnen niet tot gevolg hebben dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd of zelfs maar verzwaaard zonder grondslag in de nationale wet. Dit heeft tot gevolg dat indien het Europees recht verplicht tot strafbaarstelling van een gedraging, slechts geschreven wetten hiervoor in aanmerking komen, ook wanneer een lidstaat geen gesloten strafrechtsorde kent.⁹⁰

Voor de Nederlandse wetgevingspraktijk is de aanvaarding van het materiële rechtsbegrip nóg minder relevant. Het Nederlandse strafrecht vormt uit kracht van artikel 1 Sr een gesloten systeem. Strafrechtelijke aansprakelijkheid kan slechts worden gevestigd bij of krachtens een wet in formele zin. Voor Nederland verandert de verplichting om Europese richtlijnen in het strafrecht om te zetten in wetgeving dus niets aan de gebruikelijke praktijk.

⁸⁹ Zie paragraaf 4.3.3.

⁹⁰ Zie paragraaf 4.3.

Strafbepalingen met een Europese *herkomst* zijn (nog) niet geaccepteerd binnen de Europese Unie. Richtlijnen komen door hun beperkingen in doorwerkingsmogelijkheden überhaupt niet in aanmerking voor het vestigen van rechtstreekse strafrechtelijke aansprakelijkheid. Enkele bepalingen die soms als zodanig worden gekwalificeerd, zoals artikel 30 van het Statuut van het Hof van Justitie inzake meeneed en artikel 194 van het Euratomverdrag inzake de schending van atoomgeheimen, bevatten geen elementen die als onderdeel van de strafbepaling kunnen worden gezien: geen gedragsomschrijving, geen strafbaarstelling en geen sanctienorm. Verordeningen bevatten soms wel een rechtstreeks toepasselijke gedragsomschrijving, in die zin dat de gedragsomschrijving niet wordt omgezet in een nationale bepaling. Die gedragsomschrijving krijgt echter slechts betekenis voor het strafrecht indien de nationale wet een strafbaarstelling en een sanctienorm bevat, en kan daarom niet worden aangemerkt als rechtstreeks toepasselijk *strafrecht*. Hooguit is sprake van een hybride strafbepaling, die samengesteld is uit Europees en nationaal recht. Er bestaat niettemin mijns inziens geen dwingende reden – afgezien van het ontbreken van een rechtsgrondslag – waarom een verordening geen rechtstreeks toepasselijk strafrecht zou *kunnen* vormen. Zolang een verordening geen strafbaarstelling of sanctienorm bevat, gelden volgens het Hof van Justitie dezelfde beperkingen aan de doorwerking als voor richtlijnen en kan deze niet rechtstreeks leiden tot het uitbreiden of vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Indien echter in artikel 325 lid 4 VWEU een rechtsgrondslag voor het gebruik van een strafrechtelijke verordening zou worden gevonden,⁹¹ dan zou die verordening – mits deze een volledige strafbepaling bevat – rechtstreeks kunnen worden toegepast in het strafrecht. De huidige rechtspraak van het Hof van Justitie over doorwerking vormt daarvoor naar mijn mening geen belemmering.⁹² Dat neemt niet weg dat er vooralsnog geen initiatieven zijn ontplooid om strafbepalingen te creëren op Europees niveau, en dat dit bovendien politiek buitengewoon lastig haalbaar zou zijn. De weerstand die de lidstaten bieden tegen de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie illustreert dat de lidstaten op dit moment niet bereid zijn bevoegdheden die zij beschouwen als de kern van hun soevereine strafrechtspleging over te dragen aan de Europese Unie.

Voor het Nederlandse strafrecht is niet gemakkelijk te beoordelen of andere dan nationale wetten kunnen worden geaccepteerd als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling. In de praktijk is nauwelijks tot geen ervaring opgedaan met strafrechtelijke aansprakelijkstelling in het internationale recht. Het is gebruikelijk, zowel wat de Nederlandse wetgever betreft als op het internationale tableau, om bepalingen die door de lidstaten worden gehandhaafd om te zetten in nationale strafbepalingen. Er lijkt noch op internationaal of Europees, noch op nationaal niveau een wens te bestaan om dit gebruik

91 Zie paragraaf 3.3.5.

92 Zie paragraaf 4.4.

te doorbreken.⁹³ Aangezien de erkenning van rechtsbronnen met een andere herkomst dan het nationale recht in het strafrecht een politieke beslissing is, kan op dit punt met name geconcludeerd worden dat debat op gang zou moeten komen over de vraag of en hoe een Europese strafbepaling zou kunnen worden ingepast in het Nederlandse recht.

In het Europees strafrecht heeft strafwetgeving onmiskenbaar het primaat, net als in het Nederlandse recht. Dat zorgt voor relatieve kenbaarheid van het toch ondoorzichtige en complexe Europees strafrecht. Een te grote rol voor jurisprudentie zou die ondoorzichtigheid en complexiteit versterken. Het over meerdere niveaus van wetgeving verspreid liggen van strafbepalingen, waarbij de gedragsomschrijving in het Europees recht ligt, maar de strafbaarstelling en sanctienorm in het Nederlandse, zorgt wel voor complexiteit. Daar zal het volgende hoofdstuk nader op ingaan. Door de strikte eisen aan omzetting van richtlijnen en uitvoering van verordeningen, vertoont het Europees strafrecht ondanks het materiële rechtsbegrip veel kenmerken van een gesloten stelsel van bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dat sluit goed aan bij de geslotenheid van het Nederlandse materiële strafrecht. Bovendien is daarmee een strikte en eenvoudige verticale machtsverdeling gewaarborgd: de nationale wetgever vestigt strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ook respecteert deze rechtspraak de continentale horizontale machtsverdeling tussen wetgever en rechter, door de bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafbepalingen voor te behouden aan de wetgever. In gesloten rechtsordes komt immers die bevoegdheid niet toe aan de rechter.

93 Zie paragraaf 4.5.

5 | Het bepaaldheidsgebod in het Europees strafrecht

5.1 INLEIDING

De tweede deelnorm van het legaliteitsbeginsel is het bepaaldheidsgebod, ook wel *lex certa*-beginsel,¹ *Bestimmtheitsgebot*² of het gebod van scherpe en toegankelijke normen³ genoemd. Deze norm eist van de wetgever dat hij heldere en afgebakende strafbepalingen vervaardigt of, als dat niet mogelijk is, strafbaarstelling van de gedraging achterwege laat.⁴ In de literatuur over het legaliteitsbeginsel wordt bepaaldheid van wetgeving meermalen aangemerkt als het belangrijkste middel waarmee rechtszekerheid kan worden gewaarborgd.⁵ Deze kwaliteitseis aan wetgeving is tegelijkertijd één van de meer problematische deelnormen van het legaliteitsbeginsel, omdat – hoewel niemand het belang van heldere wetgeving in algemene zin ontkent – het niet gemakkelijk is vast te stellen wanneer wetgeving voldoende duidelijk is en wanneer niet. Daar komt nog bij dat precisie en helderheid moeten concurreren met andere waarden als flexibiliteit en een ruim toepassingsbereik van de strafwet. Het bepaaldheidsgebod richt zich in eerste instantie tot de wetgever die de norm formuleert, maar de rechter speelt een belangrijke rol voor de verwezenlijking ervan door vervolgens te toetsen of de norm voldoet aan het bepaaldheidsvereiste.

De vraag naar toepasbaarheid van het legaliteitsbeginsel op Europees niveau is van alle deelnormen het meest pregnant voor het bepaaldheidsgebod. Dat is zo omdat wetgeving op Europees niveau rechtstreeks gevolgen heeft voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het nationale strafrecht. Die gevolgen doen zich het sterkst gevoelen wanneer verordeningen

1 Nan 2011.

2 Groenhuijsen & Kristen 2001.

3 De Hullu 2015, bijv. op p. 94 e.v.

4 Eén van de criteria voor strafbaarstelling van De Roos is of de gedraging voldoende duidelijk is te omschrijven, De Roos 1987, p. 73-74, 226-227.

5 Zo schrijft Welzel: 'Die eigentliche Gefahr droht dem Grundsatz nulla poena... nicht von der Analogie, sondern von den unbestimmten Strafgesetzen', Welzel 1967, p. 22; Fockema Andreae citeert (overigens zonder instemming) de Deense hoogleraar Torp, die hem schrijft over het analogieverbod: 'Man ist von allen Seiten darüber einverstanden gewesen, dass eine solche Bestimmung [een bepaling die strafbaarstelling bij analogie toestaat, JGHA] keine Gefahr für die Rechtssicherheit bedeutet; dass dagegen eine solche Gefahr vielmehr dadurch entstehen kann, dass die einzelnen Strafbestimmungen zu generell gefasst werden [...]', Fockema Andreae 1922, p. 367.

rechtstreeks worden toegepast, maar ook wanneer richtlijnen vanwege de voorrang of door middel van conforme interpretatie mede de reikwijdte van het nationale strafrecht afbakenen. Als Europese regelgeving onduidelijk is, dan is ook de potentiële invloed daarvan op het strafrecht onduidelijk, omdat niet met zekerheid kan worden vastgesteld of er een normconflict is. De kwaliteit van Europese wetgeving is tevens van belang gezien de invloed die Europese wetgeving wordt verondersteld uit te oefenen op de kwaliteit van nationale wetgeving. Onduidelijkheid van Europees recht kan worden gezien als oorzaak van onduidelijke nationale strafbaarstellingen, maar het kan ook worden gezien als beleidsruimte die juist de lidstaten de vrijheid laat een voor hun nationale rechtsorde heldere bepaling in het leven te roepen. In dit hoofdstuk wordt gepoogd die veronderstellingen nader te onderzoeken. Het blootleggen van de relatie tussen vaagheid op Europees en nationaal niveau is van belang voor de vraag of Europese regelgeving gebonden zou moeten zijn aan het bepaaldheidsgebod, maar kan mogelijk ook in meer algemene zin bijdragen aan het inzicht in de werking van een meerlagige rechtsorde. Aan dat inzicht beoog ik tevens bij te dragen door ook in dit hoofdstuk systematisch onderzoek te doen naar de werking van zowel richtlijnen als verordeningen, omdat zij op verschillende wijze structuur geven aan die meerlagigheid van het recht. Hier zij nogmaals vermeld dat de Europese wetgever en de nationale wetgever als twee afzonderlijke wetgevers worden beschouwd, hoewel daar het nodige op af te dingen valt: de Europese wetgever staat immers niet los van de lidstaten.⁶ Het zijn niettemin gescheiden organen met een eigen functie en een eigen verantwoordelijkheid in het Europees strafrecht; dat bij Nederlandse wetgeving betrokken actoren ook een rol hebben bij Europese wetgeving doet daar niet aan af.

Ook voor theorievorming over het legaliteitsbeginsel is het bepaaldheidsgebod van groot belang. Vanaf het einde van de negentiende eeuw is de analytische filosofie zich zeer sterk gaan richten op de taalfilosofie. Deze oriëntatie heeft geleid tot grondige veranderingen in opvattingen over semantiek.⁷ Met name de afgelopen halve eeuw is de relatie tussen taal en werkelijkheid centraal komen te staan. Dit heeft onder meer het inzicht opgeleverd dat concepten in de gewone spreektaal geen helder af te bakenen betekenis hebben. Dit leidt tot de vraag of het, gezien de inherente beperkingen die het gebruik van taal meebrengt, überhaupt mogelijk is om heldere strafbepalingen te formuleren. In dit hoofdstuk probeer ik met behulp van enkele basale semiotische begrippen inzicht te krijgen in manieren waarop het recht onduidelijk kan zijn en te schetsen in hoeverre naleving van het bepaaldheidsgebod een haalbaar ideaal is. Die poging gaat uit van de gedachte dat het denken over het legaliteitsbeginsel geïnformeerd zou moeten worden door ontwikkelingen

6 Zie paragraaf 1.2.

7 Stokhof 2012, p. 12-13.

in de taalwetenschap, zij het met inachtneming van de bijzondere kenmerken van juridisch taalgebruik.

In paragraaf 5.2 wordt aandacht besteed aan de vraag op welke wijzen het recht onduidelijk kan zijn. In het Europees strafrecht is namelijk niet alleen semantische onduidelijkheid – onduidelijkheid van de wettekst – een probleem, maar ook wetssystematische onduidelijkheid. Met dat begrip wordt bedoeld op onduidelijkheid die zich voordoet doordat een wettekst inconsistent is met andere wetteksten of deel uitmaakt van een complex geheel van gelede normstelling. Met het bepaaldheidsgebod wordt doorgaans gedoeld op semantische duidelijkheid, maar in de meerlagige rechtsorde is wetssystematische duidelijkheid van relatief groot belang.

Paragraaf 5.3 plaatst het bepaaldheidsgebod in het kader van de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit. In deze paragraaf wordt, net als in paragraaf 2.4, als onderscheidend criterium aangeduid de mogelijkheid van afweging van het ideaal van heldere en afgebakende normen tegen andere idealen, zoals duurzaamheid van de norm. Daarnaast is er tussen de concepties een verschil in nadruk op objectieve versus subjectieve rechtszekerheid, en wordt in de rechtspositivistische conceptie de verantwoordelijkheid voor duidelijke strafbaarstellingen exclusief bij de wetgever gelegd, terwijl dit volgens de rechtenconceptie een gedeelde verantwoordelijkheid is van wetgever en rechter.

In paragraaf 5.4 wordt aandacht besteed aan de vraag of het bepaaldheidsgebod van toepassing is op Europese regelgeving. Europees strafrecht komt in twee stappen tot stand: eerst wordt op Europees niveau een richtlijn of verordening uitgevaardigd, die vervolgens wordt omgezet of uitgevoerd op nationaal niveau. Soms is de strafbepaling verdeeld over de twee niveaus en ligt de gedragsnorm in het Europees recht besloten, en de strafbaarstelling en sanctienorm in het nationale recht. Draagt in die structuur de Europese of de nationale wetgever verantwoordelijkheid voor de adequate formulering van strafbepalingen? Die vraag kan niet in één zin worden beantwoord, omdat het antwoord mogelijk verschilt naar gelang het Europees recht rechtstreeks toepasselijk is of moet worden omgezet in nationale regelgeving. Ik onderzoek wat de verschillende bij het Europese wetgevingsproces betrokken actoren voor antwoord geven op deze vraag, alsmede het antwoord van het Hof van Justitie. Tot slot schets ik de in de literatuur ingenomen antwoorden en neem ik een eigen standpunt in.

In paragraaf 5.5 komen de eisen aan de orde die het Europees recht stelt aan nationale strafbepalingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen (buiten de eis dat zij geschreven zijn, die al in het vorige hoofdstuk is beschreven). In die paragraaf wordt onderzocht wat het Hof van Justitie verstaat onder het bepaaldheidsgebod en of de invulling daarvan past binnen de rechtspositivistische of rechtenconceptie van legaliteit. Om een volledig beeld daarvan te schetsen, wordt eerst gekeken naar de invulling van het

bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht – dat de voedingsbodem vormde voor de formulering van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod – en naar de invulling van het bepaaldheidsgebod in het EVRM, die de invulling door het Hof van Justitie heeft beïnvloed.

De Nederlandse wetgever en rechter worden in dit hoofdstuk apart behandeld. In paragraaf 5.6 staat centraal de wijze waarop de Nederlandse wetgever omgaat met zijn plicht het Europees recht adequaat om te zetten, en zijn plicht de rechtszekerheid te waarborgen door te zorgen voor helder afgebakende wetgeving. Daarbij komen ook verschillende verwijzingstechnieken ter sprake. Het doel is nader te onderzoeken of onduidelijke Europese wetgeving leidt tot onduidelijke nationale (Nederlandse) wetgeving of niet. Bovendien wordt de relatie tussen onduidelijkheid van het Europees recht en beleidsvrijheid voor de nationale wetgever onderzocht: is onduidelijkheid een teken van beleidsvrijheid? Is Europees recht dat beleidsvrijheid biedt altijd onduidelijk? Voor de beantwoording van die vragen wordt gebruik gemaakt van het theoretisch kader dat zal worden geschetst in paragraaf 5.2.

In paragraaf 5.7 verschuift de aandacht naar de Nederlandse strafrechter. Die moet immers uiteindelijk bepalen of het recht voldoende duidelijk is om daadwerkelijk in een concrete strafzaak te worden toegepast. Allereerst komt de vraag aan de orde of en zo ja welke rechtsgevolgen de Nederlandse rechter kan verbinden aan een negatief uitvallende toets aan het bepaaldheidsgebod van zowel Europees als nationaal recht. Daarna worden twee vragen behandeld. De eerste is hoe de rechter nationaal recht dat dient ter omzetting van Europees recht toetst aan het bepaaldheidsgebod, waarbij de wetgever weinig mogelijkheden heeft gehad om de wet naar eigen goeddunken te formuleren. Die vraag zal worden beantwoord aan de hand van een onderzoek naar gepubliceerde rechtspraak van de Nederlandse strafrechter over Europees strafrecht waarin een beroep wordt gedaan op het bepaaldheidsgebod. Daarnaast wordt gekeken naar de alternatieve mogelijkheden die de rechter heeft of mogelijk inzet om in het individuele geval toch de rechtszekerheid te waarborgen door middel van de verontschuldigbare rechtsdwaling.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 5.8.

5.2 TWEE VORMEN VAN ONDUIDELIJKHEID VAN WETGEVING

De wetgever moet duidelijke strafbepalingen maken en de rechter moet toetsen of de wet niet te ‘vaag’ is. Het gebod heldere strafbepalingen te creëren is zo oud als de binding van de rechter aan de wet.⁸ Toch wordt er in de juridische literatuur maar weinig aandacht besteed aan de complexe vraag wanneer een wet eigenlijk (te) vaag is, en op welke manieren wetgeving onduidelijk kan zijn. In deze paragraaf wordt getracht mede aan de hand van inzichten uit

8 Zie paragraaf 2.2.

de taalwetenschap bij te dragen aan meer inzicht in het leerstuk van bepaaldheid. Dat is nodig om de vraag te kunnen beantwoorden wat eigenlijk de relatie is tussen onduidelijkheid op Europees niveau en nationaal niveau, en welke gevolgen dat zou moeten hebben voor de binding van Europese wetgeving aan het bepaaldheidsgebod.

Het is voor dit onderzoek nuttig twee vormen van onduidelijkheid of onbepaaldheid te onderscheiden, die te maken hebben met twee aspecten van wetgeving die onduidelijk kunnen zijn: de tekst van de wet in zichzelf (semantische onduidelijkheid) of de wet in relatie tot andere wetten (wetssystematische onduidelijkheid).⁹ Dit onderscheid is ontleend aan het proefschrift van Nan.¹⁰ Onduidelijkheid die door de formulering van de wet wordt veroorzaakt duid ik met Nan aan als *semantische onduidelijkheid*. Omdat alle vormen van onduidelijkheid uiteindelijk zijn terug te voeren op onzekerheid in de relatie tussen een tekst, de betekenis daarvan en datgene in de werkelijkheid waar die tekst naar verwijst, zouden ook de andere vormen strikt genomen als semantische onduidelijkheid kunnen worden aangeduid. Ik doel echter met semantische onduidelijkheid uitsluitend op onduidelijkheid die bestaat wanneer de tekst op zichzelf wordt beschouwd. Ten tweede kunnen er onduidelikheden voortvloeien uit de gebrekkige samenhang van een bepaalde regel met andere regels. Dan is er sprake van *wetssystematische onduidelijkheid*. Wetssystematische onduidelijkheid kan bestaan ook wanneer de regel in kwestie helder is geformuleerd, bijvoorbeeld omdat deze strijdt met andere normen of omdat het regulatieve stelsel als geheel te complex is. Wetssystematische onduidelijkheid is niet intern aan een wet zelf, maar wordt veroorzaakt door de relatie van meerdere wetten of normen tot elkaar. In de literatuur wordt nog een derde vorm van onduidelijkheid genoemd, te weten overinclusiviteit of *catch all*-bepalingen.¹¹ Er bestaat in het geval van overinclusiviteit onduidelijkheid over de doelstelling van de norm, omdat die niet overeen lijkt te komen met de reikwijdte van de tekst van de bepaling.¹² Dit is dus niet zozeer een probleem met de duidelijkheid van de tekst: de op zichzelf duidelijke tekst wekt verbazing, gezien het doel van de bepaling dat de wetgever tot uitdrukking heeft gebracht in de wetsgeschiedenis.¹³ Overinclusiviteit heeft dus niet zozeer betrekking op de tekst zelf, maar op de communicatieve intenties van

9 Het begrip 'onbepaaldheid' verwijst in dit boek mede naar wat in technische zin 'onderbepaaldheid' heet. Indien het recht 'onbepaald' is, kan het alle mogelijke betekenissen hebben en zijn in een zaak dus alle denkbare uitkomsten even juist. Indien het recht 'onderbepaald' is vallen sommige gevallen duidelijk binnen of buiten de norm, maar bestaat er onzekerheid over een groep grensgevallen (Solum 1987, m.n. p. 473). Onbepaaldheid wordt in dit boek geacht beide vormen te omvatten.

10 Nan 2011, p. 151 e.v.

11 Schauer 2009, p. 26-27; De Hullu 2015, p. 98-99; Borgers 2011, p. 138-148.

12 Zie voor een voorbeeld uit de praktijk Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899. Ook kan worden gedacht aan artikel 285b Sr, de strafbaarstelling van belaging. Daarover bijvoorbeeld Nan 2011, p. 165-168.

13 Waldron 1994, p. 522.

de wetgever. Deze vorm is in technische zin te onderscheiden van de vorige twee: voor overinclusiviteit hoeft geen sprake te zijn van semantische onduidelijkheid, noch is de onduidelijkheid gelegen in de samenhang met andere wetsbepalingen: de onduidelijkheid wordt veroorzaakt door een discrepantie tussen wat wordt gezien als het belangrijkste doel van de bepaling, en de ruimere formulering ervan.¹⁴ Toch is overinclusiviteit in de praktijk niet goed te onderscheiden van vaagheid, in ieder geval niet in het geval van het Europees strafrecht. In alle in dit hoofdstuk te behandelen gevallen van onduidelijkheid is de onduidelijkheid mede gelegen in de schier onvoorstelbare reikwijdte van de tekst van het Europees recht. Om die reden is het onderscheid niet noodzakelijk voor de doelstelling van de analyse, namelijk het onderzoeken van de relatie tussen onduidelijkheid op Europees en onduidelijkheid op nationaal niveau, en zal overinclusiviteit in het navolgende niet apart worden onderzocht.

5.2.1 Semantische onduidelijkheid

In de inleiding is al de stelling geformuleerd dat de taalwetenschap het inzicht in de werking van taal in het recht kan vergroten. De afgelopen decennia is veel kennis vergaard over de abstracte vraag hoe mensen denken en welke rol taal daarbij speelt, en die kennis wordt ook toegepast in de literatuur over het legaliteitsbeginsel.¹⁵ In dit boek wordt gebruik gemaakt van basale begrippen over semantiek, als onderdeel van de semiotiek (tekenleer). De semantiek bestudeert de relatie tussen een predicaat (een talig teken), de intensie (de betekenis van het predicaat) en de extensie (dat waar het predicaat naar verwijst in de werkelijkheid).¹⁶ Als niet duidelijk is aan welke kenmerken een object of geval moet voldoen wil het predicaat erop van toepassing zijn (de intensie is onduidelijk), kan ook niet worden bepaald welke objecten daaraan voldoen (de extensie is onduidelijk).¹⁷ Intensionele onduidelijkheid leidt dus per definitie tot extensionele onduidelijkheid.¹⁸

Deze begrippen kunnen worden toegepast op strafbepalingen en de vragen die de Nederlandse strafrechter moet beantwoorden in het kader van artikel 350 Sv. De gedragsomschrijving in een strafbepaling is opgebouwd uit een aantal bestanddelen. Die bestanddelen kunnen worden gezien als predicaten.

14 Het tegenovergestelde, onderinclusiviteit, doet zich ook voor: soms zal de tekst van de bepaling aldus geformuleerd zijn dat een onvoorzien geval er juist niet onder valt, terwijl dat gezien de ratio wel wenselijk was geweest.

15 Visser 2001; Termorshuizen-Arts 2003.

16 Loth 1984, p. 73. Het onderscheid tussen intensie (*Sinn*) en extensie (*Bedeutung*) is afkomstig van Frege 1892.

17 Hierna wordt alleen nog gesproken van objecten, maar daarmee wordt mede bedoeld op gevallen.

18 Loth 1984, p. 75, 92-93; Nan 2011, p. 161-162.

De intensie van dat predicaat wordt gevormd door de criteria waaraan een object moet voldoen wil het onder de reikwijdte van het bestanddeel vallen. De extensie van het predicaat wordt gevormd door de verzameling van alle objecten uit de werkelijkheid die aan de criteria voldoen. Om te kunnen weten welke set van objecten uit de werkelijkheid (de extensie) onder de reikwijdte van het bestanddeel (het predicaat) vallen, moet dus vastliggen aan welke voorwaarden een object moet voldoen om onder het bestanddeel te vallen (de intensie). Die intensie is echter vaak niet duidelijk: begrippen worden slechts bij uitzondering van een wettelijke definitie voorzien. Als de intensie van een bestanddeel niet duidelijk is, is het strafrecht vaag. De rechter kan die vaagheid wegnemen door de intensie van het predicaat te expliciteren. Dat *hoeft* de rechter echter niet te doen: de vraag die artikel 350 Sv voorlegt aan de rechter is niet wat de intensie is van het bestanddeel, de vraag is of het tenlastegelegde onderdeel uitmaakt van de extensie van het bestanddeel. De rechter kan ook volstaan met het oordeel *dat* het hem voorgelegde geval deel uitmaakt van de extensie van de norm, zonder te expliciteren waarom dat zo is. Dat is de praktijk van casuïstische rechtsvinding.

De betekenistheorie die hier wordt gebruikt gaat dus uit van de veronderstelling dat een begrip een vastomlijnde intensie *kan* hebben, aan de hand waarvan de extensie van het begrip kan worden bepaald. Die intensie bestaat uit een aantal criteria die noodzakelijk en voldoende zijn voor een object om onder het begrip te vallen. Op deze veronderstellingen is de afgelopen jaren de nodige kritiek geuit, met name dat zij onvoldoende aansluiten bij de wijze waarop taalgebruikers omgaan met begrippen.¹⁹ Onderzoek uit de cognitieve semantiek heeft bijvoorbeeld uitgewezen dat mensen categorieën (in ieder geval van een bepaald abstractieniveau) niet indelen aan de hand van criteria, maar aan de hand van prototypes. Begrippen hebben dan een kernbereik en een periferie, waarvan soms onduidelijk kan zijn waar precies de grens ligt. Zo ligt een mus in het kernbereik van de categorie 'vogel', en een pinguïn in de periferie.²⁰ Dit punt is geïllustreerd door Hart in zijn beroemde voorbeeld van *vehicles in the park*: een auto is een voertuig, maar is een skateboard dat ook?²¹ Deze inzichten in hoe mensen denken kunnen van groot belang zijn bij het formuleren van wetgeving en bij het voorspellen hoe die wetgeving begrepen zal worden. Deze cognitieve mechanismen hoeven echter niet leidend te zijn voor taalgebruik en de interpretatie van begrippen *in het recht*.

Bij het bestuderen van de talige aspecten van het recht is het belangrijk om voor ogen te houden dat 'rechtstaal', de taal zoals die wordt gebruikt als juridisch instrument, niet volledig samenvalt met de taal zoals die wordt gebruikt in het dagelijks leven. Veel begrippen hebben in het dagelijks spraakgebruik geen strikt afgebakende betekenis. In het technischer juridisch taal-

19 Visser 2001, p. 38-39; Termorshuizen-Arts 2003.

20 Rosch 1978.

21 Hart 1961, p. 126.

gebruik is dat soms – zeker niet altijd – wel zo, en dat is vaak ook noodzakelijk. Baldinger vindt juristen om die reden niet te benijden: '[W]e should pity jurists, who, making use of ordinary language, have to draw precise borders. From the viewpoint of language theory, this is impossible: yet, juridically, punishment, and even the alternative *guilty-innocent* depends on such a limiting of reality.'²² Hoewel er in de wetenschap minder op het spel staat, vertoont juridisch taalgebruik significante overeenkomsten met wetenschappelijk taalgebruik, waarin eveneens een ideaal heerst van afgebakende begrippen.²³ Het feit dat een begrip voor verschillende gebruikers een verschillende betekenis heeft, of bij eenzelfde gebruiker geen vastomlijnde betekenis heeft, hoeft de rechter er (net als de wetenschapper) echter niet van te weerhouden een stipulatieve definitie te formuleren die voor dat predicaat *in het recht* de intensie en daarmee de extensie bepaalt. Juridisch taalgebruik verschilt dus van dagelijks taalgebruik doordat het ideaal van precisie en afbakening er zwaarder weegt en doordat begrippen soms een stipulatieve definitie krijgen, waarmee ze een 'juridische' betekenis krijgen die afwijkt van hun alledaagse betekenis.

Er is nog een verschil tussen juridisch en alledaags taalgebruik. Kenmerkend van rechtsregels is dat zij in het leven zijn geroepen door een bevoegde autoriteit met een bepaald doel, dat mede bepaalt hoe een regel moet worden uitgelegd. Los van hoe mensen denken en praten, kan de wetgever richting geven aan de intensie, en daarmee extensie, van een begrip. Bix stelt daarom terecht dat de cognitieve benaderingen van semantiek, wanneer één-op-één toegepast op rechtstaal, onvoldoende oog hebben voor het autoriteitsaspect van het recht.²⁴ Omdat in het recht begrippen een eigen betekenis kunnen krijgen en vaak ook krijgen, en omdat de betekenis mede gezaghebbend wordt bepaald door de wetgever, kan de criteriale betekenisstheorie in mijn optiek meer licht werpen op het hier centraal staande ideaal van bepaaldheid in wetgeving dan de prototypentheorie. Dat neemt niet weg dat ik vermoed dat het onderzoek naar taal in het recht, en uiteindelijk ook de rechtspraak, kunnen profiteren van een benadering waarbij zowel oog is voor cognitieve mechanismen als voor de bijzondere aspecten van juridische taal.

Volgens Brouwer hebben alle vormen van vaagheid of semantische onduidelijkheid één kenmerk gemeen: 'Het zijn alle factoren die ertoe leiden dat de taal waarin het recht gegoten is een marge laat.'²⁵ In deze paragraaf worden drie van die factoren besproken aan de hand van het artikel *Vagueness in Law and*

22 Baldinger 1980, p. 42 (cursivering in origineel).

23 Baldinger 1980, p. 34-41.

24 Bix 2003.

25 Brouwer 2008a, p. 188-189. Het citaat staat op p. 189.

Language van Waldron²⁶ en het boek *Recht en taal* van Loth:²⁷ vaagheid, ambiguïteit en betwistbaarheid.

Criteriale en graduele vaagheid

Vaagheid doet zich voor wanneer onduidelijk is of een predicaat van toepassing is op een object, en die onduidelijkheid wordt veroorzaakt door onduidelijkheid over het predicaat en niet door een gebrek aan kennis over het object.²⁸ Van sommige objecten kan niet worden bepaald of zij onder de reikwijdte van het begrip vallen of niet, omdat niet duidelijk is wat de voorwaarden daarvoor zijn. Vaagheid kan worden onderscheiden in twee vormen, criteriale en graduele vaagheid. In het geval van criteriale vaagheid is onduidelijk welke criteria gelden om onder de reikwijdte van een bepaald predicaat te worden geschaard. Er bestaat geen set aan kenmerken die noodzakelijk en voldoende zijn voor een object om het predicaat van toepassing te laten zijn. Criteriale vaagheid doet zich veel voor in het recht: een enkele keer wordt een begrip door de wetgever voorzien van een definitie (bijv. in art. 82 Sr), vaker wordt de concrete afbakening van een begrip overgelaten aan de rechter (denk aan de jurisprudentie over het goed-begrip²⁹). Graduele vaagheid wordt veroorzaakt doordat een term een beperkt deel van een continuüm bestrijkt, terwijl onduidelijk is welk deel.³⁰ Dat continuüm kan op zichzelf objectief en helder zijn, bijvoorbeeld het continuüm klein-groot, jong-oud, arm-rijk, de vaagheid zit in het bepalen van de grens wanneer iets of iemand geldt als klein, jong of arm. Bij een poging die grens te bepalen wordt men geconfronteerd met de zogenaamde Sorites-paradox: als je steeds één korrel zand weghaalt, wanneer houdt een hoop zand op een hoop te zijn?³¹ Een hypothetische strafbepaling die 'te hard' rijden in een woonwijk strafbaar stelt, is gradueel vaag.

Ambiguïteit

In het geval van ambiguïteit heeft één taaluiting twee of meer uiteenlopende betekenissen, dus twee of meer intensies met ieder hun eigen extensie. Meestal is er sprake van homonymie.³² Het klassieke voorbeeld (ook in het Engels) daarvan is het woord bank, dat in het Nederlands kan verwijzen naar zowel een financiële instelling als een zitmeubel.³³ Er zijn dus twee mogelijke inten-

26 Waldron 1994.

27 Loth 1984.

28 Solum 2010, p. 98.

29 HR 23 mei 1921, NJ 1921/564, m.nt. B.M. Taverne (*Diefstal van elektriciteit*).

30 Devos 2004, p. 59, 61-63; Waldron 1994, p. 516-520.

31 Waldron noemt dit type vaagheid daarom Sorites-vaagheid, Waldron 1994, p. 516-517.

32 Woorden of zinsdelen die gelijk luiden, maar een verschillende betekenis hebben.

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

sies, met elk een eigen extensie. Hetzelfde kan voorkomen bij woordcombinaties – in dat geval is er geen sprake van semantische maar van syntactische ambiguïteit. Zo kan ‘mijn boek’ verwijzen naar een boek dat ik heb gekocht, of naar een boek dat ik heb geschreven. Ambiguïteit kan ook worden veroorzaakt doordat onduidelijk is welk niveau van algemeenheid met een taaluiting wordt bedoeld. Een voorbeeld daarvan wordt gegeven door Waldron: een voorwaarde in een huurcontract die luidt: ‘Animals are prohibited on the premises, except cats and dogs’. Waldron vraagt zich af of de verhuurder bedoelt dat alleen zijn huiskat mee mag, of ook zijn luipaard.³⁴ Als laatste is mogelijk dat een begrip een technische betekenis heeft die afwijkt van de betekenis ervan in het dagelijks spraakgebruik. Een voorbeeld daarvan is ‘economische efficiëntie’, die afhankelijk van de econoom die je het vraagt kan worden gedefinieerd als een Pareto-optimum, welvaartsmaximalisatie, kostenbaten-efficiëntie etc.³⁵ Vaak zal uit de context al blijken welke van de betekenissen wordt bedoeld.

Betwistbaarheid

Betwistbaarheid, de derde vorm van semantische onduidelijkheid, heeft betrekking op wat in Duitsland worden genoemd ‘*Normative Tatbestandsmerkmale*’: waardegeladen delictsbestanddelen.³⁶ In die omschrijving komt goed tot uitdrukking dat het gaat om concepten waarover mensen van mening kunnen verschillen. Een bepaling met een betwistbaar bestanddeel nodigt uit tot het maken van een waardeoordeel.³⁷ Dat betekent, in de woorden van Loth, dat met de intensie de extensie nog niet gegeven is, omdat in de betekenis een evaluatief element zit dat afhankelijk is van de opinie van de taalgebruiker.³⁸ In Kelk/De Jong wordt een aantal voorbeelden van dergelijke betwistbare bestanddelen in het Nederlandse strafrecht besproken. Het belangrijkste voorbeeld is *culpa*, dat kan worden gedefinieerd als ‘verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid’. Wat ‘onvoorzichtig’ is kan worden ingevuld op een oneindig aantal manieren.³⁹

34 Waldron 1994, p. 515-516. Het citaat staat op p. 515.

35 Waldron 1994, p. 515-516.

36 G.E. Mulder 1987, p. 410, 413.

37 Waldron 1994, p. 526-529.

38 Loth 1984, p. 93.

39 Kelk/de Jong 2013, p. 111-112.

5.2.2 De ‘open textuur’ van het recht: is semantische onduidelijkheid wel vermijdbaar?

In de vorige subparagraaf is Baldinger geciteerd, die aangeeft dat het trekken van precieze grenzen in de wet op basis van natuurlijke taal onmogelijk is.⁴⁰ Taal kan nooit volledige zekerheid scheppen. Hart heeft betoogd dat de wet een onvermijdelijke *open textuur* heeft en daarom nooit geheel duidelijk kan zijn, en hij heeft voor die stelling brede steun gekregen in de rechtsgeleerdheid.⁴¹

De term *open texture* werd geïntroduceerd in het Engels door Waismann, maar had bij Waismann een veel beperktere betekenis.⁴² Hij gebruikte de term *open texture* voor de gevallen waarin er *in potentie* intensionele vaagheid zou kunnen bestaan: hij gebruikte de *possibility of vagueness* als synoniem van *open texture*. We kunnen ons altijd grensgevallen *voorstellen* die de criteria ter discussie stellen, zelfs al kan een dergelijk grensgeval zich nooit voordoen.⁴³ De open textuur van begrippen in taalkundige zin zoals bedoeld door Waismann impliceert dat alle definities een voorlopig karakter hebben.⁴⁴ Begrippen kunnen vaag worden, niet doordat de begrippen zelf inherent vaag zijn, maar doordat zij geconfronteerd worden met een veranderde werkelijkheid. De semantische relatie tussen een begrip en de werkelijkheid is dus niet statisch, omdat de werkelijkheid veranderlijk is. Zolang die *possibility of vagueness* zich niet realiseert, is die open textuur echter van weinig relevantie.⁴⁵

Het begrip *open texture* heeft bij Hart een andere, vooral ruimere betekenis gekregen.⁴⁶ Het heeft zowel betrekking op begrippen uit de wet als op rechtsregels zelf.⁴⁷ Bovendien gaat het Hart niet alleen om een *mogelijke* onbepaaldheid: de relatief duidelijke kern van begrippen wordt *altijd* omringd door een *penumbra of doubt*.⁴⁸ Voor die open textuur wijst Hart twee oorzaken aan.

40 Baldinger 1980, p. 42.

41 Hart 1961, p. 124-129. In navolging daarvan onder meer Rozemond 2000; Rozemond 2011, p. 23-24; Nan 2011, p. 28.

42 Dit gebeurde in de gepubliceerde handelingen van de Aristotelian Society. Eerder had Waismann al het begrip *Porosität der Begriffe* gemunt in het Duits. Waismann 1945, p. 121-123.

43 Waismann gebruikt het voorbeeld van een kat die doodgaat en weer tot leven komt: is dat nog een kat? Waismann 1945, p. 121-122.

44 Loth 1984, p. 93.

45 Visser 2001, p. 45.

46 Zie in die zin ook Waldron 1994, p. 523; Schauer 2011. Voor een uitgebreide analyse van het verschil in betekenis van open texture bij Hart en Waismann zij verwezen naar Bix 1991 en Bix 2012, p. 149-152. In de juridische literatuur heeft open textuur nu vooral de ruime betekenis die Hart eraan gaf, zie bijvoorbeeld Claes 2003, p. 66-67.

47 Hart 1961, p. 127-128.

48 Hart heeft hiervoor het beroemde voorbeeld van het begrip *vehicle* in de regel ‘no vehicles in the park’ gegeven. Er bestaat geen twijfel dat auto’s, motoren en bussen onder het begrip *vehicle* vallen, maar daaromheen zweven twijfelgevallen als fietsen en vliegtuigen. Hart 1961, p. 126.

De eerste oorzaak van de open textuur van de wet is de relatieve onwetendheid van de wetgever ten aanzien van de feiten. De tweede oorzaak van de open textuur is de relatieve onbepaaldheid van menselijke doelen: de wetgever kan niet alle mogelijke situaties die zich in de toekomst zullen voordoen voorspellen en zich er daarom niet vooraf een mening over vormen.⁴⁹ Samengevat gaat het Hart niet om het formuleren van een taalkundige theorie, maar om het gegeven dat onbepaaldheid van de taal rechters een zekere vrijheid geeft en het recht een zekere flexibiliteit.⁵⁰ De implicaties van *open texture* in de ruimere betekenis die Hart eraan geeft, zijn veel groter: Hart leidt daaruit af dat begrippen en rechtsregels altijd met een zekere vaagheid zijn omgeven.

Met Waismann en Hart kan worden vastgesteld dat taal, en daarmee ook het recht, een open textuur heeft, in die zin dat een veranderde werkelijkheid of onvoorzien geval een bepaling onduidelijk kan maken. Dat neemt niet weg dat het mogelijk is om – met de huidige kennis van de huidige werkelijkheid – een intensionele definitie te geven die *voor nu* de extensie van het begrip afbakt. Ik meen dus dat uit de open textuur van de wet niet volgt dat begrippen altijd vaag zijn, zoals Hart stelt. Het afbakenen van begrippen uit de wet is een kunstmatige operatie, in die zin dat deze scherpe afbakeningen soms contra-intuïtief zijn en niet volledig samenvallen met het gewone spraakgebruik. Dat is echter onderdeel van het proces van transformatie van gewone taal in juridische taal.

Dit leidt voor dit boek tot het uitgangspunt dat het in ieder geval zinvol is om te streven naar het wegnemen van semantische onduidelijkheid, ondanks de wetenschap dat een heldere afbakening altijd de potentie heeft onduidelijk te worden in de confrontatie met een veranderde of onvoorziene werkelijkheid.⁵¹

5.2.3 Wetssystematische onduidelijkheid

Bij wetssystematische onduidelijkheid is de betekenis van een bepaling onduidelijk door de verhouding met andere normen.⁵² Een bepaling staat nooit op zichzelf, maar maakt deel uit van een rechtsorde. Die context van het geheel van rechtsnormen kan invloed hebben op de duidelijkheid van de individuele norm. Die invloed hoeft overigens niet negatief te zijn: het feit dat het gaat om een wetsbepaling en de context van die bepaling kunnen ook juist een onduidelijke bepaling disambigueren of op een andere manier duidelijk ma-

49 Hart 1961, p. 127-129. In vergelijkbare zin Rozemond 2011, p. 22-23; Popelier 2008, p. 50-51.

50 Bix 1991, p. 65-68.

51 In diezelfde geest Brouwer 2008a, p. 177-178.

52 Nan 2011, p. 156.

ken.⁵³ Wetssystematische onduidelijkheid kan meerdere oorzaken hebben, waarvan met name *complexiteit* van de normen en *inconsistenties* in het rechtssysteem hier relevant zijn.

Op zichzelf duidelijke bepalingen kunnen deel uitmaken van een wetssysteem dat door de hoeveelheid normen, de structuur daarvan en de onderlinge relaties tussen normen dermate *complex* is dat het voor burgers moeilijk wordt te bepalen welk gedrag toegestaan en welk gedrag verboden is.⁵⁴ Met name de meer technische normen in het ordeningsstrafrecht zijn soms zeer gecompliceerd. De Hullu geeft een voorbeeld van een arrest over het afdekken van een mestbassin waarin A-G Meijers de geldende voorschriften uiteenzet en dat niet korter kan doen dan in twee bladzijden. De Hullu wijst erop dat dergelijke gecompliceerde regelgeving zowel vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, als vanuit het oogpunt van rechtshandhaving onwenselijk is.⁵⁵ Bovendien is de regeldichtheid hoog, daarvan getuigt de volgende verzuchting van A-G Wortel: 'Ik durf rustig vooropstellen dat wij allen tuchten onder de toenemende regeldichtheid. Je mag tegenwoordig niets meer, tenzij ergens geregeld is dat het op een bepaalde wijze en onder bepaalde voorwaarden nog wél mag.'⁵⁶

Al eerder is aangestipt dat complexiteit vaak een gevolg is van gelede normstellingen.⁵⁷ Met name in het ordeningsrecht worden normen vastgelegd die weer verwijzen naar andere vormen van regelgeving voor de concrete invulling – een fenomeen dat met een wat informele maar ook beeldender term dan gelede normstelling 'spaghettiwetgeving' is genoemd.⁵⁸ Die concrete invulling is in het Europees strafrecht soms gelegen in supranationale Europese regelgeving, die soms zelf ook weer is uitgewerkt in andere regelgeving. Een strafbaarstelling uit het Nederlandse recht kan dus voor de gedragsnorm verwijzen naar een verordening, die weer voor nadere uitwerking van regels verwijst naar een richtlijn.

De tweede vorm van systematische onduidelijkheid doet zich voor in de vorm van *inconsistenties*. Het recht is inconsistent indien verschillende regels, soms op verschillende niveaus, verschillende eisen stellen aan het gedrag van burgers. Inconsistentie van wetgeving is volgens Fuller een groot probleem dat niet met één conflictregel bevredigend kan worden opgelost.⁵⁹ Er bestaan uiteraard regels voor het oplossen van tegenstrijdigheden, zoals de *lex posterior*- of de *lex specialis*-regel, maar die leiden niet altijd tot een voorspelbaar en

53 Ook kan onbepaaldheid worden opgelost indien interpretatiemethoden de uitkomst ondanks de onbepaaldheid voorspelbaar maken, Brouwer 2008a, p. 190.

54 Loth en Tjong Tjin Tai stellen dat complexiteit zowel veroorzaakt kan worden doordat het moeilijk is om de relevante regels te identificeren als doordat onduidelijk is hoe regels moeten worden toegepast of elkaar beïnvloeden, Loth & Tjong Tjin Tai 2014.

55 De Hullu 2015, p. 99.

56 A-G J. Wortel in zijn conclusie bij HR 4 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5377, punt 21.

57 Loth 2000, p. 87-88; De Hullu 2015, p. 95, 99; 't Hart 1991, p. 76-94, m.n. p. 81-83.

58 Doorenbos 1992; De Hullu 2015, p. 95.

59 Fuller 1969, p. 65-70.

bevredigend resultaat. In het volgende hoofdstuk zal duidelijk worden dat de conflictregels die de consistentie van het Europees strafrecht moeten waarborgen conflicten zelden op een eenduidige wijze beslechten. Inconcordantie kan ook worden beschouwd als een vorm van inconsistentie: dezelfde begrippen krijgen in verschillende contexten een verschillende betekenis. Systematiek in het recht vereist nu juist dat termen consequent dezelfde betekenis hebben.⁶⁰

5.3 TWEE CONCEPTIES VAN HET BEPAALDHEIDSGEBOD

In het voorgaande zijn twee vormen van onduidelijkheid besproken: semantische en wetssystematische onduidelijkheid. Dat wetssystematische onduidelijkheid moet worden vermeden, staat niet ter discussie. Het debat omtrent het bepaaldheidsgebod gaat over semantische onduidelijkheid, die dan ook in de rest van dit hoofdstuk zal domineren. Eerst is het echter noodzakelijk om te onderscheiden hoe de rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit dit gebod op verschillende wijze begrijpen. Tezamen vormen die concepten het analytisch kader voor de bestudering van de wijze waarop het bepaaldheidsgebod wordt gewaarborgd in het Europees recht. Het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie wordt modelmatig geschetst en is niet bedoeld als volledig overzicht van te verdedigen posities.

Semantische onduidelijkheid is tot op zekere hoogte onvermijdbaar, zo is zojuist gesteld: volledige duidelijkheid, precisie en voorspelbaarheid in het recht kan niet bestaan. Niettemin is het uitgangspunt geformuleerd dat dit niet afdoet aan de mogelijkheid om te streven naar *zoveel mogelijk* duidelijkheid. In toenemende mate wordt echter getwijfeld aan de *wenselijkheid* van volledige voorspelbaarheid. Precisie en duidelijkheid van de wet worden door veel strafrechtjuristen en in de praktijk gezien als aspecten die niet tegen elke prijs moeten worden nagestreefd, maar die moeten worden afgewogen tegen andere waarden, bijvoorbeeld duurzaamheid. In deze paragraaf worden de eerder onderscheiden rechtspositivistische en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel besproken in het licht van het bepaaldheidsgebod. In de rechtspositivistische conceptie ligt de nadruk op objectieve rechtszekerheid en een kwantitatieve minimumeis van rechtszekerheid, terwijl in de rechtenconceptie de nadruk ligt op subjectieve rechtszekerheid en een afweging van belangen. Deze invulling van de rechtspositivistische en rechtenconceptie met een meer kwantitatieve versus een meer afwegingsgerichte benadering is losjes geïnspireerd op de dissertatie van Duttge en past goed bij het in hoofdstuk 2 geformuleerde hoofdkenmerk van het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechten-

60 Nan 2011, p. 158.

conceptie, namelijk het al dan niet accepteren van een belangenafweging als onderdeel van het legaliteitsbeginsel.⁶¹

5.3.1 De rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod

Er zijn drie kenmerken van de rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod. Het belangrijkste kenmerk is in mijn ogen dat het bepaaldheidsgebod *geen afweging* toelaat: hoewel wordt erkend dat het recht geen volledige duidelijkheid kan bieden, wordt het normatieve streven van duidelijkheid vastgehouden. De wetgever moet voortdurend streven naar zoveel mogelijk duidelijkheid voor rechtssubjecten, en dat streven is onafhankelijk van de eventuele belangen die met minder duidelijke regelgeving zouden kunnen zijn gediend. De wetgever dient ervoor zorg te dragen dat het recht een minimumwaarborg van rechtszekerheid biedt. De rechter kan weliswaar bijdragen aan het vergroten van rechtszekerheid, maar de verantwoordelijkheid voor de bepaaldheid van het recht wordt in de eerste en voornaamste plaats bij de wetgever gelegd.⁶² De taak van de rechter is met name te toetsen of aan de minimeis van bepaaldheid is voldaan. De wetgever mag de normstellende bevoegdheid niet overlaten aan de rechter door gebruik te maken van vage normen. Die *strikte taakverdeling tussen wetgever en rechter* is het tweede kenmerk van de rechtspositivistische conceptie. In de rechtspositivistische conceptie ligt ten derde de voorkeur bij een *objectieve opvatting van rechtszekerheid*, waarbij rechtszekerheid niet afhankelijk wordt gemaakt van de normadressaat of het rechtsgebied maar een kwaliteit van wetgeving zelf is. Hooguit kan de rechter bij de toets aan het bepaaldheidsgebod zich afvragen of voor een criteriumfiguur rechten en plichten met voldoende zekerheid en precisie af te leiden waren.

5.3.2 De rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod

De rechtenconceptie verschilt van de rechtspositivistische conceptie op alle drie de bovengenoemde kenmerken, met als belangrijkste verschil dat duidelijkheid niet de enige relevante waarde is die de wetgever moet nastreven: de formulering van wetgeving noopt daarom tot een *belangenafweging*. 't Hart heeft deze benadering verdedigd,⁶³ daarin gevolgd door Mulder.⁶⁴ Ook door enkele buitenlandse auteurs wordt een afweging tegen andere belangen gezien

61 Duttge 2001.

62 Asp e.a. 2009, p. 708; Schünemann 1978, p. 6-7, p. 33.

63 't Hart 1983, p. 189-208, m.n. p. 207.

64 G.E. Mulder 1987.

als een onderdeel van het bepaaldheidsgebod.⁶⁵ Daarbij komt ten tweede dat *bepaaldheid wordt gezien als mede een taak van de rechter*, die bijvoorbeeld aanknopingspunten kan verschaffen voor de toepassing van vage normen en daarmee alsnog voor voldoende helderheid kan zorgen.⁶⁶ Deze formulering van bepaaldheid als gedeelde verantwoordelijkheid hangt logisch samen met de keuze voor een materieel rechtsbegrip (en dus een open strafrechtsorde): wanneer rechtersrecht een bron kan zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zullen daaraan dezelfde eisen moeten worden gesteld als aan wetgeving die wordt toegepast als bron van aansprakelijkheid.⁶⁷ Het derde kenmerk van de afwegingsbenadering is de nadruk op *subjectieve toetsing op basis van de voorzienbaarheid*. De vraag is niet zozeer of de norm in abstracto te onduidelijk is, de vraag is of de verdachte die wordt vervolgd kon voorzien dat hij strafrechtelijk aansprakelijk zou worden gesteld voor zijn gedrag. In die subjectieve voorzienbaarheid kan met het concept van contextuele bepaaldheid onderscheid worden gemaakt naar rechtsbetrekking, rechtsnorm en normadressaat om daarbinnen een verschillend relatief gewicht te doen toekomen aan rechtszekerheid.

Een belangrijke vraag is natuurlijk tegen welke belangen het bepaaldheidsgebod kan worden afgewogen. In de literatuur en rechtspraak kunnen verschillende argumenten worden gevonden waarom onduidelijkheid niet altijd vermeden hoeft te worden door de wetgever, en zeker niet tegen elke prijs.

Een eerste belang dat kan worden gediend met vage wetgeving is *duurzaamheid of flexibiliteit*. De duurzaamheid van bepalingen is te bereiken of in ieder geval te vergroten door het gebruik van vage termen en normatieve bestanddelen. Een vage term, zonder duidelijk afgebakende criteria die de reikwijdte ervan bepalen, hoeft niet expliciet te worden aangepast aan veranderende of onverwachte omstandigheden. Volgens aanhangers van de rechtenconceptie moet de wetgever een afweging maken tussen voorzienbaarheid en duurzaamheid.⁶⁸ Vage begrippen maken een actualiserende of evolutieve interpretatie gemakkelijker, hetgeen de wet duurzaam maakt. Daar kan nog op worden aangevuld dat het ook in het belang van potentiële slachtoffers is dat verdachten niet vrijuit gaan omdat hun handelwijze ten tijde van het maken van de wet onvoorzien was. Ruimere wetgeving biedt meer vrijheid om het instrumentele doel van het strafrecht naar goeddunken na te streven.

Een tweede argument om soms te pleiten voor onduidelijker wetgeving is de *investeringen* die heldere wetgeving met zich mee kan brengen. Die investeringen moeten worden afgewogen tegen de meeropbrengst in termen van bepaaldheid. Het formuleren van precieze criteria is tijdrovend en boven-

65 Hart 1961, p. 127-136; Jacobsen 2009, p. 320-324. Volgens Peristeridou gaat ook de Duitse rechter van een afwegingsbenadering uit, Peristeridou 2011, p. 80-82.

66 Peristeridou 2011.

67 Kritisch daarover Rozie 2013.

68 Zie de bespreking van Straatsburgse rechtspraak in De Hullu 2015, p. 97. Voor een (op punten kritische) uitwerking van de afwegingsbenadering van rechtszekerheid, zie Brouwer 2008a.

dien bijzonder moeilijk, omdat de toekomst niet te voorzien is. Dat geldt met name voor formele delictsomschrijvingen die betrekking hebben op gedragingen die worden begaan in een context van sociale interactie. De wetgever kan in plaats daarvan gebruik maken van vage termen, in de wetsgeschiedenis enige aanwijzingen geven over de beoogde invulling ervan maar de concrete uitwerking ervan aan de rechter overlaten. Dat leidt tot een voortvarender wetgevingsproces, terwijl de rechter in confrontatie met de feiten het begrip beter kan afbakenen dan de wetgever in abstracto kan. Het EHRM staat ook toe dat bepalingen geleidelijk worden afgebakend in de jurisprudentie.⁶⁹ Het verminderen van de rechtsonzekerheid door het destilleren van criteria die de intensionele vaagheid en daarmee de extensionele onduidelijkheid opheffen, wordt dan gezien als een belangrijke taak van de rechter.⁷⁰

Een derde argument om geen volledige duidelijkheid na te streven is dat het volgens sommigen *niet altijd een te respecteren belang* is voor burgers om precies te weten waar de grenzen liggen.⁷¹ Dat kan bijvoorbeeld gelden voor iemand die zich, voordat hij een avond de stad ingaat, oriënteert op de strafwet om te kijken op welke manieren hij kan pogen vrouwen over te halen tot seksuele handelingen alvorens zijn handelingen zullen worden gekwalificeerd als een zedendelict. In het verkeersstrafrecht zijn de normen daarentegen wel heel duidelijk, omdat we het moreel verdedigbaar vinden dat iemand zich afvraagt hoe hard hij mag rijden.⁷² Waldron formuleert het als volgt:

‘This suggests that in some of the cases where we do not specify numerical limits, cases where we employ instead a relatively vague concept, it may be because we do not think it appropriate for citizens to be finely calibrating their action in very close proximity to legal boundaries.’⁷³

Als deze opvatting wordt gevolgd dan heeft het bepaaldheidsgebod in het materiële strafrecht een zekere delictspecifieke betekenis. Een reden voor het gebruik van normatieve bestanddelen is dan gelegen in de aard van de gedraging die strafbaar moet worden gesteld.⁷⁴ Dat stemt overeen met de contextueel bepaalde conceptie van het rechtszekerheidsbeginsel.

69 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (CR/Verenigd Koninkrijk), r.o. 34.

70 Nan 2011, p. 27-29.

71 Waldron 1994, p. 535-536.

72 Waldron 1994, p. 535-536.

73 Waldron 1994, p. 536.

74 Dit lijkt ook te volgen uit Murphy 2012, p. 76.

5.3.3 Recapitulerend: het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod

Samenvattend ligt het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie ten eerste in de vraag of altijd moet worden gestreefd naar het bieden van een minimum aan duidelijkheid zoals in de rechtspositivistische conceptie wordt benadrukt, of dat duidelijkheid mag worden afgewogen tegen andere belangen zoals in de rechtenconceptie wordt verdedigd. Dit leidt ertoe dat in de rechtspositivistische conceptie het recht alleen maar te weinig duidelijkheid kan bieden, terwijl vanuit de rechtenconceptie ook kan worden beargumenteerd dat in een wettelijke regeling duidelijkheid juist teveel gewicht heeft gekregen, ten koste van bijvoorbeeld duurzaamheid, een voortvarend wetgevingsproces of afschrikking. Het onderscheid ligt ten tweede in de locus van verantwoordelijkheid: die ligt in de rechtspositivistische conceptie vrijwel exclusief bij de wetgever, terwijl volgens de rechtenconceptie de mate waarin het recht helderheid biedt een gezamenlijke verantwoordelijkheid is van wetgever en rechter. Ten derde ligt in de rechtspositivistische conceptie de nadruk op objectieve rechtszekerheid, terwijl in de rechtenconceptie de vraag naar bepaaldheid subjectiever wordt ingevuld, dus vanuit het rechtssubject. Afhankelijk van de keuze voor een conceptie, bestaat er ruimte voor een contextueel bepaalde invulling van het bepaaldheidsgebod (indien wordt uitgegaan van een subjectieve benadering) of juist niet (indien wordt uitgegaan van een objectieve benadering).

5.4 EUROPESE REGELGEVING EN HET BEPAALDHEIDSGEBOD

Meermalen is gesignaleerd dat Europese regelgeving lijdt aan kwaliteitsgebreken, die zowel liggen op het vlak van de semantiek als de systematiek.⁷⁵ Zo zouden veel vage termen en inconsistenties voorkomen, en het Europees recht zou onnodig complex zijn. Sinds ongeveer vijftientig jaar is er binnen Europa aandacht voor de kwaliteit van Europese regelgeving. Met name in de jaren negentig werd hierover veel geschreven, nadien lijkt de aandacht weer wat te zijn afgenomen.⁷⁶

75 De Hullu & Verheijen 2002; Voermans e.a. 2000; Van der Wilt 2002, p. 99-100; Van Kempen 2003, p. 249-250; Kristen 2011, p. 339-241; Klip 1996, p. 666 spreekt van een 'verontrustende kwaliteit van regelgeving'.

76 Zo schreef in 1995 een werkgroep onder leiding van Koopmans een rapport De kwaliteit van EG-regelgeving, Aandachtspunten en voorstellen, rapport van de interdepartementale werkgroep kwaliteit van EG-regelgeving, Den Haag 1995. Zie voorts het proefschrift van Bracke over voorwaarden voor goede EG-wetgeving, Bracke 1996; Heukels e.a. 1996, waaruit blijkt dat ook in andere landen zorgen werden geuit ten aanzien van de kwaliteit van EG-wetgeving; Bronkhorst 1993; Van der Wilt 2002.

Voor lidstaten kan onduidelijke EU-regelgeving tot rechtsonzekerheid leiden. De meeste normen van Europees recht met relevantie voor het strafrecht zijn richtlijnen die zijn gericht aan de lidstaten en uitsluitend voor de lidstaten verplichtingen kunnen bevatten. Wanneer lidstaten die niet nakomen, kan de Commissie tegen hen een inbreukprocedure starten. Sinds 1 december 2014 bestaat die mogelijkheid ook ten aanzien van vóór het Verdrag van Lissabon tot stand gekomen maatregelen op het terrein van politieke en justitiële samenwerking. Een inbreukprocedure kan uiteindelijk leiden tot de oplegging van een dwangsom of boete door het Hof van Justitie.⁷⁷ Dat schept zekere verplichtingen voor de EU jegens de lidstaten. Het Hof van Justitie omschrijft de Europese Gemeenschap in *Les Verts* als ‘a Community based on the rule of law’,⁷⁸ en het Europees recht moet daarom voldoende duidelijk zijn voor degenen die eraan zijn gebonden – de lidstaten. Het gaat hierbij echter niet om een verhouding die wordt beheerst door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, maar om de rechtsstatelijke binding van de overheid aan het recht. Dat geldt ook voor de eis dat EU-wetgeving behoorlijk bekend moet zijn gemaakt alvorens het aan burgers kan worden tegengeworpen.⁷⁹ De meeste pleidooien voor betere, helderder wetgeving op EU-niveau zijn gericht op de relatie tussen Europa en de nationale wetgever. Onduidelijkheid voor lidstaten kan echter leiden tot onduidelijkheid voor burgers, en als dat gebeurt worden problemen met kwaliteit van Europese regelgeving ook relevant voor het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Aan het perspectief van de lidstaten zal hierna enige aandacht worden besteed, maar de nadruk ligt op de eventuele rechtsverhouding tussen de Europese Unie en de burgers.

In deze paragraaf ga ik in op de bijzondere kenmerken van Europese regelgeving in relatie tot het bepaaldheidsgebod en de rol die de verschillende actoren toekennen aan het bepaaldheidsgebod voor Europese wetgeving. Als eerste komt aan de orde welke bijzondere oorzaken zijn aan te wijzen voor de onduidelijkheid van EU-wetgeving die zich voordoet, zowel semantische als wetssystematische onduidelijkheid. In de daarop volgende twee paragrafen kijk ik naar de antwoorden die tot op heden door de verschillende Europese actoren zijn gegeven over de binding van de Europese wetgever aan het bepaaldheidsgebod: dat zijn achtereenvolgens de Raad, de Commissie, het Parlement en het Hof van Justitie. Tot slot wordt een antwoord gegeven op de vraag of de Europese wetgever moet worden gebonden aan het bepaaldheidsgebod.

⁷⁷ Art. 260 VWEU.

⁷⁸ HvJ EG 23 april 1986, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts*), r.o. 23. In de Nederlandse vertaling is er sprake van een ‘rechtsgemeenschap’, waarschijnlijk om het deel ‘staat’ in de samenstelling ‘rechtsstaat’ te vermijden. Voor meer over dit onderwerp zie Arnulf 2002; Pech 2009; Pech 2010.

⁷⁹ HvJ EG 11 december 2007, C-161/06, ECLI:EU:C:2007:773 (*Skoma-Lux*).

5.4.1 Oorzaken van semantische onduidelijkheid in EU-wetgeving

Onduidelijkheid van Europese regelgeving is een omvangrijk probleem waarvoor vele oorzaken zijn geïdentificeerd. Het doel hier is niet een uitputtend overzicht van die oorzaken te geven, maar veeleer om een indicatie te geven van de meest relevante verschillen tussen Europese en nationale wetgeving die tot onduidelijkheid kunnen leiden. Het gaat hierbij om aspecten die noodzakelijk samenhangen met Europese regelgeving, en die een zekere mate van onduidelijkheid onvermijdelijk maken.⁸⁰

Ten eerste kunnen oorzaken van *semantische onduidelijkheid* worden genoemd, die samenhangen met het bijzondere wetgevingsproces. Europese regelgeving komt tot stand in een samenwerking tussen Commissie, Raad en Parlement.⁸¹ Daarbij bestaat er nogal eens een tegenstelling tot de meer communautair georiënteerde Commissie, het meer op de burgers van de Unie gericht Parlement en de sterk door nationale politieke belangen gestuurde Raad. De compromissen die worden gesloten in de onderhandelingen tussen die partijen, vaak in geheime trilogieën, worden niet altijd vertaald in heldere regels.⁸² Ook kunnen onderhandelingen grote hoeveelheden uitzonderingen tot gevolg hebben, of kan worden gekozen voor onduidelijke bewoordingen indien een daadwerkelijk compromis onbereikbaar is (constructieve ambiguïteit).⁸³ Volgens Klip heeft het Europees recht een hoog compromiskarakter doordat Europese regelgeving meer moet worden gezien als politieke besluitvorming dan als wetgeving. Op Europees niveau worden de grote politieke lijnen uitgezet, die op nationaal niveau verder worden uitgewerkt.⁸⁴ Dat maakt dat Europese regels minder scherp zijn afgebakend dan nationaalrechtelijke strafbepalingen.

Voordat daadwerkelijk personen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, moeten de Europese regels ook nog worden omgezet in nationaal strafrecht. Daarvoor geldt een omzettingstermijn, die doorgaans maximaal twee jaar bedraagt. Die termijnen worden met grote regelmaat geschonden.⁸⁵ Dit betekent dat het gehele proces, van het EU-niveau tot het nationale niveau, telkens minstens enkele jaren bedraagt, wat weer betekent dat wetgeving een groot risico loopt om kort na inwerkingtreding achterhaald te raken. Op terreinen waar technologische ontwikkelingen een hoog tempo hebben, zoals cybercriminaliteit, wordt deze combinatie van factoren goed

⁸⁰ Zie in iets ander verband Klip 2016, p. 41-43.

⁸¹ Zoals reeds aangegeven wordt de Commissie, gezien de belangrijke rol die zij speelt in de totstandkoming van wetgeving, mede als 'wetgevende instelling' aangeduid. Zie de opmerking daarover in paragraaf 1.2.

⁸² De Hullu 2015, p. 51; Verheijen 2006, p. 319; Klip 1996.

⁸³ Bronkhorst 1993, p. 30-31; Prechal 2005a, p. 33.

⁸⁴ Klip 2016, p. 41-42; voorts Bracke 1996, p. 92-95.

⁸⁵ Zie het jaarverslag inzake de omzetting en toepassing van richtlijnen van de Commissie, 31st Annual Report on Monitoring the Application of EU Law (2013), COM(2014) 612, p. 3-6.

zichtbaar. De toelichting bij het meest recente voorstel voor een nieuwe richtlijn aanvallen op informatiesystemen vermeldt bijvoorbeeld dat in juli 2008 al werd geconstateerd dat het kaderbesluit aanvallen op informatiesystemen, daterend uit 2005, was ingehaald door technologische ontwikkelingen.⁸⁶ Dit kaderbesluit moest op 16 maart 2007 zijn omgezet in nationale regelgeving en was dus op het moment van omzetting al geen lang leven meer beschoren. De wens tot flexibele, duurzame wetgeving is dan zeer sterk, hetgeen de afweging tussen helderheid en flexibiliteit sneller in het voordeel van het laatste kan laten doorslaan. Die afweging kan nog sterker in het voordeel van flexibiliteit doorslaan wanneer de hoge kosten van het wetgeven op twee niveaus in ogenschouw worden genomen.

Deze oorzaken van onduidelijkheid manifesteren zich ook in het internationaal recht. Verdragen hebben eveneens een hoog politiek gehalte, zijn het resultaat van compromissen, kennen een lange periode van totstandkoming etc. De EU handelt niet zelden op terreinen waarop eerder ook al verdragen waren gesloten. Dit is bijvoorbeeld heel goed te zien bij de strafbaarstelling van witwassen.⁸⁷ De definities in de Europese richtlijnen sluiten aan bij de definities in internationale verdragen. De lidstaten zijn immers ook gebonden aan deze verdragen en in die zin beperken hun internationale verplichtingen de mogelijkheden om zich te binden op EU-niveau. Dit betekent wel dat veel onduidelijkheden die hun oorsprong vinden op internationaal niveau, worden gereproduceerd op EU-niveau.

Ter enige relativisering moet worden opgemerkt dat er binnen de EU veel aandacht is geweest de afgelopen twintig jaar voor wetgevingskwaliteit, die onder meer heeft geresulteerd in het Interinstitutioneel akkoord 'Beter Wetgeven' en aanwijzingen voor regelgeving voor EU-instellingen.⁸⁸ Baker heeft er daarnaast op gewezen dat bij maatregelen in de derde pijler aanvankelijk minder nadruk lag op handhaving van de implementatie. Pas sinds het Verdrag van Lissabon kan de Commissie ten aanzien van deze derdepijlermaatregelen inbreukprocedures starten, die volgens Baker zullen worden bemoeilijkt door het vage karakter van veel van deze maatregelen. Zij verwacht daarom dat de mogelijkheid van inbreukprocedures zal leiden tot een grotere toewijding van de zijde van de Commissie aan het ideaal van heldere normstel-

86 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over aanvallen op informatiesystemen en tot intrekking van Kaderbesluit 2005/222/JBZ, COM (2010) 517, p. 2.

87 Zie de bespreking van internationale en Europese regelgeving met betrekking tot witwassen in paragraaf 6.6.2.

88 Interinstitutioneel akkoord van het Parlement, de Raad en de Commissie 'Beter wetgeven', PbEU 2003, C 321; Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European legislation. De eerste versie daarvan dateert van 2000, in 2013 is deze herzien. De Joint Practical Guide is raadpleegbaar op eur-lex.europa.eu.

ling.⁸⁹ Als dat inderdaad zo is, dan leidt het mogelijk maken van effectief toezicht op de naleving van Europees recht tot striktere handhaving van het legaliteitsbeginsel.⁹⁰

5.4.2 Oorzaken van wetssystematische onduidelijkheid in EU-wetgeving

Bovengenoemde aspecten hebben betrekking op semantische onduidelijkheid, maar ook *wetssystematische onduidelijkheid* doet zich op betrekkelijk grote schaal voor in het Europees strafrecht. Er is een enorme hoeveelheid regelgeving, wat leidt tot complexiteit en wat bovendien het risico op inconsistenties vergroot. Niet alleen worden er veel instrumenten uitgevaardigd, die instrumenten zijn ook gedetailleerd en de verhouding tot bestaande regelgeving op hetzelfde materiële terrein is vaak onduidelijk, mede omdat oude regelingen niet worden herroepen.⁹¹ Lange tijd ontbrak een helder beleidskader voor het strafrecht, waardoor maatregelen vaak een *ad hoc*-karakter hadden.⁹² Pas na herhaalde kritiek op een gebrek aan samenhang in regelgeving, een gebrek aan beleidsvisie,⁹³ heeft de Commissie laten weten inderdaad te willen toewerken naar een coherent strafrechtsbeleid.⁹⁴ Het is mogelijk dat een meer beleidsgestuurde wetgeving tot consistentere wetgeving zal leiden, al staat dat geenszins vast. De complexiteit van het Europees recht wordt daarnaast vergroot doordat in het Europees strafrecht gebruik wordt gemaakt van gelede normstelling.⁹⁵ Tot slot kan worden gewezen op het gegeven dat Europese regelgeving soms op uiteenlopende wijze wordt gehandhaafd in de lidstaten: een richtlijn kan in de ene lidstaat zijn omgezet in het bestuursrecht, en in een andere lidstaat in het strafrecht.

Het grootste probleem is echter niet dat EU-wetgeving in zichzelf inconsistent is, maar dat er discrepanties bestaan tussen Europees en nationaal recht. Snelle wijziging van instrumenten en te korte omzettingstermijnen kunnen ertoe leiden dat lidstaten hun nationale wetgeving niet snel genoeg aanpassen aan het Europees recht. Ook onduidelijke wetgeving op Europees niveau kan tot discrepanties leiden, indien lidstaten richtlijnen willen concretiseren maar onduidelijk is in welke mate en op welke wijze dat is toegestaan. Het is daarnaast niet altijd gemakkelijk vast te stellen of er überhaupt sprake is van een inconsistentie. Dat doet zich met name voor bij het beoordelen van de

89 Baker 2015, p. 8.

90 Eenzelfde conclusie is reeds getrokken ten aanzien van de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in hoofdstuk 4.

91 Wintgens 2010, p. 45; Bronkhorst 1993, p. 31; Bracke 1996, p. 57-59.

92 Zie onder meer Van Kempen 2003, p. 262.

93 Met name het European Criminal Policy Initiative 2009.

94 Beleidsmededeling strafrecht COM(2011) 573, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law.

95 Kristen 2011, p. 341; De Hullu 2000, p. 336-339.

vraag of een strafbepaling een beperking op het vrij verkeer van personen, goederen, diensten of kapitaal oplevert, en zo ja of die beperking toelaatbaar is of niet.⁹⁶ Een strafbepaling die de uitoefening van die vrijheden belemmert of minder aantrekkelijk maakt zou buiten toepassing moeten blijven wegens strijd met het communautaire recht, tenzij is voldaan aan vier voorwaarden: de nationale maatregel moet zonder discriminatie worden toegepast, gerechtvaardigd worden door een dwingende regel van algemeen belang, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en bovendien evenredig zijn.⁹⁷ Wat discriminatie inhoudt is echter niet helder omschreven, laat staan dat een helder en afgebakend beeld bestaat bij dwingende redenen van algemeen belang. Kortom: de mate waarin voorspelbaar is of nationaal recht al dan niet strijdt met primair Europees recht en vervolgens of die strijd gerechtvaardigd is, blijft ver van de mate van voorzienbaarheid die wenselijk is in het strafrecht.⁹⁸ Dat probleem wordt nog verder gecompliceerd doordat de bescherming die het primair Europees recht oplevert alleen kan worden ingeroepen indien van die vrijheden gebruik is gemaakt.⁹⁹ Dus ook indien er op het eerste gezicht een conflict bestaat tussen een strafbepaling en een norm van primair Europees recht, is vaak onduidelijk of de belemmering die de strafbepaling oplevert is toegestaan of niet.

Verschillen tussen de taalversies van Europese wetgeving kunnen mijns inziens onder omstandigheden ook worden geclassificeerd als een variant van wetssystematische onduidelijkheid. De op zichzelf duidelijke bepaling wordt onduidelijk door de verhouding van die bepaling met een andere wettekst – in dit geval, formeel gezien: met zichzelf in een andere gedaante. Verschillen tussen taalversies zijn echter wel bijzonder omdat ze niet noodzakelijk tot onduidelijkheid leiden; ze kunnen juist ook onduidelijkheden verhelderen.¹⁰⁰ Zeker waar ambigüiteit zich voordoet, bestaat de mogelijkheid dat in een andere taal een niet-ambigue term is gekozen waarmee de onduidelijkheid kan worden opgelost. Ook waar een nationale versie meerdere interpretaties toelaat, kan het zijn dat andere taalversies specifiekere zijn. Dat deed zich voor in het arrest Röser.¹⁰¹ Niet alleen verschillen tussen taalversies kunnen voor problemen zorgen. Eenzelfde begrip, juist vertaald, kan in de verschillende rechtssystemen van de lidstaten een totaal afwijkende betekenis hebben. Zo wijkt het Nederlandse begrip ‘verwijderen’ in het milieurecht af van het Europees begrip.¹⁰² Wanneer dit van tevoren duidelijk is en wanneer het

96 HvJ EG 15 december 1976, 41/76, ECLI:EU:C:1976:182 (*Donckerwolcke*); HvJ EG 23 november 1978, 7/78, ECLI:EU:C:1978:209 (*Thompson*); Satzger 2012a, p. 66-67.

97 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), r.o. 37.

98 Miettinen 2013a, p. 125; 128-130.

99 HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 (*McCarthy*); Miettinen 2013a, p. 123-128.

100 In die zin ook Derlén 2015, zie voor een voorbeeld uit de praktijk HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*).

101 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*).

102 *Kamerstukken II* 1998/99, 26638, 3, p. 9-10.

een richtlijn betreft, kan dit worden opgevangen door bij omzetting in de Nederlandse wet voor een andere term te kiezen. Bij verordeningen is dat echter niet mogelijk. Bovendien is het goed denkbaar dat pas in de toepassing blijkt dat een begrip in de verschillende lidstaten niet steeds dezelfde connotaties heeft.

5.4.3 Raad, Commissie en Parlement over binding EU aan het bepaaldheidsgebod

In de afgelopen vijf jaar hebben de drie bij wetgeving betrokken instellingen elk gereflecteerd op de rol van het strafrecht in de Europese Unie.¹⁰³ In november 2009, een dag voor de inwerkingtreding van het Lissabonverdrag, kwam de Raad met modelbepalingen die als leidraad moesten dienen voor de onderhandelingen over wetgevingshandelingen op het terrein van het strafrecht.¹⁰⁴ In 2011 kwam de Commissie met een Communicatie die een aanzet beoogde te vormen tot strafrechtelijke beleidsvorming in de EU.¹⁰⁵ Het meest recent nam het Parlement een Resolutie aan over een Europese benadering van het strafrecht.¹⁰⁶ In alle drie de documenten komt de formulering van verboden gedragingen in het Europees recht aan de orde, en de instellingen uiten daarin verschillende standpunten over de mate waarin die formulering gebonden is aan het bepaaldheidsgebod.

De Raad formuleerde modelbepalingen die moeten zorgen voor helderheid en consistentie in de formulering van Europees strafrecht. In de conclusies bij die modelbepalingen wordt ook een enkele opmerking gemaakt over de structuur van de te formuleren bepalingen: 'De handelingen die volgens het strafrecht strafbaar zijn, moeten precies worden beschreven om de voorspelbaarheid wat betreft de toepassing, de reikwijdte en de betekenis ervan te waarborgen.' Deze zin is syntactisch ambigu, in die zin dat hij zowel kan slaan op het nationale strafrecht als op bepalingen van Europees recht. In beide wordt immers vastgelegd welke handelingen volgens het strafrecht strafbaar (moeten) zijn. De Raadsconclusies gaan over het vervaardigen van Europese regelgeving, en in dat opzicht ligt voor de hand dat ook deze opmerking over Europees recht gaat. Wat volgens de Raad de consequenties van dit streven

103 Zie voor een korte algemene bespreking Vervaele 2014a, p. 34-44.

104 Ontwerp-conclusies van de Raad over modelbepalingen, die als aanzet moeten dienen voor de beraadslagingen van de Raad op het gebied van het strafrecht, nr. 16798/09, aangenomen op 30 november 2009.

105 COM(2011) 573, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law'.

106 Resolutie over een EU-aanpak voor het strafrecht, 24 april 2012, 2010/2310(INI).

zijn of moeten zijn voor de formulering van EU-regelgeving, valt echter niet af te leiden uit de algemene formulering.

De Communicatie van de Commissie is helderder op dit punt. Het beginsel van rechtszekerheid vereist dat in strafbepalingen het verboden gedrag helder wordt omschreven. De Commissie vervolgt:

‘However, an EU directive on criminal law does not have any direct effect on a citizen; it will have to be implemented in national law first. Therefore, the requirements for legal certainty are not the same as for national criminal law legislation. The key is the clarity for the national legislator about the results to be achieved in implementing EU legislation.’¹⁰⁷

Hiermee maakt de Commissie zonneklaar dat het bepaaldheidsgebod niet van toepassing is op richtlijnen, aangezien die slechts helderheid moeten verschaffen aan nationale wetgevers over hun verplichtingen.

Het Parlement neemt een iets afwijkende positie in. De Resolutie bevat twee overwegingen aangaande de formulering van strafnormen:

‘K. overwegende dat overeenkomstig het lex certa-vereiste de bestanddelen van een strafbaar feit precies moeten worden beschreven om de voorspelbaarheid wat betreft de toepassing, de reikwijdte en de betekenis ervan te waarborgen;
L. overwegende dat aangaande richtlijnen de lidstaten een bepaalde beoordelingsvrijheid hebben om bepalingen om te zetten in nationale wetgeving, wat inhoudt dat om te voldoen aan het lex certa-vereiste, niet alleen de EU-wetgeving zelf, maar ook de omzetting in nationale wetgeving van de hoogste kwaliteit dient te zijn.’¹⁰⁸

Overweging K komt grotendeels overeen met de overweging uit de modelbepalingen van de Raad, met dien verstande dat hier expliciet het begrip lex certa-vereiste wordt genoemd. Daarnaast wordt dit keer de overweging toegelicht, in overweging L, waaruit in dit document wel blijkt dat inderdaad is bedoeld dat EU-wetgeving aan het lex certa-vereiste dient te voldoen. Anderzijds blijkt dat ook het belang van beoordelingsvrijheid wordt onderkend, waardoor de resolutie lijkt aan te sturen op een gedeelde verantwoordelijkheid van de EU en de lidstaten voor de kwaliteit van wetgeving. EU-wetgeving dient zoveel mogelijk zekerheid te bieden, en waar lidstaten beoordelingsvrijheid hebben dient hun omzettingswetgeving eveneens zoveel mogelijk zekerheid te bieden. Het Parlement pleitte in punt 15 van dezelfde resolutie voor het sluiten van een inter-institutionele overeenkomst met de Raad en de Commissie over deze en andere beginselen en methoden die het opstellen van EU-regelgeving die

107 COM(2011) 573, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law’, p. 8.

108 Resolutie over een EU-aanpak voor het strafrecht, 24 april 2012, 2010/2310(INI).

betrekking heeft op materieel strafrecht zouden moeten beheersen. Tot op heden is er slechts sprake van informeel overleg tussen de drie instellingen en lijkt er weinig animo te bestaan voor een dergelijke overeenkomst.¹⁰⁹

5.4.4 Het Hof van Justitie over binding EU aan het bepaaldheidsgebod

Het bepaaldheidsgebod of *lex certa*-gebod komt in die termen niet voor in de uitspraken van het Hof van Justitie, maar wel in de conclusies van de advocaten-generaal.¹¹⁰ Het Hof spreekt in plaats daarvan van ‘het algemene rechtszekerheidsbeginsel’, dat een algemeen rechtsbeginsel is, en ‘het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen’, dat uit het algemene rechtszekerheidsbeginsel voortvloeit. Het Hof ziet het legaliteitsbeginsel als een specifiek op de strafrechtelijke context toegesneden uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel speelt een vrij grote rol in de jurisprudentie van het Hof, ook in andere rechtsgebieden. Omwille van de consistentie van het begrippengebruik houd ik vast aan de term bepaaldheidsgebod wanneer het gaat over de eisen aan wetgeving op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

Nationale gerechten mogen niet zelf Europese wetgevingshandelingen nietig verklaren.¹¹¹ De wettigheid en geldigheid van Europese regelgeving kunnen daarom uitsluitend worden betwist voor het Hof van Justitie op grond van algemene rechtsbeginselen, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond van artikel 263 VWEU toetst het Hof de wettigheid van (onder meer) wetgevingshandelingen, op grond van artikel 267 VWEU kan het Hof uitspraken doen over de geldigheid daarvan.¹¹² De bevoegdheid van het Hof tot vernietiging is beperkt tot ‘handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie’ en strekt zich dus niet uit tot primair Europees recht. Alleen in het kader van een prejudiciële-vraagprocedure is op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel de wettigheid van een kaderbesluit, richtlijn of verordening betwist.

De eerste zaak waarin het Hof een kaderbesluit aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel toetste is *Advocaten voor de Wereld*. De legaliteit van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel werd betwist, omdat de omschrijving van

¹⁰⁹ Zie het recente Raadsdocument 10137/15.

¹¹⁰ Bijvoorbeeld in de Conclusie van A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*).

¹¹¹ HvJ EG 22 oktober 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*), r.o. 15. Ze mogen de geldigheid van dergelijke handelingen wel bevestigen, zie r.o. 14 van hetzelfde arrest.

¹¹² Zie over toetsing van EU-wetgeving aan algemene rechtsbeginselen Barents & Brinkhorst 2012, p. 283 e.v.; Craig & De Búrca 2011, p. 525-550 en voor een voorbeeld van toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel HvJ EG 10 januari 2006, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 (*IATA en ELFAA*).

de lijstfeiten niet aan het vereiste van bepaaldheid zou voldoen.¹¹³ Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer stelde dat het legaliteitsbeginsel van toepassing is bij 'de uitoefening van het *ius puniendi*' of 'de tenuitvoerlegging van beslissingen die daadwerkelijk een sanctie opleggen', waardoor het kaderbesluit er geen inbreuk op kan maken. Het materiële strafrecht in de lidstaten moet voldoen aan de eisen van het bepaaldheidsgebod, het kaderbesluit hoeft daaraan niet te worden getoetst.¹¹⁴ Het Hof van Justitie stelt echter dat de instellingen van de EU de Verdragen en algemene rechtsbeginselen moeten waarborgen, 'evenals de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer leggen'. Het kaderbesluit moest om die reden worden getoetst aan het legaliteitsbeginsel.¹¹⁵ Dit lijkt op het eerste gezicht een afwijzing van de argumentatielijn van de advocaat-generaal, maar ondanks de principiële keuze die het Hof leek te maken, leidde het argument niet tot daadwerkelijke toetsing aan het legaliteitsbeginsel. Het Hof stelde namelijk:

'Ook al nemen de lidstaten de opsomming van de categorieën van strafbare feiten van artikel 2, lid 2, van het kaderbesluit letterlijk over bij de uitvoering ervan, de omschrijving zelf van deze strafbare feiten en de toepasselijke straffen zijn die van het recht "van de uitvaardigende lidstaat". Het kaderbesluit strekt niet tot harmonisatie van de betrokken strafbare feiten wat de bestanddelen ervan of de daarop gestelde straffen betreft.'¹¹⁶

Het Hof achtte het legaliteitsbeginsel dus niet geschonden omdat het kaderbesluit niet strekt tot harmonisatie van de strafbare feiten. Het legaliteitsbeginsel heeft bijgevolg geen consequenties voor dat kaderbesluit. De strafbare feiten worden nog altijd vastgesteld door de lidstaten in het nationale recht en het zijn derhalve de lidstaten die de verantwoordelijkheid dragen voor de omschrijving van strafbare feiten en straffen. Daaruit lijkt *a contrario* afleidbaar dat indien het kaderbesluit *wel* de strekking had gehad de omschrijving van strafbare feiten te harmoniseren, het kaderbesluit aan het legaliteitsbeginsel zou kunnen en moeten worden getoetst. Maar ook in het geval dat wel harmo-

113 Het gaat dus om het legaliteitsbeginsel in een strafvorderlijke context (de beslissing om al dan niet over te leveren), maar de klachten van Advocaten voor de Wereld, de conclusie van de A-G en het arrest zijn duidelijk gefundeerd op het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel. Dit leidt tot de onnavolgbare beschrijving van het standpunt van Advocaten voor de Wereld in het arrest (r.o. 48): 'Wie zijn vrijheid wordt benomen op grond van een Europees aanhoudingsbevel zonder dat de dubbele strafbaarheid is getoetst, geniet niet de waarborg dat de strafwet moet voldoen aan de vereisten van nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid, die ervoor zorgen dat eenieder op het ogenblik waarop hij een handeling stelt, weet of deze handeling strafbaar is, in tegenstelling tot degenen die niet op grond van een Europees aanhoudingsbevel hun vrijheid wordt benomen.'

114 Concl. A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), punt 103.

115 HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), r.o. 45-47.

116 HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), r.o. 52.

nisatie was beoogd, waren het nog steeds de lidstaten geweest die de bepalingen hadden moeten omzetten in een nationale strafbepaling. Daardoor bleef op grond van dit arrest onzeker wanneer het Hof toetsing aan het legaliteitsbeginsel aangewezen acht.

In het arrest *Intertanko* wordt gevraagd of een richtlijn geldig is, omdat deze beweerdelijk het 'algemene rechtszekerheidsbeginsel' schendt, dat in de woorden van het Hof 'verlangt dat een regeling duidelijk en nauwkeurig is, opdat de justitiabelen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen.'¹¹⁷ Het Hof gaat naar aanleiding van die vraag eigener beweging ook in op het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het Hof overweegt:

'Voorts moet artikel 4 van richtlijn 2005/35, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, nu de lidstaten daarin verplicht worden bepaalde gedragingen als inbreuken te beschouwen en daaraan sancties te verbinden, tevens het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen (nullum crimen, nulla poena sine lege) in acht nemen, dat behoort tot de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben [...] en dat een bijzondere uitdrukking van het algemene rechtszekerheidsbeginsel is.

71 Het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen impliceert dat de communautaire voorschriften een duidelijke omschrijving geven van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.'¹¹⁸

In deze overwegingen valt op dat het Hof meent dat de *communautaire* voorschriften een duidelijke omschrijving moeten geven van de strafbare feiten en daarop gestelde straffen. Daaraan lijkt het Hof dezelfde eisen te stellen als aan strafbepalingen in het nationaal recht. Ten tweede is opvallend dat de omschrijving van de strafbare feiten in het communautaire recht kennelijk aan het rechtszekerheidsbeginsel is onderworpen, aangezien artikel 83 lid 2 VWEU slechts een grondslag vormt voor het vaststellen van minimumvoorschriften met betrekking tot strafbare feiten. Daarnaast is kennelijk ook de omschrijving van de *straffen* aan het rechtszekerheidsbeginsel onderworpen. Straffen worden echter per definitie niet duidelijk omschreven in het communautaire recht, omdat slechts minimum-maximumstraffen worden voorgeschreven. Om die redenen zijn deze overwegingen van het Hof enigszins verrassend. De inhoudelijke omschrijving van de eisen van het bepaaldheidsgebod, en de overweging

117 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 68.

118 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 70-71, met verdere verwijzingen.

dat daaraan voldaan kan zijn indien de bepaling is verduidelijkt in de jurisprudentie, is ontleend aan de rechtspraak van het EHRM.¹¹⁹

Het Hof komt echter opnieuw tot de conclusie dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. De verwijzende rechter had gevraagd of het gebruikte begrip 'ernstige nalatigheid' wel voldoende helderheid bood. Het Hof geeft ten eerste enkele handvatten voor de uitleg van het begrip, maar sluit af met:

'Ten slotte moet richtlijn 2005/35 overeenkomstig artikel 249 EG door de lidstaten worden omgezet in hun respectieve rechtsorden. De definitie van de in artikel 4 van deze richtlijn bedoelde inbreuken en de sancties daarop, vloeien dus voort uit de door de lidstaten vastgestelde voorschriften.

Gelet op een en ander doet artikel 4 van richtlijn 2005/35, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan [de plicht tot omzetting door de lidstaten, JGHA], geen afbreuk aan het algemene rechtszekerheidsbeginsel voor zover de lidstaten daarbij worden verplicht het lozen van verontreinigende stoffen vanaf schepen dat met opzet, uit roekeloosheid of door "ernstige nalatigheid" gebeurt, strafbaar te stellen, zonder dit begrip te omschrijven.¹²⁰

Aanvankelijk stelt het Hof dus dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel een heldere omschrijving van de strafbare feiten en straffen *in de communautaire voorschriften* vereist. Als het vervolgens die communautaire voorschriften toetst, wijst het erop dat de definitie van de strafbare feiten en de straffen die daarop gesteld zijn voortvloeien *uit het nationale recht*. De richtlijn, gelezen in samenhang met de plicht voor lidstaten om die om te zetten in nationale strafbepalingen, schendt daardoor het legaliteitsbeginsel niet. Deze conclusie is in lijn met twee arresten van het Hof, waarin wordt erkend dat de betrokken richtlijnen vaag zijn, zonder dat dit de gelding ervan aantast. In *Procura della Repubblica* leidt de constatering dat de richtlijn vaag is (er is sprake van graduele vaagheid) tot de opdracht voor lidstaten deze te preciseren in het nationale recht, en tot een verbod op het vervolgens conform de vage richtlijn interpreteren van het heldere nationale recht.¹²¹ In *Scherndl*, een administratiefrechtelijke zaak, werd onder verwijzing naar *Procura della Repubblica* gesteld dat de richtlijn dusdanig vaag was dat deze niet mocht worden overgenomen in het nationale recht.¹²²

119 Het Hof verwijst daar ook naar: EHRM 22 juni 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (*Coëme e.a./België*), r.o. 145. Deze jurisprudentie zal worden besproken in paragraaf 5.5.1.

120 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 78-79.

121 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*).

122 HvJ EG 23 oktober 2003, C-40/02, ECLI:EU:C:2003:584 (*Scherndl*), par. 34. Er zijn echter ook latere zaken waarin het Gerecht naar het arrest *Procura della Repubblica/X* verwijst ter ondersteuning van de stelling dat Uniewetgeving aan het bepaaldheidsvereiste moet voldoen, zie bijvoorbeeld GvEA EG 8 oktober 2008, T-69/04, ECLI:EU:T:2008:415 (*Schunk en Schunk Kohlenstoff-Technik/Commissie*), par. 28. Die conclusie kan er, indien de hier

In de zaak *Özlem Garenfeld* gaat het Hof van Justitie in op de toepasbaarheid van het bepaaldheidsgebod op *verordeningen*.¹²³ Aangezien de gedragsomschrijving van een strafbepaling in verordeningen kan liggen, is van nog groter belang dan bij richtlijnen of die gedragsomschrijving voldoende bepaald is en zo nee, wat daarvan de rechtsgevolgen zijn. De zaak betrof prejudiciële vragen van een Duitse rechter over de uitlegging van de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen, die twijfelde of de gedragingen van de verdachte verboden waren op grond van de verordening.¹²⁴ Het Hof van Justitie interpreteerde de verordening en kwam in antwoord op de gestelde vragen tot de conclusie dat de betreffende gedraging inderdaad verboden is op grond van het Europees recht. Hoewel de prejudiciële vragen het legaliteitsbeginsel niet noemen, is kennelijk ter terechtzitting aan de orde geweest of de bepalingen van de verordening voldoende helder zijn om te kunnen fungeren als bestanddelen van een strafbaar feit.¹²⁵ Daarover stelt het Hof van Justitie, in navolging van de advocaat-generaal:

‘of de bepalingen van het recht van de Unie in het onderhavige geval al dan niet voldoende duidelijk zijn om in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel voor strafbare feiten en straffen de bestanddelen te kunnen vormen voor een kwalificatie als strafbaar feit in het nationale recht, is uitsluitend ter beoordeling van de verwijzende rechter.’¹²⁶

Kennelijk kan deze verordening worden getoetst aan het legaliteitsbeginsel, en is de nationale rechter de daartoe aangewezen instantie. Daarbij herinnert het Hof van Justitie wel aan de minimumvoorwaarde uit het Handvest dat strafbare feiten en straffen duidelijk moeten zijn omschreven. Het Hof vervolgt:

‘Aan deze voorwaarde is uitsluitend voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.’¹²⁷

Bij dat oordeel is de nationale rechter dus in ieder geval gebonden aan de minimeisen uit het Handvest.

gepresenteerde interpretatie correct is, nu juist niet uit worden afgeleid.

123 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*).

124 Verordening (EG) 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.

125 Zie par. 71 van de conclusie van A-G Y. Bot van 21 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:514.

126 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

127 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48. Deze omschrijving is dezelfde als in het Intertanko-arrest, al voegt het Hof nu toe dat aan het bepaaldheidsgebod ‘uitsluitend’ is voldaan in het omschreven geval. Daarmee benadrukt het Hof dat het gaat om een minimumvereiste.

Het is opvallend dat het Hof de toets aan het legaliteitsbeginsel aan de nationale rechter laat, en de rechtsgevolgen daarvan zijn niet vanzelfsprekend. Strafrechtelijke handhaving van de hier centraal staande bepalingen van de verordening is op grond van de Richtlijn milieubescherming door middel van het strafrecht verplicht.¹²⁸ De nationale rechter mag ten eerste Europees recht niet onverbindend verklaren, dat oordeel is voorbehouden aan het Hof van Justitie in de hierboven besproken procedures. De nationale rechter zal dus hooguit de verordening buiten toepassing mogen laten in een individuele strafzaak (hetgeen ook blijkt uit het feit dat het Hof spreekt over de beoordeling of de bepalingen voldoende duidelijk zijn om 'in het onderhavige geval' als bestanddeel te kunnen gelden). De toepassing van verordeningen in het nationale recht mag echter niet aan nationaalrechtelijke voorwaarden worden verbonden, nu zij rechtstreeks toepasselijk zijn. De rechter zal dus niet aan het nationale legaliteitsbeginsel mogen toetsen, maar is aangewezen op artikel 49 Hv. Het gaat dus om de toepasbaarheid van een Europeesrechtelijke bepaling tegen de achtergrond van een Europeesrechtelijk rechtsbeginsel. Wellicht wil het Hof desondanks het oordeel overlaten aan de nationale rechter omdat het een nationale strafzaak betreft waar het Hof niet in wil treden. Het Hof stelt immers dat de rechter moet onderzoeken of de bepalingen kunnen dienen als bestanddelen voor 'een kwalificatie als strafbaar feit *in het nationale recht*' [cursivering: JGHA], waarmee het Hof het nationaalrechtelijke karakter van de zaak benadrukt.¹²⁹ Aangezien de rechter zal moeten toetsen aan artikel 49 Hv is het tot slot opvallend dat het Hof van Justitie slechts een minimumvereiste formuleert, en de invulling van die toets aan de nationale rechter laat. Een andere mogelijkheid dan buitentoepassinglating is wellicht een ontslag van alle rechtsvervolging wegens verontschuldigbare rechtsdwaling. Daarvoor is echter naar Nederlands recht vereist dat de verdachte daadwerkelijk onderzoek heeft gedaan naar de reikwijdte van zijn plichten en bevoegdheden.¹³⁰

De rechtspraak van het Hof van Justitie kan als volgt worden samengevat: het Hof acht het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van toepassing op de formulering van strafbare feiten en straffen. In termen van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer: de vereisten van het bepaaldheidsgebod zijn van toepassing bij de uitoefening van het *ius puniendi*.¹³¹ De verplichting het legaliteitsbeginsel te waarborgen is op eenzelfde wijze van toepassing op de Europese wet-

128 Art. 3 sub c Richtlijn 2008/99/EG van het Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

129 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

130 De Hullu 2015, p. 365-369.

131 Concl. A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer bij HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*), punt 102-104. Vaker echter verwijst hij met de term naar het daadwerkelijk vervolgen en bestraffen van een persoon. Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer over *ne bis in idem* bij HvJ EG 19 september 2002, C-187/01 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87 (*Gözütok en Brügge*).

gever als op de nationale wetgever.¹³² De situatie dat de Europese wetgever strafbare feiten en straffen omschrijft doet zich echter niet voor, aangezien Europees recht steeds wordt omgezet in een nationale strafbepaling. Om die reden komt het Hof in de hier besproken zaken steeds tot het oordeel dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. Nu voor kaderbesluiten en richtlijnen in algemene zin geldt dat zij niet kunnen dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder basis in het nationale recht, kan op basis van de hier besproken rechtspraak worden aangenomen dat de daarin vervatte omschrijvingen van strafbare feiten het bepaaldheidsgebod niet schenden.¹³³ Dat ligt genuanceerder waar het verordeningen betreft. Wanneer verordeningen een gedragsomschrijving bevatten die wordt gehandhaafd met strafrechtelijke sancties, moet worden vastgesteld of deze bepalingen voldoende duidelijk zijn om te kunnen worden toegepast in een nationale strafzaak. In het *Garenfeld*-arrest liet het Hof die vaststelling over aan de nationale rechter.

Inhoudelijk is de enige aanwijzing die het Hof heeft gegeven voor de invulling van het bepaaldheidsgebod dat 'de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, [moet kunnen] opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.'¹³⁴ Daarmee legt het Hof in ieder geval nadruk op de subjectieve voorzienbaarheid, en accepteert het dat ook rechtspraak kan bijdragen aan de naleving van het bepaaldheidsgebod. Dat zijn beide kenmerken van de rechtenconceptie, die derhalve in de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt te overheersen.

5.4.5 Zou binding van de Europese wetgever aan het bepaaldheidsgebod wenselijk zijn?

In deze paragraaf is reeds gebleken dat onduidelijkheid zich om verschillende redenen voordoet in het Europees recht, en dat het Hof van Justitie geen rol ziet weggelegd voor het legaliteitsbeginsel bij de formulering van Europeesrechtelijke bepalingen die nog moeten worden omgezet in een nationale strafbepaling. Verordeningen mogen wel worden getoetst aan het bepaaldheidsgebod, maar door de nationale rechter. Voor het Hof van Justitie kan dus geen beroep worden gedaan op schending van het bepaaldheidsgebod in een verordening of richtlijn. Is die situatie wenselijk, met het oog op rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling?

Ten aanzien van eventueel uit te vaardigen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen staat, ook voor het Hof van Justitie, buiten kijf dat aan het bepaaldheids-

132 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 71.

133 In die zin ook Asp 2012, p. 171-175; Klip 2016, p. 199-200.

134 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

gebod moet worden voldaan. Datzelfde geldt mijns inziens wanneer in het Europees recht componenten van strafbaarstellingen besloten liggen die middels een verwijzing in het nationale strafrecht rechtstreeks toepasbaar zijn. Op dit moment betreft dat gedragsomschrijvingen die in verordeningen besloten liggen, en die rechtstreeks worden toegepast als onderdeel van een nationale strafbepaling. Met het oog op het toetsen van verordeningen aan het bepaaldheidsgebod zal het Hof van Justitie een strafrechtelijk georiënteerde toetsingsmaatstaf moeten ontwikkelen voor de formulering van Europees recht.¹³⁵

Ten aanzien van richtlijnen, die altijd moeten worden omgezet in nationale strafbepalingen, ligt de situatie aanzienlijk ingewikkelder. Richtlijnen vestigen immers geen strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het idee achter de richtlijn is juist dat het een *richtlijn* is, die een doel stelt maar lidstaten daarbij een zekere vrijheid laat te kiezen voor vorm en middelen die passen in hun nationale recht. In de praktijk kunnen richtlijnen echter zeer gedetailleerd worden, waardoor van vrijheid bij de omzetting nauwelijks sprake meer is. Toch zou volledige binding van richtlijnen aan het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod de mogelijkheid lidstaten beleidsvrijheid te bieden sterk inperken.¹³⁶ Indien een richtlijn gedetailleerd en volledig de strafbare gedraging omschrijft, is de nationale wetgever volgens Satzger niet meer dan een 'figurant' in het wetgevingsproces omdat hij geen beleidsruimte meer heeft bij de omzetting van Europees recht in nationaal recht.¹³⁷ De auteurs van het *Manifesto on European Criminal Policy* stellen daarom dat de helderheid van de Europese bepaling omgekeerd evenredig moet zijn aan de beleidsvrijheid voor lidstaten. Beoogt een richtlijn totale harmonisatie, dan moet deze richtlijn net zozeer aan het bepaaldheidsgebod voldoen als nationale strafbepalingen.¹³⁸ Verticale machtsverdeling, namelijk de wens om de bevoegdheid tot het afbakenen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet volledig over te hevelen naar het Europees niveau, vormt aldus een argument tegen binding van richtlijnen aan het bepaaldheidsgebod.

Tegelijkertijd is de invloed van Europees recht op de formulering van nationale strafbepalingen dermate groot dat het eveneens onwenselijk is alle verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van wetgeving bij de nationale wetgever neer te leggen. Wanneer Europese regelgeving een negatieve invloed heeft op de rechtszekerheid in de lidstaten, dan moet de verantwoordelijkheid daarvoor ook bij de Europese wetgever gelegd kunnen worden. Asp heeft in dit kader betoogd dat hoewel het legaliteitsbeginsel in beginsel betekenis heeft

135 Artikel 263 en 267 VWEU bieden daar ruimte toe, aangezien het Hof kan toetsen aan 'algemene rechtsbeginselen'.

136 Niet alle onduidelijkheid is ook beleidsvrijheid, zo zal nog worden betoogd in paragraaf 5.6.3, maar het bieden van beleidsvrijheid is wel onverenigbaar met de eisen van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod.

137 Satzger 2001, p. 451-454.

138 Asp e.a. 2009, p. 708. Met dezelfde strekking Doorenbos 1992, p. 1056-1057.

voor de norm waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, het legaliteitsbeginsel ook betekenis kan hebben voor normen die slechts indirect de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen.¹³⁹ EU-richtlijnen kunnen indirect het legaliteitsbeginsel schenden. Dat zou het geval zijn wanneer lidstaten verplicht zijn een onduidelijke bepaling woordelijk op te nemen in het nationale strafrecht. De Europese wetgever mag lidstaten niet verplichten het legaliteitsbeginsel te schenden door hen te verplichten een vage strafbaarstelling te creëren. Maar de verplichting van de Europese wetgever reikt verder: hij moet de voorwaarden scheppen waarin het daadwerkelijk mogelijk is voor lidstaten om het legaliteitsbeginsel te waarborgen bij de omzetting van de richtlijn. Wanneer een richtlijn vaag is, maar die onduidelijkheid heeft niet tot doel het creëren van beleidsruimte voor nationale wetgevers, dan bestaat er voor lidstaten die de bepaling willen concretiseren een groot risico dat zij daarmee niet voldoen aan hun Europeesrechtelijke verplichtingen. Dat risico kan wetgevers weerhouden van het scheppen van een duidelijke bepaling. Hoewel het Europees recht in die situatie niet daadwerkelijk verplicht tot een schending van het legaliteitsbeginsel, creëert het wel een situatie waarin een dergelijke schending waarschijnlijk is, aldus Asp. Satzger stelt in dit verband dat de Europese wetgever de nationale wetgever niet voor een 'onoplosbaar dilemma' mag stellen, waarbij de wetgever moet kiezen tussen schending van het Europees recht en schending van het legaliteitsbeginsel.¹⁴⁰ Als er gebruik wordt gemaakt van vage normen, stelt Asp, dan moet dit het doel hebben om lidstaten beleidsvrijheid te bieden, en de Commissie en het Hof moeten die vrijheid dan vervolgens ook respecteren (ik meen dat dit tot op heden ook lijkt te gebeuren¹⁴¹). Die indirecte binding heeft derhalve gevolgen voor de indringendheid waarmee de Commissie en het Hof van Justitie de omzetting van onduidelijke normen kunnen controleren: meer ruimte voor de nationale wetgevers betekent minder ruimte voor een gedetailleerde toets van de invulling van die discretionaire ruimte.¹⁴²

Voor heldere wetgeving op Europees niveau pleit voorts dat van zeer onduidelijk Europees recht een minder sterk harmoniserend effect kan worden verwacht.¹⁴³ Daarnaast heeft De Lamy erop gewezen dat vage richtlijnen de regelstellende bevoegdheid delegeren aan het Hof van Justitie. Het wetgevingsproces zoals het is vastgelegd in het Verdrag van Lissabon waarborgt het machtsverdelende aspect van het legaliteitsbeginsel, dus de relatie tussen wetgever en rechter.¹⁴⁴ Zijn argument is dus gebaseerd op de constitutionele structuur van het Europees project, die net als staten een verdeling in de

139 Asp 2012, p. 171-175.

140 Satzger 2012a, p. 91.

141 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*).

142 Asp 2012, p. 171-175.

143 Calderoni 2008, p. 270-273.

144 De Lamy 2012, p. 101.

functies wetgeving en rechtspraak kent. Om die reden wordt door sommige auteurs het uitvaardigen van vage normen ook op nationaal niveau als een ontoelaatbare delegatie van normstellende bevoegdheid aan de rechter gezien.¹⁴⁵ Deze argumenten, doelmatigheid en scheiding van de functies wetgeving en rechtspraak, hebben niet specifiek betrekking op Europese wetgeving maar zijn evengoed geldig voor nationale wetgeving.

Een 'indirecte' binding aan het bepaaldheidsgebod lijkt al met al het hoogst haalbare waar Europese regelgeving wordt omgezet in nationaal recht. Met Asp ben ik van mening dat waar het Europees recht invloed heeft op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht, Europese actoren de plicht hebben zo veel mogelijk de voorwaarden te scheppen waarin het bepaaldheidsgebod kan worden nageleefd. Dat is ten eerste een plicht die voortvloeit uit het rechtsstatelijke karakter van de Europese Unie: de lidstaten moeten de reikwijdte van hun plichten en bevoegdheden kunnen kennen. Deze plicht kan daarnaast worden gezien als een geheel eigen aspect van het Europees legaliteitsbeginsel zoals dat ligt verankerd in artikel 49 Hv, dat zorgt voor het waarborgen van rechtszekerheid in een meerlagige rechtsorde.

5.5 EUROPESE EISEN AAN OMZETTINGSWETGEVING

In deze paragraaf worden de eisen die het Europees recht stelt aan de omzetting van richtlijnen besproken. Het Hof van Justitie koppelt gebondenheid aan het legaliteitsbeginsel aan de uitoefening van het *ius puniendi*, dat wil zeggen aan het formuleren van strafbepalingen. Dat heeft tot gevolg dat omzettingswetgeving aan het bepaaldheidsgebod is onderworpen, en Europees recht, dat tot nu toe geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, niet. In deze paragraaf kijk ik naar Europese regels voor omzettingswetgeving, die wel aan het bepaaldheidsgebod is gebonden. Het Europees recht oefent op die manier invloed uit op de bepaaldheid van nationale regelgeving. Dat kenmerk heeft het gemeen met het EVRM, dat ook supranationale normen stelt voor nationale wetgevers. De invulling die het EHRM heeft gegeven aan het bepaaldheidsgebod komt daarom eerst aan de orde in deze paragraaf. Het EHRM formuleert minimeisen die in ieder geval in acht moeten worden genomen, en het Hof laat zich vaak door het EVRM inspireren bij de uitleg van artikel 49 lid 1 Hv. Hoewel in het punitief bestuursrecht geen *strafrechtelijke* aansprakelijkheid wordt gevestigd, moeten Europese regels die verplichtingen scheppen voor particulieren voldoende duidelijk zijn. Deze bepalingen van Europees recht worden immers rechtstreeks gehandhaafd, door de EU of door de lidstaten. Deze bepalingen, inclusief die uit het mededingingsrecht, zijn volgens het Hof echter niet aan precies dezelfde normen onderworpen als

145 Soeteman 1999, p. 173-174.

strafbepalingen.¹⁴⁶ Dit zal aan de orde komen in de tweede subparagraaf. Die twee aspecten in acht nemend kan ten slotte worden gekeken welke eisen het Hof op grond van het bepaaldheidsgebod stelt aan de omzetting van Europees recht in het nationale recht.¹⁴⁷

5.5.1 Het bepaaldheidsgebod in het EVRM

De rechtspraak van het EHRM biedt een goed voorbeeld van de uitwerking van de rechtenconceptie in de praktijk. Alle drie de kenmerken zijn herkenbaar: een afweging van bepaaldheid tegen andere idealen, bepaaldheid als gedeelde verantwoordelijkheid van wetgever en rechter en een benadering van de vraag of het recht voldoende duidelijk is vanuit de voorzienbaarheid van aansprakelijkstelling voor het rechtssubject. In paragraaf 4.3.1 is besproken dat het EVRM sinds het *Sunday Times*-arrest geen formele criteria toepast op de vraag wat recht is, maar materiële criteria. Deze criteria zijn of het recht kenbaar is (*accessibility*) en of het met voldoende precisie aangeeft welke juridische consequenties een bepaalde gedraging kan hebben (*foreseeability*). De eis van voorzienbaarheid wordt niettemin door het EHRM onmiddellijk gerelativeerd:

‘Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.’¹⁴⁸

Het EHRM refereert aan de onmogelijkheid volledig heldere regels tot stand te brengen. Duidelijkheid is in beginsel wel wenselijk, maar kan ten koste gaan van de openheid en flexibiliteit van het recht. Het is duidelijk dat het EHRM bepaaldheid ziet als een belang dat kan worden afgewogen tegen andere belangen: er kan ook *teveel* duidelijkheid zijn, waardoor het recht rigide wordt en het minder gemakkelijk bij de tijd te houden is door de rechter. In deze afwegingsbenadering is duidelijk de rechtenconceptie herkenbaar.

¹⁴⁶ Zie over dat verschil paragraaf 3.5.3.

¹⁴⁷ Voor de implementatie en uitvoering van verordeningen is slechts relevant het reeds besproken overschrijfverbod, waardoor uitvoering uitsluitend plaats kan vinden door in het nationale recht verwijzingen naar het Europees recht op te nemen. Verder zijn er vanuit Europeesrechtelijk perspectief geen aanvullende normen. De implementatie van verordeningen komt daarom in paragraaf 5.6.4 vanuit Nederlands perspectief pas weer aan de orde.

¹⁴⁸ EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), r.o. 49.

In latere jurisprudentie is de rechtspraak over het begrip 'law' van overeenkomstige toepassing verklaard op artikel 7 EVRM¹⁴⁹ en het bepaaldheidsgebod wordt expliciet onderkend als deelnorm voortvloeiend uit artikel 7 EVRM.¹⁵⁰ Het EHRM past in het algemeen de rechtspraak over voorzienbaarheid die buiten die context is ontwikkeld, ook toe op het strafrecht. In *Kokkinakis/Griekenland* wordt de hierboven geciteerde overweging dat bepalingen nu eenmaal soms vaag zijn geformuleerd omdat ze anders rigide zijn en niet kunnen worden toegepast indien de omstandigheden veranderen, probleemloos toegepast op een strafbepaling. Daarbij hechtte het EHRM wel waarde aan het bestaan van gevestigde en toegankelijke jurisprudentie waarin de vage bepaling afdoende was verduidelijkt.¹⁵¹

In het arrest *Coëme/België* geeft het EHRM een omschrijving van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod, die veel aangehaald wordt door het Hof van Justitie. Het EHRM overweegt:

'[O]ffences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.'¹⁵²

Aan het vereiste van voorzienbaarheid is ook voldaan indien de wet geen helderheid biedt, maar in de jurisprudentie voldoende is geconcretiseerd.¹⁵³ Duidelijkheid van het recht wordt dus geconstrueerd als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de wetgever en de rechter.¹⁵⁴ Ook daarin is de rechtenconceptie zichtbaar in de jurisprudentie van het EHRM. Omdat onduidelijke wetgeving niet problematisch is indien deze in de rechtspraak is geconcretiseerd, concludeert het EHRM niet snel tot een schending van het bepaaldheidsgebod. De aandacht van het EHRM verschuift als het ware van de norm naar de toepassing van het recht in het concrete geval, om te kijken of die toepassing voorzienbaar is geweest.¹⁵⁵

Het EHRM verduidelijkt de overwegingen over de afweging tussen bepaaldheid en onduidelijkheid nog verder in het *Cantoni*-arrest. Het stelt:

149 EHRM 22 november 1995, zaken 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*).

150 EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 52.

151 EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 40.

152 EHRM 22 juni 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (*Coëme e.a./België*), r.o. 145.

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

154 Dat is nog sterker zichtbaar in het arrest *CR/Verenigd Koninkrijk* waarin het EHRM stelt dat het EVRM zich niet verzet tegen een 'gradual clarification' van wetten in de rechtspraak, EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*CR/Verenigd Koninkrijk*).

155 In vergelijkbare zin Van Kempen & Feodorova 2015, p. 18-21.

'[I]t is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists.'¹⁵⁶

Het EHRM relateert in deze overweging algemeenheid aan vaagheid. In de rechtsoverweging die daarop volgt stelt het dat algemene categorieën vaak worden gekenmerkt door een '*penumbra of doubt*'.¹⁵⁷ Een algemene term is wellicht vaak vaag, maar niet noodzakelijk vager dan een specifieke term.¹⁵⁸ Het begrip 'mens' is niet per definitie vager dan het begrip 'man' of 'kind'. Dat een begrip algemeen is, maakt de wet dus niet per se onvoldoende duidelijk of voorspelbaar.

In het *Groppera Radio*-arrest uit 1990 legt het EHRM ten derde een verband tussen de inhoud van de rechtsnorm, het onderwerp dat door de norm wordt bestreken en de hoeveelheid en hoedanigheid van de normadressaten en de reikwijdte van de eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid.¹⁵⁹ In die zaak hecht het EHRM betekenis aan het feit dat de normen weliswaar technisch en complex zijn, maar dat de normadressaten specialisten zijn waarvan mag worden verwacht dat zij zich oriënteren op de relevante regelgeving en indien noodzakelijk juridisch advies inwinnen. Ook de noodzaak tot het inwinnen van juridisch advies leidt dus niet per se tot de conclusie dat het recht onvoldoende bepaald is. In *Cantoni/Frankrijk* worden de overwegingen uit het *Groppera Radio*-arrest over de contextueel bepaalde voorzienbaarheid herhaald en toegepast in de context van het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod. Van professionele marktdeelnemers wordt verwacht dat zij voorzichtigheid aan de dag leggen bij het uitoefenen van hun bedrijf, en dat zij zich bijgevolg oriënteren op de geoorloofdheid van hun gedragingen.¹⁶⁰ Als zij van tevoren wisten dat zij het risico liepen strafrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld, kunnen zij zich in beginsel niet beroepen op het legaliteitsbeginsel.¹⁶¹ Deze invulling van een contextueel bepaald rechtszekerheidsbegrip is niet vanzelfsprekend: het gegeven dat het gaat om bepalingen met een ordeningsrechtelijk karakter kan juist ook leiden tot het stellen van hogere eisen aan de omschrijving daarvan, aangezien die bepalingen kunnen worden geacht een grotere gedragsleidende betekenis te hebben.¹⁶²

156 EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 31.

157 EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 32.

158 Waldron 1994, p. 522; Jacobsen 2009, p. 329; Visser 2001, p. 46. Anders: Paunio 2013, p. 13.

159 EHRM 28 maart 1990, 10890/84 (*Groppera Radio/Zwitserland*), r.o. 68.

160 EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), par. 35; zie ook EHRM 28 maart 1990, 10890/84 (*Groppera Radio/Zwitserland*), r.o. 68. Het bepaaldheidsgebod geldt zowel voor de delictsomschrijving als voor de omschrijving van de straf, EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*), r.o. 140-142.

161 EHRM 3 mei 2007, zaken 11843/03, 11847/03 en 11849/03 (*Custers/Denemarken*), r.o. 81; EHRM 25 november 1997, 24348/94 (*Grigoriades/Griekenland*), r.o. 38; Murphy 2009.

162 Loth 2000, p. 88.

5.5.2 Het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht

In paragraaf 3.5.3 is rechtspraak besproken van het Gerecht en het Hof van Justitie op het terrein van het mededingingsrecht. Meerdere ondernemingen hebben zaken aangespannen omdat zij vonden dat de sanctiebepaling van artikel 15 lid 2 van Verordening 17/62 onvoldoende inzichtelijk maakte wat de mogelijke hoogte van de sanctie zou zijn, omdat een absoluut sanctieplafond ontbreekt. Voorspelbaarheid van de hoogte van de op te leggen sanctie wordt echter door het Gerecht als onwenselijk beschouwd omdat daarmee calculerend gedrag wordt gefaciliteerd.¹⁶³ Daarin is een duidelijke afweging tussen bepaaldheid en effectiviteit zichtbaar. In deze paragraaf staat de bepaaldheid van de *gedragsomschrijving* centraal. Voor de goede orde zij herhaald dat de jurisprudentie over het mededingingsrecht, zowel ten aanzien van de sancties als ten aanzien van de gedragsvoorschriften, moet worden bekeken in het licht van de Europeesrechtelijke kwalificatie daarvan als bestuursrecht.

De bepaaldheid en voorzienbaarheid van de verbodsbepalingen werden aan de orde gesteld in het arrest *Hoffmann-La Roche*, het eerste arrest waarin het bepaaldheidsgebod wordt geaccepteerd als mededingingsrechtelijk beginsel.¹⁶⁴ De begrippen 'machtspositie' en 'machtsmisbruik' zijn volgens Hoffmann-La Roche onvoldoende helder om te bepalen welke gedragingen toegestaan zijn en welke niet, terwijl de begrippen nog niet nader zijn uitgelegd in de jurisprudentie of administratieve praktijk. Daar is het Hof het niet mee eens. Het wijst ten eerste op de handhavingspraktijk in de lidstaten waarin de gebezigde termen zijn geconcretiseerd. Een 'onderneming van verzoeksters omvang' moet daar ervaring mee hebben opgedaan, aldus het Hof. Bovendien kon Roche, indien zij zich had opgesteld als 'waakzaam ondernemer' (r.o. 134) op grond van de verordening zich laten voorlichten over de toepassing van het communautaire mededingingsrecht. Het Hof oordeelt dus dat ook de oplegging van administratieve sancties voorzienbaar moet zijn, maar staat wel toe dat een vage norm in de jurisprudentie en praktijk wordt verduidelijkt. Daarnaast valt op dat wordt verwezen naar de omvang van de onderneming en de mogelijkheid tot het verkrijgen van een negatieve verklaring van de Commissie.¹⁶⁵ Er bestaat dus een mogelijkheid duidelijkheid te verkrijgen over de individuele rechtspositie. Dat zegt niet zoveel over de duidelijkheid van het normstelsel op zichzelf. Dat het Hof zekerheid voor het individu voldoende vindt, duidt op het hanteren van een subjectief rechtszekerheidsbegrip, dat past binnen de rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod.

163 GvEA EG 5 april 2006, T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103 (*Evonik Degussa/Commissie*), r.o. 83.

164 HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*).

165 Art. 2 Verordening (EEG) 17/62. Een negatieve verklaring houdt in een besluit van de Commissie dat zij op grond van de bekende gegevens geen aanleiding ziet om handhavend op te treden.

In 1980 wijst het Hof het arrest *Gondrand en Garancini*, waarin een omschrijving wordt gegeven van de eisen aan belastingwetgeving voortvloeiend uit het rechtszekerheidsgebod, die later is veralgemeniseerd in een standaardoverweging.¹⁶⁶ Het arrest *Gondrand en Garancini* gaat over het douanerecht, waarbij Europese verordeningen door de lidstaten worden gehandhaafd, en volgens de standaardformule die ook in het mededingingsrecht wordt gebruikt eist het rechtszekerheidsbeginsel dat 'een regeling waarbij aan de belastingplichtige lasten worden opgelegd duidelijk en nauwkeurig omschreven is, opdat de belastingplichtige ondubbelzinnig zijn rechten en verplichtingen kan kennen en dienovereenkomstig zijn beschikkingen kan treffen'.¹⁶⁷ In het geval van *Gondrand en Garancini* ontbrak het de verordening aan die duidelijkheid, aldus het Hof, waarbij het mede gewicht toekent aan het feit dat de Franse autoriteiten deze de eerste drie jaar anders – in het voordeel van de betrokken rechtspersoon – hebben uitgelegd. De eis van het nauwkeurig en ondubbelzinnig kunnen kennen van rechten en verplichtingen vloeit voort uit het rechtszekerheidsbeginsel, en wordt in recente rechtspraak enkele malen geformuleerd naast de eis dat het Unierecht 'een duidelijke omschrijving geeft van de inbreuken en de daarop gestelde straffen', die voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel.¹⁶⁸ Het Hof van Justitie verwijst in latere jurisprudentie vaak naar de arresten van het EHRM over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Daaruit volgt, aldus het Hof, 'dat de strekking van het begrip voorzienbaarheid grotendeels afhankelijk is van de inhoud van de betrokken bepaling, de door die bepaling bestreken materie en het aantal en de hoedanigheid van de adressaten ervan'.¹⁶⁹ Met name beroepsbeoefenaren moeten bijzonder voorzichtig zijn en de 'risico's' die met hun handelen gepaard gaan beoordelen.¹⁷⁰

¹⁶⁶ HvJ EG 9 juli 1981, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171 (*Gondrand en Garancini*).

¹⁶⁷ HvJ EG 9 juli 1981, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171 (*Gondrand en Garancini*), r.o. 17. Later is deze overweging veralgemeniseerd tot de overweging dat regelgeving 'de belanghebbende in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen, en dat deze laatsten ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen', zie voor een voorbeeld HvJ EU 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*), r.o. 81.

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*), r.o. 80-81; Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, ECLI:EU:T:2014:1033 (*Lucchini SpA*), r.o. 151-152.

¹⁶⁹ HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 219.

¹⁷⁰ HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 219. Zie ook GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC Treuhand AG/Commissie*), r.o. 142. In een eerdere zaak strandde een beroep op het legaliteitsbeginsel omdat de onderneming zich er bewust van was dat de Commissie een andere interpretatie had van de norm. Hoewel het de onderneming niet precies duidelijk was wat die uitleg behelsde, nam zij, door hier niet nader onderzoek naar te doen en haar eigen uitleg voorop te stellen, 'bewust het risico' dat haar handelen in strijd zou zijn met het Europese recht. Zie HvJ EG 17 mei 1984, 83/83, ECLI:EU:C:1984:185 (*Estel/Commissie*), r.o. 16-37.

De formulering van het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht luidt dat verplichtingen *nauwkeurig* en *ondubbelzinnig* moeten worden omschreven. Dat wekt de indruk van een zeer strikte norm, terwijl de invulling daarvan in de mededingingsrechtelijke praktijk niet als zeer strikt kan worden gekenschetst. De rechtspraak van het Hof van Justitie in het mededingingsrecht laat een subjectieve benadering zien van het bepaaldheidsgebod die past binnen de rechtenconceptie. Dat voor een subjectieve benadering is gekozen, kan wellicht ten dele worden verklaard door het feit dat het mededingingsrecht met de negatieve verklaring een mechanisme biedt voor ondernemingen om zekerheid te verkrijgen over hun individuele positie. Aangezien het mededingingsrecht betrekking heeft op ondernemingen, leidt de contextuele benadering evenals bij het EHRM tot een verlaging van de eisen die aan wetgeving worden gesteld. Van ondernemingen mag namelijk een extra inspanning worden gevergd en bovendien wordt van ondernemingen verwacht dat zij geen 'risico's' nemen om de regels te overtreden. Zou de omvang van de verplichtingen daadwerkelijk nauwkeurig en ondubbelzinnig kenbaar zijn, zou van dergelijke risico's niet kunnen worden gesproken.

5.5.3 Bepaaldheid als eis aan de nationale wetgever

In het EVRM en in het punitief bestuursrecht is de rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod prominent aanwezig. Het is echter denkbaar dat het Hof van Justitie strengere eisen stelt aan omzettingswetgeving in het strafrecht, niet alleen vanwege het legaliteitsbeginsel, maar ook vanuit het perspectief van toezicht op de naleving van Europees recht. In het vorige hoofdstuk bleek immers dat hoewel artikel 49 lid 1 Hv waarschijnlijk een materieel rechtsbegrip impliceert, het Hof toch van lidstaten eist dat zij richtlijnen omzetten in geschreven strafbepalingen. In deze subparagraaf wordt daarom gekeken naar de eisen aan strafrechtelijke omzettingswetgeving.

Wanneer het Europees recht de lidstaten verplicht tot het nemen van maatregelen die verplichtingen opleggen aan particulieren, dan moeten die maatregelen aan dezelfde eisen voldoen als communautaire regelgeving. Dit betekent dat lidstaten bij de omzetting van richtlijnen of uitvoering van verordeningen de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel, in acht moeten nemen. Wetgeving moet duidelijk zijn en behoorlijk bekend worden gemaakt.¹⁷¹ Het vereiste dat omzettingswetgeving rechtszekerheid moet bieden heeft redelijk wat jurisprudentie opgeleverd bij het Hof, met name in inbreukprocedures.¹⁷² Zo overweegt het Hof van Justitie consequent dat richtlijnen moeten worden omgezet 'door middel van bepalingen die een voldoende

171 HvJ 10 EG maart 2009, C-345/06, ECLI:EU:C:2009:140 (*Heinrich*), r.o. 44-46.

172 Zie voor verwijzingen naar een grote hoeveelheid jurisprudentie Kristen 2004, p. 40-41.

bepaalde, duidelijke en doorzichtige situatie scheppen, zodat de particulieren hun rechten en verplichtingen kunnen kennen.¹⁷³ Per 1 december 2014 kan de Commissie inbreukprocedures starten indien richtlijnen niet adequaat zijn omgezet in het strafrecht. Kijkend naar de jurisprudentie op andere terreinen is niet ondenkbaar dat de mate waarin omzettingen wetgeving rechtszekerheid weet te bieden aan justitiabelen voorwerp van discussie zal worden in die inbreukprocedures, maar het is vooralsnog afwachten op zaken die het Hof de gelegenheid geven meer concrete aanwijzingen te geven inzake omzetting van Unierecht in het materiële strafrecht.

Omzetting van een richtlijn in nationale wetgeving kan worden vergeleken met het vertalen van een tekst in een andere taal. Daarbij zijn er voor de vertaler grofweg twee strategieën: brontaalgericht of doeltaalgericht vertalen. Bij een brontaalgerichte vertaling wordt gepoogd de vertaling zo veel mogelijk trouw te laten zijn aan de oorspronkelijke versie. Als in de brontekst op twee plaatsen hetzelfde woord wordt gebruikt, zal ook in de vertaling twee keer voor hetzelfde woord worden gekozen. Bij een doeltaalgerichte vertaling wordt juist zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de taal en belevingswereld van de lezer van de vertaling. Als voor het begrip van de lezer een niet-letterlijke vertaling de bedoeling van de brontekst beter weergeeft dan een meer letterlijke vertaling, dan kan daarvoor worden gekozen.

Op vergelijkbare wijze kunnen ook lidstaten kiezen voor een 'bronrechtgerichte' of 'doelrechtgerichte' omzetting. Richtlijnen kunnen letterlijk worden opgenomen in de nationale wet of worden vertaald in nationale begrippen en termen. Beide methoden van omzetting zijn in beginsel toegestaan.¹⁷⁴ De toetssteen is of de doelstellingen van de richtlijn worden bereikt; het niet woordelijk overnemen van bepalingen, zelfs definitiebepalingen, levert daarom niet zonder meer een schending van de omzettingsverplichting op.¹⁷⁵ Een aantal overwegingen kan worden betrokken in de keuze voor de ene of andere mogelijkheid. Voor het letterlijk overnemen van Europese regelgeving in nationale regelgeving pleit ten eerste dat daarmee het risico dat nationale wetgeving het Europees recht schendt wordt geminimaliseerd. Het is daarom denkbaar dat een lidstaat ervoor kiest een vaag begrip uit een richtlijn niet nader te concretiseren uit angst met een te smalle definitie niet te voldoen aan de eisen van het Europees recht.¹⁷⁶ Het ligt bij letterlijke omzetting voor de hand dat de begrippen Unierechtconform kunnen worden geïnterpreteerd

173 HvJ EG 2 augustus 1993, C-366/89, ECLI:EU:C:1993:330 (*Commissie/Italië*), r.o. 17. Zie voorts HvJ EG 30 januari 1985, 143/83, ECLI:EU:C:1985:34 (*Commissie/Denemarken*) en HvJ EG 23 mei 1985, C-29/84, ECLI:EU:C:1985:229 (*Commissie/Duitsland*).

174 Prechal 2005a, p. 76-78.

175 HvJ EG 9 april 1987, 363/85, ECLI:EU:C:1987:196 (*Commissie/Italië*).

176 Asp 2002, p. 230.

aangezien wordt aangesloten bij het Europees begrippenkader.¹⁷⁷ Indien discrepanties ontstaan met bestaande nationale wetgeving kan worden gekozen voor 'spontane doorharmonisatie', waarbij nationale regelgeving, die niet onder de verplichtingen van de richtlijn valt, eigener beweging wordt aangepast aan het Europees recht.¹⁷⁸ Het kan niettemin in andere situaties voordeliger zijn het Europees recht te vertalen in nationale begrippen, omdat het dan beter past in het nationale kader en als zodanig ook gemakkelijker kan worden toegepast. Daarmee bestaat wel het risico dat de Europese herkomst van de bepaling wordt verhuld en dat de nationale begrippen niet goed aansluiten op de Europese.¹⁷⁹ Verwezenlijkt zich dat risico, dan behoeft de nationale wet aanpassing. Voor de burger zal evenwel een bepaling die aansluit bij nationale terminologie wellicht gemakkelijker te begrijpen zijn. Bovendien kan de wetgever van mening zijn dat de gekozen formulering in een richtlijn onvoldoende helderheid schept om in een strafbepaling te worden opgenomen als bestanddeel. De keuze tussen deze twee mogelijkheden wordt vaak mede bepaald door de mate waarin op nationaal niveau al wetgeving bestaat met een eigen systematiek. Wordt een richtlijn omgezet in een bepaling van materieel strafrecht in het Wetboek van Strafrecht, zal sneller worden aangesloten bij het begrippengebruik in het commune strafrecht. Wordt een richtlijn echter omgezet in een bijzondere strafwet en bestaat er op Europees niveau een heldere systematiek, ligt aansluiting bij Europese begrippen weer meer voor de hand.¹⁸⁰

Er zijn niettemin gevallen waarin lidstaten de *plicht* hebben een bepaling te concretiseren in het nationale recht. In die gevallen kunnen zij dus niet kiezen voor het woordelijk overnemen van het Europees recht. Dat is zo indien een richtlijn een vage term bevat, die een zekere mate van beleidsvrijheid laat aan de lidstaten. Voorbeelden daarvan zijn het begrip 'een aanzienlijk deel van zijn normale werktijd'¹⁸¹ en 'grote hoeveelheden drugs'.¹⁸² Die begrippen lenen zich niet voor letterlijke overname in een strafbepaling, zo volgt uit het arrest *Procura della Repubblica/X*.¹⁸³ Het gaat in beide gevallen om gradueel vage termen. Deze vereisen van de wetgever dat hij een punt kiest

177 In die zin ook HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*), r.o. 31.

178 Prechal & Van den Brink 2010, p. 12.

179 Prechal & Van den Brink 2010, p. 3-4.

180 Prechal & Van den Brink 2010, p. 11-13; Van Gestel 2006, p. 218-219.

181 Richtlijn 90/270/EEG van de Raad van 29 mei 1990 betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid met betrekking tot het werken met beeldschermapparatuur.

182 Art. 4 lid 2a van Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van illegale drugshandel.

183 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*). Zie ook de bespreking van dit arrest in paragraaf 5.4.4.

op de schaal waarboven er sprake is van een 'een aanzienlijk deel' van de werktijd of een 'grote hoeveelheid' illegale drugs.

Lidstaten opereren kortom in een spanningsveld waarbij ze het Europees recht zo getrouw mogelijk moeten omzetten en tegelijkertijd rechtszekerheid moeten scheppen voor hun burgers. Zij kunnen niet altijd kiezen voor een bronrechtgerichte omzetting en het Europees recht woordelijk overnemen, omdat het Europees recht daar soms te vaag voor is. Specifieke eisen aan omzetting in het strafrecht worden niet gesteld, maar het Europees recht eist wel dat burgers hun rechten en plichten kunnen kennen. In deze context wordt niet verwezen naar de mogelijkheid voor de rechter om onduidelijke wetgeving achteraf te concretiseren: het is het geschreven recht dat voldoende rechtszekerheid moet bieden. Deze benadering lijkt strikter te zijn dan de benadering van het EHRM en de benadering van het Hof in mededingingsrechtelijke zaken, en tendeeft richting de rechtspositivistische conceptie van het bepaaldheidsgebod. Of het een bewust verschil betreft en of daar betekenis aan moet worden gehecht, kan niet met zekerheid gezegd worden, maar een verklaring kan zijn dat het bepaaldheidsgebod in deze situatie niet alleen de rechtszekerheid dient, maar ook toezicht op de naleving van Europees recht mogelijk maakt. Of een lidstaat het Europees recht adequaat heeft geïmplementeerd is gemakkelijker te bepalen wanneer niet alleen de praktijk, maar ook de wet conform het Europees recht moet zijn. Conformiteit van wetgeving is immers gemakkelijker te beoordelen dan conformiteit van de praktijk. Lidstaten, meer precies de nationale wetgevers, moeten kortom per richtlijn beoordelen of en hoeveel beleidsvrijheid zij hebben bij de omzetting. Daarbij geldt dat aan het rechtszekerheidsbeginsel geen afbreuk mag worden gedaan, ook niet met een beroep op de effectiviteit van het Europees recht.

5.6 HET BEPAALDHEIDSGEBOD EN DE NEDERLANDSE WETGEVER

In deze paragraaf verschuift de aandacht naar het Nederlandse toneel, meer precies naar de wijze waarop de Nederlandse *wetgever* omgaat met de plicht tot omzetting wanneer het Europees recht semantisch onduidelijk is. In paragraaf 5.2 zijn semantische en wetssystematische onduidelijkheid onderscheiden. Wetssystematische onduidelijkheid blijft in deze paragraaf buiten beschouwing, want hoewel complexiteit en in een enkel geval inconsistenties¹⁸⁴ zich ook voordoen op Europees niveau, zijn die voor de wetgever minder relevant. De

184 Een voorbeeld van een inconsistentie is de strafbaarstelling van kindermisbruik, die zowel voorkomt in de Richtlijn kinderpornografie als in de Richtlijn mensenhandel, maar een verschillende minimum-maximumstraf kent. Omdat het een minimum betreft, zijn de bepalingen niet formeel met elkaar in strijd. Bovendien ligt de daadwerkelijke strafdreiging in het nationale recht.

meeste complexiteit en inconsistenties doen zich voor in het samenspel tussen Europees en nationaal recht en komen hooguit aan de orde bij de nationale rechter. Deze paragraaf richt zich daarom op semantische onduidelijkheid, meer specifiek op vaagheid.

In deze paragraaf komt eerst de omzetting van richtlijnen en kaderbesluiten aan de orde. De wetgever hanteert enkele uitgangspunten bij de omzetting van Europese richtlijnen die een tijdige en accurate omzetting beogen te garanderen. Vervolgens komt aan bod de wijze waarop de Nederlandse wetgever omgaat met zijn plicht tot omzetting wanneer het Europees recht semantisch onduidelijk is. Daarbij wordt afzonderlijk onderzocht wat de gevolgen zijn van criteriale vaagheid en graduele vaagheid, de vormen van vaagheid die zijn besproken in paragraaf 5.2. Er worden verschillende scenario's geschetst, die er – zeer tentatief – op lijken te duiden dat er relaties bestaan tussen de manieren waarop het Europees recht onduidelijk kan zijn en wat daarvan de gevolgen zijn voor het nationale recht. Die informatie is benodigd om aan het eind van het hoofdstuk de vraag te kunnen beantwoorden of er een noodzaak bestaat de Europese wetgever te binden aan het bepaaldheidsgebod en zo ja, op welke wijze een dergelijke gebondenheid vorm zou kunnen krijgen. Het laatste onderdeel van deze paragraaf gaat over de implementatie van verordeningen en de legaliteitsproblemen die kunnen ontstaan bij het gebruikmaken van verwijzingen naar het Europees recht. Daarbij wordt net als bij richtlijnen eerst gekeken naar de uitgangspunten van de wetgever, en vervolgens naar de praktijk.

5.6.1 Nederlandse uitgangspunten bij de omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen

Er zijn verschillende documenten die de omzetting van Europese regelgeving beogen te begeleiden. Dat zijn ten eerste de Aanwijzingen voor de regelgeving, die algemene uitgangspunten voor wetgeving bevatten alsmede enkele specifiek op omzetting van Europees recht toegesneden aanwijzingen.¹⁸⁵ Daarnaast is de 'Handleiding wetgeving en Europa. De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese regelgeving' (hierna: de Handleiding) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie een belangrijke leidraad.¹⁸⁶ In deze subparagraaf worden de belangrijkste elementen uit deze twee documenten besproken.

¹⁸⁵ Aanwijzingen voor de regelgeving, Gebaseerd op het besluit van de Minister-President van 18 december 1992, Stcrt. 1992, 230, laatst gewijzigd op 11 mei 2011, Stcrt. 2011, 6602.

¹⁸⁶ Handleiding Wetgeving en Europa, Ministerie van Justitie 2009. Dit is de opvolger van het document '101 praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten', Ministerie van Justitie 2001.

Ten eerste komt de kwestie bronrechtgericht of doelrechtgericht omzetten expliciet aan de orde in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzing 56, blijkens de toelichting vooral geschreven met het oog op implementatiewetgeving, bepaalt dat voor de terminologie in het Nederlandse recht zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de terminologie in het internationaal en Europees recht, tenzij die termen niet duidelijk zijn, leiden tot inconsistenties met overige Nederlandse wetgeving of simpelweg geen goed Nederlands opleveren. Op basis van deze aanwijzing gaat de eerste voorkeur dus uit naar het overnemen van of verwijzen naar Europese terminologie. Daarnaast staat in hoofdstuk 8, dat specifiek gaat over de implementatie van Europese regelgeving, in aanwijzing 338 dat bij implementatie zoveel mogelijk wordt aangesloten bij instrumenten in bestaande wetgeving. Indien de omzettingswetgeving wordt ingebed in een bestaand juridisch kader, zal dus sneller worden aangesloten bij Nederlandse terminologie.

Dat de praktijk de wetgever soms voor een lastige keuze stelt tussen bronrecht- of doelrechtgericht omzetten, illustreert de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wet milieubeheer. De Commissie had erop aangedrongen zoveel mogelijk aan te sluiten bij de in het Europees recht gebruikelijke begrippen. Die sloten echter niet aan op de in Nederland gangbare terminologie waar het ging om het begrip verwijdering: wat verwijdering is in het Europees recht is 'definitieve verwijdering' in het Nederlandse, en 'verwijdering' in het Nederlandse recht komt overeen met het Europees begrip 'beheer'.¹⁸⁷ De Nederlandse wetgever moest ofwel afwijken van de in het nationale recht gebruikelijke terminologie, ofwel afwijken van de Europese terminologie. De wetgever kiest voor het laatste, en licht dit expliciet en helder toe in de memorie van toelichting, hetgeen te prijzen is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en in enige mate compenseert voor de systematische onduidelijkheid die met deze inconsistentie wordt geschapen.

Aanwijzing 337 uit hetzelfde hoofdstuk 8 luidt als volgt: 'Bij implementatie worden in de implementatieregeling geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn.' Blijkens de toelichting beoogt deze aanwijzing te voorkomen dat omzetting deel wordt van een brede herziening van een regeling of dat nationaal beleid wordt meegenomen (een zogenoemde 'nationale kop'), omdat daarmee het risico bestaat dat het omzettingsproces vertraging oploopt. Die vertraging kan de wetgever zich doorgaans, gezien de korte implementatietermijnen, niet permitteren. Het gaat daarbij om zuiver nationaal beleid. Aanwijzing 337 staat daarom volgens de Handleiding niet in de weg aan het stellen van striktere normen bij minimumharmonisatie¹⁸⁸ of anderszins het maken van beleidskeuzes waarin expliciet is voorzien in het

187 *Kamerstukken II* 1998/99, 26638, 3, p. 9-10.

188 In het strafrecht: het vergroten van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van wat in de richtlijn verplicht wordt gesteld.

Europees recht.¹⁸⁹ Wel is het al geruime tijd beleid om zo min mogelijk striktere eisen te introduceren die het Nederlandse bedrijfsleven in een ongunstige positie zouden kunnen brengen.

De Handleiding Wetgeving en Europa bevat deels een uitwerking van de Aanwijzingen en deels een oriëntatie op Europese regelgeving en de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor de wetgever. In deze Handleiding wordt het probleem gesignaleerd dat het vaak lastig is beleidsruimte in Europese regelgeving te herkennen. Uit de aard van het instrument, richtlijn of verordening, kunnen geen conclusies worden getrokken over het al dan niet bestaan van beleidsvrijheid. Soms blijkt uit de bepaling expliciet dat lidstaten de bevoegdheid of verplichting hebben beleidskeuzes te maken bij de omzetting, maar niet zelden zijn de bepalingen van Europees recht vaag. In die gevallen, aldus de Handleiding, is beleidsruimte een onbedoeld bijproduct van een moeizaam verlopen wetgevingsproces op Europees niveau.¹⁹⁰

5.6.2 Omzetting van kaderbesluiten en richtlijnen

In deze subparagraaf bekijk ik hoe de Nederlandse wetgever omgaat met zijn omzettingsplicht, met bijzondere aandacht voor die gevallen waarin het Europees recht niet geheel duidelijk is. Het doel daarvan is te kijken in hoeverre vaagheid inderdaad gelijk kan worden gesteld met beleidsvrijheid, en of en in hoeverre vage richtlijnen in nationale wetgeving worden geconcretiseerd. Aan de orde komen de keuzes die door de wetgever zijn gemaakt bij het omzetten van 'onjuiste of misleidende signalen' uit de Richtlijn marktmisbruik, het begrip 'plichtsverzuim' uit het Kaderbesluit private corruptie, het terroristisch oogmerk uit de Richtlijn strafrechtelijke bestrijding van terrorisme en, als voorbeeld van graduele vaagheid, 'grote hoeveelheden drugs' uit het Kaderbesluit illegale drugshandel.

De gevolgde werkwijze heeft implicaties voor de waarde die aan de resultaten kan worden gehecht. Voor de selectie van bovenstaande gevallen heb ik mij georiënteerd op de literatuur. Van deze kaderbesluiten en richtlijnen is in de literatuur gesteld dat ze vaag zijn en daarom mogelijk in strijd met het bepaaldheidsgebod. Van deze kaderbesluiten en richtlijnen heb ik onderscheiden of sprake is van criteriale of graduele vaagheid. Vervolgens is gekeken naar de wijze waarop die kaderbesluiten en richtlijnen zijn omgezet, om te kijken of criteriale en graduele vaagheid heeft geleid tot vage strafbepalingen, of dat ze zijn geconcretiseerd in het nationale recht. Op basis daarvan wordt een verband geschetst tussen vaagheid op Europees recht en vaagheid op nationaal recht. Het is van belang te benadrukken dat geen systematisch onderzoek is gedaan naar de omzetting van al het Europees recht. Het onder-

189 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 126-127.

190 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 123.

zoek is beperkt tot enkele in de literatuur genoemde voorbeelden van vaag Europees recht.

Criteriale vaagheid

De bekendste en wellicht ook meest voorkomende vorm van semantische onduidelijkheid in het recht is vaagheid. In het geval van criteriale vaagheid is onduidelijk wat de intensie is van een predicaat, en daarmee is ook de extensie onbekend. Er is geen lijst van noodzakelijke en voldoende criteria (intensie) aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een object tot de extensie van het predicaat behoort. Criteriale vaagheid kan worden weggenomen door een definitie te formuleren, hoewel toekomstige onzekerheid niet geheel kan worden uitgesloten. Het gebeurt vaak dat wanneer nieuwe regels worden uitgevaardigd, de betekenis van de daarin voorkomende begrippen nog niet geheel duidelijk is. In de praktijk komt aan de rechtspraak een belangrijke concretiserende betekenis toe.

Wanneer begrippen in het Europees recht onduidelijk zijn, kan niet worden gewacht op verduidelijkende rechtspraak van het Hof van Justitie: de lidstaten zullen deze regelgeving moeten omzetten in nationale (straf)bepalingen. Zij moeten daarbij kiezen tussen een bronrechtgerichte omzetting, eventueel in de vorm van woordelijke overname van de gebruikte terminologie, en een doelrechtgerichte omzetting, waarbij begrippen worden aangepast aan gebruikelijke terminologie in het nationale recht.

De Richtlijn marktmisbruik bevat een omschrijving van het begrip 'marktmisbruik'.¹⁹¹ Onder marktmisbruik wordt volgens artikel 1 lid 2 sub a van de richtlijn verstaan 'transacties of handelsorders die onjuiste of misleidende signalen geven of waarschijnlijk zullen geven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten'. Het is onduidelijk welke informatie kan gelden als een 'signaal' en wanneer dat signaal misleidend is. In nadere uitvoeringswetgeving (de Richtlijn marktmisbruik is een kaderrichtlijn) wordt evenmin een (bindende) definitie gegeven.¹⁹² Een gedraging is volgens de geciteerde bepaling al strafbaar wanneer daarvan slechts het *gevaar* uitgaat dat er onjuiste of misleidende signalen van uitgaan en de transactie hoeft niet te zijn begaan met het oogmerk dergelijke signalen te doen uitgaan. De richtlijn verplicht lidstaten het meedelen van voorwetenschap te verbieden (artikel 3 sub a), en bevat geen subjectief bestanddeel. De reikwijdte van de omschrijving van marktmisbruik is dus sowieso ruim, maar hoe ruim precies is afhankelijk van de uitleg van het onjuiste of misleidende signaal. Het ontbreken van een heldere definitie van 'onjuiste of misleidende signalen'

191 Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie.

192 Doorenbos 2007, p. 66-69.

in de richtlijn heeft daarom potentieel verstrekken gevolgen.¹⁹³ Toch lijkt de richtlijn in artikel 1 lid 2 de lidstaten aan te sporen niet te smalle definities te hanteren met het oog op de flexibele toepassing van de bepalingen in de toekomst.¹⁹⁴ De begrippen ‘onjuist of misleidend’ en ‘signaal’ zijn overgenomen in artikel 46b lid 1 sub a Wte,¹⁹⁵ dat strekt tot omzetting van artikel 1 lid 2 van de kaderrichtlijn. De wetgever overwoog daarbij wel dat de reikwijdte van dit artikel dermate groot is dat ook gebruikelijke transacties hieronder kunnen vallen – in lid 3 is daarom voorzien in een bevoegdheid om bij AMvB dergelijke transacties uit te sluiten van toepassing van de richtlijn.¹⁹⁶ Op die manier kan de reikwijdte alsnog worden ingeperkt, niet door de wetgever maar door het bestuur.¹⁹⁷ De onduidelijke definitie in de richtlijn heeft zich aldus vertaald in een onduidelijke definitie op nationaal niveau. Doorenbos stelt dat als resultaat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid nu onvolledig voorzienbaar zijn. Hij wijst er daarbij op dat het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid geen soelaas kan bieden; de marktdeelnemer die zich oriënteert op de juridische stand van zaken en eventueel advies vraagt, zal ontdekken dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet helder zijn getrokken – nog afgezien van het feit dat de bepalingen ook van toepassing zijn op de beginnend belegger.¹⁹⁸ De definities in de landen zijn weliswaar meer op elkaar gaan lijken; wat er geharmoniseerd is, is volgens hem vooral onzekerheid.¹⁹⁹ Delen van de richtlijn zijn door het Hof van Justitie in de jurisprudentie nader verduidelijkt.²⁰⁰ Tot die tijd bestond er echter steeds over de verschillende bestanddelen onduidelijkheid.

De tweede casus is het Kaderbesluit private corruptie.²⁰¹ Het kaderbesluit stelt dat lidstaten corruptie moeten verbieden wanneer iemand in ruil voor een niet-gerechtvaardigd voordeel ‘zijn plicht verzuimt’.²⁰² Artikel 1 van het kaderbesluit bevat een definitie van plichtsverzuim: ‘In dit kaderbesluit wordt verstaan onder [...] ‘plichtsverzuim’: plichtsverzuim zoals omschreven in het

193 Uitgebreider hierover Doorenbos 2007.

194 Art. 1 lid 2 sluit af met: ‘De definities van marktmanipulatie zullen zodanig worden toegepast dat zij ook nieuwe handelwijzen kunnen behelzen die als marktmanipulatie kunnen worden aangemerkt.’

195 Nu art. 5:58 Wft.

196 *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, 3, p. 10-11.

197 Het ‘waarschijnlijk zullen geven’ van een onjuist of misleidend signaal is in de nationale bepaling wel aangepast door gebruik te maken van het in het strafrecht gangbaarder begrip ‘te duchten zijn’ van een dergelijk signaal. Waar het nationale strafrecht nauwkeurige termen bevat, worden die dus ook toegepast in omzettingswetgeving. Hierover *Kamerstukken II* 2004/05, 29827, 3, p. 31.

198 Doorenbos 2007, p. 72-74, 79-80.

199 Doorenbos 2007, p. 63.

200 Bijvoorbeeld in HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, ECLI:EU:C:2005:708 (*Grøngaard & Bang*); HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, ECLI:EU:C:2009:806 (*Spector Photo Group*).

201 Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake bestrijding van corruptie in de privé-sector.

202 Art. 2 lid 1 sub a Kaderbesluit 2003/568/JBZ.

ationale recht. Plichtsverzuim in dit kaderbesluit omvat ten minste deloyaal gedrag dat een inbreuk vormt op een wettelijke plicht of, naar gelang van het geval, een inbreuk op beroepsvoorschriften of -instructies die van toepassing zijn in het beroep van een persoon die, in welke hoedanigheid ook, leiding geeft aan of werkt voor een onderneming in de privésector.’ De Nederlandse omzettingbepaling (art. 328ter Sr) bevatte aanvankelijk een gesloten definitie van private corruptie, te weten het ‘tegenover de werkgever verzwijgen van een gift, belofte of dienst in strijd met de goede trouw’. De Commissie stelde dat de Nederlandse delictomschrijving niet de volledige definitie uit het kaderbesluit dekte, door te vereisen dat de werkgever niet op de hoogte is van het verkregen voordeel.²⁰³ Het risico dat de wetgever met een concretisering van een vage bepaling niet langer alle door het Europees recht bedoelde gedragingen dekt, heeft zich in dit geval verwezenlijkt. Artikel 328ter Sr is daarom per 1 januari 2015 gewijzigd in die zin dat er nu sprake moet zijn van handelen ‘in strijd met zijn plicht’, dat in het ingevoegde derde lid wordt omschreven als in ieder geval omvattend ‘het in strijd met de goede trouw tegenover de werkgever of lastgever verzwijgen van het aannemen dan wel vragen van een gift, belofte of dienst’, maar – blijkens de memorie van toelichting – ook plichtsverzuimen omvat die niet zijn verzwegen.²⁰⁴ Met deze open definitie wordt verzekerd dat andere vormen van plichtsverzuim die onder de reikwijdte van het kaderbesluit vallen ook onder de reikwijdte van artikel 328ter Sr kunnen worden gebracht. De strafbepaling is er, doordat deze nu een open einde bevat, niet duidelijker op geworden. Net als in het vorige voorbeeld heeft criteriale vaagheid op Europees niveau geleid tot criteriale vaagheid in het nationale recht.

Het derde voorbeeld van een ruime en onduidelijke definitie is de omschrijving van het terroristisch oogmerk in het Kaderbesluit terrorisme.²⁰⁵ Dit voorbeeld is minder sterk dan de twee voorgaande, aangezien het geen betrekking heeft op een delictomschrijving, maar op de omschrijving van een bijzonder subjectief bestanddeel. Vanuit het perspectief van rechtszekerheid bestaat er mijns inziens minder noodzaak de subjectieve bestanddelen helder te omschrijven, aangezien zij geen gedragsleidende functie hebben. Husabø en Bruce hebben de omzetting van het Kaderbesluit terrorisme (en de VN-resolutie over terrorisme) in zes staten onderzocht.²⁰⁶ Het kaderbesluit verplicht lidstaten

203 Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement op grond van artikel 9 van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector, COM(2011) 309, p. 3-5.

204 *Kamerstukken II* 2012/13, 33685, 3; Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit.

205 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.

206 Duitsland, Denemarken, Finland, Zweden, Nederland en Noorwegen, dat het kaderbesluit niet hoefde om te zetten omdat het geen lid is van de EU, maar dat ervoor koos om zich bij de verplichtingen op grond van VN-resolutie 1737 inzake terrorisme sterk te laten inspireren door het kaderbesluit.

om bepaalde misdrijven als terroristische misdrijven aan te merken indien zij zijn gepleegd met een terroristisch oogmerk, waaronder wordt verstaan 'het oogmerk om een bevolking ernstig vrees aan te jagen, of de overheid of een internationale organisatie op onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling, dan wel de politieke, constitutionele, economische of sociale basisstructuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen.'²⁰⁷ Verschillende elementen van de definitie uit het kaderbesluit zijn bekritiseerd vanwege hun vaagheid, maar met name deze omschrijving van het terroristisch oogmerk wordt als problematisch ervaren. Gezien die kritiek mag het opvallend heten dat de onderzochte lidstaten, ook Nederland, deze definitie grotendeels ongemoeid hebben gelaten bij de omzetting in nationaal recht, terwijl ze dit bij de omschrijving van de gronddelicten, de delicten die kunnen worden gepleegd als terroristisch misdrijf, niet deden. Husabø en Bruce verbazen zich erover dat juist dat deel dat het meest op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel, niet nader wordt omschreven in het nationale recht van de lidstaten. Zij verklaren dit deels met de onbekendheid van de concepten in het nationale recht: de landen hadden in hun nationale recht nog geen omschrijving van een terroristisch oogmerk, terwijl ze wel omschrijvingen hebben – en vaak duidelijkere dan het kaderbesluit – van moord, doodslag, wederrechtelijke vrijheidsberoving etc.²⁰⁸ Dit biedt steun aan de stelling van Prechal en Van den Brink dat een doelrechtgerichte omzetting meer voor de hand ligt indien in het nationale recht al een sterke systematiek aanwezig is.²⁰⁹ Die systematiek is niet aanwezig, aangezien de subjectieve bestanddelen in het Nederlandse strafrecht überhaupt geen wettelijke omschrijving hebben, en de noodzaak hiertoe ook niet algemeen wordt gevoeld. De omschrijving van het terroristisch oogmerk in het kaderbesluit lijkt bovendien minder ruimte te bieden tot verduidelijking in het nationale recht dan de daaraan gekoppelde gronddelicten.²¹⁰ Ten aanzien van de gronddelicten is namelijk expliciet vermeld dat hiervoor de omschrijving in het nationale recht wordt gevolgd. Opnieuw heeft criteriale vaagheid in het Europees recht criteriale vaagheid van nationaal recht tot gevolg.

Er zijn nog meer voorbeelden te noemen van onduidelijke begrippen die, ondanks hun onduidelijkheid, rechtstreeks zijn overgenomen in het nationale strafrecht. De Richtlijn transacties van ingewijden²¹¹ verplicht lidstaten het meedelen van voorwetenschap te verbieden, tenzij dit gebeurt in het kader van 'de normale uitoefening van hun werk, beroep of functie'. Wanneer

207 Art. 1 lid 1 Kaderbesluit 2002/475/JBZ.

208 Husabø & Bruce 2009, p. 425-426.

209 Prechal & Van den Brink 2010, p. 10-13.

210 Husabø & Bruce 2009, p. 425-426; *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3, p. 1.

211 Richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden.

daarvan sprake is wordt in de richtlijn niet toegelicht, maar evenmin is duidelijk of en binnen welke kaders de lidstaten hier de vrijheid hebben deze bepaling te concretiseren – voor zover dat überhaupt mogelijk moet worden geacht. Nederland heeft deze uitzondering letterlijk overgenomen in artikel 46a lid 1 sub a Wte (oud), en staat daarin niet alleen.²¹² In de literatuur wordt daarnaast de omschrijving van het begrip ‘georganiseerde criminaliteit’ uit het Kaderbesluit ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit genoemd als voorbeeld van een onduidelijke richtlijnbeepaling die heeft geleid tot onzekerheden in het nationale recht.²¹³

Uiteraard kunnen op basis van dit kleine aantal voorbeelden geen vergaande conclusies worden getrokken. In de hier besproken gevallen leidt het gebruik van vage begrippen in het Europees recht steeds tot onduidelijke strafbepalingen in het Nederlandse recht. In het voorbeeld over private corruptie heeft Nederland aanvankelijk gepoogd een beperktere definitie te hanteren, maar dit werd door de Commissie geen adequate omzetting van het kaderbesluit geacht. Dat ongetwijfeld ook voorbeelden kunnen worden gevonden waarin onduidelijk Europees recht wél werd geconcretiseerd in het nationale recht, doet niet af aan het feit dat deze casus laten zien dat onduidelijkheden in het Europees recht niet zonder meer kunnen worden gelijkgesteld met beleidsvrijheid voor de lidstaten. In ieder geval was de concretisering van het Kaderbesluit private corruptie in het Nederlandse strafrecht niet toelaatbaar, en ook de vage formulering van het terroristisch oogmerk lijkt niet bedoeld beleidsvrijheid te laten aan de lidstaten voor een nadere omschrijving.²¹⁴ In de hier onderzochte gevallen leidt onduidelijk Europees recht tot onduidelijk nationaal recht. Ook of misschien wel juist onderdelen van richtlijnen die bekritiseerd worden om hun onduidelijkheid, belanden woordelijk in het recht van de lidstaten. Als deze bepalingen al beleidsvrijheid laten, dan is onduidelijk hoeveel en wordt van deze vrijheid lang niet altijd gebruik gemaakt.

Graduele vaagheid

Bovengenoemde voorbeelden hadden allemaal betrekking op criteriale vaagheid. Leidt graduele vaagheid ook tot vaagheid in het nationale recht? Graduele vaagheid, waarbij een begrip een onbekende plaats inneemt in een helder en meetbaar continuüm, komt niet vaak voor in het Nederlandse strafrecht. In het Europees recht komt graduele vaagheid echter wel voor. Zo bepaalt artikel 4 lid 2a van het Kaderbesluit illegale drugshandel dat lidstaten een hoge straf moeten stellen op drugshandel indien het strafbare feit ‘grote

212 Denemarken heeft de uitzondering ook letterlijk in de strafbepaling overgenomen, zie HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, ECLI:EU:C:2005:708 (*Grøngaard en Bang*).

213 Calderoni 2008.

214 Husabø & Bruce 2009, p. 425-426; *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3, p. 1.

hoeveelheden drugs' betreft.²¹⁵ Lidstaten hebben met opzet achterwege gelaten wat precies moet worden verstaan onder het begrip 'grote hoeveelheden', zij mogen dit zelf invullen in het nationale recht. Het gebruik van een gradueel vage term in het kaderbesluit betekent dat de lidstaat bevoegd en ook verplicht²¹⁶ is om de term te concretiseren in een heldere strafbepaling.

In Nederland is de betekenis nader geregeld bij AMvB, waarbij is vastgesteld dat – onder andere – 500 gram hennep geldt als 'grote hoeveelheid'. Daarmee is aangesloten bij de maximale handelsvoorraad die coffeeshops in bezit mogen hebben om niet te worden vervolgd volgens de Aanwijzing Opiumwet. Dit is een goed voorbeeld van hoe onduidelijkheid in het Europees recht, in casu graduele vaagheid, wél beleidsvrijheid biedt aan de lidstaten. Het bood Nederland de mogelijkheid om in de omzetting aan te sluiten bij het landelijke softdrugsbeleid, dat sterk afwijkt van het in de meeste lidstaten geldende beleid.

De vraag is wel gesteld of Nederland met 500 gram voldoet aan de eisen die het Europees recht stelt. De Minister heeft aangegeven dat het begrip 'grote hoeveelheden' ruimte laat voor het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, en dat het Hof uiteindelijk kan bepalen wat een grote hoeveelheid is.²¹⁷ Geelhoed schrijft hierover: 'Als deze visie juist is, betekent dat dat er ruimte bestaat voor het Hof van Justitie om deze begrenzing van aansprakelijkheid nader in te vullen.'²¹⁸ Ik denk niet dat deze visie juist is. De formulering is juist gekozen om de lidstaten de vrijheid te bieden zelf nader in te vullen wat zij verstaan onder een 'grote hoeveelheid'. Die invulling van de beleidsruimte kan door het Hof niet, of hooguit in zeer marginale zin (als Nederland bijvoorbeeld zou besluiten om pas boven de 1000 kg hennep een strafverzwaring toe te passen) worden getoetst.

De belangrijkste conclusie die uit het voorbeeld van het Kaderbesluit illegale drugshandel te trekken is, is dat gradueel vaag Europees recht niet noodzakelijk hoeft te leiden tot vage omzettingswetgeving. Juist graduele vaagheid, die gemakkelijk op te lossen is, kan de gewenste beleidsvrijheid laten aan de lidstaten zonder dat het risico op vage omzettingswetgeving groot is. Graduele vaagheid op EU-niveau leidt dus niet zonder meer tot vaagheid op nationaal niveau, maar biedt juist aanknopingspunten voor een heldere delictsomschrijving in het nationale recht.

215 Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van illegale drugshandel.

216 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*).

217 *Kamerstukken II* 2005/06, 30339, B.

218 Geelhoed 2013, p. 367-369.

5.6.3 Onduidelijkheid en beleidsvrijheid: twee te onderscheiden fenomenen

De hierboven besproken voorbeelden maken het mogelijk om nader in te gaan op het argument dat richtlijnen vaag mogen zijn, omdat dat lidstaten de vrijheid biedt in de omzetting hun eigen keuzes te maken en om de omzettingsswetgeving zo goed mogelijk in te passen in het nationale recht.²¹⁹ Onduidelijkheid van EU-regelgeving wordt aldus vaak geassocieerd met beleidsvrijheid voor de lidstaten. Voor een zuivere argumentatie moet echter onderscheid worden gemaakt tussen bepalingen die bewust beleidsvrijheid laten aan de lidstaten en onversneden, niet-intentionele onduidelijkheid.

Van Gestel heeft het onderscheid van Duk tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid toegepast op kaderbesluiten.²²⁰ Beleidsvrijheid geeft lidstaten de bevoegdheid bij de omzetting op basis van een zelfstandige belangenafweging te kiezen voor een bepaalde regel dan wel af te zien van regeling van een bepaald onderwerp. Van Gestel noemt als voorbeeld artikel 6 van het Kaderbesluit terrorismebestrijding dat lidstaten de mogelijkheid biedt te voorzien in strafverminderinggronden in bepaalde gevallen.²²¹ Beoordelingsvrijheid behelst de ruimte die de rechter heeft bij de interpretatie van bestanddelen die uit het Europees recht afkomstig zijn. Van Gestel verwijst ter illustratie naar artikel 1 van hetzelfde Kaderbesluit, dat een definitie geeft van het terroristisch oogmerk en daarbij een vage term, 'ernstige vrees aanjagen' gebruikt.²²² Deze bepaling geeft volgens Van Gestel geen beleidsvrijheid, die het aan de lidstaten zou laten om nadere criteria te formuleren in de nationale wet. De bepaling geeft wel beoordelingsvrijheid: de nationale rechter zal moeten invullen wanneer er sprake is van 'ernstige vrees'. Die invulling door de rechter kan door het Hof van Justitie tamelijk indringend worden getoetst.²²³

Beleidsvrijheid is in het Europees recht vaak gemakkelijk te herkennen. Dit kan zich voordoen in een expliciete optionele harmonisatiebevoegdheid zoals genoemd artikel 6 Kaderbesluit terrorismebestrijding. Ook *graduele vaagheid* die in het Europees recht voorkomt kan worden gezien als een expliciete beleidsvrijheid voor de lidstaten. Anders is het waar in het Europees recht *criteriale vaagheid* voorkomt, zoals de term 'onjuist of misleidend signaal' in de definitie van marktmisbruik. Van deze term is onduidelijk of, en zo ja binnen welke kaders, lidstaten er nader invulling aan mogen geven. De mate waarin lidstaten discretionaire bevoegdheid hebben om vorm en middelen te kiezen bij de implementatie van een richtlijn, is sterk afhankelijk van de

219 Besproken in paragraaf 5.4.5.

220 Van Gestel 2006, p. 220-222.

221 Van Gestel 2006, p. 221; Kaderbesluit van de Raad 2002/475/JBZ van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.

222 Van Gestel 2006, p. 220-222.

223 Van Gestel 2006, p. 220-222.

tekst, context en het doel van het instrument.²²⁴ Of een richtlijn minimum-harmonisatie of totale harmonisatie beoogt, is daarom vaak voorwerp van discussie. In paragraaf 5.6.2 heb ik laten zien dat ook vage termen uit het Europees recht woordelijk worden overgenomen in het Nederlandse recht. Het vermoeden rijst dat lidstaten in dergelijke gevallen niet weten of, en zo ja hoeveel speelruimte zij hebben bij de omzetting. Dit probleem is in paragraaf 5.6.1 ook al gesignaleerd.²²⁵ In dat geval is er – in ieder geval in de praktijk – geen beleidsruimte voor de wetgever, maar slechts beoordelingsruimte voor de nationale rechter. Die rechter zal al snel genoodzaakt zijn prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie over de reikwijdte van de vage term.

Criteriaal vage normstelling op Europees niveau verhoogt kortom vermoedelijk meer dan gradueel vage normstelling het risico op vage normstelling op nationaal niveau. Deze conclusie zou nader moeten worden getoetst door systematisch en in meerdere landen te onderzoeken hoe Europees recht wordt omgezet in nationale wetgeving en te zoeken naar patronen in de relatie tussen onduidelijkheid van Europees recht en onduidelijkheid van nationaal recht. Tegelijkertijd kan worden gesteld dat deze criteriale vaagheid op Europees niveau veel voorkomt en ook moeilijk te bestrijden is. De bijzondere oorzaken van onduidelijkheid, genoemd in paragraaf 5.4.1, leiden niet zelden tot criteriale onduidelijkheid. Graduele vaagheid en optionele harmonisatiebevoegdheden vereisen namelijk overeenstemming over de ruimte die aan lidstaten wordt geboden. Bij het gebruik van open termen kan die overeenstemming gerieflijk achterwege blijven.

5.6.4 Implementatie van verordeningen

In deze subparagraaf kijk ik naar de implementatie van verordeningen en de wijze waarop de wetgever daarbij probeert het bepaaldheidsgebod te waarborgen. Alle onduidelijkheden op EU-niveau hebben rechtstreeks gevolgen op nationaal niveau, omdat verordeningen niet mogen worden omgezet. Wel nopen verordeningen soms tot het nemen van uitvoeringsmaatregelen of moeten zij worden geïmplementeerd in het nationale recht door bepalingen op te nemen inzake straffen die worden gesteld op de niet-naleving ervan.

De in paragraaf 5.6.1 genoemde Handleiding Wetgeving en Europa bevat enkele opmerkingen over het gebruikmaken van verwijzingen bij de implementatie van met name verordeningen. Deze verwijzingen kunnen worden gebruikt indien het Europees recht geen discretionaire ruimte biedt of nader uit te werken bepalingen bevat en dus inhoudelijk daarvoor geschikt is. Ten eerste worden instructies gegeven voor de formulering van statische en dynamische

224 Husabø & Bruce 2009, p. 431.

225 Zie Handleiding Wetgeving en Europa, p. 123.

verwijzingen, gebaseerd op de Aanwijzingen voor de Regelgeving (AR 341-343). Een statische verwijzing verwijst naar een regeling zoals die op een bepaald moment geldt. Deze bevat daarom de naam van de regeling, de vindplaats in het Publicatieblad van de EU én informatie over de laatste wijziging ervan.²²⁶ Daarmee is altijd volstrekt helder wat het geldende recht is, maar moet ook iedere wijziging in het Europees recht leiden tot een wijziging van de verwijzing. Een dynamische verwijzing bevat daarentegen alleen de naam van de regeling en een verwijzing naar de publicatie daarvan in het Publicatieblad van de EU. Wijzigingen of aanvullingen worden geacht 'inbegrepen' te zijn in de verwijzing. Hiermee wordt voorkomen dat indien de verordening of richtlijn wijzigt, de verwijzing geen referent meer heeft en om die reden niet langer kan worden toegepast. Zowel statische als dynamische verwijzingen zijn doorgaans toegestaan, maar in strafbepalingen zijn de mogelijkheden begrensd. Met name dynamische verwijzingen als onderdeel van de strafbepaling worden in de Handleiding problematisch geacht, omdat problemen kunnen ontstaan met het bepaaldheidsgebod.²²⁷ Een bepaling die slechts in algemene zin het handelen in strijd met de bepalingen van verordening x strafbaar stelt, wordt onomwonden 'ontoelaatbaar' geacht.²²⁸ In '101 praktijkvragen' (de voorganger van de Handleiding) werd daarop nog toegelicht dat specifiek naar een bepaling uit een verordening moet worden verwezen en dat moet worden nagegaan in hoeverre die bepaling voldoende nauwkeurig is om te worden toegepast in het strafrecht.²²⁹ Verder worden in de Handleiding definitiebepalingen ongeschikt geacht om naar te verwijzen, alsmede 'bepalingen waarvoor de strafbaarheid van de overtreding daarvan in het nationale recht geregeld moet worden.'²³⁰ Wat met die laatste aanwijzing bedoeld wordt, is mij echter niet geheel duidelijk. Het strafrecht bevat immers met regelmaat bepalingen die een handeling kwalificeren als strafbaar (een strafbaarstelling), terwijl de omschrijving van die handeling (de gedragsomschrijving) gelegen is in een verordening. In dat geval lijkt sprake te zijn van een dergelijke bepaling 'waarvoor de strafbaarheid van de overtreding daarvan in het nationale recht geregeld moet worden.'

Dynamische verwijzingen komen in de praktijk wel voor in het strafrecht. Een voorbeeld daarvan is artikel 10.60 Wmb, dat luidt: 'Het is verboden handelingen te verrichten als bedoeld in artikel 2, onder 35, van de EG-verordening overbrenging van afvalstoffen.' In artikel 1.1 sub 1 Wmb wordt een dynamische verwijzing gegeven naar de EVOA, met de titel en publicatieplaats, maar zonder een verwijzing naar de laatste versie. Artikel 2 sub 35 van de EVOA blijkt vervolgens een definitie te bevatten van het begrip 'illegale over-

226 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 118-119. Zie daarnaast AR 341-343.

227 Zie over dit probleem ook Satzger 2004, p. 947 e.v.

228 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 119-120.

229 101 praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten, p. 70.

230 Handleiding Wetgeving en Europa, p. 120-121.

brenging', bestaande uit 7 onderdelen die soms ook weer verwijzen naar andere onderdelen van de EVOA. De Wet milieubeheer bevat dus een dynamische verwijzing naar een definitiebepaling, die als bestanddeel van een strafbepaling fungeert. Dat is al problematisch omdat EU-wetgeving frequent wijzigt, maar het vaak ontbreken van geconsolideerde versies van instrumenten maakt het helemaal lastig om de reikwijdte van aansprakelijkheid vast te stellen voor een burger. Wel is het zo dat steeds naar specifieke bepalingen, hoe complex ook, van Europese regelgeving wordt verwezen en niet in algemene zin handelen in strijd met de EVOA strafbaar is gesteld.

Verwijzingen kunnen überhaupt problematisch zijn vanuit het oogpunt van overzichtelijkheid van het geheel aan rechtsnormen.²³¹ De gedragsnormen waar naar verwezen wordt zijn wellicht technisch en gecompliceerd, maar hoeven niet vaag te zijn. Ze zijn echter niet altijd gemakkelijk te achterhalen en de verhouding tussen verschillende normen en tussen verschillende normcomplexen kan onduidelijk zijn. De wetgever overwoog bij de uitvoering van de EVOA dat vanwege het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel was gekozen voor verwijzingen naar specifieke artikelen die strafrechtelijk worden gehandhaafd. Daarbij maakte de wetgever expliciet onderscheid tussen de bepaaldheid die is vereist in het bestuursrecht en in het strafrecht.²³² Ook gaf de wetgever toe dat het resultaat van de verwijzingen in artikel 10.60 Wm weinig inzichtelijk is. Om die reden is een lijst opgenomen als bijlage met een korte toelichting op de inhoud van het verbod waar naar wordt verwezen.²³³

5.7 HET BEPAALDHEIDSGEBOD EN DE NEDERLANDSE STRAFRECHTER

Het toetsen van wetgeving aan het bepaaldheidsgebod is in de context van het Europees strafrecht bepaald niet gemakkelijker geworden voor de Nederlandse rechter. Ten eerste is de vraag of de rechter bij het toetsen aan het

231 Kristen 2011, p. 335; De Hullu 2000.

232 'Voor wat betreft de strafrechtelijke handhaving van de EVOA kan, in tegenstelling tot bij de bestuursrechtelijke handhaving, niet worden volstaan met een algemene bepaling dat het verboden is handelingen te verrichten dan wel na te laten in strijd met de EVOA. Een dergelijke bepaling is te onbepaald, hetgeen in strijd is met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Om voldoende duidelijk te maken welke verbodsbepalingen strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, zijn in het onderhavige wetsvoorstel, evenals in de huidige situatie, verwijzingen opgenomen naar de concrete bepalingen van de EVOA waarvan overtreding strafbaar is gesteld.' *Kamerstukken II 2006/07, 30987, 3, p. 10-11.*

233 'De opsomming zoals die wordt voorgesteld in artikel 10.60 heeft als nadeel dat niet inzichtelijk is waarop het verbod in strijd met die bepalingen te handelen betrekking heeft. Om toch inzicht te verschaffen in de inhoud van de genoemde bepalingen is in bijlage 2 bij deze memorie van toelichting een lijst opgenomen waarin voor elke bepaling die in artikel 10.60 als strafrechtelijk handhaafbare bepaling wordt genoemd, met enkele trefwoorden een korte inhoudelijke toelichting is gegeven op de inhoud van het betreffende verbod.' *Kamerstukken II 2006/07, 30987, 3, p. 15.*

bepaaldheidsgebod rekening moet houden met de beperkte discretionaire vrijheid van de nationale wetgever.²³⁴ Ten tweede is de wetssystematische onduidelijkheid toegenomen door het bestaan van inconsistenties tussen nationaal en Europees recht, en door de complexiteit van met name het technische orderingsrecht. Kan succesvol een beroep op het bepaaldheidsgebod worden gedaan in een dergelijk geval? Heeft dit gevolgen voor de acceptatie van een verweer dat verontschuldigbaar is gedwaald ten aanzien van het recht? Tot slot wordt de rechter geconfronteerd met de vraag wat zijn mogelijkheden zijn om Europees recht aan een nationale toets aan het bepaaldheidsgebod te onderwerpen.

In de vorige paragraaf stond de wetgever centraal, in deze paragraaf wordt gekeken naar hoe de Nederlandse strafrechter, zowel de feitenrechter als de Hoge Raad, omgaat met deze vragen. Eerst wordt gekeken naar de procedurele mogelijkheden voor de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het legaliteitsbeginsel. Vervolgens wordt bekeken of en hoe de Nederlandse rechter omgaat met verweren die betrekking hebben op de onduidelijkheid van het Europees recht. Het laatste deel gaat ten slotte over zaken waarin door of namens de verdachte een beroep is gedaan op verontschuldigbare rechtsdwaling.

5.7.1 De bevoegdheid van de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het bepaaldheidsgebod

Wat zijn de mogelijkheden voor de nationale rechter om Europees en nationaal recht te toetsen aan het bepaaldheidsgebod, en wat zijn daarvan de rechtsgevolgen?

Wanneer het *Europees recht* onduidelijk is mag de nationale rechter niet, het is al meermalen aan de orde geweest, Europees recht eigenhandig ongeldig verklaren.²³⁵ Indien de rechter meent dat het Europees recht dermate onduidelijk is dat het ongeldig moet worden verklaard, zal hij daarvoor de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU moeten aanwenden. Een minder drastisch middel is om de Europese rechter om een uitleg van het Europees recht te vragen, eveneens in een prejudiciële procedure. Als de betekenis van een bepaling van Europees recht niet geheel duidelijk is, dan kan de rechter het Hof van Justitie verzoeken daar duidelijkheid over te geven. Zo wordt een bepaling in de jurisprudentie verder geconcretiseerd. Op die manier bestaat dus binnen de Europese Unie een procedurele oplossing voor onduidelijkheid in het Unierecht.

²³⁴ De vragen die in deze paragraaf worden gesteld zijn voor een belangrijk deel ontleend aan Borgers 2011, p. 173-174.

²³⁵ HvJ EG 22 oktober 1987, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*).

Als niet het Europees recht maar het *nationale recht* onduidelijk is, wat zijn dan de mogelijkheden voor de nationale rechter? Vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Gw mag de rechter omzettingswetgeving niet toetsen aan de Grondwet. Schutgens schrijft in zijn proefschrift over onrechtmatige wetgeving dat de rechter formele wetgeving wel onverbindend kan verklaren wegens strijd met een verdragsbepaling. Dit volgt uit artikel 94 Gw, dat bepaalt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien de toepassing daarvan onverenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Als er geen enkele toepassing van de wet denkbaar is die wel verenigbaar is met het verdrag, kan volgens Schutgens de norm als zodanig onverbindend worden verklaard.²³⁶ Het gevolg van het buiten toepassing laten van de regel in plaats van het onverbindend verklaren daarvan, is dat de toepasbaarheid van de norm in andere gevallen niet per definitie wordt aangetast. Sterker nog, volgens Schutgens is het buiten toepassing laten van een norm 'een sterke indicatie dat er met de lagere regeling als zodanig niets mis is en dat de reden dat zij niet wordt toegepast van incidentele aard is.'²³⁷ Door in zijn overwegingen al dan niet te constateren dat de bepaling naar zijn oordeel onverbindend is, kan de rechter duidelijk maken of de buitentoepassinglating geschiedt op gronden die ook in andere gevallen moeten leiden tot buitentoepassinglating van de bepaling, of dat deze beperkt is tot het concrete geval.

Een strafbepaling, ook een formeelwettelijke, kan dus in theorie door de rechter onverbindend worden verklaard wegens strijd met artikel 7 lid 1 EVRM. In ieder geval voor de strafrechter geldt niettemin de beperking dat hij die onverbindendheid slechts kan *constateren* in zijn overwegingen.²³⁸ Het beslissingsmodel van artikel 348 en 350 Sv geeft de rechter immers een beperkt aantal einduitspraken. Onverbindendverklaring van de strafbepaling kan daarom geen onderdeel van het dictum zijn. De rechter zal de bepaling in het concrete geval buiten toepassing laten en de verdachte ontslaan van alle rechtsvervolgning. De Hoge Raad heeft gesteld dat de strafrechter de verbindendheid van de strafbepaling moet beoordelen, en in het geval dat de bepaling onverbindend is deze buiten toepassing moet laten.²³⁹ Wanneer de Hoge Raad echter zelf wetgeving aan het EVRM toetst, lijkt niet de verbindendheid van het voorschrift, maar slechts de toepasbaarheid in concrete zin op het spel

236 Schutgens 2009, p. 9-14.

237 Schutgens 2009, p. 10.

238 Schutgens 2009, p. 85. Hij noemt dit onverbindendverklaring 'in ruime zin' versus 'declaratoire onverbindendverklaring', een dictum van de burgerlijke rechter.

239 HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9224, NJ 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis, m.n. r.o. 3.7.2. en 3.7.5. In lagere rechtspraak blijft die laatste stap, het buiten toepassing laten van de norm, soms achterwege. Zie Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899; Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, NJ 1986/114.

te staan.²⁴⁰ Dat *geen enkele* toepassing van de norm in overeenstemming is met artikel 7 EVRM is dan ook niet waarschijnlijk, waardoor de nadruk komt te liggen op toepasbaarheid ervan in het concrete geval. In wezen is de constatering van onverbindendheid door de strafrechter ook niet relevant, want ongeacht of hij dat doet, laat hij de bepaling buiten toepassing waarna ontslag van alle rechtsvervolging volgt. Volgens Schutgens geldt ook voor wetten die in strijd zijn met het communautaire recht dat zij onverbindend kunnen worden verklaard, omdat het communautaire recht doorwerkt buiten de Grondwet om en juist artikel 94 Gw (door de formulering die op *toepassing* ziet) leidt tot twijfel over de bevoegdheid tot onverbindend verklaren.²⁴¹ Dat wetten in strijd met Europees recht onverbindend moeten of kunnen worden verklaard, kan echter worden betwijfeld. Nu Europees recht doorwerkt krachtens en op de voorwaarden van Europees recht, zouden de rechtsgevolgen van toetsing ook moeten volgen uit het Europees recht. Het Europees recht verplicht de rechter nooit tot het onverbindend verklaren van nationaal recht, maar slechts tot het buiten toepassing laten daarvan. Dat betekent wanneer een formele wet in strijd is met het legaliteitsbeginsel uit het Handvest, de rechter daaraan het rechtsgevolg van buitentoepassinglating moet verbinden, maar zich in ieder geval op grond van het Europees recht niet kan uitspreken over de verbindendheid van de bepaling.

5.7.2 Hoe toetst de Nederlandse rechter Europese regelgeving en omzettingswetgeving aan het bepaaldheidsgebod?

In deze subparagraaf wordt rechtspraak besproken van de nationale rechter waarin werd betoogd dat de strafbepaling buiten toepassing moest blijven wegens strijd met het bepaaldheidsgebod. Daarbij is de vraag hoe de rechter omgaat met de beperkte vrijheid die de Nederlandse wetgever soms heeft om delictsom beschrijvingen naar eigen inzicht vorm te geven. Deze vraag werd opgeworpen door Borgers in zijn preadvies voor de NJV uit 2011.²⁴² Hebben richtlijnen die zijn omgezet in het Nederlandse recht een voldoende heldere omschrijving gekregen en zo nee, is het relevant of dit de wetgever al dan niet te verwijten valt (gezien diens beperkte vrijheid bij de omzetting)?

De hoeveelheid jurisprudentie over onbepaaldheid in het Europees strafrecht is vooralsnog beperkt en geeft geen aanleiding tot vermoedens dat daarin wezenlijk anders aan het bepaaldheidsgebod wordt getoetst dan in zuiver nationale zaken. De gepubliceerde rechtspraak bevat vonnissen die voor het overgrote deel zijn gewezen vóór 1 december 2009, op het moment dat het

240 HR 8 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC0279, NJ 1994/412 (*Rechter mag formele wet niet toetsen aan Grondwet/lex certa*), r.o. 5.2.1.

241 Schutgens 2009, p. 14.

242 Borgers 2011, p. 173-174.

Handvest nog niet bindend was. In alle zaken oriënteert de rechter zich daarom (mede), net als in zuiver nationale zaken, op artikel 7 EVRM en niet op artikel 49 Hv. Er zijn echter geen aanwijzingen gevonden dat artikel 49 Hv een andere uitleg krijgt van het Hof van Justitie dan artikel 7 EVRM van het EHRM krijgt. Daarom is er geen reden te vermoeden dat het oordeel in deze vonnissen nu wezenlijk anders zou uitvallen dan voor 1 december 2009.

Het bepaaldheidsgebod in zuiver nationale zaken

In de jurisprudentie over het bepaaldheidsgebod in *nationale zaken* overheerst de rechtenconceptie, net als in de jurisprudentie van het EHRM. Met name het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid speelt een belangrijke rol, omdat het bepaaldheidsgebod vaak wordt ingeroepen in orderingsrechtelijke zaken. Het beroemde *Kruls*-arrest is daar een voorbeeld van.²⁴³ Daarin sluit de Hoge Raad aan bij de in EHRM-verband courante opvatting dat van professionele marktdeelnemers mag worden verwacht dat zij zich in het bijzonder oriënteren op de strafnormen die mogelijk op hun handelen van toepassing zijn.²⁴⁴ Dit past, zoals Groenhuijsen en Kristen terecht opmerken, bij een subjectieve invulling van de toets aan het bepaaldheidsgebod.²⁴⁵ Daarnaast is in het *Kruls*-arrest een afweging zichtbaar tussen bepaaldheid en andere belangen. De Hoge Raad overweegt dat strafbepalingen de burger in staat moeten stellen te onderscheiden welke gedragingen strafbaar zijn, maar:

‘Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt.’²⁴⁶

Het belang van bepaaldheid wordt dus ten eerste afgewogen tegen doelmatigheid. De tweede overweging is nog interessanter, omdat daarin een tegenstelling wordt geconstrueerd tussen semantische en systematische duidelijkheid: als de tekst van de wet té duidelijk is, is het recht mogelijk niet langer overzichtelijk. Het lijkt mij dat hier opnieuw de veronderstelling aan ten grondslag

243 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Kruls*).

244 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Kruls*), r.o. 3.5. De Hoge Raad verwijst naar het in paragraaf 5.5.1 besproken arrest EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*), r.o. 35.

245 Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 342.

246 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Kruls*), r.o. 3.4.

ligt dat algemenere termen altijd onduidelijker zijn dan specifieke termen en dat daarom bepaaldheid gepaard gaat met gedetailleerdheid van regelgeving. Hoewel die mogelijkheid inderdaad bestaat, is dit geen algemene regel.²⁴⁷ Tegelijkertijd wordt hiermee wel het belang van systematische duidelijkheid erkend. Het lijkt erop dat ook wetssystematische onduidelijkheid kan leiden tot een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod.

Een toets aan het bepaaldheidsgebod beperkt zich niet tot een louter abstracte toets. Het is mogelijk dat een bepaling voor een deel van de gevallen duidelijk is, terwijl toepassing op andere gevallen onvoorzienbaar is. In een arrest uit 2012 oordeelde de Hoge Raad – volgens annotator Kelder voor het eerst – dat niet eerst in cassatie over een schending van het bepaaldheidsgebod kon worden geklaagd.²⁴⁸ Wanneer de klacht niet behelst dat de bepaling in algemene zin te vaag is, maar dat deze voor de verdachte in de gegeven omstandigheden niet duidelijk maakte dat de gedraging strafbaar was, dan zullen ten overstaan van de feitenrechter de relevante feiten en omstandigheden worden geschetst. Kelder merkt mijns inziens terecht op dat met een concrete toets de afstand tussen het bepaaldheidsgebod en de verontschuldigde rechtsdwaling kleiner wordt.²⁴⁹

Verder kan in algemene zin over de rechtspraak over het bepaaldheidsgebod worden gesteld dat die niet bijzonder streng is.²⁵⁰ Dat is zeker het geval waar het orderingsrecht betreft. Stijnen kwam op basis van een interne rechtsvergelijking zelfs tot de conclusie dat de rechter in het punitief bestuursrecht de helderheid van normen strikter beoordeelt dan in het economisch strafrecht.²⁵¹ Voorbeelden van een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod zijn slechts sporadisch en uitsluitend in de feitenrechtspraak te vinden. Eén van de zeer weinige gevallen uit de Nederlandse rechtspraak waarin een strafbepaling onverbindend werd geacht, ging over een strafbepaling die een gradueel vaag en betwistbaar bestanddeel bevatte.²⁵² Ook in Duitsland ging een zeldzaam voorbeeld over een graduele vaagheid.²⁵³ Een ander geval

247 Zoals in paragraaf 5.5.1 al aangegeven: algemene termen zijn niet noodzakelijk vager dan specifieke termen.

248 HR 9 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX4096, NBSTRAF 2012/388, m.nt. T.J. Kelder.

249 Kelder in zijn annotatie bij HR 9 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX4096, NBSTRAF 2012/388.

250 Zo ook Kristen 2011, p. 328.

251 Stijnen 2011.

252 Het Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg, belast met het stellen van maximumtarieven die op grond van de Wet tarieven gezondheidszorg niet mochten worden overschreden, stelde met betrekking tot bepaalde geneeskundige handelingen dat zoveel 'als redelijk is' mocht worden gedeclareerd. Op basis van deze regel kon volgens de rechtbank de betrokkene niet met voldoende duidelijkheid zijn plichten kennen. Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, NJ 1986/114.

253 Dat ging om de strafbaarheid van de invoer van een 'niet geringe hoeveelheid' (*nicht geringe menge*) verdovingsmiddelen. Het Bundesgerichtshof vond dat dit begrip moest worden geconcretiseerd alvorens het kon worden toegepast, BGH 7 november 1983, NJW 1984/657 (*Nicht geringe Menge von Betäubungsmitteln*).

betrof een voorbeeld van overinclusiviteit: de kantonrechter oordeelde dat de bepaling een 'onbegrensde reikwijdte' had en achtte die bepaling daarom onverbindend.²⁵⁴ Wat ten slotte géén rol speelt in de jurisprudentie, is de vraag in hoeverre de wetgever de mogelijkheid had gehad om een duidelijker strafbepaling te formuleren. Om die reden valt niet te verwachten dat de jurisprudentie in het Europees strafrecht anders uitvalt: aan het argument dat Borgers noemt, minder vrijheid voor de wetgever, lijkt in de jurisprudentie geen betekenis te worden gehecht.

Semantische onduidelijkheid in het Europees strafrecht

Als gezegd is in de jurisprudentie over *Europees strafrecht* waarin een beroep op het bepaaldheidsgebod wordt gedaan het beeld niet wezenlijk anders. Bijna alle rechtspraak heeft betrekking op ordeningsstrafrecht, waardoor een beroep vaak afketst op de eisen die aan een professionele marktpartij kunnen worden gesteld. Ik bespreek een exemplarisch tweetal zaken bij de Hoge Raad over lekkage van koelmiddelen.²⁵⁵ Het Europees recht verplicht in een verordening dat 'alle uitvoerbare voorzorgsmaatregelen' worden genomen om lekkage 'te voorkomen',²⁵⁶ en inmiddels is daaraan toegevoegd 'of tot een minimum te beperken'.²⁵⁷ In de Nederlandse wet is daarom een zorgplicht opgenomen die verbiedt te werken met een koelinstallatie die onvoldoende lekdicht is.²⁵⁸ In de uitvoeringsmaatregelen is echter bewust geen maximum aan verlies van vloeistoffen opgenomen.²⁵⁹ Ze lijden daarom aan graduele vaagheid. In beide zaken wordt geklaagd over de vaagheid van deze normen. Echter, eveneens in beide zaken is duidelijk dat bij de rechtspersonen enorme percentages van de gebruikte koelvloeistof weglekten, tussen de 16 en 113 procent. De Hoge Raad merkt ten eerste op dat professionele marktdeelnemers zich moeten oriënteren op de beperkingen waaraan hun handelingen zijn onderworpen. De Hoge Raad vervolgt dat het voor de verdachte duidelijk moet zijn geweest dat de lekverliezen die zich voordeden in strijd waren met het voorschrift, daarom is de toepassing daarvan niet in strijd met het bepaaldheidsgebod zoals

254 Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899. Opvallend is daarbij dat het om een objectieve toets ging, aangezien het voor de verdachte wel duidelijk moet zijn geweest dat zijn handelen onder de norm viel.

255 HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans; HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435.

256 Art. 15 lid 1 Verordening (EG) 3093/94 van de Raad van de Europese Unie van 15 december 1994 betreffende stoffen die ozonlaag afbreken.

257 Art. 23 lid 1 Verordening (EG) 1005/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 26 september 2009 betreffende de ozonlaag afbrekende stoffen.

258 Art. 15 Besluit inzake stoffen die de ozonlaag aantasten 1995, dat nader uitgewerkt wordt door Voorschrift 6.1.1. uit de bijlage bij de Regeling lekdichtheidsvoorschriften koelinstallaties 1997: 'De beheerder van een koelinstallatie dient zorg te dragen voor een zodanig beheer van deze installatie dat verlies van koudemiddel voorkomen wordt.'

259 Concl. A-G N. Jörg bij HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435, punt 7.

dat besloten ligt in artikel 1 lid 1 Sr, artikel 7 EVRM en artikel 15 lid 1 IVBPR.²⁶⁰ Naar het Europeesrechtelijke legaliteitsbeginsel wordt niet verwezen. Daaruit blijkt dat de Hoge Raad een subjectieve benadering van rechtszekerheid hanteert, die een schending van het bepaaldheidsgebod afhankelijk maakt van het voor de concrete verdachte al dan niet voorzienbaar zijn van het strafrechtelijk karakter van zijn eigen gedragingen. Of vooraf voorzienbaar was vanaf welk percentage lekverlies de zorgplicht zou zijn geschonden, wordt niet beoordeeld. Wel was voorzienbaar dat *dit* lekverlies tot strafrechtelijke aansprakelijkstelling zou leiden. In de jurisprudentie wordt geen aandacht geschonken aan de vrijheid die de wetgever al dan niet heeft gehad bij het formuleren van de delictomschrijving. Dat is ook niet nodig omdat het bepaaldheidsgebod in geen van de zaken die bij de Hoge Raad is gekomen geschonden wordt geacht.²⁶¹ De toets die de Hoge Raad aanlegt lijkt inderdaad niet te verschillen van de toets van zuiver nationaal strafrecht. De in dit arrest gehanteerde contextuele en subjectieve benadering is in meer zaken zichtbaar.²⁶²

De mogelijkheid van afweging van bepaaldheid tegen andere belangen komt duidelijk naar voren in drie vonnissen van de Rechtbank Maastricht, opnieuw niet in het kader van het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel, maar in het kader van artikel 1 Sr. Daarin overweegt de rechter: 'Naar het oordeel van de rechtbank is een zekere vaagheid inherent aan de wetgeving op het gebied van het nuttig gebruik en de verwijdering van afvalstoffen; een scherper geformuleerd alternatief voor het begrip "afvalstoffen" is moeilijk denkbaar, omdat het afbreuk zou (kunnen) doen aan de doelstelling van deze wetgeving, namelijk mens en milieu te beschermen tegen de schadelijke invloeden van (de behandeling van) afvalstoffen.'²⁶³ Hier wordt het bepaaldheidsgebod zelfs afgewogen tegen doelmatigheid. Als de bepaling scherper geformuleerd zou worden, kan deze niet meer zo effectief worden ingezet bij de bescherming tegen schadelijke afvalstoffen.

Een enkel voorbeeld heeft betrekking op de mensenhandelbepaling van artikel 273f Sr, die tot het commune strafrecht behoort. Ook hier slaagde het beroep niet. Het kaderbesluit stelde dat uitbuiting 'ten minste' een aantal vormen moest omvatten, waaronder verplichte arbeid of diensten, slavernij of daarmee vergelijkbare praktijken en nog enkele vormen. Over die definitie, die afkomstig is uit het Palermo-protocol, werd opgemerkt door de United

260 HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans, r.o. 3.4.

261 Het lijkt erop dat de lagere rechtspraak soms strenger toetst, aangezien alleen in de lagere rechtspraak beroepen op het bepaaldheidsgebod worden gehonoreerd. Zie de eerder besproken zaak Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, NJ 1986/114 en de casus uit dit hoofdstuk Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853.

262 Zie bijvoorbeeld HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3643.

263 Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9779, JAF 2003/77, m.nt. D. van der Meijden; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9731; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9763.

Nations Office on Drugs and Crime dat het legaliteitsbeginsel vereist dat de vormen van uitbuiting limitatief worden opgesomd in het nationale strafrecht.²⁶⁴ Nederland heeft echter in artikel 273f Sr een niet-limitatieve opsomming opgenomen, die begint met 'Uitbuiting omvat ten minste'. In dit geval heeft beleidsvrijheid dus geleid tot criteriale onduidelijkheid naar nationaal recht, want onduidelijk is wat er nog meer onder 'uitbuiting' valt en op basis van welke voorwaarden. Bij het Hof Den Bosch werd geklaagd over de voorzienbaarheid van de uitleg van het 'oogmerk van uitbuiting' die door de Hoge Raad was gegeven.²⁶⁵ Volgens de verdachte was het niet mogelijk te bepalen welke gedragingen strafbaar zijn, zelfs al zou daarvoor juridisch advies worden ingewonnen – het is immers overgelaten aan de praktijk om nadere invulling te geven aan het begrip. Het hof antwoordt op deze klacht: 'In de woorden 'ten minste' ligt naar het oordeel van het hof besloten dat ook andere dan de in dit lid genoemde gedragingen onder de reikwijdte van het begrip uitbuiting kunnen vallen. De omstandigheid dat daardoor de reikwijdte van het begrip uitbuiting niet geheel duidelijk is en daaraan in de rechtspraak nader inhoud dient te worden gegeven, betekent naar het oordeel van het hof echter niet dat er sprake is van strijd met het lex-certa-beginsel.' Het beroep op het bepaaldheidsgebod slaagt niet, omdat de uitleg die de Hoge Raad had gegeven voldoet aan de criteria van het EVRM dat de interpretatie 'aansluit bij de essentie van het delict en redelijkerwijze voorzienbaar is.'²⁶⁶ Opnieuw wordt dus wel naar het EVRM, maar niet naar het EU-recht verwezen om te toetsen of aan de vereisten van het bepaaldheidsgebod is voldaan. Bijzonder aan dit arrest is dat hierin wordt erkend dat de vraag of het recht voldoende bepaald is niet alleen wordt beoordeeld op grond van wetgeving, maar ook van rechtspraak. Het bepaaldheidsgebod is aldus een gedeelde verantwoordelijkheid tussen wetgever en rechter.

Er is slechts één gepubliceerd voorbeeld, uit de lagere rechtspraak, van een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod in een mede door het Europees recht gereguleerde situatie – met dien verstande dat de rechter komt tot de einduitspraak ontslag van alle rechtsvervolging wegens afwezigheid van alle schuld.²⁶⁷ De verdachte is een rechtspersoon die chemische (reinigings-) producten im- en exporteert. De rechtspersoon heeft gehandeld in stoffen die

264 UNODC, Model Law against Trafficking in Persons, United Nations Publication 2009, p. 35 (online beschikbaar op http://www.unodc.org/documents/legal-tools/Model_Law_TiP.pdf, laatst geraadpleegd 22 april 2015).

265 Hof Den Bosch 17 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7215 (*Chinese horeca*). De zaak was eerder voorgelegd aan de Hoge Raad, HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097/ECLI:NL:HR:2009:BI7097 (*Chinese horeca*), NJ 2010/598, m.nt. Y. Buruma.

266 Hof Den Bosch 17 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7215 (*Chinese horeca*).

267 Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853. Welke variant van avas het betreft, is niet nader gespecificeerd. Correkter zou mijns inziens zijn geweest het buiten toepassing laten van de norm wegens schending van het bepaaldheidsgebod, hetgeen zou hebben geleid tot ontslag van alle rechtsvervolging wegens niet-kwalificeerbaarheid van het bewezenverklaarde.

voorkomen in de bijlage ‘geregistreerde stoffen’ bij een verordening inzake drugsprecursoren.²⁶⁸ Ten aanzien van die stoffen bestaat een meldingsplicht voor verdachte verkooptransacties om te voorkomen dat op zichzelf legale middelen in handen komen van personen die verdovende middelen produceren. Het verwijt aan de verdachte is dat zij niet heeft voldaan aan de meldingsplicht, maar de verdachte stelt dat er geen indicatoren zijn die kunnen worden gehanteerd bij de beslissing of van een transactie melding moet worden gemaakt. De politierechter steunt dat oordeel, en concludeert:

‘Het voorgaande betekent dat met de wijze waarop het niet voldoen aan de meldingsplicht van art. 2 Wvmc (oud) en art. 2 Wvmc jo. art 8 lid 1 strafbaar is gesteld niet wordt voldaan aan de vereisten van het zogenaamde “lex certa”-beginsel. De eisen van rechtszekerheid brengen mee dat de burger moet weten waar hij aan toe is als overtreding van wetsvoorschriften met straf wordt bedreigd. De Europese en/of nationale wetgever dient in het formuleren van delictsomschrijvingen zo bepaald mogelijk te zijn. Is er niettemin sprake van strafbaarstelling via een vage norm als de onderhavige dan dient de normadressaat adequaat te worden voorgelicht omtrent zijn verplichtingen. Nu niet kan worden vastgesteld dat dat is gebeurd, kan verdachte van het bewezen geachte geen verwijt worden gemaakt, hetgeen moet leiden tot ontslag van rechtsvervolging.’²⁶⁹

Allereerst toont dit vonnis dat in de praktijk niet altijd helder onderscheid wordt gemaakt tussen het bepaaldheidsgebod en de afwezigheid van alle schuld – een kwestie die in de volgende subparagraaf nader aan de orde komt. De strafbepaling voldoet niet aan het bepaaldheidsvereiste, en dat leidt tot ontslag van rechtsvervolging wegens afwezigheid van alle schuld als einduitspraak. Wat daarvan ook zij, het is interessant dat de rechter de vraag naar verantwoordelijkheid voor heldere wetgeving pragmatisch benadert: ‘De Europese en/of nationale wetgever’ zijn gebonden aan het bepaaldheidsgebod bij ‘het formuleren van delictsomschrijvingen’. Het lijkt de rechter niet uit te maken op welk niveau de onduidelijkheid is gelegen en wat daarvan de oorzaken zijn.

Wetssystematische onduidelijkheid in het Europees strafrecht

Zojuist is besproken dat de Hoge Raad in het *Krulsla*-arrest suggereert dat een beroep op het bepaaldheidsgebod mogelijk is niet alleen indien bepalingen uit het strafrecht onvoldoende nauwkeurig zijn geformuleerd, maar ook indien het geheel van strafnormen dermate complex is dat aan de kenbaarheid afbreuk wordt gedaan. Anders gezegd: niet alleen semantische onduidelijkheid, ook wetssystematische onduidelijkheid zou aanleiding kunnen geven tot een

268 Verordening (EG) 273/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 inzake drugsprecursoren.

269 Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853.

geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod. Op een dergelijk verwijt werd reeds meermalen gepreludeerd: Koopmans heeft gesuggereerd dat de regelgeving met betrekking tot afvalstoffen dermate complex is dat deze mogelijk in strijd komt met het bepaaldheidsgebod.²⁷⁰ Advocaat-generaal Machielse verzuchtte bij een complexe zaak over de bescherming van bedreigde dieren- en plantensoorten:

‘Ik kan niet zeggen dat de wetgeving die hier van toepassing is gekenmerkt wordt door toegankelijkheid, duidelijkheid en consistentie, gelet op het haasje-overspringen van allerlei nationale en internationale voorschriften, de vaagheid en verbrokkeling van de bepalingen en het bestaan van verschillende elkaar niet dekkende bijlagen en lijsten. Met name de Europese regelgeving is weer een voorbeeld van complexiteit en onleesbaarheid, dat het nog eens een keer moet doen zonder een verhelderende toelichting. Naar mijn mening is hier de grens van het lex-certabeginsel wel gevaarlijk dicht genaderd.’²⁷¹

In de gepubliceerde jurisprudentie wordt echter door of namens de verdachte steeds uitsluitend aangevoerd dat de regelgeving te vaag is, niet dat deze te complex is. Aangezien het in de regel gaat om rechtspersonen die worden vervolgd, is aannemelijk dat van hen als professionele marktdeelnemers juist ten aanzien van de complexiteit aanzienlijke inspanningen worden verwacht en een dergelijk beroep niet snel zal slagen.

Het voorgaande kan concluderend als volgt worden samengevat. Omzettingswetgeving en uitvoeringsmaatregelen die onder de reikwijdte van het Europees strafrecht vallen zijn niet zelden onduidelijk. Met name wetssystematische onduidelijkheid doet zich veel voor, maar dat leidt zelden tot een beroep op het bepaaldheidsgebod. Een verklaring daarvoor is dat het Europees strafrecht vaak een ordeningsrechtelijk karakter heeft, en dat van professionele marktdeelnemers kan worden verwacht dat zij in staat zijn om te gaan met complexe regelgeving. Het ordeningsrechtelijke karakter maakt ook dat een beroep op semantische onduidelijkheid niet snel slaagt. De Nederlandse rechter laat zich inspireren door het EHRM en hanteert een contextueel bepaald begrip van rechtszekerheid, wat ertoe leidt dat de eisen aan wetgeving in ordeningsrechte-

270 Koopmans in zijn annotatie bij HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, JM 2005/37: ‘Hoewel niet valt uit te sluiten dat zich situaties kunnen voordoen waarbij de ingewikkeldheid van de betreffende regelgeving problemen oplevert met het bepaaldheidsgebod, zoals wellicht het geval zou kunnen zijn met betrekking tot het begrip afvalstof, mede in het licht van Europese besluitvorming en jurisprudentie, is de kans dat de strafrechter een dergelijk verweer honoreert niet heel groot. Mogelijk biedt in sommige gevallen een beroep op rechtsdwaling soelaas, hoewel ook hiervoor geldt dat de strafrechter erg terughoudend is, tenzij er bijvoorbeeld gewezen kan worden op uitlatingen van het ministerie van LNV zoals in MenR, 21K.’

271 A-G A.J.M. Machielse in zijn conclusie bij HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1150, NJ 2000/129.

lijke context iets minder zwaar zijn dan in het klassieke strafrecht. Daarnaast wordt de toets aan het bepaaldheidsgebod redelijk subjectief ingekleurd: was het voor deze verdachte mogelijk om te weten of de gedraging strafbaar was of niet? Het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel speelt in de jurisprudentie geen rol. Tot slot is in een enkele zaak zichtbaar dat een afweging toelaatbaar is van bepaaldheid tegen andere belangen. De afweging van belangen en de subjectieve benadering van rechtszekerheid zijn twee kenmerken van de rechtenconceptie die ook in de Nederlandse strafrechtspraak waarneembaar zijn. Het derde kenmerk, de medeverantwoordelijkheid van de rechter voor de bepaaldheid van strafwetgeving, komt echter niet expliciet tot uitdrukking. Niettemin overheersen in de rechtspraak de ideeën van de rechtenconceptie.

5.7.3 Hoe toetst de Nederlandse rechter een beroep op rechtsdwaling?

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat een beroep op het bepaaldheidsgebod meestal strandt. Dat roept de vraag op of de rechter wellicht andere consequenties dan een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod verbindt aan het feit dat het voor verdachten niet altijd gemakkelijk is de reikwijdte van hun plichten te bepalen. Heijder suggereerde dat een tanende rol van het legaliteitsbeginsel kan worden gecompenseerd door de avas.²⁷² Indien het Europees recht leidt tot een gewijzigde interpretatie van het nationale recht, is ook het formuleren van rechterlijk overgangsrecht een mogelijkheid: de rechter bepaalt dan dat de gegeven uitleg niet op het voorliggende geval zal worden toegepast.²⁷³

Welke oplossing de rechter kiest, is om twee redenen van belang. Ten eerste heeft buitentoepassinglating, voor zover daarvoor wordt gekozen wegens gebrekkigheid van de norm, de potentie om ook in vergelijkbare zaken te worden toegepast. De rechtsdwaling is als schulduitsluitingsgrond toegesneden op het individuele geval, en of daarvan sprake is, is mede afhankelijk van het door de verdachte verrichte onderzoek ter zake van het geldend recht. Ten tweede leidt het buiten toepassing laten van de bepaling altijd tot ontslag van alle rechtsvervolging omdat het feit niet kan worden gekwalificeerd, terwijl het aannemelijk achten van avas leidt tot ontslag van alle rechtsvervolging wegens het aannemen van een schulduitsluitingsgrond, dan wel – bij culpoze delicten – tot vrijspraak.

Voorbeelden van het buiten toepassing laten van een bepaling wegens onduidelijkheid zijn in de context van het Europees strafrecht echter niet gevonden. Borgers heeft in zijn preadvies voor de NJV over het legaliteitsbeginsel de vraag gesteld of de doorwerking van Europees recht consequenties heeft

²⁷² Heijder 1979, p. 152.

²⁷³ Zie voor een uitzonderlijk voorbeeld daarvan HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, NJ 1998/367 (*Pikmeer II*), r.o. 5.11. Uitgebreid over dit onderwerp Groenhuijsen 2003.

voor de toetsing aan de rechtsdwaling.²⁷⁴ Borgers vindt dat de toets aan de rechtsdwaling enigszins versoepeld zou moeten worden, zodat het ook mogelijk is een beroep daarop te doen indien wel onderzoek is gedaan naar de reikwijdte van de norm, maar daarover geen zekerheid is verkregen.²⁷⁵ Nu legt de rechter het risico daarvan in beginsel bij de burger, die immers niet heeft gehandeld in de veronderstelling dat de gedraging toegestaan was.²⁷⁶ Knigge heeft hier tegenin gebracht dat met een concrete toets aan het bepaaldheidsgebod een dergelijke situatie zou kunnen en moeten leiden tot het buiten toepassing laten van de norm in het concrete geval.²⁷⁷ In de gepubliceerde rechtspraak zijn meerdere uitspraken te vinden waarin een beroep werd gedaan op verontschuldigbare rechtsdwaling. Daarom is onderzocht of een dergelijk beroep wellicht kansrijker is dan een beroep op het bepaaldheidsgebod. Is dat het geval, dan wordt de afwezigheid van heldere normen in ieder geval ten dele gecompenseerd door rechtsbescherming in het individuele geval.

Allereerst valt op, zoals zojuist aangestipt, dat in de rechtspraak niet altijd een helder onderscheid wordt gemaakt tussen het bepaaldheidsgebod en de afwezigheid van alle schuld. Het verschil tussen het bepaaldheidsgebod en de verontschuldigbare rechtsdwaling is dat het bepaaldheidsgebod betrekking heeft op de norm, terwijl rechtsdwaling betrekking heeft op (het handelen van) de verdachte. Voldoet de norm niet aan het bepaaldheidsvereiste, dan moet zij buiten toepassing worden gelaten, hetgeen leidt tot niet-kwalificeerbaarheid van het bewezenverklarde. Rechtsdwaling heeft geen betrekking op de norm, maar leidt in een concreet geval tot ontslag van alle rechtsvervolging wegens het ontbreken van schuld (en tot vrijspraak bij culpoze delicten). In zoverre ligt het voor de hand dat door de verdediging altijd primair een beroep op het bepaaldheidsgebod wordt gedaan, subsidiair op rechtsdwaling. Het onderscheid tussen beide leerstukken wordt echter lang niet altijd zuiver gemaakt in de jurisprudentie. In de vorige subparagraaf werd al een zaak besproken waarin de rechter tot de conclusie komt dat de wet niet voldoet aan het *lex certa*-beginsel, waarna hij de verdachte ontslaat van rechtsvervolging wegens afwezigheid van alle schuld.²⁷⁸ Ook in drie vonnissen van de Rechtbank Maastricht, tevens besproken in de vorige subparagraaf, is het onderscheid niet duidelijk. Onder de kop 'De strafbaarheid van de verdachte' bespreekt de rechtbank dat de verdachte een beroep heeft gedaan op artikel 1 Sr, omdat de strafbepalingen te onbepaald zijn in het licht van het *lex certa*-beginsel.

²⁷⁴ Borgers 2011, p. 173-174.

²⁷⁵ Borgers 2011, p. 151-155. Zie ook het verslag van de beraadslaging naar aanleiding van vraagpunt 4 in het Verslag van de op 10 juni 2011 te Utrecht gehouden algemene vergadering over: Controverses rondom legaliteit en legitimatie (*Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2011-2), Deventer: Kluwer 2011, p. 35-45.

²⁷⁶ Zie voor een voorbeeld Hof Den Bosch 1 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU2846.

²⁷⁷ Knigge 2011.

²⁷⁸ Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853.

De rechtbank weegt eerst vaagheid af tegen de doelmatigheid van de strafbepaling, en concludeert dan: 'De vaagheid van het begrip "afvalstoffen" verontschuldigt de overtreder met name niet wanneer [...].'²⁷⁹ Ook hier lijkt de rechtbank ervan uit te gaan dat onbepaaldheid een verontschuldigende werking kan hebben.

Het kan zijn dat de rechter sneller voor rechtsdwaling kiest omdat dit minder verstreckende gevolgen heeft dan het buiten toepassing laten van de norm wegens strijd met het bepaaldheidsgebod. De rechtenconceptie van het bepaaldheidsgebod die de Nederlandse rechter doorgaans hanteert kan de verwarring wellicht (gedeeltelijk) verklaren. Anders dan in de rechtspositivistische conceptie staat niet de objectieve bepaaldheid van het recht voorop, maar de mogelijkheid voor de concrete verdachte om zekerheid te verkrijgen ten aanzien van zijn rechtspositie. In die subjectieve toets schurkt het bepaaldheidsgebod al dichter tegen rechtsdwaling aan. Inderdaad lijkt in de *common law* traditie, waar de rechtenconceptie zijn oorsprong vindt, de rechtsdwaling ook op conceptueel niveau sterk te worden verbonden aan het legaliteitsbeginsel. Ashworth & Horder bespreken twee gronden voor de acceptatie van rechtsdwaling: de eerste is dat de reikwijdte van aansprakelijkheid niet altijd geheel duidelijk is, en de tweede is dat op de staat de plicht rust strafbepalingen behoorlijk bekend te maken.²⁸⁰ Volgens Blomsma is de rechtsdwaling in het Engelse recht niet gebaseerd op het schuldbeginnel, zoals in Nederland, maar op het legaliteitsbeginsel. De toets die de rechter uitvoert is dan niet of de *dwaling verontschuldikbaar* was, maar of de *aansprakelijkstelling voorzienbaar* was.²⁸¹ De indruk bestaat op basis hiervan dat de invloed van het Angelsaksische rechtsdenken en de rechtenconceptie van legaliteit op dit punt zorgt voor verwarring, of althans een veranderde – en vooralsnog onheldere – relatie tussen het bepaaldheidsgebod als afgeleide van het legaliteitsbeginsel, en de rechtsdwaling als afgeleide van het schuldbeginnel.

De jurisprudentie over rechtsdwaling in het strafrecht waar dat is beïnvloed door het Europees recht of zelfs mede bestaat uit Europees recht is beperkt. In de meeste zaken strandt het beroep zonder meer omdat de verdachte een professionele marktdeelnemer is die wordt geacht zich op de hoogte te stellen van de relevante regelgeving, waarbij tevens vaak onduidelijk is op welke wijze is getracht helderheid te verkrijgen over de toepasbare normen.²⁸² Een tweetal zaken noopt niettemin tot enige overdenking, en wordt daarom hier besproken.

279 Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9779, JAF 2003/77, m.nt. D. van der Meijden; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9731; Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9763.

280 Ashworth & Horder 2013, p. 218-224, m.n. p. 220-221.

281 Blomsma 2012, p. 473-474.

282 Hof Den Bosch 8 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3510 / ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3514 / ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3516; Rb Rotterdam 29 november 2012, ECLI:NL:RBROT:

De eerste is de enige mij bekende zaak waarin een beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling in het Europees strafrecht slaagt.²⁸³ Een rechtspersoon naar Duits recht werd verdacht van het in strijd met de EVOA overbrengen van afvalstoffen. Over de juiste uitleg van de EVOA bestond lang onzekerheid, maar in 2007 wees het Hof van Justitie arrest in de zaak *Omni Metal Service*, waaruit bleek dat de EVOA streng moest worden geïnterpreteerd.²⁸⁴ Meerdere landen, alsmede advocaat-generaal Mengozzi,²⁸⁵ gingen uit van een minder strikte uitleg, aangezien die ook werd gehanteerd bij de overbrenging van afval tussen OESO-landen.²⁸⁶ De verdachte rechtspersoon was ook uitgegaan van de mildere uitleg (die ook wordt ondersteund door de Duitstalige versie van de verordening, aldus de rechtbank), volgens welke voor het uitgevoerde afvaltransport niet de kennisgevingsprocedure hoefde te worden gevolgd. Eerder waren vergelijkbare transporten ondernomen met goedkeuring van de Duitse autoriteiten. De rechtbank meent daarom dat de rechtspersoon verontschuldigbaar heeft gedwaald: 'In redelijkheid kon van de verdachte rechtspersoon niet worden verwacht dat hij voor het onderhavige transport als extra controle ook de Nederlandse autoriteiten zou raadplegen. Hierbij wordt mede in aanmerking genomen dat ten tijde van het onderhavige transport ook in Nederland onzekerheid bestond over [de juiste uitleg van de verordening].'²⁸⁷ De EVOA bood dus volgens de rechter onvoldoende duidelijkheid over de plichten van de rechtspersoon, en de onzekerheid is pas weggenomen na de tenlastegelegde gedraging met het arrest van het Hof van Justitie.

Bij het Hof Den Haag ving een verdachte in een enigszins vergelijkbare zaak bot. In deze zaak werd namens de verdachte, een rechtspersoon naar Frans recht, gesteld dat hij erop mocht vertrouwen dat voor het transport geen kennisgeving vereist was, omdat de verordening elders in Europa aldus werd uitgelegd. Het hof verwees naar de plicht voor professionele marktdeelnemers om:

'op de hoogte te zijn van de relevante nationale en internationale regelgeving en de uitleg daarvan. De verdachte, die in eerste aanleg naar voren heeft gebracht er niet van op de hoogte te zijn geweest dat de containers via Nederland werden getransporteerd, heeft zich niet op de hoogte heeft [sic] gesteld van de relevante

2012:BY4960; Conclusie van A-G A.J.M. Machielse bij HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:676 / ECLI:NL:HR:2013:677 / ECLI:NL:HR:1013:678 (HR doet af met art. 81 RO).

283 Rb Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2696.

284 HvJ EG 21 juni 2007, C-259/05, ECLI:EU:C:2007:363 (*Omni Metal Service*).

285 Concl. A-G P. Mengozzi bij HvJ EG 21 juni 2007, C-259/05, ECLI:EU:C:2007:363 (*Omni Metal Service*).

286 Besluit C 2001 107/FINAL, punt 8 sub i luidt: 'a mixture of two or more Green wastes shall be subject to the Green control procedure, provided the composition of this mixture does not impair its environmentally sound recovery.'

287 Rb Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2696.

wet- en regelgeving en de uitleg daarvan bij de overheidsautoriteiten hier te lande.²⁸⁸

In het kader van rechtsdwaling moet worden aangetoond welke inspanningen de verdachte zich heeft getroost om zich te vergewissen van de betekenis van relevante strafbepalingen. Anders dan in de eerder besproken casus, toonde de verdachte rechtspersoon niet aan dat daadwerkelijk op die andere uitleg was vertrouwd. Dat past bij de strenge toets die wordt toegepast in het kader van de avas. Het verweer was als beroep op het bepaaldheidsgebod wellicht beter uit de verf gekomen. Immers, voor een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod is niet relevant of alle schuld bij de verdachte ontbreekt omdat daar de focus ligt op de norm, niet op de overtreder. Voorts is de overweging van de rechtbank dat de verdachte zich had moeten oriënteren op de relevante wet- en regelgeving ‘en de uitleg daarvan bij de overheidsautoriteiten *hier te lande*’ [cursivering: JGHA] interessant. Het betreft hier de uitleg van een Europese norm, wat de vraag oproept hoe relevant de uitleg van die norm ‘hier te lande’ is.

Die nadruk van het hof op de in Nederland gangbare uitleg verhoudt zich niet logisch tot de wijze waarop het hof omgaat met het andere in die zaak (als bewijsverweer gevoerde kwalificatie-) verweer dat er geen sprake was van ‘doorvoer’ in de zin van de EVOA. Daar gingen de Nederlandse autoriteiten juist uit van een foutieve definitie, op grond waarvan een overheidswebsite suggereerde dat voor bepaalde transporten de kennisgevingsprocedure niet van toepassing zou zijn, terwijl later (na het plegen van de feiten²⁸⁹) bleek dat wel degelijk een kennisgeving vereist was.²⁹⁰ Het kwalificatieverweer wordt verworpen.²⁹¹

In cassatie krijgt het hof gelijk van advocaat-generaal Vegter, en de Hoge Raad doet het middel af met artikel 81 RO.²⁹² Vegter maakt in zijn conclusie

288 Hof Den Haag 17 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2281.

289 In de EVOA uit 1993 stond geen definitie van het begrip doorvoer, in de EVOA van 2006, die in werking is getreden na het plegen van de feiten, wel. In de considerans bij die nieuwe verordening is niet uitdrukkelijk aangegeven dat er sprake is van een gewijzigd inzicht, wat het hof tot de conclusie leidt dat het gaat om een codificatie van een definitie ‘die de Europese wetgever reeds voor ogen stond’. Het hof past daarom deze nieuwe definitie toe.

290 Het betrof informatie op de website van SenterNovem, een agentschap gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. In 2012 heeft de Rechtbank Rotterdam besloten het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van het begrip ‘doorvoer’ (Rb Rotterdam 4 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5680, NJ 2012/371). Hierop zijn echter geen antwoorden gekomen; het Hof verklaarde het verzoek van de rechtbank kennelijk niet-ontvankelijk omdat gevraagde feitelijke gegevens niet tijdig konden worden geleverd, HvJ EU 14 maart 2013, C-240/12, ECLI:EU:C:2013:173 (*EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais*). De rechtbank kwam alsnog tot een veroordeling, Rb Rotterdam 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8831.

291 Hof Den Haag 17 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2281.

292 HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP7858, NJ 2012/46.

nog wel een interessante opmerking naar aanleiding van een van de cassatiemiddelen: 'Voorts maakt de stelling dat de vraag of kabelafval onder het oude EVOA onder de kennisgevingsprocedure viel binnen Europa verschillend werd beantwoord en dat daarom van heldere, voorzienbare strafbaarstelling nimmer sprake is geweest geen overtuigende indruk. Het is immers zonneklaar dat de opvattingen over het afvalstoffenbegrip en over de wenselijkheid van algemene criteria ter beperking van dat begrip in Europa toen en nog steeds sterk uiteen lopen. Het argument zou vooralsnog meer indruk maken indien in Nederland grote rechtsonzekerheid bestond.' Kennelijk is aangevoerd dat de strafbepaling onvoldoende voorzienbaar maakt welke gedragingen strafbaar zijn. Vegter vindt de verschillen tussen de lidstaten niet zo interessant, zolang binnen Nederland de verordening eenduidig wordt uitgelegd. Voor inlichtingen over 'de toepasselijkheid en betekenis van EVOA regels in Nederland' verwijst hij de rechtspersoon naar SenterNovem.²⁹³ De toevoeging 'in Nederland' is interessant, aangezien deze impliceert dat de toepasselijkheid en betekenis van verordeningen kan verschillen per lidstaat.

Waar dus ten aanzien van het avas-verweer de verdachte de Nederlandse uitleg wordt tegengeworpen, kan daar in het verkapte kwalificatieverweer juist geen beroep op worden gedaan. De gegeven uitleg roept de vraag op of die uitleg voorzienbaar was. Daar besteedt de rechter geen aandacht aan. Bij uiteenlopende interpretaties in de verschillende lidstaten is bij deze stand van zaken niet te voorzien hoe de verordening zal worden toegepast en op welke interpretaties gerechtvaardigd kan worden vertrouwd.

5.8 DEELCONCLUSIE

Het onderzoek naar de vormgeving van het bepaaldheidsgebod in het Europees strafrecht laat zien dat Europese regelgeving op het punt van rechtszekerheid niet zelden te wensen overlaat. Die uitkomst is niet verrassend, aangezien dit probleem in de literatuur al veelvuldig aan de orde is gesteld. In dit hoofdstuk is getracht meer inzicht te verkrijgen in de verschijningsvormen en oorzaken van rechtsonzekerheid.

Op Europees niveau wordt, net als in het Nederlandse recht, rechtszekerheid nagestreefd door middel van helder afgebakende wetgeving. Wetgevingshandelingen kunnen op grond van artikel 263 VWEU worden vernietigd indien ze de algemene rechtsbeginselen schenden, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel. De vraag is echter of aan maatregelen die tot het Europees strafrecht behoren zwaardere eisen moeten worden gesteld op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Deze vraag wordt door de verschillende actoren die

²⁹³ Nu het Bureau Energieprojecten, een agentschap gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

betrokken zijn bij het wetgevingsproces zeer verschillend beantwoord. Het standpunt van de Raad lijkt bevestigend maar is tamelijk onduidelijk, de Commissie beantwoordt de vraag negatief met een verwijzing naar de beleidsvrijheid voor de lidstaten, en het Parlement benadrukt de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de Europese en nationale wetgever. Het Hof van Justitie stelt dat richtlijnen en kaderbesluiten even duidelijk moeten zijn als nationale strafbepalingen. Omdat zij niet rechtstreeks de basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid vormen maar worden omgezet in nationale strafbepalingen, komt het Hof evenwel steeds tot het oordeel dat het bepaaldheidsgebod niet is geschonden. Dit betekent dat het bepaaldheidsgebod niet van toepassing is op de op dit moment in werking zijnde richtlijnen en kaderbesluiten. Verordeningen zijn daarentegen wel gebonden aan het bepaaldheidsgebod, maar in de enige zaak waarin het Hof zich uitsprak over de toepassing van verordeningen in het strafrecht in relatie tot het bepaaldheidsgebod, liet het de daadwerkelijke toets aan het bepaaldheidsgebod over aan de nationale rechter.²⁹⁴

Het Hof geeft aan hoe de nationale rechter kan beoordelen of aan het bepaaldheidsgebod is voldaan. De minime eis is dat 'de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.' In de invulling van het bepaaldheidsgebod in het punitief bestuursrecht door het Hof van Justitie is te zien dat het Hof op dit punt sterk wordt beïnvloed door het EHRM. Uit de jurisprudentie over artikel 7 EVRM blijkt dat het EHRM een afwegingsbenadering hanteert die de rechtenconceptie kenmerkt, waarbij volledige rechtszekerheid niet haalbaar, maar ook niet wenselijk wordt geacht. Met name op het terrein van het orderingsrecht laat het EHRM veel ruimte voor flexibiliteit en onduidelijkheid van voorschriften. In paragraaf 3.5.3 is mededingingsrechtelijke jurisprudentie besproken die, net als de jurisprudentie van het EHRM, zeer expliciet blijkt geeft van een afwegingsbenadering van bepaaldheid. Deze jurisprudentie contrasteert het Hof echter sterk met het strafrecht.²⁹⁵

Uit het bepaaldheidsgebod vloeien ook eisen voort voor de nationale wetgever. In beginsel kan de wetgever zelf kiezen voor een meer bronrecht-dan wel doelrechtgerichte omzetting. De wetgever heeft echter, indien het Europees recht niet voldoende helder is om woordelijk in het strafrecht te worden omgezet, de plicht richtlijnen te concretiseren in het nationale recht. Bij verordeningen bestaat die mogelijkheid niet. Wel kan de nationale wetgever, indien hij vrij is in de keuze van een handhavingssysteem, die keuze mede baseren op de mate van bepaaldheid van de verordening. Ten aanzien van verordeningen heeft het Hof van Justitie aangegeven dat het de rechter is die moet beoordelen of aan de vereisten van het bepaaldheidsgebod is voldaan.

²⁹⁴ Zie paragraaf 5.4.

²⁹⁵ Zie paragraaf 5.5.1. en 5.5.2.

De nationale rechter moet daarbij het Europees legaliteitsbeginsel toepassen, al heeft het Hof van Justitie slechts minimumeisen geformuleerd voor de invulling daarvan. Welke rechtsgevolgen de rechter aan die toets kan verbinden, blijft op grond van het Europees recht onduidelijk, behalve dan dat hij een verordening niet eigenhandig onverbindend kan verklaren. Dit duidt erop dat hij een op het individuele geval toegesneden oplossing zal moeten verzinnen, bijvoorbeeld door de bepaling buiten toepassing te laten, of door verontschuldigbare rechtsdwaling aan te nemen. In het eerste geval vindt de norm geen toepassing in het concrete geval, waardoor de bewezenverklaarde gedraging niet kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit en de verdachte moet worden ontslagen van alle rechtsvervolgning. In het tweede geval wordt de norm wel toegepast, maar volgt ontslag van alle rechtsvervolgning wegens niet-strafbaarheid van de verdachte of, indien een culpoos delict ten laste is gelegd, vrijspraak.²⁹⁶

In dit hoofdstuk is afzonderlijk onderzocht hoe de Nederlandse wetgever en de Nederlandse strafrechter omgaan met de verantwoordelijkheden en verplichtingen die het Europees recht hen oplegt. Eerst is onderzocht hoe semantisch onduidelijke *kaderbesluiten en richtlijnen* zijn omgezet in het Nederlandse recht. Daarbij valt op dat, anders dan misschien zou kunnen worden verwacht, vage bepalingen in het Europees recht lang niet altijd worden verduidelijkt in het nationale recht. Waar bepalingen van Europees recht graduele vaagheid bevatten, zoals in het Kaderbesluit illegale drugshandel, kiest de wetgever een punt op de schaal om zo de strafbaarheid (of strafverzwarringsgrond, in dit geval) af te bakenen. Waar bepalingen van Europees recht criteriaal vaag zijn, belanden zij vaak woordelijk in het Nederlandse recht. Dat kan worden veroorzaakt door het ontbreken van een nationaal kader waarin de bepaling kan worden ingebed en onduidelijkheid over de mate van vrijheid bij het vormgeven van de bepaling. Het lijkt erop dat graduele vaagheid weinig problematisch is in het Europees recht, maar dat criteriale vaagheid niet goed kan worden opgelost op nationaal niveau. Graduele vaagheid leidt niet tot vaagheid op nationaal niveau, criteriale vaagheid doet dat wel. Deze conclusie is een voorlopige, getrokken op basis van een analyse van beperkte omvang, en vereist nadere toetsing en onderbouwing. Ten aanzien van *verordeningen* hanteert de wetgever het uitgangspunt dat verwijzingen in het strafrecht liefst statisch zijn en dus worden aangepast wanneer het Europees recht wordt gewijzigd. Niettemin komen dynamische verwijzingen ook in het strafrecht wel voor.²⁹⁷

Onduidelijke regelgeving belandt uiteindelijk bij de nationale rechter in de vorm van interpretatievragen, beroepen op het bepaaldheidsgebod en verweren op grond van de verontschuldigbare rechtsdwaling. De Nederlandse rechter toetst die verweren aan artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM, maar niet aan

²⁹⁶ Zie paragraaf 5.5.3.

²⁹⁷ Zie paragraaf 5.6.

artikel 49 Hv of, voor 2009, aan het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. In het nationale strafrecht is, onder invloed van het EVRM, ook een contextueel bepaalde benadering van het bepaaldheidsgebod waarneembaar. De Hoge Raad weegt bepaaldheid af tegen flexibiliteit, maar ook tegen systematische duidelijkheid in de vorm van overzichtelijkheid van het normenstelsel als geheel. Er zijn in de jurisprudentie geen aanwijzingen gevonden dat de Nederlandse rechter beroepen op het bepaaldheidsgebod of de verontschuldigbare rechtsdwaling anders toetst wanneer Europese normen in het geding zijn in vergelijking tot zuiver nationale zaken. De meeste zaken betreffen orderingsrechtelijke bepalingen, waarbij dergelijke verweren in het algemeen minder kansrijk zijn vanwege de contextueel bepaalde uitleg die aan het rechtszekerheidsbeginsel wordt gegeven.²⁹⁸

Onduidelijkheid van het Europees strafrecht is vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel één van de meer prangende maar tegelijkertijd complexe problemen. De Europese actoren leggen op dit moment de verantwoordelijkheid voor de duidelijkheid van het strafrecht exclusief neer bij de nationale actoren, omdat die verantwoordelijkheid is gekoppeld aan de uitoefening van het *ius puniendi*. Het is voor de wetgever echter niet altijd duidelijk hoeveel speelruimte hij heeft om bepalingen van Europees recht nader af te bakenen in het nationale strafrecht. Wanneer hij daartoe een poging waagt, zoals bij de omzetting van het Kaderbesluit private corruptie, loopt hij het risico afgestraft te worden omdat niet voldoende gedragingen onder de reikwijdte van de strafwet vallen. Bij verordeningen bestaat überhaupt de ruimte niet om gedragingen te omschrijven op een manier die meer is afgebakend of die beter aansluit bij het nationale recht. Daar heeft de nationale wetgever een verantwoordelijkheid voor de omschrijving van strafbare feiten in het nationale recht, zonder dat hij de benodigde bevoegdheden heeft om die verantwoordelijkheid gestalte te geven. De beslissing om een gedraging met straf te bedreigen ligt formeel nog altijd bij de nationale wetgever. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat de invloed van het Europees recht op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid dusdanig groot is, dat het bepalen van de reikwijdte van het strafrecht niet langer een exclusieve bevoegdheid van de nationale wetgever is. Het gevolg van die machtsverdeling is dat een probleem dat gelegen is in de relatie tussen de Europese Unie en de lidstaten, wordt afgewenteld op de burgers. De kern van het probleem is dat op Europees niveau verplichtingen aan de lidstaten worden opgelegd die onduidelijk zijn. Dit speelt zich af in de relatie die de EU heeft met de *lidstaten*, die wordt beheerst door het staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel. In de praktijk leiden deze onduidelijke verplichtingen voor de lidstaten niet zelden tot onduidelijke geboden en verboden voor de *burgers*.

298 Zie paragraaf 5.7.

Een eenvoudige oplossing laat zich niet formuleren. Dat is ten eerste zo omdat onduidelijkheid in het Europees strafrecht niet alleen wordt veroorzaakt doordat de richtlijnen die tot stand komen op grond van artikel 83 VWEU onduidelijk zijn. Verordeningen en richtlijnen die op andere rechtsgrondslagen tot stand komen kunnen onduidelijk zijn, maar ook de precieze reikwijdte van de bepalingen over vrij verkeer en de mogelijke uitzonderingen daarop zijn niet altijd helder. Ten tweede betreft de onduidelijkheid in het Europees strafrecht niet alleen semantische onduidelijkheid, maar in belangrijke mate ook wetssystematische onduidelijkheid. Lang niet alle onduidelijkheid kan dus worden weggenomen door de Europese wetgever te binden aan het bepaaldheidsgebod bij de uitoefening van zijn bevoegdheden op grond van artikel 83 VWEU. Ten derde zouden de verwachtingen van de opbrengst daarvan mijns inziens bescheiden moeten zijn. Dat Europese wetgeving zich qua helderheid niet altijd kan meten met het nationale strafrecht vindt zijn oorzaak mede, om een aantal factoren te noemen, in het politieke karakter van Europees strafrecht, in de hoeveelheid actoren die bij het wetgevingsproces betrokken zijn en in de noodzaak tot het sluiten van compromissen die uit die twee kenmerken voortvloeit.²⁹⁹ Ten vierde lijkt het onrealistisch te verwachten dat eenzelfde richtlijn of verordening duidelijk is in het licht van alle verschillende rechtsordes.

Binding van Europese wetgeving aan het bepaaldheidsgebod is dus bepaald geen panacee, toch is in dit hoofdstuk betoogd dat het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod wel degelijk ook consequenties moet hebben voor de Europese wetgever. De verantwoordelijkheid van de Europese wetgever houdt in dit kader voornamelijk in dat op Europees niveau de kaders moeten worden geboden voor het creëren van heldere strafbepalingen door nationale wetgevers. Dit betekent dat richtlijnen voor lidstaten duidelijk moeten maken welke gedragingen zij strafbaar moeten stellen, en wat de ruimte is voor het maken van eigen beleidsafwegingen bij de omzetting daarvan. Indien een richtlijn vaag is, moet de lidstaat die deze concretiseert in zijn nationale wetgeving niet worden afgestraft. Verordeningen die verplicht rechtstreeks worden toegepast in het strafrecht moeten daarnaast wel aan het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod voldoen, en het Hof van Justitie zou in ieder geval moeten bekijken of de verordening in abstracto de toets aan het bepaaldheidsgebod kan doorstaan.

299 Zie paragraaf 5.4.1.

6 | Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid in het Europees strafrecht

6.1 INLEIDING

De interpretatie en toepassing van strafbepalingen wordt in het Europees strafrecht zeer sterk beïnvloed door het Europees recht. De nationale rechter heeft de plicht om alle (straf)bepalingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen te interpreteren in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van het Unierecht. In deze plicht tot Europeesrechtconforme interpretatie is de invloed van de Unie op rechterlijke rechtsvinding zeer zichtbaar. Dit thema is daarom ook al veelvuldig aan de orde gesteld in de wetenschappelijke literatuur. Door het nationale recht conform het Europees recht te interpreteren draagt de strafrechter bij aan een correcte implementatie van Unierecht. In dit hoofdstuk staat conforme interpretatie als doorwerkingsmechanisme en conflictregel centraal: wanneer er een conflict bestaat tussen nationaal en Europees recht, moet de rechter in eerste instantie proberen dit conflict op te lossen door het nationale recht uit te leggen op een wijze die strookt met het Europees recht. Die plicht bestaat ook indien de verdachte daarvan mogelijk negatieve consequenties ondervindt.¹ In dat geval wordt relevant hoe de rechter gevolg kan geven aan die plicht zonder de grenzen van zijn interpretatie- en toepassingsvrijheid te overschrijden. Wanneer er geen conflict bestaat, is conforme interpretatie onproblematisch voor het legaliteitsbeginsel.

De conforme-interpretatieplicht heeft consequenties voor de wijze waarop de rechter nationaal recht moet uitleggen, dus op het proces van interpretatie. Het Hof schrijft niet dwingend voor tot welk resultaat de nationale rechter moet komen. Sterker nog: in sommige gevallen is een Europeesrechtconforme interpretatie zelfs niet *toegestaan*: het Hof stelt op grond van het legaliteitsbeginsel *grenzen* aan de uitleggingsplicht. Als geen richtlijnconform resultaat kan worden bereikt met de uitleg van een nationale bepaling, moet worden onderzocht of de bepaling van Europees recht rechtstreekse werking heeft en de plaats kan innemen van de nationale bepaling. Dat laatste is echter in het materiële strafrecht niet mogelijk: strafrechtelijke aansprakelijkheid mag niet

¹ HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*), r.o. 45; HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

rechtstreeks worden gebaseerd op een richtlijn. Heeft de bepaling van Europees recht geen rechtstreekse werking, dan zal de nationale bepaling buiten toepassing gelaten moeten worden voor zover deze in strijd is met de richtlijn. Waar het nationale recht echter te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, en dat is de situatie die hier wordt bestudeerd, biedt het buiten toepassing laten van de strafbepaling geen soelaas.

Conforme interpretatie is een bijzondere conflictregel omdat niet op voorhand vaststaat dat het conflict ook daadwerkelijk op die manier opgelost gaat worden. Niet iedere bepaling leent zich er immers voor om tot een Europees-rechtconform resultaat te leiden. Conforme interpretatie wordt, omdat niet vaststaat of het normconflict daadwerkelijk kan worden opgelost, gezien als een uitdrukking van een heterarchische verhouding tussen de rechtsordes, in plaats van een hiërarchische.² Om deze reden heeft het bezielde pleitbezorger die het zien als een effectieve methode van harmonisatie die minder diep ingrijpt in de nationale rechtsorde dan rechtstreekse werking.³ Er is echter ook kritiek op de werking van het mechanisme. Met name vanuit publiekrechtelijke hoek worden vraagtekens geplaatst bij de mogelijke spanning die kan ontstaan met rechtszekerheid en de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid.⁴ Als de rechter verplicht is een strafbepaling in uitbreidende zin uit te leggen, komt het legaliteitsbeginsel onder druk te staan. Bovendien is opgemerkt dat de invloed van het Europees recht leidt tot een minder sterke binding van de rechter aan de nationale wet en een verkleinde invloed van de nationale wetgever.⁵ Het is de vraag of in die situatie de democratische legitimiteit van het strafrecht nog afdoende is gewaarborgd. Daar komt bij dat de reikwijdte van de plicht niet geheel duidelijk is.⁶ In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de als gevolg van de opkomst van het Europees strafrecht veranderde institutionele context invloed heeft op het rechtsvindingsproces en de wijze waarop het legaliteitsbeginsel de doorwerking middels conforme interpretatie begrenst. In dit hoofdstuk ligt kortom het zwaartepunt bij de verplichtingen voor de strafrechter wanneer hij geharmoniseerde strafbepalingen toepast, en de gevolgen die deze verplichtingen hebben voor het nationale strafrecht.

2 Walker 2003 p. 4; Amstutz 2005; Claes 2006 p. 35-36; Uomo-Kettunen 2013.

3 Amstutz 2005; Daarnaast kan conforme interpretatie het – als onrechtvaardig beschouwde – verschil in rechtsbescherming verkleinen tussen burgers die te maken hebben met de overheid en burgers die te maken hebben met andere burgers. Richtlijnen hebben immers geen rechtstreekse horizontale werking, maar conforme interpretatie is niet aan die beperking gebonden. Zie Drake 2005; Betlem 2007, p. 111.

4 Betlem 2002, p. 402; Concl. A-G F.G. Jacobs van 27 januari 1994 bij HvJ EG 3 maart 1994, C-316/93, ECLI:EU:C:1994:82 (*Vaneetveld*), punt 31; over privaatrechtelijke situaties: Craig & De Búrca 2011, p. 206-207.

5 Wissink 2001, p. 254-255; Loth 2014, p. 11; Brechmann 1994, p. 25-30; Wiarda/Koopmans 1999, p. 53-60. Anders: Canaris 2002, p. 56.

6 Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 296; Sørensen 2008, p. 319-327; Altena 2013.

In dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de normen voor de rechter die de *interpretatie* van strafbepalingen beheersen en normen die betrekking hebben op de *toepassing* van de strafbepaling in het concrete geval.⁷ Dit onderscheid tussen interpretatie en toepassing is nodig om te kunnen zien hoe de strafrechtelijke jurisprudentie van het Hof van Justitie verschilt van diens mededingingsrechtelijke jurisprudentie, en van de uitleg van de grenzen aan interpretatievrijheid van het EHRM. De onderhavige analyse mondt uit in de conclusie dat de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid in het Europees recht en in het Nederlandse recht vooral verschillen in de wijze waarop normering van de rechterlijke taak plaatsvindt, zonder dat dit tot grote verschillen in resultaten hoeft te leiden.

In de eerstvolgende paragraaf, paragraaf 6.2, wordt rechterlijke interpretatie besproken vanuit rechtstheoretisch perspectief, voor zover hier relevant. Het doel daarvan is het scheppen van een kader waarbinnen de verschillende benaderingen van de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid, alsook de verschillende opvattingen over conforme interpretatie, systematisch kunnen worden geanalyseerd. Drie onderwerpen komen aan de orde. Het eerste is de facetten die kunnen worden onderscheiden in het interpretatieproces: de interpretatiemethoden en hun onderlinge rangorde. Beide spelen een belangrijke rol in het analyseren van de aard van de conforme-interpretatieplicht later in het hoofdstuk. Ten tweede wordt de vraag aan de orde gesteld of het überhaupt mogelijk is de rechter te binden aan de wet: is het mogelijk onderscheid te maken tussen analogische en extensieve interpretatie, en is het mogelijk helder af te grenzen welke interpretaties nog binnen de grenzen van de tekst blijven, en welke niet? Ook wordt onder meer gekeken op welke wijze kan worden beargumenteerd dat de rechterlijke interpretatievrijheid aan grenzen is gebonden. Zo kan worden gesteld dat de rechter slechts een bepaalde catalogus aan interpretatiemethoden mag aanwenden en dat hij sommige daarvan moet laten prevaleren boven andere (grenzen aan het *proces* van interpretatie); dat de rechter vrij is in het proces, maar dat een uitkomst die de rechtszekerheid compromitteert niet is toegestaan (grenzen aan het *product of resultaat* van interpretatie); of dat de rechter een bepaalde uitleg niet met terugwerkende kracht mag toepassen (grenzen aan de *toepassing* van een gegeven interpretatie in het concrete geval).

In paragraaf 6.3 wordt geschetst welke gevolgen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel hebben voor de rechterlijke interpretatievrijheid.⁸ Omdat bij conforme interpretatie twee niveaus van

7 Om woordherhalingen te voorkomen zal ik korthedshalve spreken van 'grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid'.

8 In dit hoofdstuk borduur ik voort op de in hoofdstuk 4 verdedigde stelling dat voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht een wettelijke grondslag is vereist. Het gaat in dit hoofdstuk daarom slechts om de taak van de rechter

regelgeving betrokken zijn en dus ook twee wetgevers, wordt bijzondere aandacht besteed aan de vraag wat de rol is van de wil van de wetgever in die twee concepties. Waar interpretatie in de rechtspositivistische conceptie gericht is op het achterhalen van de *communicatieve inhoud* van de wet, ligt de nadruk in de rechtenconceptie meer op het *construeren* van een autonome betekenis van de wet, grotendeels onafhankelijk van de intenties van de wetgever.

Paragraaf 6.4 gaat vervolgens over de wijze waarop het Hof van Justitie het Europees recht uitlegt. De wijze waarop Europees recht geïnterpreteerd moet worden is relevant voor de rechter in het kader van zijn conforme-interpretatieplicht. Na de beschrijving van de door het Hof gebruikte methoden bij de interpretatie van primair en secundair recht, wordt bijzondere aandacht besteed aan het bestaan van verschillende taalversies van Europese wetgeving en de wijze waarop het Hof daarmee omgaat. Vervolgens wordt het mensenrechtelijke kader voor rechtsvinding zoals dat is ontwikkeld door het EHRM geschetst. Tot slot wordt de vraag beantwoord of het Hof van Justitie zich bij de uitleg van richtlijnen en verordeningen die relevant zijn voor het afbakenen van strafrechtelijke aansprakelijkheid op nationaal niveau, gebonden acht aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 49 Hv.

In paragraaf 6.5 komt de kern van dit hoofdstuk, te weten de jurisprudentie van het Hof van Justitie over conforme interpretatie, aan bod. Daarbij worden de plicht, alsmede de begrenzingen ervan, uitvoerig geschetst aan de hand van de jurisprudentie. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de vraag welke invloed die plicht heeft op de verschillende facetten van het interpreteren (de interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding). Die informatie is nodig om te kunnen zien wat eigenlijk de *aard* van de conforme-interpretatieplicht is. Is het de verplichting om een bepaalde methode aan te wenden, en zo ja is conforme interpretatie dan een zelfstandige methode of een afgeleide van de bekende interpretatiemethoden? Of is de conforme-interpretatieplicht toch meer een resultaatverplichting, waarbij de wijze waarop dat resultaat wordt bereikt niet relevant is?

Paragraaf 6.6 gaat ten slotte over de wijze waarop de Nederlandse strafrechter invulling geeft aan de plicht tot conforme interpretatie, en hoe die op zijn beurt daarbij een evenwicht zoekt en/of vindt tussen de plicht tot conforme interpretatie en de plicht tot het waarborgen van de rechtszekerheid. Daarbij wordt onderzocht of in de rechtspraak van de Hoge Raad verschillen waarneembaar zijn naar gelang het rechtsgebied dat centraal staat: is de Hoge Raad in strafrechtelijke zaken bijvoorbeeld eerder geneigd een conforme interpretatie niet mogelijk te achten? Bovendien wordt gekeken of er verschillen bestaan

bij de interpretatie van bestaande strafbepalingen en niet om het creëren van nieuwe delicten.

tussen de Hoge Raad en de feitenrechter in hun bereidheid een Europeesrecht-conforme uitleg aan het nationale recht te geven.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 6.7.

6.2 GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIEVRIJHEID NADER BESCHOUWD

Het rechterlijk beslissingsschema van artikel 350 Sv schrijft voor dat de rechter, nadat hij tot een bewezenverklaring is gekomen (eerste vraag), het bewezenverklarde feit moet proberen te kwalificeren (tweede vraag). Hij moet beoordelen of hij de feiten kan rubriceren onder de delictsomschrijving waarop de tenlastellegging is toegesneden. Om dat oordeel te kunnen vellen, zal hij de betreffende delictsomschrijving moeten interpreteren. In semiotische termen is het teken of het predicaat, in dit geval de delictsomschrijving en de bestanddelen daarin, gegeven. Het bewezenverklarde, waarvan hij moet beoordelen of het tot de extensie van het predicaat behoort, is eveneens gegeven. De rechter kan vervolgens op twee manieren te werk gaan. Hij kan ten eerste door de intensie van de norm vast te stellen, bepalen of het bewezenverklarde behoort tot de extensie van de norm.⁹ Hij moet dan aangeven op basis van welke criteria de extensie is bepaald. De rechter kan ook casuïstisch te werk gaan door uitsluitend te stellen dat de feiten onder de norm vallen, zonder aan te geven op welke gronden. Met het eerste levert de rechter een bijdrage aan het bestaan van objectieve rechtszekerheid, omdat door het bepalen van de intensie de volledige extensie van de norm bekend is. Met het tweede biedt de rechter alleen subjectieve rechtszekerheid, informatie voor de verdachte over diens individuele rechtspositie.

In het vorige hoofdstuk is besproken dat een aanvankelijk duidelijke bepaling vaag kan worden, doordat de werkelijkheid verandert. De grenzen aan de interpretatievrijheid van de rechter begrenzen mede de mate waarin semantische relaties mogen worden geconstrueerd als dynamische relaties. Een lexicale definitie kan immers in de loop van de tijd veranderen, en die verandering kan radicale vormen aannemen: de Van Dale vermeldt bij het woord 'gijzelaar' zowel de betekenis 'iemand die gijzelt' als 'iemand die gegijzeld wordt'.¹⁰ De vraag is of en in hoeverre het de rechter vrij staat om in een dergelijk geval ook een andere betekenis te geven aan een juridische term.

In dit hoofdstuk maak ik onderscheid tussen het proces van interpretatie, het product of resultaat daarvan, en de toepassing van een interpretatie in het concrete geval. Dat onderscheid is ingegeven door de constatering dat op

⁹ Zie over de begrippen intensie en extensie paragraaf 5.2.1.

¹⁰ Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse taal versie 14.7, Utrecht: Van Dale Uitgevers 2011 (digitale uitgave).

verschillende manieren wordt gesproken over de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Het begrip 'interpretatie' wordt gekenmerkt door 'proces-productambigüiteit': interpretatie wordt gebruikt om te verwijzen naar zowel het proces of de activiteit van het interpreteren als het product of resultaat van die activiteit.¹¹ Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid kunnen eveneens worden betrokken op het proces van interpreteren, en op het resultaat ervan. Het 'proces' verwijst daarbij naar de activiteit van het interpreteren, en grenzen die in dat kader kunnen worden gesteld aan de rechterlijke interpretatievrijheid betreffen de catalogus van interpretatiemethoden die de rechter tot zijn beschikking staan alsmede de hiërarchie van interpretatiemethoden waar de rechter al dan niet aan gebonden kan zijn. Het analogieverbod is een voorbeeld van een begrenzing die betrekking heeft op het interpretatieproces. Het is ook mogelijk te redeneren vanuit het resultaat van interpretatie, ofwel het product daarvan. Dan wordt bijvoorbeeld vooropgesteld dat de rechter gehouden is de rechtszekerheid te waarborgen. Tot slot is het mogelijk onderscheid te maken tussen interpreteren, het bepalen van de betekenis van een norm in abstracto, en toepassing van de norm in concreto. Ook aan dat laatste kunnen grenzen worden gesteld.

Over het proces van interpreteren is nog van belang de vaststelling dat in weerwil van dat begrip het niet zozeer gaat over hoe de rechter daadwerkelijk te werk moet gaan, maar meer over hoe de rechter zijn oordeel moet motiveren. Hoe het interpretatieproces in de werkelijkheid vorm krijgt, is lastig te onderzoeken en ook lastig te normeren. Normen voor het proces van interpretatie betreffen daarom in wezen normen voor de *rechtvaardiging* van de gegeven interpretatie. De rechter is gehouden zijn motivering van de kwalificatiebeslissing te stelen op bronnen en argumenten die in het recht als gezaghebbend worden geaccepteerd.

In deze paragraaf worden de twee facetten van het interpretatieproces, de catalogus van interpretatiemethoden alsmede hun onderlinge verhouding, beschreven. Ten tweede wordt ingegaan op de vraag of het überhaupt mogelijk is om grenzen te stellen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Kan er wel een onderscheid worden gemaakt tussen extensieve interpretatie en analogische toepassing? Nadat de rechter heeft vastgesteld wat volgens hem de juiste betekenis is van de wet, wacht de rechter nóg een vraag: hij moet beslissen of de wet in die betekenis ook kan worden toegepast op het concrete geval. Bij de bespreking van deze thema's blijkt dat de rechterlijke vrijheid op drie manieren aan grenzen kan worden onderworpen: men kan beweren dat de rechter beperkt is in *het proces* waarop hij tot een antwoord komt, in *het resultaat* of het product dat hij bereikt met dat proces, of in *de toepassing in concreto* van een bepaald resultaat van interpretatie. Die grenzen zijn het onderwerp van het laatste onderdeel van deze paragraaf.

11 Kloosterhuis 2002, p. 165-166 en stelling IV; Loth 1984, p. 45.

6.2.1 Twee facetten van het interpretatieproces: interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding

Voor het denken over wetsinterpretatie zijn de vier methoden van interpretatie die al door Von Savigny zijn onderscheiden nog steeds leidend: grammaticale, historische, systematische en logische (nu: teleologische¹²) interpretatie.¹³ De eerste drie interpretatiemethoden verwijzen naar een bron die als gezaghebbende en legitieme bron van informatie wordt beschouwd bij de uitleg van bepalingen. Zo kan de rechter de tekst van de wet in acht nemen, en kan hij bij de uitleg daarvan kijken naar de systematiek van het recht en de wetsgeschiedenis. Andere bronnen, bijvoorbeeld religieuze teksten, vormen in ons rechtssysteem niet zulke gezaghebbende teksten en kunnen derhalve niet dienen om het rechterlijk oordeel te legitimeren. Dat ligt iets anders voor de teleologische interpretatiemethode, die niet aanknoopt bij een bijzondere bron. Bij teleologische rechtsvinding staat het doel van de norm centraal. De catalogus van interpretatiemethoden bepaalt dus op welke informatie een rechter zich kan beroepen en welke redeneerwijzen hij bij de uitleg van bepalingen kan toepassen.

De eerste methode is de *grammaticale interpretatiemethode*. Die verwijst naar het bestuderen van de tekst van de wet zelf, om te kijken welke indicaties over de betekenis daarvan kunnen worden ontleend aan de formulering. Daarvoor zal de rechter in beginsel aansluiten bij de gebruikelijke betekenis van die begrippen. Zo kan de rechter voor de uitleg van begrippen te rade gaan bij het normale spraakgebruik of een woordenboek ter hand nemen om tot een lexicale definitie te komen.¹⁴ Ook de formulering of interpunctie van een opsomming kan van belang zijn, bijvoorbeeld om te bepalen of voorwaarden uit een bepaling zijn bedoeld als enumeratieve of cumulatieve criteria. De grammaticale methode is omstreden, omdat deze volgens critici ervan zou uitgaan dat een wettekst een betekenis heeft die los van de context kan worden vastgesteld.¹⁵ Met hen kan worden geconstateerd dat de context inderdaad een relevant gegeven is dat de uitleg van een tekst stuurt. Grammaticale interpretatie hoeft echter niet van de veronderstelling uit te gaan dat de tekst geheel zonder context tot uitgangspunt moet worden genomen. Sterker nog: dat is onmogelijk. Alleen al het feit dat het een wettekst betreft is een contextueel gegeven dat richting kan geven aan de uitleg van de tekst. De tekst van de wet, en daarmee de grammaticale interpretatiemethode, kan worden gezien als het startpunt van interpretatie. Puur op grond van de tekst zullen doorgaans meerdere interpretaties verdedigbaar zijn. Met behulp van de grammati-

¹² Kaiser 2010, p. 222.

¹³ Von Savigny 1840, p. 212-216.

¹⁴ Zie voor een voorbeeld Hof Den Haag 22 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0298.

¹⁵ Zie voor een kort overzicht van de kritiek en een antwoord daarop Smith 2009 en de overige bijdragen aan het themanummer van *Themis* uit 2009 over taalkundige interpretatie.

cale interpretatiemethode kan dan niet worden bepaald welke de juiste is;¹⁶ de vaststelling dat meerdere interpretaties mogelijk zijn is juist de *uitkomst* van een grammaticale interpretatie. Grammaticale interpretatie kan worden gezien als de methode waarmee de uiterste grenzen van het mogelijke kunnen worden bepaald.¹⁷

Ten tweede kan de rechter zich oriënteren op de wetsgeschiedenis, hetgeen *wetshistorische interpretatie* wordt genoemd. De totstandkomingsgeschiedenis van een wet kan een bepaalde uitleg ondersteunen en worden gebruikt om een keuze te maken uit de interpretaties die de tekst toelaat. De documenten uit de wetsgeschiedenis, met name de memorie van toelichting, kunnen worden gezien als een toelichting van de auteur van de wet op de bedoeling daarmee ten tijde van de totstandkoming. Met die toelichting kan de wetgever de uitleg van de tekst bewust proberen te sturen, of juist open laten.¹⁸ Deze toelichtingen zijn gezaghebbend omdat ze afkomstig zijn van de bevoegde wetgever. Voor wie een wettekst ziet als de uitdrukking van de subjectieve wil van de wetgever is deze bron van groot belang.

Bij *systematische interpretatie* gaat het om het onderzoeken van de wettelijke context van de bepaling. Een commune strafbepaling staat in een bepaalde titel, in het tweede of derde boek van het Wetboek van Strafrecht, dat weer deel uitmaakt van het nationale publiekrecht, dat weer in relatie staat tot het Europees en internationaal recht. Daarin gebruikte begrippen kunnen bijvoorbeeld voorkomen in andere strafbepalingen of in andere wetboeken, andere rechtsgebieden of natuurlijk het Europees recht, waardoor die andere wettelijke bronnen steun kunnen bieden aan een bepaalde uitleg. Systematische interpretatie kan zowel worden gezien als een onderzoek naar de bedoeling van de wetgever met de plaatsing van een bepaling, als een onderzoek naar de objectieve samenhang en systematiek van het normenstelsel.

De *teleologische interpretatiemethode* heeft in tegenstelling tot de andere interpretatiemethoden geen betrekking op een bepaalde tekst die in relatie staat tot de wettekst. Het gaat er bij deze interpretatiemethode om uit alle mogelijke bronnen de strekking of het doel van de bepaling te identificeren, en in die zin is dit een objectieve interpretatiemethode bij uitstek. Het gaat om de maatschappelijke betekenis van de wet zelf, los van de betekenis die de wetgever er bij de totstandkoming aan heeft willen geven. Sterker nog: deze methode wordt juist vaak aangewend om een uitleg te geven aan een bepaling die juist indruist tegen indicaties die voortvloeien uit andere bronnen, vaak

16 De Hullu 2015, p. 103-104; Solum 2010, p. 106.

17 Hoewel niet iedereen de tekst van de wet als de uiterste grens ziet. Zie bijvoorbeeld De Hullu 2015, p. 103.

18 Omdat veel regels beogen het gedrag te sturen of juridische gevolgen in het leven te roepen zijn zij veel meer dan literaire teksten ontworpen met een bepaald doel.

de wetsgeschiedenis of zelfs de tekst van de wet.¹⁹ Er wordt geabstraheerd van de concrete uitingen van de wetgever om een achterliggend doel van de bepaling te identificeren, dat vervolgens leidend wordt voor de uitleg van de bepaling.

Nadat op basis van de diverse interpretatiemethoden is vastgesteld welke indicaties over de betekenis daar dan uit voortvloeien, vindt een ordening van deze indicaties plaats op basis waarvan één interpretatie wordt gezien als de beste. Het komt namelijk niet zelden voor dat diverse bronnen afwijkende indicaties geven over de juiste uitleg van de bepaling. In die gevallen is de betekenis van een bepaling onzeker en speelt de rangorde van interpretatiemethoden een belangrijke rol. Dat is het tweede facet van rechtsvinding. In Nederland is men gewoon te stellen dat er geen hiërarchie tussen de interpretatiemethoden bestaat.²⁰ Dat rechtvaardigt nog niet de conclusie dat de rechter naar willekeur kan kiezen. Volgens Cleiren wordt de inzet van interpretatiemethoden niet of niet alleen gestuurd door een casuïstische individuele voorkeur voor een bepaalde uitkomst, maar is die keuze gebaseerd op (impliciete) standpuntbepalingen over democratie, taaltheorie, en meer.²¹ Volgens Suhr wordt de rangorde tussen methoden bepaald door een idee over de verhouding tussen de staatsmachten.²² Ik onderscheid één vraag waarin meerdere van de genoemde aspecten samenkomen, en dat is de vraag wat het doel is van interpretatie: is dat het vaststellen van het doel dat de wetgever voor ogen stond met de bepaling, of is dat het vaststellen van het 'objectieve' en actuele doel van de wet zelf?²³ Het antwoord op die vraag hangt samen met een gehanteerde subjectieve of objectieve rechtsopvatting.²⁴ De interpretatiemethoden zijn middelen om dat doel te bereiken,²⁵ en het (relatieve) gewicht dat aan de diverse interpretatiemethoden wordt gehecht is afhankelijk van het gestelde doel. Dit onderscheid tussen mogelijke doelstellingen van interpretatie ligt mede ten grondslag aan de rechtspositivistische en rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel en de rechterlijke interpretatievrijheid.

19 Zie voor twee voorbeelden hiervan HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1030, *NJ* 1998/782, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 5.2.2; de annotatie van N. Keijzer bij HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9287, *NJ* 2012/62. Een ander bekend voorbeeld hiervan is de jurisprudentiële ontwikkeling van het goedbegrip, zie daarover Groenhuijsen & Wiemans 1989.

20 De Hullu 2015, p. 102-103; Cleiren 2008, p. 293-298.

21 Cleiren 2008, p. 293-298. In die zin ook Soeteman 1999, p. 177-178.

22 Suhr 2011, p. 97.

23 Walz 2010, p. 483.

24 Uitgebreid daarover paragraaf 6.3.

25 Ehricke 1995, p. 609.

6.2.2 Analogie versus extensieve interpretatie

In het Nederlandse strafrecht wordt een analogische toepassing voor onaanvaardbaar gehouden, terwijl een extensieve interpretatie toelaatbaar wordt geacht.²⁶ Een argumentatie op basis van analogie is in algemene zin een argumentatie op basis van een vergelijking met een object dat wordt geacht op relevante punten 'gelijk' of 'vergelijkbaar' (*similar*) te zijn, dat leidt tot de conclusie dat de twee objecten ook op andere punten gelijk of vergelijkbaar zijn.²⁷ In het strafrecht vertaalt zich dit in de toepassing van een strafbepaling door de rechter op een geval waarvoor die bepaling niet tot stand is gebracht, met als argument dat dit geval voldoende relevante overeenkomsten vertoont met het wél geregelde geval om ook strafbaar te zijn. Extensieve interpretatie daarentegen blijft binnen de grenzen van wat als *geregeld* moet worden beschouwd. Bij extensieve interpretatie wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid weliswaar uitgebreid ten opzichte van wat voorheen als strafbaar werd beschouwd, maar gaat het in de gangbare uitleg volgens De Hullu nog steeds om een interpretatie die, 'taalkundig binnen de bewoordingen van de delictsomschrijving blijft'.²⁸ Bij een analogische argumentatie is dat niet (noodzakelijk) het geval. Dat extensieve interpretatie wel, maar analogische toepassing niet toelaatbaar zou zijn roept de vraag op of die twee vormen van interpretatie in de werkelijkheid ook daadwerkelijk kunnen worden onderscheiden.

De vraag of er in de praktijk een zinvol onderscheid kan worden gemaakt tussen extensieve interpretatie en analogische toepassing is echter niet helemaal zuiver, omdat de begrippen betrekking hebben op verschillende mogelijke betekenissen van het begrip 'interpretatie'. Dit wordt veroorzaakt door de 'proces-productambigüiteit' van het begrip interpretatie, hierboven reeds kort aangestipt.²⁹ Het begrip 'analogische argumentatie' verwijst naar het proces, terwijl het begrip 'extensieve interpretatie' verwijst naar het product van de uitleg. Met behulp van een analogische redenering kan een resultaat worden bereikt dat binnen de grenzen van de tekst van de wet blijft. Andersom kan een onaanvaardbaar geachte uitkomst, die niet past binnen de bewoordingen van de wet, worden bereikt met andere argumenten dan analogie. Met andere woorden, de toepassing van een onaanvaardbaar geachte methode leidt niet per definitie tot een onaanvaardbaar resultaat, en een onaanvaardbaar resultaat is niet per definitie te herleiden tot een onaanvaardbaar proces. Mijn indruk

26 Groenhuijsen 1987, p. 19. De Hoge Raad laat zich hier niet in algemene termen over uit.

27 Bartha 2013.

28 De Hullu 2015, p. 106. Het begrip 'extensieve interpretatie' heeft een zekere betekenisverschuiving ondergaan. Met name (maar niet uitsluitend) in oudere literatuur verwijst het naar interpretaties die wel tegen de tekst van de wet ingaan, maar die nog steeds worden beschouwd als een uitleg in overeenstemming met de 'eigenlijke norm'. Zie de bespreking van Langemeijers visie op extensieve interpretatie in 't Hart 1983, p. 222; Langemeijer 1937, p. 40-42.

29 Kloosterhuis 2002, p. 165-166 en stelling IV; Loth 1984, p. 45.

is, maar die indruk kan slechts met weinig voorbeelden worden gestaafd, dat er een bescheiden ontwikkeling aan de gang is waarbij in de meer recente literatuur voornamelijk wordt bepleit dat de rechter niet moet worden beperkt in zijn methoden, maar slechts in de resultaten die hij bereikt.³⁰ Dat betekent dat de aandacht verschuift van het proces van interpretatie, naar het product ervan. Kort gezegd: of de rechter een analogisch argument hanteert doet niet ter zake, wel is relevant of het resultaat van zijn uitleg verenigbaar is met de tekst van de wet en of deze het rechtszekerheidsbeginsel respecteert.

Dan nog blijft de vraag of het wel mogelijk is onderscheid te maken tussen interpretaties die onder de reikwijdte van de tekst blijven, en interpretaties die de tekst te buiten gaan. Smith heeft de tekst van de wet de functie van 'grenswachter' toegedicht: de tekst maakt bepaalde beslissingen mogelijk – niet zelden meer dan één, maar sluit ook andere beslissingen uit. Begeeft de rechter zich buiten die grenzen, dan is er volgens Smith sprake van een beslissing *contra* of *praeter legem* die zich niet langer kan aandienen als interpretatie van de wet.³¹ Maar is het wel mogelijk onderscheid te maken tussen beslissingen die zich binnen en buiten de reikwijdte van de tekst van de wet begeven? Is binding van de rechter aan de wet geen '*wishful thinking*'?³²

Volgens de semantische theorie die in hoofdstuk 5 is gepresenteerd bestaat er niet altijd een duidelijke relatie tussen een predicaat en de intensie ervan, en daarmee ook niet met de extensie. De relatie die bestaat tussen de werkelijkheid en de wijze waarop mensen de werkelijkheid waarnemen en conceptueel construeren is bovendien niet (volledig) bepalend voor de juridische betekenis van begrippen, zo is verdedigd. De intensie van een predicaat in het recht kan daarom afwijken van de intensie die het begrip krijgt in het dagelijks taalgebruik. Het bestaan of ontstaan van grensgevallen, waarvan niet duidelijk is of zij tot de extensie van het predicaat behoren, is niet uitgesloten. Semantische theorieën kunnen niet op bevredigende wijze voorschrijven hoe met die grensgevallen moet worden omgegaan. Er bestaat geen objectieve methode om van grensgevallen te bepalen of zij onder de reikwijdte van de norm vallen of niet. Kortom: het is problematisch om de interpretatievrijheid van de rechter te begrenzen uitsluitend met een verwijzing naar de tekst van de wet. Tegelijkertijd zou een dergelijke begrenzing wel degelijk enig nut hebben. Er zijn gevallen denkbaar die door de gemiddelde jurist of zelfs burger zijn te herkennen als interpretaties *contra legem*. Het bestaan van grensgevallen betekent dus niet dat aan de vrijheid van de rechter geen grenzen kunnen worden gesteld. Het is mogelijk en zinvol te stellen dat de rechter niet iedere willekeurige betekenis aan de wet mag geven, en dat de betekenis die hij aan de wet kan

30 Zie Groenhuijsen 2003 en zijn opmerkingen aldaar over Groenhuijsen & Wiemans 1989; Borgers 2011, p. 158-162; De Hullu 2015, p. 106-111.

31 Smith 2009, p. 66.

32 Van Klink 2001, p. 700.

geven in enige mate stabiel moet zijn. In de volgende subparagraaf staat daarom de vraag centraal op welke manieren de vrijheid van de rechter aan banden kan worden gelegd.

6.2.3 Grenzen aan het proces en product van interpretatie, en aan de toepassing in het concrete geval

Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid worden op verschillende wijzen geformuleerd. Zojuist werd gesteld dat het begrip 'interpretatie' lijdt aan proces-productambigüiteit: interpretatie kan verwijzen naar een proces, maar ook naar een product. Grenzen aan de interpretatievrijheid kunnen evenzo betrekking hebben op het proces van interpretatie, maar ook op het product, in iets toepasselijker termen het resultaat van interpretatie. Grenzen aan het *proces* van interpretatie hebben betrekking op de interpretatiemethoden die de rechter mag toepassen en het relatieve gewicht dat de rechter daaraan mag toekennen om een bepaalde rangorde tussen die methoden aan te brengen. Grenzen aan het *resultaat* dat de rechter mag bereiken met zijn interpretatie hebben betrekking op de vraag of de uitleg mogelijk in strijd is met rechtszekerheid of met een adequate machtsverdeling tussen de rechter en wetgever. Ten derde laat de praktijk zien dat soms grenzen worden gesteld aan de *toepassing* van een bepaalde interpretatie in een concreet geval, indien een gegeven uitleg de rechtszekerheid schendt. Deze typologie van manieren om de rechterlijke vrijheid af te bakenen wordt in deze paragraaf nader toegelicht. Het onderscheid tussen deze drie typen is nodig om subtiele verschillen te kunnen aanduiden tussen rechtspraak van het EHRM over interpretatie in het algemeen, en rechtspraak van het Hof van Justitie over de grenzen aan conforme interpretatie.

De eerste wijze waarop de vrijheid van de rechter kan worden begrensd ligt in het *proces* van interpreteren. Door te interpreteren bepaalt de rechter de intensie van een predicaat, waarmee wordt vastgelegd welke verzameling objecten of gevallen uit de werkelijkheid tot de extensie van het predicaat behoort. Dat proces van interpreteren bestaat volgens de zojuist uiteengezette theorie uit het hanteren van een aantal interpretatiemethoden, en aan de inzet van die interpretatiemethoden kunnen beperkingen worden gesteld. Zo is de teleologische interpretatiemethode, wanneer deze wordt ingezet om een resultaat te bereiken dat indruist tegen de bedoelingen van de wetgever, voor aanhangers van de rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid controversieel. Dat kan, maar hoeft niet te betekenen dat de hele methode als zodanig ontoelaatbaar wordt geacht. Er kunnen ook grenzen worden gesteld aan de verhouding tussen de interpretatiemethoden: zo kan worden beargumenteerd dat de tekst van de wet altijd leidend is. Onder het proces van interpretatie worden dus beide facetten van interpretatie, de interpretatiemethoden en hun onderlinge verhouding, geschaard.

De tweede mogelijkheid is stellen dat er grenzen zijn aan de *resultaten* die de rechter mag bereiken. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de rechter een interpretatie taalkundig verantwoord acht, maar vindt dat een dergelijke uitleg gevolgen zou hebben waar een politieke keuze aan vooraf zou moeten gaan. Zijn interpretatievrijheid wordt dan beperkt door de machtsverdeling tussen wetgever en rechter. Een andere mogelijke grens is dat de te geven uitleg niet mag conflicteren met hogere regels. De bepaling moet dan een andere uitleg krijgen dan het gebruikelijke proces van interpretatie dicteert. In dat geval doet niet ter zake op welke wijze dat resultaat is bereikt.

Er is nog een derde mogelijkheid om de vrijheid van de rechter te begrenzen, en dat is in de *toepassing* van een interpretatie, eveneens op basis van algemene rechtsbeginselen. In dat geval is niet het bereiken van een bepaalde uitkomst problematisch, maar wel de toepassing daarvan in een individueel geval. Door grenzen te stellen aan de toepassing wordt het uitbreiden van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de rechter aanvaard, maar wordt tegelijkertijd gewaarborgd dat aansprakelijkstelling voor individuen steeds voorzienbaar is. Precies voor de situatie dat de uitleg wel aanvaardbaar is, maar de toepassing ervan in het concrete geval tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, kan rechterlijk overgangsrecht of de exceptie van de verontschuldigbare rechtsdwaling een uitweg vormen.³³

Het onderscheid tussen de drie typen grenzen kan worden geïllustreerd met een voorbeeld. In de zaak die leidde tot het arrest *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* moesten de Britse rechters de term *unlawful* uit de strafbaarstelling van verkrachting interpreteren en de vraag beantwoorden of zij de verdachte konden veroordelen, ondanks het gegeven dat gemeenschap binnen het huwelijk werd gezien als *lawful*.³⁴ Op de vraag of de rechters tot een veroordeling konden komen zijn drie ontkennende antwoorden mogelijk, op basis van de drie typen begrenzungen. Vanuit het perspectief van beperkingen aan het *proces* van interpretatie zou het antwoord kunnen zijn dat dit niet toegestaan is omdat de rechter maatschappelijke opvattingen niet mag meewegen bij de uitleg van bepalingen. Aangezien de tekst en de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever helder zijn, moet de wetgever in actie komen. Vanuit het perspectief van beperkingen aan het *resultaat* zou het antwoord kunnen zijn dat dit niet mag omdat de rechter weliswaar maatschappelijke opvattingen mag meewegen, maar in het resultaat steeds de rechtszekerheid moet waarborgen. De rechtszekerheid is niet gewaarborgd indien de rechter geen enkele betekenis toekent aan een bestanddeel. Bovendien druist deze uitleg in tegen de kennelijke bedoeling van de wetgever, waardoor ook de taakverdeling tussen wetgever en rechter voorschrijft dat de rechter zich schikt naar het oordeel van de

³³ Zie over rechtsdwaling paragraaf 5.7.3.

³⁴ EHRM 22 november 1995, zaken 20166/92 en 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*).

wetgever. Ook in dit tweede geval moet de wetgever in actie komen. Vanuit het perspectief van beperkingen aan de *toepassing*, ten slotte, zou het antwoord kunnen zijn dat de rechter in beginsel op basis van maatschappelijke opvattingen de uitleg mag geven aan de wet die hem op dit moment, gezien alle omstandigheden, het meest juist voorkomt. Als deze uitleg niet voorzienbaar was voor de verdachte, dan mag deze concrete verdachte niet veroordeeld worden, maar kan de rechter wel bepalen dat de uitleg wordt toegepast op vanaf publicatie van het vonnis gepleegde gedragingen.

6.3 TWEE CONCEPTIES VAN DE GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIE-VRIJHEID

Het onderscheid tussen een rechtspositivistische en rechtenconceptie van legaliteit zoals die door Rozemond vanuit de Angelsaksische rechtsgeleerdheid in de Nederlandse literatuur zijn geïntroduceerd, is al kort besproken in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 5 zijn de concepties toegepast op het bepaaldheidsgebod. De twee concepties zijn echter van oorsprong een uitwerking van de implicaties die de positivistische rechtsopvatting versus de natuurrechtelijke en cultuurrechtelijke rechtsopvatting hebben voor rechtsvinding.³⁵ De verschillen uiteten zich in *hard cases*, gevallen waarin het recht geen of geen ondubbelzinnig antwoord biedt op een interpretatievraag omdat een bepaling in redelijkheid op meerdere manieren uitgelegd kan worden. Naast het verschil in rechtsopvatting identificeer ik vier thema's waarop de rechtspositivistische en rechtenconceptie van elkaar verschillen: wat wordt gezien als het doel van interpretatie; hoe wordt er gekeken naar het proces van interpretatie; mogen bij de interpretatie andere belangen dan de rechtszekerheid van de verdachte een sturende rol spelen; en worden grenzen gesteld aan de *interpretatievrijheid*, of vooral aan de *toepassingsvrijheid* van de rechter? De twee concepties zijn niet geheel gescheiden en onverenigbaar; ze leiden tot accentverschillen in hoe de rechter de wet zou moeten interpreteren en toepassen. Rozemond ziet, in navolging van Dworkin, de rechtenconceptie dan ook als een aanvulling op, en niet als een alternatief voor de rechtspositivistische conceptie. Ik bespreek in de komende twee subparagrafen enkele onderscheidende kenmerken die geschikt zijn om het onderzoeksmateriaal mee te analyseren.

35 Het woord 'rechtsvinding' wordt hier gebruikt in de neutrale betekenis van interpretatie door de rechter. Rechtsvinding wordt ook wel gezien als tegenovergestelde van de term 'rechtsvorming'. In die betekenis is rechtsvinding een uitdrukking van een declaratoire theorie over het rechterlijk oordeel, volgens welke de rechter pre-existent recht 'vindt', terwijl het begrip 'rechtsvorming' reflecteert dat het rechterlijk oordeel het recht verandert, mede vormt.

Aan de verschillende interpretatiemethoden, en zeker aan de beide concepties van het legaliteitsbeginsel, gaat als gezegd een onderscheid tussen een subjectieve versus een objectieve conceptie van het *recht* vooraf. Dat onderscheid duidt op een opvatting van het recht als wilsuiting van de wetgever versus een opvatting van het recht als objectief, autonoom gegeven, los van de bedoelingen van de maker ervan.³⁶ Deze subjectieve en objectieve concepties hangen samen met een rechtspositivistische dan wel natuurrechts- of cultuurrechtsopvatting over het recht. De subjectieve rechtsopvatting is positivistisch in de zin dat deze ervan uitgaat dat het recht door mensen wordt gemaakt en dus ook door mensen wordt bepaald. In de objectieve rechtsopvatting heeft het recht een betekenis die kan worden ontleend aan de wereld om ons heen (natuurrecht) of die samenhangt met een bepaalde cultuur zoals die in een regio door de tijd heen tot stand is gekomen (cultuurrecht), maar niet of veel minder met de wens van de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de wet.

6.3.1 De rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid

Het eerste kenmerk van de *rechtspositivistische conceptie* van rechterlijke interpretatievrijheid is het *doel van interpretatie*: in de rechtspositivistische conceptie, die samenhangt met de subjectieve rechtsopvatting en het positivisme, ligt de nadruk bij interpretatie op het achterhalen van de bedoeling van de wetgever.³⁷ De bijbehorende interpretatietheorie wordt wel aangeduid met *conversationale interpretatie*.³⁸ Wetgeving is een vorm van communicatie tussen de wetgever en de samenleving, waaronder ook de rechter. Deze subjectieve rechtsopvatting verzet zich tegen een autonome interpretatie door de rechter: heteronome rechtsvinding, op basis van een strikte machtsverdeling tussen wetgever en rechter, is het ideaal.³⁹ Dat heeft gevolgen voor de inzet van interpretatiemethoden, en dus het *proces van interpretatie*. Wie het recht ziet als uitdrukking van de wil van de wetgever, zal steeds op zoek zijn naar de bedoeling van de wetgever. Daarom wordt aan wetshistorische interpretatie veel belang gehecht. De bedoelingen van de wetgever zijn immers bepalend voor de betekenis van de wet. Ook de systematiek van de wet is relevant, maar

36 Het gaat dus niet om de vraag of het recht een objectief vast te stellen betekenis heeft of dat de rechter er altijd zijn eigen, subjectieve opvatting over geeft – dat onderscheid wordt hier in de termen van Wiarda/Koopmans aangeduid met heteronome versus autonome rechtsvinding, zie Wiarda/Koopmans 1999.

37 Dworkin 1985, p. 14.

38 Soeteman 1999, p. 178-179, in navolging van Dworkin's conversational interpretation, Dworkin 1986, p. 50.

39 Wiarda/Koopmans 1999; Walz 2010, p. 483-486, zie ook Borgers over wetshistorische interpretatie: Borgers 2003, p. 52-53. Dworkin noemt deze vorm van interpretatie om dezelfde reden a-politiek, Dworkin 1985, p. 15-16.

vooral voor zover die iets zegt over de intenties van de wetgever. Hoewel door aanhangers van de rechtspositivistische conceptie geen absoluut verbod op teleologische interpretatie wordt bepleit, volgt uit de subjectieve rechtsopvatting dat hierbij voorzichtigheid is geboden. Aangezien de intenties van de wetgever leidend zijn, moet terughoudend worden omgesprongen met argumenten die zijn gebaseerd op een hedendaagse interpretatie van het recht. Grammaticale interpretatie bepaalt de uiterste grenzen van het mogelijke voor de rechter. In de rechtspositivistische conceptie mag een gedraging dus niet leiden tot een strafrechtelijke veroordeling indien die niet wordt bestreken door de tekst van de wet; de rechtspositivistische conceptie veronderstelt naast het rechtspositivisme ook het wetspositivisme. De nadruk op de communicatieve inhoud van de wet leidt ertoe dat de betekenis van de wet in ieder geval tot op zekere hoogte gefixeerd is: de maatschappelijke omstandigheden kunnen wijzigen, maar de betekenis van de wet wordt vastgesteld aan de hand van de bedoelingen van de wetgever op het moment dat de wet werd gemaakt.⁴⁰ De semantische relatie tussen predicaat, intensie en extensie moet daarom in hoge mate als een statische relatie worden opgevat. Voor een zogeheten 'evolutionaire interpretatie' (een uitleg waarbij rekening is gehouden met ontwikkelingen waar de wetgever nog geen rekening mee kon houden) bestaat maar weinig ruimte.⁴¹ Ten derde bestaat er in de rechtspositivistische conceptie geen ruimte voor een *belangenafweging*. De rechter moet de rechtszekerheid waarborgen, en daaronder wordt uitsluitend de rechtszekerheid van verdachten verstaan. Heeft de wetgever de gedraging niet expliciet strafbaar gesteld, dan kan deze niet worden bestraft, ook al zou de rechter dat wenselijk achten, en met hem waarschijnlijk het merendeel van de samenleving. De wet wordt geacht het gevolg te zijn van een belangenafweging door de wetgever. De rechter mag geen uitleg geven die indruist tegen de bedoelingen van de wetgever.

Het is duidelijk dat de rechter in deze rechtspositivistische conceptie in beginsel weinig interpretatievrijheid heeft. Hij is immers gehouden de betekenis aan de wet te geven die de wetgever voor ogen stond. Niettemin wordt juist in het positivisme geaccepteerd dat het recht soms hiaten bevat: het recht bevat niet op alle rechtsvragen een antwoord. In het geval dat het recht geen antwoord biedt op een rechtsvraag die de rechter moet beantwoorden, heeft de rechter een belangrijke rechtsvormende taak. Hij zal recht moeten scheppen. Rechtspraak is in de positivistische conceptie dan ook niet alleen een bevestiging van reeds bestaand recht: rechterlijke uitspraken kunnen een constitutief karakter hebben.

In een gesloten strafrechtstelsel zijn de gevolgen van deze gedachtegang gering, omdat het strafrecht steeds een antwoord geeft op de vraag of een

40 Solum 2015.

41 Een uitzondering zijn wellicht *funktionsidentische zeitgenössische Äquivalente*, zie De Hullu 2015, p. 109.

gedraging strafbaar is: deze is strafbaar gesteld in een wettelijke strafbepaling, of deze is niet strafbaar. Hiaten in het bijzonder deel van het materiële strafrecht die de rechter nopen tot rechtsvorming, kunnen zich daarom principieel niet voordoen. In de praktijk kunnen hiaten niettemin wel degelijk worden ervaren, indien een gedraging niet strafbaar is terwijl deze dat wellicht wel zou moeten zijn, bijvoorbeeld gezien internationale verplichtingen. Een moderne variant van de rechtspositivistische conceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid kan inhouden dat het de rechter in een dergelijk geval is toegestaan middels een extensieve interpretatie aan rechtsvorming te doen, die ertoe leidt dat voorheen straffeloze gedragingen onder het bereik van de strafwet komen. De constructie van een dergelijk oordeel als constitutief oordeel, leidt er wel toe dat daarbij het verbod van terugwerkende kracht niet mag worden geschonden. In het concrete geval zal een dergelijke extensieve uitleg dan ook niet direct kunnen worden toegepast; de rechter zal overgangsrecht moeten creëren.

6.3.2 De rechtenconceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid

De *rechtenconceptie* hangt samen met de theorie van *constructieve interpretatie*, waarmee wordt bedoeld dat het *doel van interpretatie* is het construeren van een passende en rechtvaardige uitleg.⁴² Bij constructieve interpretatie ligt de betekenis van de wet niet bij de bedoeling van de auteur (de wetgever), maar bij degene die interpreteert: het doel van constructieve interpretatie van sociale praktijken is volgens Dworkin 'imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong'.⁴³ Het gaat Dworkin om het doel van de sociale praktijk en niet de oorzaak ervan. Het doel van wetsinterpretatie met het oog op het oplossen van een interpretatievraag is, met andere woorden, niet het vinden van een subjectieve bedoeling van de wetgever, maar het vinden van het doel van de bepaling zelf, om te beoordelen welke morele rechten de eiser heeft.⁴⁴ Volgens een objectieve conceptie van het recht, die ten grondslag ligt aan de rechtspositivistische conceptie, kan de wet of het recht een betekenis hebben die los staat van de bedoelingen van de wetgever of rechter daarmee. Het recht is immers meer dan het geheel aan wetsbepalingen, en omvat ook ongeschreven rechtsbeginselen en principes. De rechter krijgt in de rechtenconceptie een autonoom positie dan in de rechtspositivistische conceptie: bij het uitleggen van de wet moet hij uiteindelijk een beslissing geven die hij rechtvaardig acht. De rechter is relatief vrij in het *proces van interpretatie*: in de rechtenconceptie worden geen grenzen gesteld aan de bronnen die de rechter kan aan-

42 Soeteman 1999, p. 179-181; Dworkin 1986, p. 52-53.

43 Dworkin 1986, p. 52.

44 Dworkin 1985, p. 16.

wenden. Alle gangbare interpretatiemethoden zijn toegestaan, zolang zij worden aangewend met het doel aan de wet een uitleg te geven die rechtvaardig is en past bij het objectieve recht. Aan teleologische interpretatie wordt grote waarde gehecht, hoewel de rechtenconceptie evenmin als de rechtspositivistische conceptie een voor alle gevallen geldige hiërarchie van interpretatiemethoden voorschrijft. Aan het resultaat van interpretatie worden evenmin grenzen gesteld, in die zin dat de tekst van de wet geen onoverkomelijk bezwaar vormt tegen een interpretatie die op goede gronden buiten die tekst gaat. De objectieve rechtsopvatting geeft de rechter veel vrijheid om bepalingen een flexibele en geactualiseerde betekenis te geven en is daarmee meer gericht op het heden en op de toekomst. Evolutive interpretatie is toegestaan: de intensie en extensie van een predicaat kunnen veranderen in de loop der tijd.⁴⁵ Volgens Scholten wordt een wet voor de toekomst gemaakt, en kan die naarmate de tijd verstrijkt van betekenis veranderen.⁴⁶ Tot slot is ook het maken van een *belangenafweging* niet uitgesloten. In de woorden van Scholten: 'bij ieder vaststellen van recht [wordt] de gerechtigheid [...] gezocht.'⁴⁷ Rechtszekerheid is daarbij één van de relevante belangen, maar niet het enige: ook het belang van degene wiens rechten zijn geschonden met de gedraging, of het belang van het effectief kunnen reageren op onwenselijk geachte gedragingen kunnen meewegen bij de uitleg van een wet. Rechtszekerheid wordt vooral gerelateerd aan de individuele verdachte: kon die voorzien dat hij strafrechtelijk aansprakelijk zou worden gesteld? Als dat niet zo is, wil dat nog niet zeggen dat de rechter niet tot een bepaalde uitleg mag komen, maar dat hij moet garanderen dat de toepassing van die uitleg niet ten koste gaat van de betrokkene. Wanneer een rechtenconceptie wordt gehanteerd, zullen eerder voorwaarden worden gesteld aan de *toepassing*, dan aan de *interpretatie* van strafbepalingen.

In de rechtenconceptie is de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever zelfstandiger, er is meer ruimte voor autonome interpretatie, of liever gezegd: constructie. De rechter construeert immers een oordeel aan de hand van het recht, dat een integer geheel is van regels, beginselen en beleid.⁴⁸ De rechter hoeft het recht niet zelf te vormen, zijn oordelen zijn declaratoir. Peristeridou heeft in het verlengde hiervan gesteld dat, indien de rechter zich aan de grenzen van het legaliteitsbeginsel houdt, er ook bij de progressieve

45 Als middenweg tussen de subjectieve en objectieve rechtsopvatting komt de opvatting voor dat de wil van de wetgever vooral relevant is bij recent tot stand gekomen bepalingen. De wetsgeschiedenis heeft dan meer betekenis dan bij wetgeving die vijftig jaar geleden tot stand is gekomen of zelfs honderd jaar geleden, toen er nog geen algemeen kiesrecht bestond. Dit wordt wel de *subjektiv-geltungszeitliche Auslegungstheorie* genoemd, die wordt besproken en verdedigd in Walz 2010.

46 Scholten 1974, p. 33-34.

47 Scholten 1974, p. 36.

48 Uitgebreider hierover paragraaf 2.4.

ontwikkeling van het strafrecht geen behoefte bestaat aan rechterlijk overgangsrecht. Een uitleg is immers niet toegestaan indien die niet voorzienbaar is.⁴⁹ Deze opvatting strookt niet met de in dit boek verdedigde rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel, maar óók binnen de rechtenconceptie en de opvatting van rechterlijke oordelen als declaratoire uitspraken, kan mijns inziens behoefte ontstaan aan de toepassing van rechterlijk overgangsrecht. Het is denkbaar dat in de rechtspraak een graduele ontwikkeling plaatsvindt waarbij de reikwijdte van aansprakelijkheid in kleine, ieder op zichzelf acceptabele stapjes wordt uitgebreid. Wanneer echter een zaak voor de rechter komt waarbij de feiten zijn gepleegd voordat die ontwikkeling zich voordeed, kan alsnog de vraag opkomen of op het moment van het begaan van de gedraging die gehele ontwikkeling wel voorzienbaar was.⁵⁰

6.3.3 Recapitulerend: het onderscheid tussen de rechtspositivistische en rechtenconceptie van de rechterlijke interpretatievrijheid

Recapitulerend ligt in de rechtspositivistische conceptie de nadruk op het achterhalen van de intenties van de wetgever, hetgeen leidt tot een sterke oriëntatie op de wetsgeschiedenis. In de rechtenconceptie ligt de nadruk meer op het construeren van een actuele betekenis van de wet in het licht van de strekking daarvan. Vanwege de subjectieve rechtsopvatting wordt in de rechtspositivistische conceptie veel waarde gehecht aan wetshistorische interpretatie en heteronome rechtsvinding, terwijl in de rechtenconceptie de rechter meer vrijheid heeft om de strekking van de norm te construeren op basis van teleologische rechtsvinding. Daarbij mag hij vrijelijk verschillende belangen die zijn gemoeid met een bepaalde uitspraak (rechtszekerheid voor de verdachte, maar bijvoorbeeld ook belangen van eventuele slachtoffers) afwegen. In de rechtspositivistische conceptie is een belangenafweging geen onderdeel van het uitleggen en toepassen van strafbepalingen. Tot slot moet volgens de rechtspositivistische conceptie de interpretatievrijheid van de rechter worden beperkt, terwijl volgens de rechtenconceptie de rechter kan bijdragen aan de ontwikkeling van het strafrecht, zolang daarbij de individuele voorzienbaarheid gewaarborgd wordt door een strafbepaling niet toe te passen indien die toepassing niet voorzienbaar was. De rechtspositivistische conceptie leidt tot een striktere begrenzing van de interpretatievrijheid van de rechter, omdat hij strikter gebonden is aan de wetgever. Tegelijkertijd wordt de mogelijkheid van het bestaan van hiaten erkend, en heeft de rechter in een dergelijk geval de expliciete opdracht recht te vormen, en indien noodzakelijk daarbij rechterlijk overgangsrecht te formuleren. In de rechtenconceptie heeft de rechter een

49 Peristeridou 2015, p. 169.

50 Zie voor een voorbeeld EHRM 14 april 2015, 66655/13 (*Contrada/Italië*), dat zal worden besproken in paragraaf 6.4.3.

meer autonome positie ten opzichte van de wetgever. Tegelijkertijd wordt, in ieder geval door aanhangers van de declaratoire theorie, ontkend dat de rechter daadwerkelijk aan rechtsvorming doet. Hij expliciteert slechts het vooraf reeds bestaande recht, en kan daarom zijn uitspraken zonder problemen toepassen op gevallen die zich reeds hebben voorgedaan.

6.4 INTERPRETATIE VAN EUROPEES RECHT DOOR HET HOF VAN JUSTITIE

Tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter bestaat een duidelijke taakverdeling. Het Hof van Justitie gaat in laatste instantie over de uitlegging van het Europees recht, de nationale rechter gaat over de uitlegging van zijn nationale recht. De nationale rechter moet uiteraard in veel gevallen ook Europees recht toepassen (en daartoe uiteraard ook uitleggen⁵¹), maar indien het Europees recht onduidelijk is, kan of moet de nationale rechter prejudiciële vragen stellen aan het Hof.⁵² Slechts indien het antwoord op een prejudiciële vraag niet nodig is om een uitspraak te doen, het Europees recht afdoende duidelijk is (een zogenaamde *acte claire*) of reeds afdoende is verduidelijkt door het Hof van Justitie (een zogenaamde *acte éclairée*) geldt die verplichting niet.⁵³ Het Hof beoordeelt in de prejudiciële procedure niet de verenigbaarheid van het nationale recht met het Europees recht: de nationale rechter is bevoegd het nationale recht uit te leggen.⁵⁴

In deze paragraaf wordt eerst stilgestaan bij de wijze waarop het Hof van Justitie het Europees recht uitlegt. Dit is van belang omdat de nationale rechter rekening zal moeten houden met de wijze waarop Europees recht moet worden uitgelegd, wanneer hij verordeningen rechtstreeks toepast of wanneer hij richtlijnen interpreteert om vervolgens te kunnen voldoen aan de conforme-interpretatieplicht. Daarbij besteed ik enige bijzondere aandacht aan het verschijnsel van meertaligheid in het Europees recht. Daarna wordt geschetst hoeveel ruimte het EHRM laat voor interpretatie door de strafrechter. Het EVRM is een belangrijk ankerpunt voor de Nederlandse strafrechter, maar inspireert ook het Hof van Justitie bij het bepalen van de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Tot slot wordt besproken of het Hof van Justitie zich bij de uitleg van Europees recht gebonden acht aan het legaliteitsbeginsel, omdat

51 Van Harten 2011, p. 36 e.v.

52 In beginsel betreft het een bevoegdheid, tenzij geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen de uitspraak van de nationale rechter: in dat geval is het stellen van prejudiciële vragen verplicht. Zie art. 267 VWEU en voor een korte bespreking hiervan met vele verwijzingen Van Harten 2011, p. 33-40.

53 De zogenaamde CILFIT-doctrine, geformuleerd in HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (CILFIT).

54 Dit is vaste rechtspraak sinds HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*) en volgt ook uit artikel 267 VWEU.

dat mede de verdeling van verantwoordelijkheid tussen het Europees en nationaal niveau bepaalt.

6.4.1 De interpretatie van primair en secundair Europees recht door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie speelt op verschillende manieren een rol voor de uitlegging van Europees recht. Ten eerste fungeert het als een rechter met bepaalde constitutionele bevoegdheden.⁵⁵ De Verdragen, in combinatie met het Handvest, vervullen daarbij een met een grondwet te vergelijken functie. Het Hof is verantwoordelijk voor de uitlegging van het primaire recht en beoordeelt de verenigbaarheid van secundair recht met het primaire recht.⁵⁶ Daarmee heeft het ook een belangrijke rol in het afbakenen van de bevoegdheid van de Europese instellingen, die immers berust op de Verdragen. Het Hof heeft ook mechanismen ontwikkeld voor de doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde. Ten tweede is het Hof verantwoordelijk voor de interpretatie van secundair recht, waar het doorgaans om wordt verzocht door de lidstaten in een prejudiciële vraagprocedure.⁵⁷ Het is mijns inziens van belang om deze twee rollen te onderscheiden, aangezien de totstandkoming, de daarbij betrokken actoren en de functie van primair en secundair recht verschillend is. Daarnaast is het van belang situaties waarin het Hof *zelf* het legaliteitsbeginsel al dan niet in acht neemt bij de uitleg van Europees recht te onderscheiden van situaties waarin het Hof – vergelijkbaar met het EHRM – uit het legaliteitsbeginsel normen afleidt die de *nationale rechter* in acht moet nemen bij de uitleg van Europees strafrecht.

Het is bekend dat het Hof van Justitie met zijn uitleg van het Europees primair recht een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de Europese integratie. In de jaren zestig van de vorige eeuw stond het Hof aan de basis van de structuren die het Europees recht nu kenmerken zoals rechtstreekse werking en voorrang, structuren waarin door de Verdragen niet was voorzien. Het Hof van Justitie maakte en maakt daarbij veel gebruik van de teleologische interpretatiemethode.⁵⁸ De intenties van de lidstaten bij het sluiten van de verdragen waren voor het Hof van Justitie zeker niet altijd doorslaggevend. Het Hof benadrukte juist in het *Van Gend & Loos*-arrest dat de lidstaten een 'autonome rechtsorde' in het leven hadden geroepen en dat het Verdrag moest worden uitgelegd naar de 'geest, inhoud en bewoordingen daarvan'.⁵⁹ Het

55 Uitgebreider hierover Jacobs 1992. Hij laat zien dat de uitoefening van de hier genoemde bevoegdheden niet per se van constitutionele aard zijn, maar van belang is dat ze dat wel kunnen zijn.

56 Art. 267 VWEU.

57 Eveneens art. 267 VWEU.

58 Conway 2012, p. 21-26.

59 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

Hof stelt in dat arrest de geest van de verdragen voorop, en gaat niet in op het door Nederland aan de orde gestelde punt dat de intenties van de verdragsluitende partijen leidend zouden moeten zijn. Het doel dat het Hof zich stelt met de uitleg van de verdragen is duidelijk niet het vaststellen van de bedoelingen van de maker ervan: het Hof hanteert een objectieve rechtsopvatting, die past bij de rechtenconceptie. Vanwege de nadruk op teleologische rechtsvinding, waarbij de opvattingen van de lidstaten als irrelevant terzijde worden geschoven, en vanwege het gewicht dat het Hof daarbij toekende aan de effectiviteit van het Europees recht, heeft het Hof vele malen het verwijt gekregen ‘activistisch’ te zijn⁶⁰ en te weinig oog te hebben voor rechtszekerheid⁶¹ – verwijten die in de literatuur overigens niet onweersproken zijn gebleven.⁶² Jacobs heeft gesuggereerd dat de actieve rol van het Hof van Justitie gemakkelijker te accepteren is voor degenen afkomstig uit lidstaten waar toetsing van wetgeving aan de grondwet is toegestaan, terwijl de kritiek dat het Hof te politiek gekleurd is in zijn rechtspraak, juist afkomstig is uit landen waar de rechter geen constitutionele taken heeft.⁶³ Wanneer het Hof van Justitie wordt beschouwd als constitutionele rechter, is diens actieve rol inderdaad minder verbazingwekkend. De discussies over de rol van het Hof van Justitie vertonen – in dat licht evenmin verrassend – veel gelijkenissen met de discussies in de Verenigde Staten over constitutionele interpretatie door de Amerikaanse hoogste rechter. Het veelvuldige gebruik van de teleologische interpretatiemethode door het Hof van Justitie zal voor de *originalists* in dat debat zeker steen des aanstoets zijn. Niettemin is recent gewag gemaakt van een verandering in de benadering van het Hof, inhoudende dat de totstandkomingsgeschiedenis wel degelijk relevant kan zijn voor de uitleg van primair recht.⁶⁴ Dat laat onverlet dat de teleologische interpretatiemethode voor de uitleg van primair recht nog altijd van groot belang is.

Wanneer naar de interpretatie van *secundair recht* wordt gekeken, neemt grammaticale interpretatie een veel belangrijker plaats in: interpretatie vindt plaats op basis van de tekst, de context en de doelstelling.⁶⁵ Volgens Klip is grammaticale interpretatie zelfs de overheersende interpretatiemethode.⁶⁶ Wanneer het Europees recht nadelige (financiële) gevolgen kan hebben voor particulieren mag, zo stelde het Hof van Justitie meermalen, omwille van de rechtszekerheid een bepaling waarvan niet-naleving wordt bestraft met financiële sancties, niet worden uitgelegd op een manier die ‘niet strookt met de

60 Bijvoorbeeld De Waele 2010.

61 Rasmussen 1992.

62 Zie bijvoorbeeld Paunio & Lindroos-Hovinheimo 2010.

63 Jacobs 1992, p. 32.

64 Miettinen 2015a, p. 225.

65 Kritisch daarover Paunio & Lindroos-Hovinheimo 2010.

66 Klip 2016, p. 147; HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*).

normale betekenis van de gebruikte woorden'.⁶⁷ Ook in andere zaken wijst het Hof interpretaties af omdat ze niet stroken met de tekst van het Europees recht.⁶⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat de tekst van de bepaling een begrenzing vormt van het resultaat dat met interpretatie kan worden bereikt. Dit moet binnen het 'normale bereik' of de *plain meaning* van de tekst blijven. In een andere zaak wijst het Hof een beroep op de considerans af omdat het leidt tot een uitleg *contra legem*.⁶⁹ Op dit punt is de rechtspraak van het Hof van Justitie strikter dan die van het EHRM, voor wie de tekst van de bepaling geen onneembare horde is, zelfs niet in het strafrecht, zolang de veroordeling in lijn is met de 'essentie' van het delict. De hier besproken jurisprudentie heeft echter geen betrekking op het strafrecht, en het Hof verwijst diensgevolge niet naar het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Of het Hof zich aan dat beginsel gebonden acht, wordt besproken in paragraaf 6.4.4. Tegelijkertijd wordt gesteld dat grammaticale interpretatie met het bestaan van 24 authentieke versies problematisch kan zijn. Bij de uitlegging van Europees recht moeten verschillende taalversies met elkaar worden vergeleken, en dat kan verschillen in taalversies blootleggen. Naast de tekst van de bepalingen speelt daarom de context daarvan een rol, alsmede de doelstelling van de regeling waarvan de bepaling deel uitmaakt.⁷⁰ In de literatuur is wel aangevoerd dat verschillen in taalversies ertoe leiden dat teleologische interpretatie een beter middel is om een uniforme toepassing van Europees recht te garanderen.⁷¹ Aan de tekst van de bepaling kan immers weinig betekenis toekomen als die verschilt per taalversie.

Voor uitleg van het secundaire recht heeft wetshistorische interpretatie door de tijd heen aan enig belang gewonnen. Aangezien de *travaux préparatoires* van het wetgevingsproces tot 2001 niet werden gepubliceerd kon wetshistorische interpretatie tot voor kort geen grote rol spelen.⁷² Inmiddels verwijst het Hof soms wel naar de totstandkomingsgeschiedenis, maar de rol van wetshistorische interpretatie blijft beperkt in vergelijking tot wat in de meeste nationale strafrechtssystemen gewoon is.⁷³

67 HvJ EG 1 oktober 1998, C-209/96, ECLI:EU:C:1998:448 (*Verenigd Koninkrijk/Commissie*), r.o. 35; HvJ EG 27 januari 1988, 349/85, ECLI:EU:C:1988:34 (*Denemarken/Commissie*), r.o. 16.

68 HvJ EG 28 juni 2007, C-467/05, ECLI:EU:C:2007:395 (*Dell'Orto*), r.o. 54

69 HvJ EU 26 april 2012, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244 (*DR en TV2 Danmark*), r.o. 43.

70 HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*), r.o. 18-20; HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*), r.o. 28.

71 Maduro 2007, p. 8-9, en in navolging daarvan Huomo-Kettunen 2013, p. 54. In ieder geval lijkt de waarde van grammaticale interpretatie beperkter dan in het nationale recht, Schröder 2002, p. 398-399; Oppermann 2009, p. 144, 147.

72 In 2001 werden (onder andere) voorbereidende stukken openbaar door de invoering van Verordening (EG) 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. Uitgebreider hierover Dhondt & Geursen 2008.

73 Klip 2016, p. 151-154.

Tot slot wijst Klip erop dat secundair Unierecht moet worden uitgelegd op een wijze die zoveel mogelijk overeenstemt met primair Unierecht.⁷⁴ Beperkingen op de werking van primair recht (uitzonderingen op vrijverkeersbepalingen, bijvoorbeeld) moeten in dat licht in beginsel restrictief worden uitgelegd. Prechal heeft beschreven hoe in de interne markt het Hof secundair recht consequent uitlegt in het licht van de doelstelling van de bepaling, bijvoorbeeld één van de vrijheden. Die vrijheden dienen een hoger doel, namelijk het creëren van een gemeenschappelijke markt. Ook de interne markt dient weer een hoger doel, namelijk de doelstellingen van de Europese Unie. Vanwege het 'nuttig effect' moet bij de interpretatie van Europees recht steeds die uitleg worden gekozen die de bepaling zo effectief mogelijk maakt.⁷⁵ Op die wijze heeft teleologische interpretatie zeker bij de totstandbrenging van de interne markt een belangrijke rol gespeeld.

De rechtsopvatting van het Hof van Justitie die uit de rechtspraak over primair recht blijkt is overwegend objectief: het doel van de uitlegging van de verdragen is niet het zo goed mogelijk gevolg geven aan de bedoelingen van de verdragsluitende lidstaten, maar het geven van een autonome betekenis die de belangen van de Europese integratie dient. Het Hof neemt een grote vrijheid ten opzichte van de verdragsgever, en ziet voor zichzelf een rol weggelegd in de progressieve ontwikkeling van het Europees recht. Het beeld ten aanzien van secundair recht is anders: daar laat het Hof zich in de meeste gevallen binden door de tekst van de wet. De bedoeling van de Europese wetgever is in veel hogere mate een relevant gegeven voor de uitleg van secundair recht, in vergelijking met primair recht. De vraag of het Hof zich gebonden acht aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is vooral relevant voor de uitleg van secundair recht, aangezien dat de grootste invloed uitoefent op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar nationaal recht. Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 6.4.4.

6.4.2 De rol van verschillende taalversies bij de interpretatie van Europees recht

Kon Kristen zich er in 2004 nog over verwonderen hoe weinig er is geschreven over de gevolgen van de meertaligheid van de Europese Unie,⁷⁶ de laatste tien jaar staat dit onderwerp in toenemende mate in de belangstelling.⁷⁷ Alle Europese regelgeving verschijnt in 24 talen, die alle authentiek en van gelijke

⁷⁴ Klip 2016, p. 148.

⁷⁵ Prechal 2006, p. 11-13.

⁷⁶ Kristen 2004, p. 14, vn. 39.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld de recent verschenen bundel S. Šarčević, *Language and culture in EU law: multidisciplinary perspectives*, Farnham: Ashgate 2015.

waarde zijn. Iedere versie moet dus worden beschouwd als een zelfstandig wetgevingsinstrument, en niet als een vertaling of anderszins een afgeleide van een andere, 'originele' taalversie.⁷⁸ Tussen de 24 authentieke versies van ieder instrument bestaan onherroepelijk verschillen, die onzekerheid kunnen veroorzaken over het geldende recht. Die versies kunnen elk op zich duidelijk zijn, maar zij worden soms onduidelijk door het bestaan van tegenstrijdige versies. Andersom kan een onduidelijkheid in de ene versie ook worden opgelost door andere versies te raadplegen.⁷⁹ Het Hof van Justitie heeft in de jurisprudentie bepaald dat de interpretatie van Gemeenschapsrecht een vergelijking van verschillende taalversies vereist.⁸⁰ In de praktijk is dat uiteraard onmogelijk – ook in 1982, toen de Europese Unie al bestond uit tien lidstaten met acht officiële talen.⁸¹ Het gebeurt dan ook lang niet altijd, en als het gebeurt is dat meestal op instigatie van (een van) de partijen.⁸²

Van de burger, maar ook van de nationale rechter, kan kennis van alle andere talen uiteraard überhaupt niet worden geleverd, en dus is de vraag hoe het Hof van Justitie omgaat met verschillen tussen de taalversies.⁸³ Wanneer een regeling onduidelijk is, moet hij worden uitgelegd in het licht van de tekst in andere talen, aldus het Hof.⁸⁴ Als er verschillen blijken te bestaan, kan niet één taalversie als doorslaggevend worden beschouwd maar moet worden gekeken naar 'de algemene opzet en doelstelling' van de regeling.⁸⁵ Zo stond in de oorspronkelijke Duitse versie van verordening 1932/92/EEG het begrip '*Süßkirschen*' – in de titel, de considerans en in artikel 1 lid 1. Dit begrip is op zichzelf niet onduidelijk. Het feit dat alle andere taalversies van 'zure kersen' of een vertaling daarvan spreken en bovendien de GN-code voor zure kersen is vermeld,⁸⁶ doet echter vermoeden dat hier sprake is van een verschrijving, en roept vragen op over de betekenis van het begrip '*Süßkirschen*'.⁸⁷ Nadat een rechtspersoon zure kersen had ingevoerd waarover Duitsland de betaling van een heffing vorderde op grond van de verordening, werd

78 Paunio 2013, p. 5.

79 Derlén 2015.

80 HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*), r.o. 18.

81 Het Iers was nog geen Working language, maar slechts een *Treaty language*, hetgeen betekent dat primaire wetgeving wel, maar secundaire wetgeving niet in het Iers werd vertaald. Sinds 2007 is het Iers een officiële taal van de EU.

82 Paunio 2013, p. 27.

83 Zie voor een uitgebreide bespreking van de rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt, waaronder de hier besproken arresten, Derlén 2009 p. 32-36.

84 HvJ EG 27 maart 1990, 372/88, ECLI:EU:C:1990:140 (*Cricket St. Thomas*), r.o. 19.

85 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*); HvJ EG 27 maart 1990, 372/88, ECLI:EU:C:1990:140 (*Cricket St. Thomas*), r.o. 19; HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*), r.o. 28-30. Zie ook Rasmussen 1992, p. 167-171 voor een bespreking van voornamelijk wat oudere jurisprudentie.

86 De GN-code of 'gecombineerde nomenclatuur' bevat een systematische indeling van goederen ten behoeve van toepassing in het douanerecht.

87 Dit was het geval in HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*).

een gerectificeerde versie van de verordening in het Publicatieblad geplaatst. In het administratief recht is terugwerkende kracht niet uitgesloten, dus de vraag voor het Hof was of de verordening rechtsgevolgen kon sorteren met betrekking tot de reeds begane gedragingen. Het Hof stelt eerst vast dat de onduidelijkheid van de verordening niet tot problemen hoefde te leiden, omdat gemakkelijk was vast te stellen dat de verordening zag op zure kersen. Kortom: voor het Hof is het duidelijk dat 'zoete kersen' 'zure kersen' betekent.⁸⁸ Aangezien ook de niet-gerectificeerde verordening al betrekking had op zure kersen, in weerwil van de tekst ervan, is er geen sprake van terugwerkende kracht.⁸⁹ In dit geval kon dus een wetssystematische onduidelijkheid in de Duitse versie van de richtlijn worden opgelost door te kijken naar de richtlijn in andere talen.

Het is evenwel onzeker of het Hof vereist dat *altijd* meerdere taalversies met elkaar worden vergeleken, of dat dit alleen hoeft indien de nationale taalversie op zichzelf genomen onduidelijk is.⁹⁰ In het eerste geval zou de justitiabele altijd een interpretatie kunnen worden tegengeworpen die in strijd is met de duidelijke tekst van de nationale taalversie, terwijl in het tweede geval een dergelijke uitleg niet toelaatbaar zou zijn omdat op de nationale taalversie kan worden vertrouwd. Het Hof geeft verschillende antwoorden op deze vraag, en zelfs in één zaak een verschillend antwoord, al naar gelang de authentieke versie of een vertaling van het arrest wordt geraadpleegd (!).⁹¹ Dit betekent dat geen volledige zekerheid bestaat dat kan worden vertrouwd op één enkele taalversie wanneer deze op zichzelf duidelijk is. Vooralsnog blijft ook de vraag onbeantwoord in hoeverre een ruime uitleg, gebaseerd op een vergelijking van verschillende taalversies, aan de verdachte kan worden tegengeworpen. Wel gaf het Hof in 1977 al aan dat bij de uitleg van Europees recht waarbij grote verschillen bestaan tussen de taalversies, moet worden voorkomen dat het rechtszekerheidsbeginsel wordt geschonden door een uitleg die strijdt met de 'eigenlijke en gebruikelijke betekenis' van de daarin voorkomende termen.⁹² Ook hier geldt dus dat het rechtszekerheidsbeginsel de grenzen van het toelaatbare bepaalt.

88 HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*), r.o. 18.

89 HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*), r.o. 20.

90 Derlén 2009, p. 34-36.

91 HvJ EG 2 april 1998, C-296/95, ECLI:EU:C:1998:152 (*EMU Tabac*), r.o. 36. Dit verschil is opgemerkt door Derlén. De procestaal in de zaak EMU Tabac was Engels. In de Engelse versie van het arrest wordt vermeld dat andere taalversies moeten worden geraadpleegd, zonder te clausuleren dat dit slechts moet indien er twijfel bestaat over de juiste uitleg. Alle door mij geraadpleegde vertalingen (es, da, de, fr, nl, sv) wijken daarvan af en stellen alleen dat 'in geval van twijfel' andere taalversies moeten worden geraadpleegd. Derlén merkt in dit verband tevens op dat indien in latere zaken naar dit arrest wordt verwezen, wél steeds 'in geval van twijfel' wordt opgenomen in de tekst. Zie Derlén 2009, p. 36, met verwijzingen.

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

6.4.3 Het EHRM en de grenzen aan de interpretatievrijheid van de nationale rechter

In paragraaf 5.5.1 is de rechtspraak van het EHRM over het bepaaldheidsgebod besproken. Daaruit bleek dat het Straatsburgse Hof de afbakening van strafbepalingen als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de wetgever en de rechter ziet. Dit heeft tot gevolg dat de aandacht van de rechter verschuift van een abstracte toets van de geldende wetgeving naar een beoordeling van de veroordeling in een concrete casus. Het EHRM bekijkt of die veroordeling, in het licht van het geldende recht – waaronder zowel wetgeving als jurisprudentie wordt verstaan – redelijkerwijze voorzienbaar was.

In enkele arresten laat het EHRM zich ook uit over de interpretatievrijheid van de rechter. Deze verschilt van de beoordeling op grond van het bepaaldheidsgebod. De beoordeling of aan het bepaaldheidsgebod is voldaan gaat uit van een statische beoordeling van het recht en de vraag of vooraf nauwkeurig was vast te stellen welke gedragingen strafbaar waren en welke niet. Bij de beoordeling van de interpretatievrijheid staat een dynamische situatie centraal: het gaat er daarbij om of en in hoeverre de rechter wijzigingen mag aanbrengen in het geldende recht. Het kan voorkomen dat het recht op zichzelf genomen wel duidelijk is, maar dat de rechter een verandering wenst aan te brengen. In de *common law* rechtsstelsels, waar de rechter mede het recht vormgeeft en waar vele delicten nog altijd een wettelijke delictsomschrijving ontberen, kan deze vraag vrij expliciet aan de orde komen.

De twee belangrijkste Straatsburgse uitspraken op dit thema zijn dan ook gewezen in zaken die het Verenigd Koninkrijk betroffen, *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* (reeds kort besproken in paragraaf 6.2.3).⁹³ Deze zaken worden gezien als een voorbeeldige toepassing van de rechtenconceptie van legaliteit in de rechtspraak. Het betreft twee nagenoeg gelijke uitspraken over de vraag of verkrachting binnen het huwelijk een strafbaar feit was. Op zichzelf beschouwd was de wet helder: die verbood het hebben van ‘unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it’.⁹⁴ Het begrip ‘unlawful’ werd in de *common law* aldus uitgelegd dat in het huwelijk ‘implied consent’ bestond waardoor verkrachting binnen het huwelijk geen strafbaar feit was.⁹⁵ Hierop waren weliswaar al enkele uitzon-

93 EHRM 22 november 1995, zaken 20166/92 en 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*). In het navolgende wordt alleen naar *SW/Verenigd Koninkrijk* verwezen.

94 Art. 1 lid 1 Sexual Offences (Amendment) Act 1976.

95 Zie de omschrijving van het geldende recht in EHRM 22 november 1995, 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW/Verenigd Koninkrijk*). In 1994, na het plegen van de feiten, werd het begrip ‘unlawful’ geschrapt en werd bovendien het woord ‘woman’ vervangen door ‘person’.

deringen geformuleerd, maar in de zaak *SW* besloot de Britse rechter de huwelijksexceptie in zijn totaliteit af te schaffen. Na uitputting van de nationale rechtsmiddelen klopte de verdachte aan in Straatsburg.

Het EHRM had al in de zaak *Kokkinakis/Griekenland* uit het legaliteitsbeginsel het beginsel afgeleid dat ‘the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy.’⁹⁶ In die zaak staat het resultaat of product centraal, en niet de redeneerwijze of het proces, al wordt de analogie wel bij wijze van voorbeeld genoemd. Het resultaat van een interpretatie mag in ieder geval niet een uitbreiding ten nadele van de verdachte inhouden. In 1995 gaf het Straatsburgse Hof in *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* nadere invulling aan de taak van de rechter door aan te geven wat, ondanks het verbod op het bereiken van een extensieve uitleg (product) op basis van een casuïstische redeneerwijze (proces), wél is toegestaan:

‘However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.’⁹⁷

Voor het EHRM pasten de uitspraken van de Britse rechters binnen het hier geschetste kader, wanneer die rechters stellen dat het woord ‘unlawful’ ‘merely surplusage’ is en geen belemmering vormt om de huwelijksexceptie volledig af te schaffen. Het mensenrechtenhof wees erop dat er al eerder in de rechtspraak beperkingen aan de huwelijksexceptie waren aangebracht en dat de veroordeling bovendien in lijn was met de essentie van het delict. In ieder geval is duidelijk dat het EHRM de historische bedoelingen van de wetgever met de wet niet als leidend ziet, maar dat het een evolutieve interpretatie accepteert en, zoals blijkt uit het volgende citaat, in dit geval zelfs aanmoedigt. Het EHRM voegde namelijk nog een overweging toe:

‘The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim –

96 EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*), r.o. 52.

97 EHRM 22 november 1995, 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 36.

cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 (art. 7) of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (see paragraph 34 above). What is more, the abandonment of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom.⁹⁸

Het EHRM lijkt hier te stellen dat de uitspraak van de Britse rechters niet in strijd met artikel 7 EVRM kan zijn, omdat de gedragingen van de verdachte evident vernederend zijn en dus in strijd met de doelstellingen van het Verdrag, alsmede met een 'beschaafde' opvatting van het huwelijk. Het lijkt erop dat het EHRM een zekere afweging gepast acht tussen bescherming van de rechtszekerheid van de verdachte en de bescherming van grondrechten van (potentiële) slachtoffers.

De overwegingen uit dit arrest worden nog vaak herhaald door het EHRM en het arrest heeft ook zijn weg gevonden naar de Nederlandse literatuur en rechtspraak. In de literatuur is opgemerkt dat de maatstaf die het EHRM aanlegt niet erg strikt is, in ieder geval niet vanuit continentaal perspectief.⁹⁹ Er zijn niettemin meerdere aanwijzingen dat de uitspraak moet worden geplaatst in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. Knigge stelde al de vraag of de hier als laatst geciteerde passage een aanwijzing bevat dat het EHRM in zaken die buiten het kernbereik van het strafrecht liggen wellicht een strengere maatstaf zal hanteren. Die suggestie lijkt inderdaad in ieder geval tot op zekere hoogte bevestigd te worden in latere rechtspraak, bijvoorbeeld in het arrest *Pessino/Frankrijk* dat over een ordeningsrechtelijk strafbaar feit gaat. Daarin is de verdachte een professionele marktpartij, maar zelfs voor haar zou het volgens het EHRM, ondanks eventueel ingeschakelde juridische advisering, niet voorzienbaar zijn dat haar gedragingen strafbaar waren. Er was geen sprake van een waarneembare ontwikkeling in de jurisprudentie. Het EHRM contrasteert de feiten met die uit *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*, die in zichzelf al strijdig waren met het Verdrag en waarvan kwalificatie als strafbaar feit niet als een verrassing kon komen.¹⁰⁰

Ook in *Contrada/Italië* lijkt de beoordelingsmaatstaf van het EHRM strenger dan in *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*. In de zaak *Contrada/Italië* uit 2015 gaat het EHRM uit van een onderscheid tussen de grenzen aan de interpretatievrijheid en de toepasbaarheid van een interpretatie, en komt op basis daarvan

98 EHRM 22 november 1995, 20190/92, NJ 1997/1, m.nt. Knigge (*CR/Verenigd Koninkrijk*), par. 42. Dit arrest is reeds deels besproken in 2.4.2.

99 Knigge in zijn annotatie bij EHRM 22 november 1995, zaken 20166/92 en 20190/92, NJ 1997/1 (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*); De Hullu 1996.

100 EHRM 10 oktober 2006, 40403/02 (*Pessino/Frankrijk*), r.o. 36; in vergelijkbare zin maar zonder verwijzing naar *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* EHRM 24 mei 2007, zaken 77193/01 en 77196/01 (*Dragotoni/Roemenië*).

tot een iets striktere beoordeling dan in *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*. Het EVRM staat, dat was bekend, niet in de weg aan een voortschrijdende ontwikkeling van het strafrecht in de rechtspraak. Maar latere interpretaties kunnen niet zonder meer worden toegepast op anterieure feiten. In *Contrada/Italië* oordeelde het Straatsburgse Hof dat de ontwikkelingen die zich hadden voorgedaan ten aanzien van het strafbaar gestelde handelen aanvang hadden genomen ná het begaan van de gedragingen door de verdachte. In de veroordeling werd uitsluitend verwezen naar rechtspraak van latere datum dan de gepleegde feiten en er werd niet inhoudelijk ingegaan op het argument dat deze niet voorzienbaar was op het moment dat de feiten werden gepleegd.¹⁰¹ Met die uitspraak lijkt het EHRM licht af te wijken van *SW en CR/Verenigd Koninkrijk*, waarin ter ondersteuning van het uiteindelijk gehanteerde standpunt eveneens uitsluitend wordt verwezen naar ontwikkelingen van later datum dan de gepleegde feiten. Het is van belang op te merken dat het EHRM zich niet in algemene zin uitlaat over de vraag of een dergelijke geleidelijke uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid toelaatbaar was. Het ging in deze zaak om de *toepassing* ervan met terugwerkende kracht op feiten die zich hadden voorgedaan vóór de ontwikkeling van rechtersrecht. Een geleidelijke uitbreiding van aansprakelijkheid in de jurisprudentie is op zichzelf toegestaan, maar de toepassing van een dergelijke interpretatie in een concreet geval kan wel degelijk een schending van het verbod op terugwerkende kracht opleveren.

Gezien de zojuist genoemde recentere uitspraken kan *SW en CR/Verenigd Koninkrijk* niet als algemene standaard dienen voor wie wil weten hoe het EHRM omgaat met de interpretatievrijheid van de rechter. In *Pessino/Frankrijk* wordt het legaliteitsbeginsel ten aanzien van een ordeningsrechtelijke norm strikter gehanteerd: de verdachte kon niet voorzien dat zijn gedragingen strafbaar waren. Ook in *Contrada/Italië* lijkt de maatstaf iets strikter.

Het EHRM hanteert, zo werd ook al geconcludeerd in hoofdstuk 5, een rechten-conceptie van het legaliteitsbeginsel. Dit betekent dat aan het *proces* van rechterlijke interpretatie geen strikte grenzen worden gesteld. Het EHRM stelt slechts dat het *product* van interpretatie in lijn moet zijn met de essentie van het delict en dat de *toepassing* ervan redelijkerwijze voorzienbaar moet zijn geweest. De grenzen worden dus gerelateerd aan het resultaat van interpretatie en aan de *toepassing* van een uitleg. Verder is duidelijk dat een evolutieve interpretatie vanzelfsprekend wordt geacht, en daarmee dat het achterhalen van de bedoeling van de wetgever ten tijde van het formuleren van de bepaling niet het doel van interpretatie is. Het *doel van interpretatie* is het vaststellen van de actuele strekking van de bepaling. Ten aanzien van interpretatie hanteert het EHRM een contextueel bepaalde benadering van rechtszekerheid. Leidde dat bij het bepaaldheidsgebod tot een *minder strikte* uitleg, omdat professionele

101 EHRM 14 april 2015, 66655/13 (*Contrada/Italië*), m.n. r.o. 71.

marktdeelnemers geacht worden in staat te zijn zich op de hoogte te stellen van geldende wet- en regelgeving, bij de rechterlijke interpretatievrijheid leidt dat juist tot een *strikttere* uitleg: ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na de gedraging mogen niet worden meegewogen bij het beoordelen van de voorzienbaarheid, en het EHRM lijkt iets sneller tot de conclusie te komen dat een jurisprudentiële ontwikkeling niet voorzienbaar was voor de verdachte. Dat is anders waar een verdachte heeft gehandeld in strijd met de menselijke waardigheid, een kernwaarde van het EHRM. In een dergelijk geval kan het EHRM gemakkelijker tot de conclusie komen dat een veroordeling voorzienbaar was voor de verdachte, en zal niet snel een beroep kunnen worden gedaan op het legaliteitsbeginsel.¹⁰² Dit gesignaleerde verschil tussen strafzaken met een ordeningsrechtelijk karakter versus delicten in het kernbereik van het strafrecht past overigens uitstekend bij de rechtenconceptie, die gebaseerd is op een afweging van belangen: in het ordeningsrecht zal het belang van de verdachte bij rechtszekerheid snel meer gewicht in de schaal leggen dan het maatschappelijk belang bij een veroordeling.

6.4.4 Acht het Hof van Justitie het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van toepassing op zijn eigen interpretatievrijheid?

De laatste vraag die in deze paragraaf moet worden beantwoord is of het Hof van Justitie zichzelf, bij de uitleg van richtlijnen die in het strafrecht zijn omgezet dan wel van verordeningen die strafrechtelijk worden gehandhaafd, gebonden acht aan het legaliteitsbeginsel. Het Hof van Justitie is geen strafrechter: het Hof legt niet rechtstreeks strafrechtelijke sancties op aan natuurlijke of rechtspersonen. De uitleg die het Hof geeft aan Europees recht kan wel indirect van invloed zijn op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid van personen. Wordt de interpretatie van richtlijnen en verordeningen begrensd door het legaliteitsbeginsel? Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord, zowel ten aanzien van richtlijnen als ten aanzien van verordeningen, maar alleen in gevallen waarin het Europees recht de lidstaten de keuze liet voor een handhavingssysteem. Het betrof dus steeds richtlijnen en verordeningen die slechts in een deel van de lidstaten strafrechtelijk werd gehandhaafd. Eerst komen de grenzen aan de interpretatievrijheid van het Hof in het punitief bestuursrecht kort aan de orde.

Bij het vaststellen van de grenzen aan zijn eigen interpretatievrijheid verwijst het Hof van Justitie in mededingingsrechtelijke rechtspraak veelvuldig naar de rechtspraak van het EHRM. Een goed voorbeeld daarvan is de zaak *Dansk rørindustri*, waarin de reikwijdte van de interpretatievrijheid uitgebreid aan

¹⁰² Zie voor een pleidooi voor verdragsconforme interpretatie in lijn met deze gedachte Rozemond 2000.

de orde kwam.¹⁰³ In deze mededingingsrechtelijke zaak past het Hof de Straatsburgse jurisprudentie over de interpretatievrijheid van de nationale rechter toe op zichzelf. Het Hof benadrukt dat enerzijds het EVRM zich niet verzet tegen een geleidelijke ontwikkeling van het recht, maar

‘dat het beginsel van de legaliteit van straffen en het rechtszekerheidsbeginsel [...] zich niettemin kunnen verzetten tegen de toepassing met terugwerkende kracht van een nieuwe uitlegging van een norm die een overtreding vastlegt... [Dat is] met name het geval wanneer het gaat om een jurisprudentiële uitlegging waarvan het resultaat redelijkerwijs niet kon worden voorzien toen de inbreuk werd gepleegd, met name gelet op de uitlegging die toentertijd werd gehanteerd in de rechtspraak betreffende de wettelijke bepaling in kwestie.’¹⁰⁴

Het Hof gaat hier impliciet uit van het bestaan van een onderscheid tussen een uitbreidende interpretatie, die in beginsel is toegestaan, en de toepassing ervan, die moet worden getoetst aan het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid. Het is dus niet verboden een bepaald *resultaat* te bereiken, maar wel om dat resultaat *toe te passen* indien dat in strijd is met de rechtszekerheid. Het Hof van Justitie is explicieter in de formulering van dit onderscheid dan het EHRM, hoewel het ook in de rechtspraak over artikel 7 EVRM zichtbaar is.

Vanwege de meerlagigheid van het Europees strafrecht is de uitleg van een richtlijn of verordening, anders dan in het mededingingsrecht, niet gelijk doorslaggevend voor de uitkomst van de strafzaak. Het is immers de nationale rechter die uiteindelijk, het Europees recht in acht nemend, al dan niet tot een veroordeling komt. Het Hof is een enkele keer gevraagd om in zijn uitleg van secundair recht rekening te houden met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, gezien de nadelige consequenties die een extensieve uitleg kan hebben voor een nationale strafzaak. In het arrest *Grøngaard en Bang* stond de uitleg van een richtlijnbeepaling centraal. De Richtlijn transacties van ingewijden wordt in Denemarken strafrechtelijk gehandhaafd.¹⁰⁵ De verdachten vinden dat de bijzondere rechtvaardigingsgrond uit de richtlijn daarom ruim moet worden uitgelegd, om het legaliteitsbeginsel te waarborgen. Het Hof van Justitie gaat hier niet in mee. Strafrechtelijke handhaving is niet verplicht, en het Hof wil de uitleg van de richtlijn niet afhankelijk maken van het handhavingssysteem. Omdat het hier een uitzondering op de richtlijn betreft, moet deze restrictief worden uitgelegd om aan de richtlijn een zo groot mogelijke effectieve werking toe te kennen. Het waarborgen van het legaliteitsbeginsel is volgens het Hof

103 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*).

104 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 217-218.

105 Richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden.

een taak van de nationale rechter wanneer hij het nationale omzettingsrecht uitlegt.¹⁰⁶ Dat liet de Deense hoogste rechter zich geen twee keer zeggen: hij legt de uitzondering vrij ruim uit, schijnbaar ruimer dan het Hof,¹⁰⁷ stelt dat deze uitleg binnen de grenzen valt die het Hof van Justitie heeft gesteld, en spreekt de verdachten vrij.¹⁰⁸

Voor richtlijnen speelt dus een belangrijke rol dat zij worden omgezet in nationale strafbepalingen. Voor verordeningen is dat anders, aangezien zij niet mogen worden gekopieerd in het nationale recht. De vraag of het Hof bij de uitleg van verordeningen rekening moet houden met het strafrechtelijk karakter van de nationale procedure kwam expliciet aan de orde in het *Röser*-arrest.¹⁰⁹ Röser wordt vervolgd op grond van het Duitse *Weingesetz*, dat overtreding van enkele bepalingen uit een verordening over de wijnmarkt tot strafbaar feit bestempelt.¹¹⁰ Voor de Duitse rechter is echter onduidelijk of de gedragingen onder de reikwijdte van de verordening vallen: uit de bepaling blijkt niet ondubbelzinnig dat dit het geval was, maar de rechter denkt dat gezien het doel van de verordening moet worden geoordeeld dat de verordening wel van toepassing is. Opvallend zijn de opmerkingen die de Commissie heeft ingediend. De Commissie meent dat er een leemte is in de wet, omdat de tekst van de bepaling niet alle gedragingen omvat die gezien het doel daaronder zouden moeten vallen. Nu de verordening strafrechtelijk wordt gehandhaafd door de lidstaten, mag niet het doel van de bepaling voorop worden gesteld maar moet de tekst daarvan centraal staan. Een restrictieve uitleg is dus geboden.¹¹¹ Daar gaat het Hof niet in mee. In navolging van de advocaat-generaal verwijst het naar het *S.A.I.L.*-arrest. In het *S.A.I.L.*-arrest had het Hof overwogen 'dat de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet mag verschillen naar gelang van de onderscheiden gebieden van het nationale recht, waarbinnen het zijn werking kan doen gevoelen.'¹¹² Daaruit leidt het Hof

106 HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, (*Grøngaard & Bang*), r.o. 28-29.

107 Het Hof wijst er enerzijds in r.o. 39-40 op dat de reikwijdte van de uitzondering met name afhankelijk is van het nationale recht, maar stelt ook dat de uitzondering restrictief moet worden uitgelegd, in die zin dat het delen van de informatie 'noodzakelijk' moet zijn (r.o. 34 e.v.). De Deense rechter toetst niet of het delen van de kennis noodzakelijk was, maar of dit gebaseerd was op objectieve, feitelijke overwegingen ('*sagligt begrundet*').

108 Højesteret 14 mei 2009, 219/2008; Elholm 2009.

109 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*).

110 Verordening (EEG) 337/79 van de Raad van 5 februari 1979 houdende een gemeenschappelijke ordening van de wijnmarkt.

111 HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*), r.o. 12-14; A-G Mancini verwoordt het standpunt van de Commissie als volgt: 'Wanneer het nu alleen om een administratiefrechtelijk probleem zou gaan, zou men het kunnen oplossen door het door de gemeenschapswetgever beoogde doel op de voorgrond te plaatsen. [...] [O]mdat artikel 36 de in die bepalingen strafbaar gestelde feiten omschrijft, althans bijdraagt tot de omschrijving ervan, en wegens de bijzonder grote duidelijkheid die van strafbepalingen mag worden verlangd, is het uitgesloten dat de gemeenschapsregel extensief of, erger nog, in strijd met de letterlijke tekst ervan wordt uitgelegd.' Zie concl. A-G G.F. Mancini, punt 3.

112 HvJ EG 21 maart 1972, 82/71, ECLI:EU:C:1972:20 (*S.A.I.L.*), r.o. 5.

in het *Röser*-arrest af dat de uitleg van het Europees recht niet mag worden beïnvloed door het karakter van de nationale procedure waarin het Europees recht wordt ingeroepen. Dat de verordening strafrechtelijk wordt gehandhaafd, is dus voor de uitleg van die verordening niet relevant. Het *S.A.I.L.*-arrest waar het Hof zijn overweging op baseert, kan die conclusie echter niet dragen. De geciteerde overweging in het *S.A.I.L.*-arrest ging niet over de uitleg van een bepaling van Europees recht, maar over de vraag of het Hof überhaupt bevoegd was prejudiciële vragen te beantwoorden die gevolgen zouden hebben voor de toepassing van het strafrecht.¹¹³ Het destijds gegeven bevestigende antwoord op die vraag maakt het niet onmogelijk voor het Hof om bij de uitleg van Europees recht rekening te houden met de rechtsgevolgen die een uitleg kan hebben, en bijvoorbeeld terughoudender te zijn met extensieve interpretaties wanneer het Europees recht middels het strafrecht wordt gehandhaafd. Niettemin heeft het Hof zijn standpunt vastgehouden in latere rechtspraak.¹¹⁴

Het Hof acht zich in de hier besproken zaken dus niet gebonden aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Er zijn niettemin meerdere recente zaken waarin het Hof tot een restrictieve uitleg van een repressieve maatregel komt, evenwel zonder daarbij expliciet te verwijzen naar het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Nationale rechterlijke instanties vragen in die zaken aan het Hof om een ruime uitleg van het Europees recht om in het nationale recht tot een veroordeling te kunnen komen. In de zaak *Markus D. en G.* hoopte de Duitse rechter producenten van synthetische cannabinoïden te kunnen veroordelen voor het in de handel brengen van een ondeugdelijk geneesmiddel.¹¹⁵ Daarvoor was vereist dat de betreffende middelen een 'geneesmiddel' zijn in de zin van het Europees recht.¹¹⁶ Het Hof meent van niet, en aan die conclusie wordt 'niet afgedaan door het feit dat een dergelijke conclusie blijkens de verwijzingsbeslissing tot gevolg zou hebben dat de verkoop van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde substanties aan elke strafrechtelijke vervolging zou ontsnappen.'¹¹⁷ In dit geval ging de teleologische interpretatie boven de grammaticale.

113 De Italiaanse regering had aangevoerd dat de gestelde prejudiciële vragen niet-ontvankelijk waren, omdat de door het Hof te geven antwoorden invloed zou kunnen hebben voor de toepassing van het nationale strafrecht. Kennelijk achtte de Italiaanse regering Europese inmenging in het nationale strafrecht destijds categorisch uitgesloten. Dáárop is de geciteerde passage uit het *S.A.I.L.*-arrest een antwoord. Had het Hof in die zaak anders geantwoord, dan zou de omzetting en uitvoering van Europees recht in het nationale strafrecht geheel aan het toezicht van de Europese instellingen worden onttrokken.

114 HvJ EG 7 januari 2004, C-60/02, ECLI:EU:C:2004:10 (*Rolex*), r.o. 56.

115 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/13 en C-181/14, ECLI:EU:C:2014:2060 (*Markus D. en G.*).

116 Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik.

117 HvJ EU 10 juli 2014, C-358/13 en C-181/14, ECLI:EU:C:2014:2060 (*Markus D. en G.*), r.o. 48.

In een tweede zaak, het *Gielen*-arrest, verkiest het Hof van Justitie juist een grammaticale uitleg boven een teleologische, opnieuw om tot een restrictief resultaat te komen. In deze zaak had de Rechtbank Oost-Brabant prejudiciële vragen gesteld over een eventuele gelijkstelling van de stof APAAN met de stof BMK, aangezien de eerste op relatief eenvoudige wijze kan worden omgezet in de tweede. BMK valt naar Europees recht onder drugsprecursoren, waarvan bezit en in de handel brengen slechts legaal is indien daartoe een vergunning is verleend.¹¹⁸ Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de rechtbank tot nu toe, vanwege het legaliteitsbeginsel, heeft geoordeeld dat ten aanzien van APAAN geen vergunning vereist is. Niettemin is zij, gelet op de prejudiciële vragen, kennelijk bereid deze stof in de toekomst wel als BMK te kwalificeren. Het Hof beantwoordt de gestelde vragen op basis van een grammaticale interpretatie ontkennend. Het Hof voegt toe:

‘Aan deze conclusie kan niet worden afgedaan door het door de verordeningen nr. 273/2004 en nr. 111/2005 nagestreefde doel [...], of door het veranderlijke karakter van de drugshandel als bedoeld in overweging 17 van diezelfde verordening, zoals het Koninkrijk der Nederlanden betoogt. Ofschoon het juist is dat deze verordeningen tot doel hebben om misbruik van stoffen die vaak bij de illegale vervaardiging van verdovende middelen of psychotrope stoffen worden gebruikt, te bestrijden door toezicht op de handel in deze stoffen in te voeren, vergezeld van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, neemt dit niet weg dat het repressieve doel van genoemde verordeningen niet van invloed kan zijn op de definitie van het begrip “geregistreerde stof” of op de eventuele kwalificatie van de betrokken stof als geregistreerde stof op basis van die definitie.’¹¹⁹

In deze zaak maakt het Hof van Justitie expliciet dat het doel van de bepalingen niet kan leiden tot een uitleg die strijdig is met de tekst ervan. Het verwijst voor dat oordeel terug naar de eerder genoemde zaken *Markus D. en G.*, waarin eveneens voor een restrictieve uitleg werd gekozen, maar dan juist op basis van een teleologische interpretatie.

Deze laatste twee arresten wijzen in een tegengestelde richting ten opzichte van *Grøngaard en Bang* en *Röser*, waarin het Hof juist wel tot een extensieve interpretatie kwam. De arresten laten zien dat het Hof niet altijd kiest voor een extensieve interpretatie omwille van de doelmatigheid van het Europees recht, en dat de lidstaten niet altijd opteren voor een restrictieve uitleg. De arresten bevatten echter geen specifieke aanwijzingen dat deze verschillen te

118 Verordening (EG) 273/2004 van 11 februari 2004 van het Europees Parlement en de Raad inzake drugsprecursoren en Verordening 111/2005/EG van de Raad van 22 december 2004 houdende voorschriften voor het toezicht op de handel tussen de Gemeenschap en derde landen in drugsprecursoren.

119 HvJ EU 12 februari 2015, C-369/13, ECLI:EU:C:2015:85 (*Gielen*), r.o. 35-36, met verdere verwijzingen.

maken hebben met het strafrechtelijk karakter van de aan de prejudiciële vragen ten grondslag liggende procedures.

Het Hof van Justitie wil kortom bij de uitleg van Europees recht geen rekening houden met het rechtsgebied waarin dit op nationaal niveau wordt gehandhaafd. De reden daarvoor is dat de uitlegging van richtlijnen en verordeningen niet mag variëren per lidstaat, afhankelijk van het gekozen handhavingssysteem. De uitlegging van verordeningen wordt evenmin afhankelijk gemaakt van het handhavingssysteem dat is gekozen door de lidstaten. Wel is het zo dat een uitlegging van een verordening, wanneer die wordt gehandhaafd middels het strafrecht, invloed heeft op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de lidstaten. Tot op heden heeft het Hof voor de bescherming van het rechtszekerheidsbeginsel ook in die situaties gewezen op de verantwoordelijkheid van de nationale rechter. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat het Hof in diverse recentere arresten heeft gekozen voor een restrictieve uitleg van Europese wetgeving, zij het zonder dit te motiveren met een verwijzing naar het legaliteitsbeginsel. De rechtspraak op dit punt is, met name waar het de uitleg betreft van verordeningen die in sommige lidstaten met strafrechtelijke sancties worden gehandhaafd, nog beperkt van omvang. Het is denkbaar dat, naarmate de invloed van het Europees strafrecht op het strafrecht (ook het *commune* strafrecht) groter wordt, het legaliteitsbeginsel toch een rol zal gaan spelen bij de uitlegging van Europees recht door het Hof van Justitie.

Voor de nationale rechter heeft de stand van de huidige rechtspraak enkele gevolgen. Waar het richtlijnen betreft, is de nationale rechter verantwoordelijk voor het garanderen van de rechtszekerheid. Dit betekent dat bij de uitleg van het nationale recht rekening moet worden gehouden met het legaliteitsbeginsel, zoals dat wordt begrepen in het nationale en het Europese recht. Voor verordeningen ligt de situatie iets anders. De nationale rechter mag niet een uitleg aan de verordening geven die afwijkt van de uitleg van het Hof van Justitie. Dit betekent dat de bescherming die de nationale rechter moet bieden op grond van het legaliteitsbeginsel geen invloed kan hebben op het proces, noch op het product van interpretatie (dat is immers gegeven door het Hof van Justitie), maar hooguit op de toepassing van een bepaling. In de literatuur is erop gewezen dat de voorrang van het Unierecht het onmogelijk maakt voor de nationale rechter om met een beroep op het nationale legaliteitsbeginsel de doorwerking van een verordening te beletten.¹²⁰ Dat de doorwerking van een verordening niet kan worden tegengehouden op grond van het nationale recht is in zichzelf waar, maar de nationale rechter heeft in deze jurisprudentie, alsmede in het in hoofdstuk 5 besproken arrest *Özlem Garenfeld*, een uitdrukkelijke opdracht gekregen het legaliteitsbeginsel te waarborgen.¹²¹ Ik zou daarom de stelling willen verdedigen dat de nationale rechter een Europeesrechtelijke

120 Dannecker & Bülte 2014, par. 211.

121 HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*).

lijk mandaat heeft om een verordening buiten toepassing te laten in een concrete strafzaak indien de uitleg van de gedragsomschrijving in een verordening niet voorzienbaar was voor de verdachte. Rechterlijk overgangsrecht zou hier een uitweg kunnen bieden. De rechter kan dan bepalen dat de gegeven interpretatie slechts zal worden toegepast op gedragingen die zijn begaan na publicatie van de rechterlijke uitspraak.

6.5 CONFORME INTERPRETATIE EN DE GRENZEN AAN DE RECHTERLIJKE INTERPRETATIEVRIJHEID VAN DE NATIONALE RECHTER

De verplichting om bepalingen aldus uit te leggen dat zij de doelstellingen van het Europees recht mede verwezenlijken vormt één van de kernaspecten van het Europeesrechtelijk mandaat van de nationale rechter. Tegelijkertijd vormt het een problematisch aspect, omdat de constitutionele positie van de rechter (vanwege de machtsverdeling met de wetgever) alsmede diens interpretatie- en toepassingsvrijheid (vanwege het rechtszekerheidsbeginsel) verschilt per lidstaat. De plicht ligt in het strafrecht bijzonder gevoelig, omdat daar de interpretatie- en toepassingsvrijheid van de rechter sterk begrensd zijn. Conforme interpretatie brengt daar mogelijk verandering in. Er is dan ook een fundamenteel belang gemoeid met de vraag wat de precieze inhoud van deze plicht is, in hoeverre die ingrijpt in het proces van interpreteren of toch vooral georiënteerd is op het resultaat en hoe conforme interpretatie zich verhoudt tot het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

Met name wanneer een richtlijn geen rechtstreekse werking heeft bestaat behoefte aan een mechanisme om de effectiviteit daarvan te kunnen garanderen. De rechtstreekse werking van richtlijnen is immers aan verschillende voorwaarden gebonden: de richtlijn moet voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk geformuleerd zijn, de omzettingstermijn moet zijn verstreken en de rechtstreekse werking kan alleen worden ingeroepen tegen de staat en niet tegen een andere particulier. Kaderbesluiten hebben überhaupt geen rechtstreekse werking. Buitentoepassinglating van de nationale strafbepaling wanneer die in strijd is met het Europees recht heeft alleen zin indien de strafbepaling *te veel* aansprakelijkheid vestigt. Het interpreteren van een lagere regel conform een hogere regel is een methode om die hogere regel toch effect te kunnen geven, ook al kan deze niet rechtstreeks toegepast worden. De toepasbaarheid van de lagere regel wordt bij conforme interpretatie niet doorbroken. Het mechanisme was reeds bekend in het internationaal recht.¹²²

In deze paragraaf zal eerst in algemene termen de plicht zoals die is ontwikkeld in de jurisprudentie worden beschreven. Vervolgens wordt gekeken hoe de nationale rechter zich moet verhouden tot zijn nationale wetgever en

122 Betlem & Nollkaemper 2003.

de nationale wetsgeschiedenis bij de conforme uitleg van nationaal recht. Daarna komt aan de orde wanneer conforme interpretatie niet verplicht, en vaak ook überhaupt niet toegestaan is, om te kunnen analyseren wat de rol van het legaliteitsbeginsel is in het begrenzen van de rechterlijke interpretatievrijheid en de conforme-interpretatieplicht. Daarbij komt aan de orde of en hoe die grenzen verschillen van de grenzen aan de interpretatievrijheid die het Hof zichzelf toekent in het punitief bestuursrecht en die het EHRM toekent aan de nationale rechter, en of die grenzen gelegen zijn in het Europees of in het nationale recht. Aan het eind van de paragraaf ga ik in op de aard van de conforme-interpretatieplicht in relatie tot de in Nederland gebruikelijke wijze van interpreteren, om de vraag te kunnen beantwoorden of de conforme-interpretatieplicht naast het resultaat ook het proces van interpretatie beïnvloedt.

6.5.1 Algemene kenmerken van de verplichting tot conforme interpretatie

In deze subparagraaf worden de belangrijkste verplichtingen voor de rechter besproken zoals die blijken uit de jurisprudentie.¹²³ Achtereenvolgens komen aan de orde 1) de inhoud van de verplichting tot conforme interpretatie; 2) de grondslag daarvan; 3) de bepalingen waar de plicht op van toepassing is; 4) het moment waarop de plicht ontstaat; en 5) de verhouding tussen conforme interpretatie, rechtstreekse werking en voorrang.

De inhoud van de plicht tot conforme interpretatie

In 1984 verklaarde het Hof van Justitie conforme interpretatie tot een plicht voor de nationale rechter bij de uitlegging van nationaal recht. Deze plicht is in latere rechtspraak gestaag uitgebreid en wordt nu gezien als een dwingend mechanisme dan conforme interpretatie in het internationaal recht.¹²⁴ Het arrest *Von Colson en Kamann* betrof weliswaar een verticale rechtsverhouding, maar de richtlijn was niet voldoende precies geformuleerd om rechtstreeks te kunnen werken. Het Hof zag wel ruimte voor een *middellijke* of *indirecte werking* van de richtlijn:

‘De nationale rechter moet [...] bij de toepassing van het nationale recht, en met name van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het hiermee beoogde

123 De lezer met interesse in algemene literatuur over conforme interpretatie zij verwezen naar Wissink 2001; Brechmann 1994; Prinssen 2004, p. 39-55; Röcker 2013; Drake 2005; Kaiser 2010; Betlem & Nollkaemper 2003; Betlem 2002; Craig & De Búrca 2011.

124 Betlem & Nollkaemper 2003.

resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen. [...] Het staat aan de nationale rechter om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen.¹²⁵

De middellijke werking van richtlijnen onderscheidt zich van de rechtstreekse werking in die zin dat het een nationale bepaling is die wordt toegepast, niet de richtlijn zelf. De rechter moet daarbij gebruik maken van 'de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid'. Dit impliceert al dat het bereiken van een richtlijnconform resultaat niet altijd mogelijk zal zijn: het nationale recht, meer bepaald het legaliteitsbeginsel, stelt immers grenzen aan de interpretatievrijheid van de rechter.¹²⁶ In zoverre is duidelijk dat het om een inspanningsverplichting gaat: de wetgever heeft nagelaten een richtlijn te implementeren of heeft dat onjuist of onvolledig gedaan, de mogelijkheden voor de rechter om omzettingsgebreken te helen zijn beperkt.¹²⁷

In *Von Colson en Kamann* moest de rechter gebruik maken van zijn beoordelingsvrijheid naar nationaal recht. Kort daarna, in het *Marleasing*-arrest, liet het Hof die verwijzing naar het nationale recht weg en stelde het alleen dat het nationale recht '*as far as possible*' conform het Europees recht moest worden uitgelegd.¹²⁸ In latere jurisprudentie wordt bijna altijd de formulering uit *Marleasing* gebruikt, en zelden meer expliciet verwezen naar de bevoegdheden in het nationale recht.

Toch is ook in het *Pfeiffer*-arrest van dertig jaar later nog een verwijzing naar de bevoegdheden van de rechter in het nationale recht te lezen wanneer het Hof de plicht verder uitbreidt. In dat arrest gaat het Hof in op de verhouding tussen conforme interpretatie en de 'gewone', dat wil zeggen zuiver nationale interpretatie van bepalingen.¹²⁹ Het Hof stelt:

'Wanneer het nationale recht het door de toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden in bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationaal recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voorzover [sic.] zij met die andere bepaling verenigbaar is, is de rechter verplicht dezelfde methoden te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.'¹³⁰

125 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26, 28.

126 Ook Satzger ziet in deze formulering al een begrenzing door het legaliteitsbeginsel, Satzger 2012b, p. 95-96.

127 Wissink 2001, p. 105-107.

128 HvJ EG 13 november 1990, 106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*).

129 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*).

130 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 116.

De conflictregels die de rechter naar nationaal recht ter beschikking staan, moeten dus worden benut om een Europeesrechtconform resultaat te bereiken.¹³¹

Uit deze twee arresten blijkt dat de rechter niet verplicht is om ook daadwerkelijk een richtlijnconform resultaat te bereiken. Maar daarmee is nog niet opgehelderd of de plicht met name gevolgen heeft voor het *proces* van interpretatie, of voor het *product*. Het begrip conforme interpretatie lijdt, net als het begrip 'interpretatie' waar het een afgeleide van is, aan proces-productambigüiteit.¹³² In het arrest *Von Colson en Kamann* verwijst het Hof naar de beoordelingsvrijheid die de rechter in het nationale recht heeft: dit impliceert dat de verplichting geen invloed heeft op het proces van interpreteren als zodanig (de catalogus van interpretatiemethoden en de rangorde daartussen), maar slechts op de resultaten die de rechter bereikt. Datzelfde geldt voor het *Pfeiffer*-arrest, waar het Hof refereert aan bestaande conflictregels in het nationale recht. Andere rechtspraak geeft echter aanleiding te denken dat ook het proces van interpretatie door deze plicht wordt beïnvloed. In paragraaf 6.5.5 zal nader worden geanalyseerd of het gaat om een verplichting ten aanzien van het resultaat, of ook ten aanzien van het proces.

De grondslag van de plicht tot conforme interpretatie

In het arrest *Von Colson en Kamann* werd de conforme-interpretatieplicht geformuleerd op een tweeledige grondslag. Lidstaten hebben de plicht het met een richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, omdat richtlijnen verbindend zijn ten aanzien van het te bereiken resultaat volgens artikel 189 EEG-Verdrag (nu art. 288 VWEU). Daarnaast wees het Hof op het beginsel van loyale samenwerking uit artikel 5 EEG-Verdrag (nu art. 4 lid 3 VWEU). Deze verplichtingen gelden 'voor alle met overheidsgezag beklede instanties' en dus ook voor de rechter: die moet binnen het kader van zijn bevoegdheden pogen de met de richtlijn beoogde resultaten te bereiken.¹³³ De verbindendheid ten aanzien van het resultaat van richtlijnen en het beginsel van loyale samenwerking kunnen daarom samen worden gezien als de grondslag van de plicht tot conforme interpretatie. In het *Pfeiffer*-arrest uit 2004 heeft het Hof de conforme-interpretatieplicht nog verder verankerd in het Unierecht door te stellen dat conforme interpretatie 'inherent [is] aan het systeem van het Verdrag'.¹³⁴ Dit illustreert het belang en het constitutionele karakter van het mechanisme: het wordt geacht onlosmakelijk deel uit te maken van de structuur van het

131 Prechal 2005b, p. 1457-1459; Klamert 2006, p. 1259-1260.

132 Zie voor het begrip proces-productambigüiteit paragraaf 6.2.2 en de verwijzingen aldaar.

133 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26. Zie ook

HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 113.

134 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 114.

Europees recht.¹³⁵ Bovendien wordt daarmee de plicht minder sterk verbonden aan het karakter van richtlijnen, waardoor de plicht in beginsel kan gelden voor al het Europees recht.¹³⁶ Toch werd het laatste argument niet herhaald in het *Pupino*-arrest van 2005, waarin de conforme-interpretatieplicht van toepassing werd verklaard op kaderbesluiten uit de toen nog bestaande derde pijler.¹³⁷ Dat arrest herinnert meer aan het arrest in de zaak *Von Colson en Kamann*. In *Pupino* noemt het Hof de verbindendheid ten aanzien van het resultaat (artikel 34 lid 2 sub b VEU) en de plicht tot loyale samenwerking.¹³⁸ Dit overigens tot verrassing van enkele lidstaten, die ervan uitgingen dat de plicht tot loyale samenwerking niet gold voor de Europese Unie aangezien het Unieverdrag geen met artikel 5 EEG-Verdrag vergelijkbare bepaling kende. Met het opheffen van de pijlerstructuur en het afschaffen van het kaderbesluit als instrument heeft de discussie over kaderbesluitconforme interpretatie echter haar relevantie verloren.¹³⁹

Bepalingen waarop de plicht tot conforme interpretatie van toepassing is

Uit het voorgaande bleek al impliciet dat ten aanzien van richtlijnen de plicht tot conforme interpretatie een ruimer bereik heeft dan rechtstreekse werking. Ten eerste is conforme interpretatie niet beperkt tot verticale rechtsverhoudingen. Het arrest *Von Colson en Kamann* ging als gezegd over een geschil tussen particulieren en de staat. De plicht is echter ook van toepassing in horizontale situaties, dus tussen twee particulieren.¹⁴⁰ Daarnaast is de plicht van toepassing op omgekeerd verticale rechtsverhoudingen, waarbij de staat zich ten nadele van het individu wil beroepen op de richtlijn.¹⁴¹ Daarbij geldt uiteraard voor richtlijnen de beperking dat zij niet zonder omzetting in het nationale recht verplichtingen voor burgers in het leven kunnen roepen.¹⁴² Anders dan bij rechtstreekse werking wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende rechtsverhoudingen waarin het Europees recht een rol speelt.

Ten tweede geldt de plicht voor bepalingen die per definitie geen rechtstreekse werking hebben, zoals kaderbesluiten.¹⁴³ Het nationale recht ter omzetting van die kaderbesluiten moet dus tevens conform het Europees recht worden geïnterpreteerd.

Ten derde strekt conforme interpretatie zich uit tot richtlijnen die niet voldoen aan de voorwaarde van duidelijkheid en onvoorwaardelijkheid voor

135 Betlem 2007, p. 105.

136 Sørensen 2008, p. 305-306.

137 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

138 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), r.o. 42-43.

139 De geïnteresseerde lezer kan zich wenden tot Röcker 2013.

140 HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*).

141 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

142 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*).

143 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*).

rechtstreekse werking. Dat blijkt al uit het arrest *Von Colson en Kamann*, waarin de rechter de sanctiebepalingen over ongelijke behandelingen in zijn nationale recht in overeenstemming met de doelstelling van richtlijn 76/207 moest uitleggen, ook al bevat die richtlijn geen bepaling waarin de aard of hoogte van de sancties wordt voorgeschreven.¹⁴⁴ Het Europees recht hoeft dus niet zo precies en onvoorwaardelijk te zijn geformuleerd als een richtlijn die rechtstreeks wordt toegepast, wel moet het voldoende scherp zijn geformuleerd om daadwerkelijk te kunnen dienen als richtinggevend bij de interpretatie.¹⁴⁵

In het nationale recht is de plicht van toepassing op alle bepalingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen. In *Von Colson en Kamann* stelt het Hof nog dat het 'met name' om omzettingswetgeving gaat, maar uit het arrest *Marleasing* blijkt dat ook regelgeving die dateert van voor de richtlijn in het licht van die richtlijn moet worden uitgelegd.¹⁴⁶ De rechter moet kortom het gehele nationale recht bezien om te kijken of er een bepaling is die aldus kan worden geïnterpreteerd dat de doelstellingen van het Europees recht worden bereikt. Dat roept natuurlijk de vraag op welke betekenis de nationale rechter dan nog kan hechten aan de doelstellingen van de nationale wetgever met die nationale wet. Die vraag is in de rechtswetenschappelijke literatuur meermalen onder de aandacht geweest en zal worden beantwoord in paragraaf 6.5.2.

Het is in paragraaf 3.4.3 reeds kort aangestipt: de conforme-interpretatieplicht beperkt zich niet tot gevallen waarin er discrepanties bestaan tussen het nationale en het Europees recht. De rechter moet, ook in gevallen waarin de tekst van zijn nationale recht in overeenstemming is met het Europees, zich bij de uitleg daarvan laten leiden door het Europees recht. Zo moet hij de begrippen uitleggen overeenkomstig hun autonome betekenis in het Europees recht. Ook wanneer de nationale rechter Europees recht toepast, moet hij dit doen – indien van toepassing – conform de uitlegging die het Hof eraan heeft gegeven. Op die manier waarborgt conforme interpretatie niet alleen de effectiviteit van het Europees recht, maar ook in belangrijke mate de uniformiteit van de toepassing ervan.

Het moment van ontstaan van de plicht tot conforme interpretatie

De plicht tot het verlenen van rechtstreekse werking en tot conforme interpretatie ontstaan op hetzelfde moment, namelijk bij het verstrijken van de omzet-

144 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*).

145 In die zin ook Riesenhuber & Domröse 2005, p. 49-50; Wissink 2001, p. 184.

146 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), r.o. 8.

tingstermijn.¹⁴⁷ Dat ligt ook voor de hand.¹⁴⁸ Vanaf dat moment zijn de burgers ervan verzekerd dat zij aanspraak kunnen maken op het Unierecht. Vanaf het moment dat de richtlijn in werking treedt tot aan de implementatie in het nationale recht moeten lidstaten zich al onthouden van 'maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat' in gevaar kunnen brengen.¹⁴⁹ Die verplichting geldt ook voor de rechter.¹⁵⁰ Na het in werking treden van de richtlijn is de nationale rechter dus gehouden de verwezenlijking van het voorgeschreven resultaat niet in gevaar te brengen door middel van interpretatie. Hij hoeft echter niet aan conforme interpretatie te doen. In de literatuur is wel verdedigd dat de rechter wel conform *mag* interpreteren in die periode, indien hij dat wenst.¹⁵¹ Dat is inderdaad in de geest van het Europees recht en bovendien, nu de rechter bij conforme interpretatie gehouden is de rechten van de betrokkenen te beschermen, niet bezwaarlijk. De *plicht* tot conforme interpretatie ontstaat niettemin pas op het moment van verstrijken van de omzettingstermijn.¹⁵²

De verhouding tussen conforme interpretatie, rechtstreekse werking en voorrang

Het Hof van Justitie heeft bepaald dat de nationale rechter bij een conflict tussen nationaal en Europees recht eerst moet proberen of het nationale recht conform het Europees kan worden uitgelegd.¹⁵³ Conforme interpretatie wordt gezien als een mechanisme dat minder ingrijpt in het nationale recht omdat het de werking daarvan niet doorbreekt.¹⁵⁴ Als conforme interpretatie niet mogelijk is, moet op grond van de voorrangsregel het nationale recht buiten toepassing blijven. Voorrang biedt echter in het strafrecht alleen soelaas wanneer het Europees recht *minder* strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt.¹⁵⁵ Eventueel kan in plaats van de nationale bepaling een richtlijnbeepaling rechtstreeks worden toegepast. Tot slot zal de rechter moeten onderzoeken of een particulier aanspraak kan maken op een schadevergoeding van de staat, we-

147 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 115. Aanvankelijk bestond hierover enige onduidelijkheid, zie Klamert 2006, p. 1254-1256; Drake 2005, p. 340; Kristen 2004, p. 64; Betlem 2002, p. 397.

148 Asp 2002, p. 204-205. Anders Klamert 2006, p. 1254-1256, 1273-1274.

149 HvJ EG 18 december 1997, C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 (*Inter-Environnement Wallonie*), r.o. 45.

150 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 114-123.

151 Prechal 2005a, p. 185, onder verwijzing naar hoofdstuk 2, paragraaf 2.3 van hetzelfde boek.

152 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 115. Zie ook Craig & De Búrca 2011, p. 200-201; Asp 2002, p. 204-205; Sørensen 2008, p. 316.

153 HvJ EG 4 februari 1988, 157/86, ECLI:EU:C:1988:62 (*Murphy and others*), r.o. 11.

154 Amstutz 2005.

155 Rechtstreekse werking is überhaupt niet mogelijk, aangezien de richtlijn niet mag worden aangewend als grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*).

gens het in gebreke blijven bij de omzetting van Europees recht.¹⁵⁶ De doorwerkingsmechanismen staan dus in een duidelijke toepassingsvolgorde ten opzichte van elkaar waarbij eerst wordt geprobeerd het conflict te vermijden, vervolgens wordt getracht alsnog uitvoering te geven aan het Europees recht en in derde instantie wordt getracht adequaat redres te garanderen voor het individu.

6.5.2 De betekenis van de nationale wetsgeschiedenis bij conforme interpretatie

Conforme interpretatie is van groot belang in een meerlagige context, waarin inconsistenties tussen de verschillende niveaus zoveel mogelijk vermeden dan wel gladgestreken moeten worden. Een probleem waar rechters mee worden geconfronteerd in het meerlagige strafrecht is dat, ook in situaties waarin de wetteksten niet absoluut onverenigbaar zijn, er verschillen kunnen bestaan tussen de wil van de nationale wetgever en de doelstellingen van het Europees recht. Aangezien wetshistorische interpretatie een belangrijke rol speelt in de uitleg van het nationale recht (niet alleen in Nederland), rijst de vraag wat in een dergelijke situatie doorslaggevend moet zijn voor de nationale rechter: het Europees recht of de wil van de nationale wetgever? Die situatie wordt nog verder gecompliceerd indien de nationale wetsgeschiedenis tegenstrijdig is in die zin dat de wetgever aangeeft het Europees recht adequaat beoogt om te zetten, maar tegelijkertijd een uitleg geeft van dat Europees recht die vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet juist is. Aangezien het Europees recht niet zelden onduidelijk is, is dat scenario geenszins denkbeeldig. Ook de Nederlandse strafrechter is reeds geconfronteerd met dit probleem.¹⁵⁷

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is enkele malen aan de orde geweest hoe de rechter zich bij conforme interpretatie moet verhouden tot de nationale wetgever. De eerste aanwijzing die het Hof in dit kader heeft gegeven komt uit het arrest *Wagner Miret*.¹⁵⁸ Daarin overweegt het Hof:

‘dat elke nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan, dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen [...] Het beginsel van de richtlijnconforme uitlegging dient in het bijzonder door de nationale rechter te worden toegepast wanneer een Lid-Staat, zoals in casu, heeft geoordeeld, dat de van vóór de betrokken richtlijn daterende bepalingen van zijn nationale recht voldeden aan de vereisten van die richtlijn.’¹⁵⁹

156 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

157 Zie daarover paragraaf 6.6.2.

158 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

159 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), r.o. 20-21.

Dit betekent dat er ten aanzien van omzettingswetgeving en wetgeving die de wetgever richtlijnconform heeft geacht een sterke presumptie bestaat dat de wetgever heeft beoogd de richtlijn volledig en juist om te zetten.

Uit het arrest *Björnekulla Frukthandling* blijkt vervolgens dat die presumptie zo sterk is, dat die meer concrete uitspraken van de wetgever in de wetsgeschiedenis kan overtroeven.¹⁶⁰ In deze zaak doet zich de situatie voor dat de Zweedse wetgever de wet heeft aangepast aan het Europees recht, maar daarbij in de wetsgeschiedenis een interpretatie van de betrokken richtlijn geeft die niet overeenkomt met de systematiek en doelstelling daarvan.¹⁶¹ Het Hof stelt dat de plicht tot conforme interpretatie geldt 'notwithstanding any contrary interpretation which may arise from the travaux préparatoires for the national rule.'¹⁶² Daarmee lijkt er voor de nationale rechter geen andere mogelijkheid te bestaan dan de nationale wet richtlijnconform uit te leggen. Het arrest vestigt met deze overweging impliciet een rangorde tussen interpretatiemethoden waarbij conforme interpretatie hoger staat dan wetshistorische interpretatie.

In de literatuur is, ook door mij, geworsteld met de betekenis van dit arrest.¹⁶³ Voor het op waarde schatten van het arrest voor het onderhavige onderzoek is het lastig dat de hier geciteerde passage nooit is herhaald in latere jurisprudentie. Bovendien had de zaak geen betrekking op het strafrecht – al zijn er geen concrete aanwijzingen dat de uitspraak anders had geluid in een strafzaak. Aangezien de in het arrest getrokken lijn niet expliciet is verlaten, heeft het vooralsnog te gelden als staande jurisprudentie. Maar ook inhoudelijk roept het arrest vragen op: betekent dit dat de nationale wetsgeschiedenis van geen enkele betekenis meer is?¹⁶⁴ Dat denk ik niet. Het lijkt mij relevant dat in het *Björnekulla*-arrest de betrokken Zweedse wetgeving was

160 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Frukthandling*), r.o. 13.

161 Het betrof de vraag wanneer een merk zijn onderscheidend vermogen verliest: wanneer de consumenten het niet meer als merk herkennen, of wanneer de marktdeelnemers op distributieniveau het niet meer als merk herkennen. Zowel de Zweedse wet als de Merkenrichtlijn (Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten) geeft in de tekst van de bepaling geen uitsluitsel. Uit de Zweedse wetsgeschiedenis blijkt echter dat het beoordelingskader ligt op distributieniveau, terwijl uit de meeste taalversies van de Merkenrichtlijn en uit de systematiek en doelstelling daarvan kan worden afgeleid dat de beoordeling primair betrekking heeft op consumenten.

162 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Frukthandling*), r.o. 13, hier geciteerd in het Engels omdat de Nederlandse vertaling taalkundig niet helemaal correct is: de rechter moet conform interpreteren 'niettegenstaande uit de voorstukken van de nationale regel gegevens voor een andersluidende uitlegging kunnen voortvloeien.'

163 Altena 2013, p. 559.

164 Die conclusie wordt getrokken door Klamert, die in het *Björnekulla*-arrest eveneens een expliciete bevestiging ziet van het meer impliciet gestelde in *Wagner Miret*. Zie Klamert 2006, p. 1258-1259. Hij ziet dit als een uitdrukking van *procedural supremacy*: het Hof schrijft niet een uitkomst van de zaak voor, maar wel de wijze waarop die uitkomst tot stand moet komen. Zie Klamert 2014, p. 103-104.

gewijzigd ter omzetting van de merkenrichtlijn. Dit betekent dat op basis van *Wagner Miret* de veronderstelling geldt dat de wetgever heeft gepoogd de richtlijn getrouw om te zetten. In dit geval bestaat er dus een innerlijke tegenstrijdigheid in de uitingen van de wetgever: op concreet niveau heeft deze zich uitgelaten over de gewenste toepassing van de bepaling, maar in abstracte zin heeft de wetgever ook een 'omzettingswens' tot uitdrukking gebracht. Net als bij het toepassen van de teleologische interpretatiemethode prevaleert bij conforme interpretatie deze abstracte wens kennelijk boven concrete uitingen uit de voorbereidende stukken.¹⁶⁵ Als die lezing juist is, dan geldt de hiërarchische verhouding tussen interpretatiemethoden dus alleen wanneer sprake is van een wens tot adequate omzetting van het Europees recht bij de nationale wetgever (waarbij het bestaan van die wens voor de rechter geldt als weerlegbaar vermoeden).

6.5.3 Wanneer is conforme interpretatie niet verplicht of zelfs niet toegestaan?

In de vorige twee subparagrafen zijn de verplichtingen geschetst voor de rechter. Daarbij werd al duidelijk dat conforme interpretatie niet altijd kan leiden tot het resultaat dat de richtlijn voorschrijft. In deze paragraaf komen de grenzen van de plicht aan de orde, waaruit blijkt dat een Europeesrechtconform resultaat ook niet altijd *mag* worden bereikt. Het legaliteitsbeginsel begrenst de interpretatievrijheid van de rechter, en daarmee de conforme-interpretatieplicht. Er is wel gewezen op het feit dat de plicht in latere jurisprudentie steeds ruimer en dwingender is geformuleerd en daarmee gestaag is uitgebreid.¹⁶⁶ Er zijn inderdaad enkele arresten waarin het Hof vrij dwingend een uitkomst van de interpretatie lijkt voor te schrijven aan de nationale rechter, maar deze hebben geen betrekking op het strafrecht.¹⁶⁷ In de jurisprudentie van het Hof over het strafrecht is de conforme-interpretatieplicht vooral begrensd. De grenzen van de plicht tot conforme interpretatie zijn uitsluitend geformuleerd in strafzaken, maar worden – in ieder geval door de Nederlandse rechter – ook toegepast in andere rechtsgebieden.¹⁶⁸

Om te beginnen gelden enkele algemene beperkingen aan de doorwerking van richtlijnen in het strafrecht. In 1986 vestigde het Hof de wat later genoemd zou worden *Marshall*-doctrine: de regel dat een richtlijn geen verplichtingen

¹⁶⁵ In die zin ook A-G M.H. Wissink in zijn conclusie bij HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), onder 2.10.

¹⁶⁶ Voor een zeer beknopt overzicht zie Craig & De Búrca 2011, p. 200-207; zie verder Drake 2005; Brechmann 1994, p. 31-75.

¹⁶⁷ Bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 1990, 106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*); HvJ EG 23 oktober 2003, C-408/01, ECLI:EU:C:2003:582 (*Adidas-Salomon*); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

¹⁶⁸ Zie paragraaf 6.6.1.

kan opleggen aan particulieren zonder basis in het nationale recht.¹⁶⁹ In *Pretore di Salò* moest het Hof van Justitie de implicaties van die doctrine voor het strafrecht beoordelen. Dat een richtlijn evenmin strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vestigen, viel op grond van de *Marshall*-doctrine wel te verwachten. Maar in het arrest stond ook de vraag ter discussie of de richtlijn het effect kon hebben dat overtredingen 'een ernstiger karakter krijgen'.¹⁷⁰ Advocaat-generaal Mancini vond dat geen probleem, het Hof oordeelde echter zonder voorwaarden dat een richtlijn 'niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren'. [cursivering: JGHA]¹⁷¹ Dit betekent dat er beperkingen worden gesteld aan het resultaat dat met conforme interpretatie kan worden bereikt: conforme interpretatie mag niet het scheppen van aansprakelijkheid tot gevolg hebben. In het *Kolpinghuis*-arrest, kort daarna, erkende het Hof van Justitie de beperkende werking van algemene rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht, meer specifiek het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht.¹⁷² Nederland wilde zich jegens het Kolpinghuis beroepen op een niet tijdig omgezette richtlijn, om tot een veroordeling te kunnen komen waartoe het Europees recht verplichtte. Het Hof stelde dat een rechter inderdaad het nationale recht moet uitleggen in het licht van de richtlijn, maar:

'Deze verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van de ter zake dienende voorschriften van zijn nationale recht te rade te gaan met [sic] de inhoud van de richtlijn, vindt evenwel haar begrenzing in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. In zijn arrest van 11 juni 1987 (zaak 14/86, strafzaak tegen X, Jurispr. 1987, blz. 2545) heeft het Hof dan ook voor recht verklaard, dat een richtlijn niet uit zichzelf en onafhankelijk van een door een Lid-Staat ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale wet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren.'¹⁷³

Vanwege deze begrenzing, aldus het Hof, kan een richtlijn niet zonder basis in het nationale recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen of verzwaren. De bestaande jurisprudentie over de beperkte doorwerkingsmogelijkheden

169 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*), r.o. 48; voor meer recente rechtspraak zie HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 37.

170 De strafzaak ging over de vervuiling van water. Indien die overtreding werd begaan tegen water dat een sterkere bescherming verdient, kan een hogere straf worden opgelegd. De Italiaanse rechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie met het doel te kunnen beoordelen of er sprake was van een dergelijke strafverzwarende omstandigheid. Zie concl. A-G G.F. Mancini bij HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*).

171 HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*), r.o. 20.

172 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*).

173 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), r.o. 13.

van richtlijnen wordt in dit arrest in retrospectief gegrondvest in het legaliteitsbeginsel. Hoewel hier het legaliteitsbeginsel nog niet expliciet wordt genoemd, zijn de verwijzingen naar rechtszekerheid en het verbod op terugwerkende kracht daar wel mee gelijk te stellen. Het *Kolpinghuis*-arrest behoort inmiddels tot de standaardverwijzingen van het Hof van Justitie als het over conforme interpretatie in het strafrecht gaat.¹⁷⁴

In de zaak *Procura della Repubblica/X* uit 1996 voegde het Hof aan de *Kolpinghuis*-overweging een 'precisering' toe:

'Aangaande inzonderheid een geval zoals dat in het hoofdgeding, dat betrekking heeft op de draagwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit een specifiek ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde wet, zij gepreciseerd dat het beginsel dat de toepassing van de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid, dat zelf een uitvloeisel is van het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen, en meer in het algemeen van het rechtszekerheidsbeginsel, zich verzet tegen de instelling van een strafvervolgning wegens een feit dat niet duidelijk bij wet strafbaar is gesteld.'¹⁷⁵

Hier verwijst het Hof dus wel expliciet naar het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel wordt hier gekoppeld aan het rechtszekerheidsbeginsel als meer abstract doel. Bovendien refereert het aan de norm die specifiek betrekking heeft op de rechter, namelijk dat de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid.¹⁷⁶ De formulering is naar Nederlandse begrippen strikt, gezien het feit dat extensieve interpretatie in het Nederlandse recht doorgaans voor toelaatbaar wordt gehouden. In latere jurisprudentie wordt vele malen naar dit arrest verwezen, en ook de precieze formulering wordt een enkele keer herhaald door het Gerecht.¹⁷⁷ In haar conclusie bij het *Berlusconi*-arrest stelt A-G Kokott zelfs dat het beginsel zich verzet 'tegen een ruime uitlegging van strafbepalingen ten nadele van de betrokkenen', hetgeen een nog striktere formulering is.¹⁷⁸ Aangezien de tekst van de wet voor het Hof van Justitie een grens vormt voor rechterlijke interpretatie – zo komt later in deze paragraaf aan de orde – vermoed ik dat, net als in een deel van de Nederlandse literatuur, deze overwegingen van het Hof steeds verwijzen naar interpretaties die niet meer onder de tekst van de wet vallen, en dus niet

174 Bijvoorbeeld HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*).

175 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25.

176 Zo staat het er in het Engels: 'the criminal law may not be applied extensively to the detriment of the defendant' en ook in de Franse, Duitse, Italiaanse, Spaanse en Zweedse versie wordt gesproken van extensieve toepassing.

177 Gerecht EU 27 februari 2014, T-256/11, ECLI:EU:T:2014:93 (*Ezz e.a./Raad*), r.o. 70. Iets vaker werd de passage geciteerd in conclusies, bijvoorbeeld die van A-G J. Mischo bij HvJ EG 23 oktober 2003, C-40/02, ECLI:EU:C:2003:584 (*Scherndl*), r.o. 50.

178 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*), punt 116.

letterlijk iedere uitlegging die ten nadele van de verdachte afwijkt van eerder gegeven interpretaties uitsluiten.

In het *Pupino*-arrest wordt opnieuw een begrenzing toegevoegd. Het Hof brengt eerst in herinnering dat de plicht tot conforme interpretatie wordt begrensd door algemene rechtsbeginselen, die verhinderen dat conforme interpretatie leidt tot uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder basis daarvoor in het nationale recht. De norm in het geval *Pupino* betrof echter geen norm van materieel strafrecht, maar een regel van strafprocesrecht, aldus het Hof. Kennelijk hebben in dat licht de algemene rechtsbeginselen niet dezelfde strikt begrenzende functie. Het Hof vervolgt:

‘De verplichting van de nationale rechter om de inhoud van een kaderbesluit te betrekken bij de uitlegging van de relevante bepalingen van zijn nationale recht houdt daar op, waar het nationale recht niet zodanig kan worden toegepast dat het tot een resultaat leidt dat verenigbaar is met het door dit kaderbesluit beoogde resultaat. Met andere woorden, het beginsel van conforme uitlegging kan niet als grondslag dienen voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.’¹⁷⁹

Dat bepalingen niet *contra legem* hoeven te worden uitgelegd volgens het Hof van Justitie blijkt voor het eerst uit het *Pupino*-arrest, maar was eerder ook al gesuggereerd in verschillende conclusies van advocaten-generaal en in de literatuur.¹⁸⁰ In het *Pupino*-arrest wordt in algemene zin gesteld dat het beginsel van conforme interpretatie niet *kan* dienen als grondslag voor een interpretatie *contra legem*.¹⁸¹ Uit die formulering blijkt mijns inziens dat het niet alleen niet verplicht, maar ook niet toegestaan is. Die conclusie wordt echter niet door iedereen gedeeld.¹⁸²

Het is de vraag of deze grens van *contra legem*-interpretaties iets toevoegt aan de eerder gestelde eisen dat de nationale rechter rekening houdt met rechtsbeginselen, met name het legaliteitsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van retroactieve toepassing van het strafrecht.¹⁸³ De rechtspraak van het Hof van Justitie is hier niet eenduidig over. In de literatuur

179 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), r.o. 47.

180 Concl. A-G M.B. Elmer bij HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*); Concl. A-G W. Van Gerven bij HvJ EG 2 augustus 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marshall II*), punt 10; Concl. A-G W. Van Gerven bij HvJ EG 17 mei 1990, 262/88, ECLI:EU:C:1990:209 (*Barber*); Drake 2005.

181 HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), r.o. 47.

182 Zie concl. A-G J. Kokott bij HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, ECLI:EU:C:2011:583 (*Gueye*); en concl. A-G Y. Bot bij HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*); Kristen 2004, p. 68-70. Met name in Duitsland is deze discussie van belang, omdat daar *Richterliche Rechtsfortbildung* een geaccepteerde bevoegdheid is van de rechter. Aangezien in het *Pfeiffer*-arrest het Hof van Justitie nationale rechters verplicht alles te doen wat binnen hun bevoegdheden ligt om conflicten te vermijden, lijkt ook *Rechtsfortbildung contra legem* tot de conforme-interpretatieplicht te behoren. Zie onder meer Riesenhuber & Domröse 2005, p. 52-54; Dänzer-Vanotti 1991; Kaiser 2010.

183 Uitgebreid over de *contra legem*-grens Klip 2014.

worden ze vaak als twee afzonderlijke begrenzingsen genoemd: *contra legem* en de algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁴ Die opvatting komt ook in de jurisprudentie voor.¹⁸⁵ Ook is de opvatting zichtbaar dat de *contra legem*-grens niet wezenlijk iets anders is dan de begrenzingsen in de algemene rechtsbeginselen.¹⁸⁶ Dat een interpretatie van een strafbepaling niet *contra legem* mag zijn, kan immers worden gezien als een concrete norm die is afgeleid van het legaliteitsbeginsel. Een interpretatie *contra legem* zal in het materiële strafrecht ook in strijd zijn met het verbod van terugwerkende kracht en het rechtszekerheidsbeginsel. Advocaat-generaal Bot stelt mogelijk om die reden slechts in algemene zin dat een interpretatie niet *contra legem* mag zijn.¹⁸⁷ In de jurisprudentie overheerst niettemin de overweging waarin de algemene rechtsbeginselen en de *contra legem*-grens naast elkaar worden geplaatst als twee zelfstandige overwegingen. In een zeer recent arrest geeft het Hof van Justitie enkele nieuwe algemene overwegingen met betrekking tot de conforme-interpretatieplicht.¹⁸⁸ Ook daarin worden de begrenzingsen als cumulatieve begrenzingsen geformuleerd.¹⁸⁹ Het Hof verheldert dat een interpretatie niet *contra legem* is louter omdat deze ingaat tegen vaste jurisprudentie van de nationale rechter.¹⁹⁰ Pas wanneer de uitlegging tegen de tekst van de nationale bepaling zou indruisen, is conforme interpretatie niet mogelijk. Uit de als zelfstandige beperking geformuleerde *contra legem*-grens blijkt dat een situatie zich kan voordoen waarin een richtlijnconforme uitleg geen strijd oplevert met algemene rechtsbeginselen, maar niettemin niet toelaatbaar is omdat zij *contra legem* is. In dat geval moet de rechter de nationale bepaling buiten toepassing laten voor zover deze in strijd is met de richtlijn, waarna eventueel de richtlijn zelf rechtstreekse toepassing kan vinden. Nu het eindresultaat hetzelfde is, kan

184 Kristen 2003; Van Kempen 2006, p. 80-82; Elholm 2007.

185 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), r.o. 110. Deze passage wordt ook aangehaald in HvJ EG 15 april 2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*), r.o. 100; HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 tot en met C-380/07, ECLI:EU:C:2009:250 (*Angelidaki*), r.o. 199 (zie tevens de concl. A-G J. Kokott van 4 december 2008 bij diezelfde zaak, punt 121); HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), r.o. 25; Concl. A-G P. Mengozzi van 23 mei 2007 bij HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*), punt 141.

186 HvJ EG 16 juli 2009, C-12/08, ECLI:EU:C:2009:466 (*Mono Car Styling*), r.o. 61, al eerder gesuggereerd in concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 108; Concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy*), r.o. 105; Concl. A-G V. Trstenjak bij HvJ EG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244 (*VTB-VAB*), voetnoot 22; Concl. A-G V. Trstenjak bij HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), punt 67; Concl. A-G E. Sharpston bij HvJ EU 12 juli 2012, C-79/11, ECLI:EU:C:2012:448 (*Maurizio Giovanardi*), punt 64 (65 in de franstalige versie).

187 Concl. A-G Y. Bot 28 april 2008 bij HvJ EG 17 juli 2008, C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437 (*Kozłowski*), punt 120.

188 HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*).

189 HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), r.o. 32.

190 HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), r.o. 34-36.

het toevoegen van de *contra legem*-grens niet worden verklaard met een verwijzing naar de effectieve doorwerking van het Europees recht. Advocaat-generaal Bot stelt dat het Hof de *contra legem*-grens heeft geïntroduceerd omdat het 'van de nationale rechterlijke instanties niet kan verlangen dat deze hun uitleggings-taak zo gaan invullen dat zij in de plaats treden van de regelgevende macht'.¹⁹¹ De begrenzing zou dan zijn ingegeven door het respect voor horizontale machtsverdeling en de grenzen aan de rechterlijke taak.

Voor conforme interpretatie ten nadele van de verdachte in het materiële strafrecht heeft het toevoegen van de *contra legem*-grens mijns inziens geen gevolgen: een interpretatie *contra legem* zal ook strijd met de algemene rechtsbeginselen opleveren.¹⁹² Wel kan het zo zijn dat de toets aan algemene rechtsbeginselen een conforme interpretatie kan verhinderen, zelfs al zou die de tekst van de wet respecteren en dus niet *contra legem* zijn. Een voorbeeld daarvan is het besproken arrest van de Deense hoogste rechter in de zaak *Grøngaard & Bang*: de nationale rechter geeft een striktere uitleg aan het Deense recht dan het Hof aan de richtlijn had gegeven, hoewel het Deense recht een woordelijke omzetting vormde van de richtlijn. De rechter verwijst voor de rechtvaardiging van die uitleg naar de overweging van het Hof van Justitie dat de nationale rechter is gehouden bij richtlijnconforme interpretatie de rechtszekerheid te waarborgen.¹⁹³ De Deense rechter balanceert hiermee wel op de grenzen van het toelaatbare. In het (later gewezen) arrest *Spedition Welter* veronderstelt het Hof dat een nationale bepaling die woordelijk overeenkomt met de richtlijn, conform die richtlijn kan en dus ook moet worden uitgelegd.¹⁹⁴ Omdat het Hof van Justitie in het *Grøngaard & Bang*-arrest zelf benadrukte dat de uitlegging van de richtlijn mede afhankelijk is van het nationale recht, respecteert de Deense rechter het Europees recht niettemin afdoende, ook in het licht van deze latere rechtspraak.¹⁹⁵

Voor het toepassen van nationale conflictregels als onderdeel van conforme interpretatie, hetgeen op grond van het *Pfeiffer*-arrest verplicht is, zijn geen grenzen geformuleerd. Uit het latere *Berlusconi*-arrest kan de algemene regel worden gededistilleerd dat de toepassing van nationale conflictregels niet mag leiden tot de toepassing van een ruimere delictsomschrijving. Richtlijnen mogen namelijk op grond van dat arrest ook niet indirect leiden tot toepassing van een striktere delictsomschrijving dan zonder de richtlijn het geval was geweest, zelfs al was die delictsomschrijving geldend recht ten tijde van het begaan van de gedraging.¹⁹⁶

191 Concl. A-G Y. Bot bij HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), punt 68.

192 Aldus ook Klip 2014, p. 112-113; Klip 2016, p. 165-170; Peristeridou 2015, p. 216-217.

193 Højesteret 14 mei 2009, 219/2008, besproken in paragraaf 6.4.4.

194 HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*), r.o. 31.

195 HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, (*Grøngaard & Bang*), r.o. 44-46.

196 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

6.5.4 Het legaliteitsbeginsel als begrenzing van de conforme-interpretatieplicht

De algemene rechtsbeginselen, waarvan het Hof het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht expliciet noemt, kunnen in de weg staan aan het bereiken van een Europeesrechtconform resultaat. Dat kan echter niet verhinderen dat het mechanisme als conflictregel als zodanig niet bevorderlijk is voor rechtszekerheid. De uitkomst van een conflict is namelijk moeilijk voorzienbaar.¹⁹⁷

De rechtspraak van het Hof roept daarnaast twee vragen op: hoe kan de uitleg van het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel worden gekarakteriseerd, en bestaat er ook ruimte voor het nationale legaliteitsbeginsel als begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid in de context van conforme interpretatie?

Ik begin met de eerste vraag. Uit de zojuist beschreven jurisprudentie blijkt dat de grenzen die het Hof van Justitie heeft geformuleerd voor de plicht tot conforme interpretatie, zeker voor het materiële strafrecht, behoorlijk strikt zijn. In algemene zin geldt dat richtlijnen niet zonder omzetting in het nationale recht de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen uitbreiden of verzwaren. De tekst van de wet vormt een absolute begrenzing van de mogelijkheden voor de rechter om tot een Europeesrechtconforme uitleg te komen. Daarmee ligt in het interpretatieproces – in de verhouding tussen de interpretatiemethoden – een inperking van de rechterlijke interpretatievrijheid besloten. Daarnaast mag het in acht nemen van het Europees recht niet leiden tot een schending van het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van terugwerkende kracht. Het product of het resultaat dat de rechter bereikt moet dus worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen.

Er is een verschil waarneembaar in de wijze waarop het Hof van Justitie de conforme-interpretatieplicht begrenst, en de wijze waarop het zichzelf begrensd acht in zijn interpretatievrijheid in het punitief bestuursrecht. In het eerder besproken mededingingsrechtelijke arrest *Dansk røring* stelt het Hof dat het legaliteitsbeginsel niet in de weg staat aan de geleidelijke ontwikkeling van het strafrecht in de rechtspraak, maar dat niettemin de *toepassing* van een interpretatie in het individuele geval in strijd kan zijn met de rechtszekerheid.¹⁹⁸ Die uitleg ontleent het Hof aan het EHRM. In paragraaf 6.4.3 is uit die rechtspraak van het EHRM de conclusie getrokken dat de interpretatie op zichzelf wel toegestaan is – en dus in latere gevallen kan worden toegepast – maar dat de toepassing daarvan in het individuele geval wordt uitgesloten. In de rechtspraak van het Hof over punitief bestuursrecht en de rechtspraak van het EHRM hebben de rechtsbeginselen dus een beperkende werking ten

¹⁹⁷ Alteni 2013.

¹⁹⁸ HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 217, besproken in paragraaf 6.4.4.

aanzien van de toepassing, niet ten aanzien van het proces en ook in mindere mate ten aanzien van het product of resultaat van interpretatie. In jurisprudentie over conforme interpretatie daarentegen, zoals het arrest *Kolpinghuis*, werd de mogelijkheid überhaupt een Europeesrechtconform resultaat te bereiken begrensd door het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. Dit betekent dat het nationale recht niet richtlijnconform kan en mag worden geïnterpreteerd, ook niet in de toekomst. Het resultaat is dat het nationale recht blijvend in strijd is met het Europees recht en dat de wetgever aan zet is. In de rechtspraak van het Hof over conforme interpretatie in het strafrecht begrenst het legaliteitsbeginsel ook het product van interpretatie, waardoor conforme interpretatie niet alleen voor het concrete geval, maar ook voor de toekomst is uitgesloten.

Deze strikte begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid bij conforme interpretatie sluit niet naadloos aan bij de meer op de rechtenconceptie georiënteerde benadering van het EHRM, en van het Hof van Justitie zelf in het punitieve bestuursrecht, maar meer bij de rechtspositivistische conceptie van legaliteit. Net als ten aanzien van het bepaaldheidsgebod zijn de beperkingen die aan de doorwerking worden gesteld en de eisen voor de lidstaten strenger dan de eisen aan Europese actoren in het punitief bestuursrecht. Dat duidt erop dat het Hof inderdaad striktere normen hanteert voor toepassing van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, ten opzichte van andere rechtsgebieden.

De tweede vraag is of het Hof ruimte laat voor toepassing van het nationale legaliteitsbeginsel. Mag de nationale rechter, op grond van een ruimere uitleg van het legaliteitsbeginsel dan in het Europees recht, tot de conclusie komen dat een conforme interpretatie niet mogelijk is? Voor een ontkennend antwoord pleit de algemene regel dat de doorwerking van Europees recht niet kan worden belemmerd door het nationale recht, ook niet door de Grondwet.¹⁹⁹ Prechal stelt dan ook dat er *Europeesrechtelijke* grenzen worden gesteld aan de conforme-interpretatieplicht.²⁰⁰ Die grenzen kunnen er andersom ook toe leiden dat een interpretatie wel mogelijk is naar nationaal recht, maar wordt verhinderd door de grenzen die het Europees recht daaraan stelt.²⁰¹ Zij verwijst daarvoor naar het *Rolex*-arrest, waarin het Hof stelt dat de nationale rechter conform moet interpreteren binnen 'de door het gemeenschapsrecht getrokken grenzen'.²⁰² Daarnaast kan worden gewezen op rechtspraak van het Hof inzake de terugvordering van onterecht verstrekte subsidies: lidstaten zijn gehouden bij de terugvordering rekening te houden met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, 'in hun Unierechtelijke opvatting'.²⁰³ Daar-

199 HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

200 Prechal 1991.

201 Prechal 2005a, p. 208.

202 HvJ EG 7 januari 2004, C-60/02, ECLI:EU:C:2004:10 (*Rolex*), r.o. 59.

203 HvJ EU 18 december 2014, C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462 (*Somvao*), r.o. 55.

uit spreekt de duidelijke opvatting dat de rechtsbeginselen die lidstaten moeten respecteren bij de uitvoering van Unierecht een autonome, Europeesrechtelijke invulling hebben. Een verdergaande nationale invulling van die beginselen mag aan de uitvoering van Unierechtelijke verplichtingen niet in de weg staan. Eenzelfde redenering hanteert het Hof van Justitie ten aanzien van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel in het recente *Taricco*-arrest.²⁰⁴

Voor een *bevestigend* antwoord op die vraag pleit niettemin de duidelijke verwijzing naar de bevoegdheden van de rechter in het nationale recht.²⁰⁵ Die bevoegdheden worden immers afgebakend door het nationale recht. Bovendien is voor de nationale rechter problematisch dat uit de beperkte hoeveelheid jurisprudentie van het Hof van Justitie niet geheel duidelijk wordt hoe strikt het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel de interpretatievrijheid van de nationale rechter begrenst. Een zekere nationaalrechtelijke inkleuring van de begrenzing van de rechterlijke interpretatievrijheid lijkt mij bij deze stand van zaken daarom onvermijdelijk.²⁰⁶

6.5.5 Conforme interpretatie en het proces van interpreteren

Het Hof van Justitie verwijst in de jurisprudentie over conforme interpretatie meermalen naar de bevoegdheden van de rechter op grond van het nationale recht en de hem naar nationaal recht ter beschikking staande interpretatiemethoden en conflictregels. Daaruit lijkt eenvoudig het antwoord te volgen dat conforme interpretatie uitsluitend betrekking heeft op het resultaat dat de rechter bereikt: de rechter moet proberen binnen de grenzen van zijn nationale recht een Europeesrechtconform resultaat te bereiken. Dat zou betekenen dat het proces van interpretatie, de wijze waarop de rechter tot zijn uitleg komt, onaangeroerd blijft. Dat is echter te eenvoudig gesteld. Het Hof heeft immers in de in paragraaf 6.5.2 besproken arresten *Wagner Miret*²⁰⁷ en *Björnekulla Fruktindustrier*²⁰⁸ veel concretere aanwijzingen gegeven over de wijze waarop de rechter zijn nationale recht moet uitleggen in het licht van het Europees recht. In de literatuur bestaat daarom geen overeenstemming over de aard van conforme interpretatie en de invloed die dat heeft op het interpretatieproces. Is het een interpretatiemethode, die een toevoeging vormt op de catalogus van methoden die de rechter ter beschikking staat? Zo ja, neemt het daarbinnen een vaste hiërarchische positie in? Heeft conforme interpretatie bijvoorbeeld ‘voorrang’ op de overige interpretatiemethoden? Twee vragen moeten dus worden beantwoord. De eerste is of conforme inter-

204 HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

205 Zo ook Kristen 2003; Wissink 2001, p. 171-173.

206 Aldus begrijp ik ook Wissink 2001, p. 173-174.

207 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

208 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*).

pretatie in de catalogus van interpretatiemethoden een zelfstandige methode vormt. Ik heb in paragraaf 6.2 gesteld dat de interpretatiemethoden verwijzen naar verschillende bronnen van gezaghebbende informatie over de betekenis van de bepaling. Of conforme interpretatie in dat kader als zelfstandige methode kan worden gezien, is afhankelijk van de vraag of conforme interpretatie verwijst naar een bron van informatie waar de andere methoden niet naar verwijzen (in dat geval zou conforme interpretatie een vorm van bijvoorbeeld systematische of wetshistorische interpretatie zijn). De tweede is of de plicht veranderingen teweegbrengt in de verhouding tussen die methoden.

Deze vragen zijn, doorgaans in iets andere termen, in de rechtswetenschappelijke literatuur veelvuldig aan de orde geweest, zowel binnen als buiten Nederland. Meerdere auteurs hebben deze literatuur aan de hand van verschillende criteria geordend: met name de dissertaties van Asp,²⁰⁹ Brechmann²¹⁰ en Wissink²¹¹ moeten in dit verband worden genoemd. De hier door mij geschetste benadering van het vraagstuk vanuit de catalogus van interpretatiemethoden en hun onderlinge rangorde sluit het best aan op het werk van Asp. Asp neemt impliciet aan dat conforme interpretatie een zelfstandige methode is en onderscheidt benaderingen naar de bronnen of methoden die worden gezien als begrenzing van conforme interpretatie. Auteurs vinden soms alleen in de voorzienbaarheid die op grond van het EVRM moet worden beschermd een begrenzing van conforme interpretatie, andere auteurs voegen daar de tekst van de wet aan toe of zowel de tekst van de wet als de intentie van de nationale wetgever.²¹² Met andere woorden is voor Asp onderscheidend welke positie conforme interpretatie inneemt ten opzichte van de andere interpretatiemethoden.²¹³

Brechmann onderscheidt de posities aan de hand van de vraag of het Europees recht voorrang heeft op het nationale recht, omdat die eventuele voorrang volgens hem de rangorde tussen interpretatiemethoden stuurt. Kort gezegd volgt volgens Brechmann uit de voorrang van het Gemeenschapsrecht dat conforme interpretatie als methode voorrang heeft op alle andere interpretatiemethoden.²¹⁴ Dit vraagpunt doordesemt de Duitse discussie over confor-

209 Asp 2002.

210 Brechmann 1994.

211 Wissink 2001.

212 Asp 2002, p. 223-230, met veel literatuurverwijzingen.

213 Dat zijn eigenlijk alleen de varianten van de tweede hoofdstroming die hij erkent. In de eerste hoofdstroming wordt er vanuit gegaan dat iedere interpretatie ten nadele van de verdachte is uitgesloten, waarbij de zuiver nationale interpretatie wordt gezien als één gefixeerd punt waarvan alleen ten voordele kan worden afgeweken. Omdat ik met Asp van mening ben dat dit uitgangspunt onjuist is en dit uitgangspunt bovendien niet wordt verdedigd in de Nederlandse literatuur, laat ik deze hoofdstroming buiten beschouwing. Zie Asp 2002, p. 224-226.

214 Brechmann 1994, p. 147-153.

me interpretatie in veel hogere mate dan de Nederlandse, waar de voorrang van het Europees recht op veel minder fundamentele bezwaren stuit.

Wissink acht het uitgangspunt van Brechmann problematisch, aangezien Brechmann niet overtuigend aantoont dat voorrang van het Europees recht ook betekent dat Europeesrechtconforme interpretatie voorrang moet krijgen boven de andere interpretatiemethoden.²¹⁵ Hij kiest daarom, hoewel geïnspireerd door Brechmann, voor een eigen insteek, die ik hier kort bespreek omdat deze specifiek is toegesneden op het Nederlandse recht. De inbedding van de conforme-interpretatieplicht in de nationale interpretatietraditie en het feit dat het gaat om de interpretatie van nationaal recht maken dat de nationale context relevant is om te kunnen beschouwen in welk opzicht conforme interpretatie daar verandering in aanbrengt.²¹⁶ Wissink ontwaart in de literatuur vier verschillende benaderingen van de methode van conforme interpretatie en voegt daaraan een vijfde benadering toe. Hij noemt die vijfde benadering *'richtlijnconformiteit als normale uitlegfactor'*. Wissink stelt ten eerste dat conforme interpretatie een zelfstandige 'uitlegfactor' (in mijn woorden: interpretatiemethode) is, omdat ook indien het nationale recht geen omzetting van Europees recht beoogt, conforme interpretatie toch verplicht kan zijn. Een beperking tot situaties waarin een systematische of wetshistorische interpretatie leidt tot een onderzoek naar de richtlijn, is daarom onvoldoende.²¹⁷ Daarnaast wil Wissink geen benadering accepteren waarbij een hiërarchie wordt gevestigd tussen interpretatiemethoden.²¹⁸ Dat betekent dat voor hem conforme interpretatie geen invloed mag hebben op het tweede facet van interpretatie. De oplossing is volgens Wissink richtlijnconformiteit te beschouwen als een 'reguliere uitlegfactor', oftewel één van de bronnen die deel uitmaken van de catalogus van teksten die de rechter ter beschikking staan. Het Europees recht is een 'zwaarwegende factor', maar het weegt niet per definitie meer of minder dan de andere factoren.²¹⁹ Volgens Wissink beïnvloedt richtlijnconforme interpretatie dus wel de catalogus van methoden, maar niet de verhouding daartussen.

Het beeld dat Wissink schetste in 2001 moet enigszins worden geactualiseerd – en is ook door Wissink geactualiseerd – naar aanleiding van latere rechtspraak van het Hof van Justitie, met name het arrest *Björnekulla Fruktindustrier* uit 2004.²²⁰ In een conclusie uit 2013 stelt Wissink dat de Europese jurisprudentie van de nationale rechter vergt dat hij meer gewicht toekent aan de wens van de nationale wetgever tot omzetting, dan aan concrete uitlatingen

215 Wissink 2001, p. 129-131. Ook in Duitsland wordt bezwaar gemaakt tegen het vereenzelvigen van de voorrang van het Europese recht met de voorrang van conforme interpretatie op andere interpretatiemethoden, zie bijvoorbeeld Canaris 2002, p. 52-53.

216 Canaris 2002, p. 64.

217 Wissink 2001, p. 111-115.

218 Wissink 2001, p. 142-143.

219 Wissink 2001, p. 144-145.

220 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*).

uit de wetsgeschiedenis die wellicht een andere kant op wijzen.²²¹ Daarmee lijkt zich toch een zekere voorgeschreven rangorde van interpretatiemethoden af te tekenen.

In lijn met de opvatting van Prechal meen ik dat de plicht tot conforme interpretatie, hoewel het Hof suggereert dat dit plaatsvindt met gebruikmaking van nationale uitlegmethoden, wel degelijk het interpretatieproces beïnvloedt.²²² Dat geldt zowel voor de catalogus van interpretatiemethoden, als voor de onderlinge rangorde tussen methoden. Zoals Prechal stelt: conforme interpretatie is nog steeds alleen verplicht indien dit mogelijk is op grond van het nationale recht, maar '[b]e this as it may, it seems that national courts are no longer entirely free to determine the parameters of what is 'possible' and what not.'²²³

Ten eerste blijkt uit de in paragraaf 6.5.1 besproken jurisprudentie, die visie deel ik met Asp en Wissink, dat het Europees recht de catalogus van interpretatiemethoden beïnvloedt. Waar sommigen alleen een rol zien voor het Europees recht indien één van de gebruikelijke interpretatiemethoden naar het Europees recht verwijzen (omdat de wetsgeschiedenis de Europeesrechtelijke herkomst van de bepaling vermeldt, of omdat latere uitingen van de wetgever blijk geven van de omzettingstrekking van de bepaling), heeft Wissink terecht opgemerkt dat het Europees recht ook een rol dient te spelen bij de uitleg van bepalingen die geen omzettingstrekking hebben, maar wel onder de reikwijdte van het Europees recht vallen.²²⁴ Dat volgt uit het *Marleasing*-arrest.²²⁵ Dat betekent dat voor alle bepalingen die vallen onder de reikwijdte van het Europees recht een bron is toegevoegd aan de catalogus van methoden die de rechter kan en moet betrekken bij de uitleg van de bepaling. Daarvan moet het vonnis ook blijk geven. Die bron kan zelfstandig beïnvloeden welke interpretaties die door de tekst van de bepaling mogelijk worden gemaakt meer of minder passend zijn. Anders dan in bijvoorbeeld de keuzemiddeltheorie wordt gesteld,²²⁶ kan het Europees recht zelfstandig steun bieden aan een interpretatie die door de tekst mogelijk wordt gemaakt, maar door geen enkele andere bron wordt ondersteund. Gezien de zelfstandige plaats die het Europees recht inneemt als bron en de bijzondere kenmerken daarvan, acht ik het inderdaad gerechtvaardigd om conforme interpretatie te beschouwen als zelfstandige, vijfde interpretatiemethode en niet als een afgeleide van de andere interpretatiemethoden.²²⁷

221 A-G M.H. Wissink in zijn conclusie bij HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), punt 2.9-2.10.

222 Prechal 2005a, p. 193-199.

223 Prechal 2005a, p. 199.

224 Wissink 2001, p. 111-115.

225 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), r.o. 8.

226 Zie daarover Wissink 2001, p. 115 e.v.

227 Zo ook Dannecker 1996, p. 872-873.

Uit de jurisprudentie kan eveneens worden afgeleid dat conforme interpretatie invloed heeft op de verhouding tussen de interpretatiemethoden. Hoewel er naar nationaal recht geen vaste rangorde bestaat, blijkt uit de geformuleerde *contra legem*-grens dat grammaticale interpretatie bij conforme interpretatie voorop staat. De tekst van de bepaling kan niet met een beroep op andere interpretatiemethoden, ook niet op conforme interpretatie, opzij worden gezet. Het Hof heeft zich ook uitgesproken over de waarde die moet worden gehecht aan wetshistorische interpretatie. Daaruit blijkt dat de intentie tot adequate omzetting zeer belangrijk is, maar concrete uitlatingen over de uitleg van de wet minder. Een onjuiste uitleg van het Europees recht is geen reden om niet conform te interpreteren, tenzij deze uitleg dermate grote invloed heeft gehad op de formulering van de wet dat een conforme interpretatie niet mogelijk is. Net als bij teleologische interpretatie prevaleren abstracte doelstellingen boven concrete opvattingen over de reikwijdte van de wet.

Dat de jurisprudentie van het Hof ook invloed heeft op de beide facetten van het interpretatieproces, neemt niet weg dat het Hof de nadruk legt op het bereiken van een richtlijnconform resultaat. De rechter moet in beginsel daartoe de middelen inzetten die hij heeft krachtens nationaal recht, en slechts in uitzonderingsgevallen heeft het Hof nadere instructies gegeven die raken aan het interpretatieproces.

Omdat ook beperkingen worden gesteld aan het resultaat (conforme interpretatie is niet toelaatbaar indien dat leidt tot een schending van rechtszekerheid of tot terugwerkende kracht), is het niettemin mogelijk, zeker in een strafzaak, dat de rechter toch niet tot een Europeesrechtconforme uitleg komt, omdat hij dat resultaat in strijd acht met de rechtszekerheid. Een conforme uitleg mag niet leiden tot een schending van het legaliteitsbeginsel, en dat biedt een zeker 'ventiel' voor de rechter om in zaken waarin hij meent dat de rechtszekerheid onder druk zou komen te staan met een Europeesrechtconforme interpretatie, te kiezen voor een uitleg die de rechten van de verdachte respecteert. Daarbij zal de uitleg van het Hof van Justitie van het rechtszekerheidsbeginsel, inhoudende dat 'de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld',²²⁸ leidend moeten zijn bij het beoordelen of een richtlijnconforme interpretatie mogelijk is.

228 HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*), r.o. 71, herhaald in HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*), r.o. 48.

6.6 DE PRAKTIJK VAN CONFORME INTERPRETATIE IN NEDERLAND

Naar de Nederlandse praktijk van conforme interpretatie in het materiële strafrecht is nog nauwelijks systematisch onderzoek gedaan.²²⁹ Er is wel onderzoek gedaan naar de praktijk van conforme interpretatie buiten het strafrecht, met name in het privaatrecht. Daarnaast is in andere lidstaten van de Europese Unie onderzoek verricht naar conforme interpretatie in verschillende rechtsgebieden.²³⁰

De meningen over de wijze waarop de Nederlandse strafrechter invulling geeft aan de plicht tot conforme interpretatie zijn verdeeld. Wissink vindt dat de benadering van de Hoge Raad er in sommige gevallen toe leidt dat het Europees recht onvoldoende gewicht krijgt bij de uitleg van nationaal privaatrecht.²³¹ Smits en Van Schagen stellen dat de Hoge Raad teveel vasthoudt aan nationale interpretatiemethoden en dat niet consequent wordt verwezen naar het Europees recht.²³² Aan de andere kant is door Kristen aangevoerd dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State soms wel erg veel gewicht toekent aan het Europees recht in de uitleg van bijvoorbeeld vergunningsvoorwaarden. In die gevallen lijkt de rechter volgens Kristen maar weinig geneigd de communautaire begrenzingsen aan de conforme-interpretatieplicht in acht te nemen.²³³

Het is niet gemakkelijk om een coherent beeld te schetsen van de precieze grenzen die de strafrechter hanteert bij conforme interpretatie. Als het nationale recht een omzettingstrekking heeft en de tekst niet in strijd is met het Europees recht, zal een conforme interpretatie in de regel mogelijk zijn. Als echter het nationale recht zonder twijfel te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, kan het probleem niet meer worden opgelost door interpretatie. Pas in een geval waarin het Nederlandse strafrecht mogelijk iets te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, wordt duidelijk waar voor de Nederlandse strafrechter de grenzen van conforme interpretatie liggen. Dan wordt de rechter uitgedaagd op zoek te gaan naar mogelijkheden om het Europees recht loyaal toe te passen, zonder daarbij de algemene rechtsbeginselen te schenden. Er zijn echter geen aanwijzingen dat Nederland vaak te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt. Pas wanneer een gebrekkige aansluiting tussen Nederlands en Europees recht problematisch wordt voor de rechtspraak, zal de rechter daadwerkelijk worden uitgedaagd de grenzen van zijn mogelijkheden op te zoeken. Het tweede probleem is dat niet alle jurisprudentie met betrekking tot delicten die vallen onder de reikwijdte van het Europees recht

229 Het dichtstbij komt Kristen 2004, p. 61-79.

230 Suhr 2011, p. 98-241, 303-306; Jaremba 2012; Jaremba 2013; Klamert 2008; Macrory, Madner & Mayr 2013; Sørensen 2008.

231 Wissink 2001, p. 152-167.

232 Smits & Van Schagen 2009.

233 Kristen 2004, p. 79, met voorbeelden en verdere verwijzing.

standaard wordt gepubliceerd.²³⁴ Ten derde is het lastig om te beoordelen of de rechter 'voldoende' aandacht besteedt aan conforme interpretatie. Het is moeilijk systematisch zaken op te sporen waarin de rechter ten onrechte een conforme interpretatie achterwege laat. Bovendien is dat oordeel zonder kennis van het dossier soms moeilijk te vellen. De selectie van te bespreken vonnissen is daarom voornamelijk gebaseerd op het feit dat zij expliciet de toepassing van de conforme-interpretatieplicht noemen (en daardoor vindbaar zijn in de jurisprudentiedatabase van rechtspraak.nl), of dat ze in de literatuur zijn gesignaleerd vanwege de rol die het Europees recht in die zaken speelt.²³⁵

In het hiernavolgende bespreek ik eerst enkele arresten van de Hoge Raad uit het belasting- en privaatrecht, waarin algemene lijnen worden uitgezet over de plicht tot conforme interpretatie. Het kader dat de Hoge Raad daarin schetst, sluit nauw aan bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In de tweede subparagraaf staat conforme interpretatie in het strafrecht door de Hoge Raad centraal. Ik besteed bijzondere aandacht aan de interpretatie van de delictsomschrijving van witwassen, die enkele interessante vragen opwerpt over de mogelijkheden van conforme interpretatie. Vervolgens staat de omgang van de feitenrechter met conforme interpretatie centraal, die juist blijk geeft van een (bij vlagen) zeer Europeesrechtvriendelijke uitleg van het nationale recht. Daarna bespreek ik een probleem dat in de Nederlandse rechtspraak is gesignaleerd, namelijk de vraag of de plicht tot conforme interpretatie alleen geldt voor richtlijnen die totale harmonisatie beogen, of dat deze voor alle richtlijnen geldt. De paragraaf sluit af met een korte reflectie op de implicaties van de conforme-interpretatieplicht voor de verhouding tussen de wetgever en rechter in het Nederlandse recht.

6.6.1 Leerstellige arresten van de Hoge Raad over conforme interpretatie in het privaatrecht en belastingrecht

De Hoge Raad heeft zich in een aantal arresten in algemene zin uitgelaten over de reikwijdte en begrenzings van de conforme-interpretatieplicht. Deze leerstellige arresten zijn gewezen in het civiele en belastingrecht, en de arresten uit het belastingrecht hadden geen betrekking op punitieve sancties van bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke aard, maar uitsluitend op het vaststellen van de hoogte van de verschuldigde belasting. Niettemin zijn de algemene overwegingen aldus geformuleerd dat ze ook betekenis kunnen

234 Aangezien het een doelstelling is van de database op rechtspraak.nl om uitspraken met een 'jurisprudentievormend karakter' te publiceren, mag wel worden verwacht dat de meest interessante uitspraken zijn gepubliceerd. Zie art. 5 sub e Besluit selectiecriteria uitspraken-databank Rechtspraak.nl, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

235 Een systematische jurisprudentie-analyse van de rechtspraak over art. 273f Sr leverde te weinig interessant materiaal op. Daarom is besloten geen gevalsstudies te verrichten naar de rechtspraak over verschillende geharmoniseerde delicten.

hebben voor het strafrecht. Ze geven een beeld van de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan de conforme-interpretatieplicht. In de strafrechtspraak wordt ook een enkele keer verwezen naar de hier besproken jurisprudentie van de Hoge Raad, die in ieder geval in de praktijk ruimere toepassing krijgt dan alleen het burgerlijk recht.²³⁶

Het arrest *Pink Floyd/Rigu Sound* uit 1996 heeft een tiental jaren gegolden als standaardarrest. De vraag was of de nationale wet richtlijnconform mocht worden toegepast in een horizontale situatie. De Hoge Raad stelde de tekst voorop: de 'ondubbelzinnige bewoordingen' van de wet stonden geen richtlijnconforme uitleg toe. Conforme interpretatie van de bepaling zou leiden tot een afwijking van die ondubbelzinnige bewoordingen, en zou daarmee inbreuk maken op het rechtszekerheidsbeginsel.²³⁷ Voor de Hoge Raad hebben de algemene rechtsbeginselen van Europees recht, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel, dus niet alleen betekenis voor het strafrecht, maar ook voor de andere rechtsgebieden.

In 2007 wees de Hoge Raad het *Vierdaagse*-arrest in een belastingzaak, die aan het begin stond van een nieuwe golf jurisprudentie.²³⁸ Er bestond mogelijk strijd tussen de tekst van de bepaling en de wetsgeschiedenis, waarbij de wetsgeschiedenis in de richting wees van een voor de belastingplichtige gunstige uitleg, terwijl op grond van de richtlijn mogelijk meer belasting moest worden geheven. Advocaat-generaal De Wit achtte een richtlijnconforme interpretatie in strijd met de rechtszekerheid. Volgens de Hoge Raad moet worden gekeken of de tekst van de bepaling een conforme interpretatie toelaat. Als dat zo is, dan kan een conforme interpretatie 'niet afstuiten op het resultaat van een wetshistorische uitlegging van de betrokken nationale bepaling.' De Hoge Raad benadert het probleem niet vanuit het proces van interpretatie, maar vanuit het resultaat ervan. Hoewel de Hoge Raad er niet naar verwijst, brengt deze overweging het arrest *Björnekulla Frukthandlaren* van het Hof van Justitie in herinnering, waar het Hof een vergelijkbare overweging liet optekenen.²³⁹ Vervolgens moet, aldus de Hoge Raad, beoordeeld worden of een dergelijke uitleg in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Dat is in beginsel niet het geval. Belastingplichtigen kunnen zich niet uitsluitend verlaten op de nationale wetsgeschiedenis, aangezien richtlijnen voor de lidstaten bindend

236 Rb Rotterdam 20 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0861, JOR 2008/46, m.nt. M. Nelemans. In deze zaak verwijst de rechtbank naar het hieronder te bespreken *Vierdaagse*-arrest, HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie verder concl. A-G J. Wortel bij HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458, die verwijst naar HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649, m.nt. D.W.F. Verkade (*Pink Floyd/Rigu Sound*).

237 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649, m.nt. D.W.F. Verkade (*Pink Floyd/Rigu Sound*), r.o. 3.4.

238 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Vierdaagse*).

239 HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Frukthandlaren*), r.o. 13.

zijn ten aanzien van het resultaat. De opvatting van de Hoge Raad impliceert dat van de burger mag worden verwacht dat hij zich oriënteert op geldende Europese normen. De Hoge Raad maakt slechts een uitzondering voor het geval waarin de wetgever in de wetsgeschiedenis uitdrukking geeft aan de 'welbewuste bedoeling' om in de wetgeving af te wijken van de richtlijn.²⁴⁰ In een dergelijk geval kan, ook al is de tekst van de bepaling niet in strijd met de richtlijn, een richtlijnconforme interpretatie dus alsnog worden afgewezen op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat een richtlijnconforme interpretatie niet tot een hogere belastingheffing hoefde te leiden. Uit latere rechtspraak blijkt dat een richtlijnconforme interpretatie wel degelijk kan leiden tot een verzwaring van de belastingplicht van de burger. Ergo: omgekeerd verticale werking van de richtlijn is bij een conforme interpretatie in het belastingrecht niet uitgesloten.²⁴¹

In 2012 zet de Hoge Raad met het *Thuiskopie*-arrest in iets andere bewoordingen een algemene lijn uit voor gevallen waarin de wetgever in de wetsgeschiedenis onbedoeld een onjuiste uitleg geeft aan de richtlijn. De Raad overweegt:

'Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de hiervoor in 5.1.2 omschreven verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat.'²⁴²

Deze formulering brengt nog scherper dan eerdere arresten tot uitdrukking dat het rechtszekerheidsbeginsel niet met succes kan worden ingeroepen indien de tekst van de wet een richtlijnconforme interpretatie toestaat. Opnieuw is daarbij wel de 'escape' ingebouwd dat de wetgever moet hebben beoogd de richtlijn getrouw om te zetten, maar daarvan zal, zo stelt Widdershoven terecht in zijn annotatie bij dit arrest, doorgaans sprake zijn.²⁴³ De aanwezigheid van een omzettingsintentie kan pas worden ontkend indien de wetgever expliciet tot uitdrukking brengt dat hij met een bepaalde bepaling afwijkt van het Europees recht.

240 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Vierdaagse*), r.o. 3.4.

241 Zie zeer expliciet in deze zin HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3139, AB 2008/214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

242 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Thuiskopie*), r.o. 5.1.3.

243 Widdershoven in zijn annotatie bij HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 (*Thuiskopie*).

De praktijk blijkt ondanks alle principiële keuzes weerbarstig. Vaak is het namelijk onduidelijk of de tekst van de wet een bepaalde uitleg toelaat of niet, en wat de betekenis is van het begrip *contra legem*. In het *Albron*-arrest was een richtlijnconforme uitleg in strijd met een letterlijke (lexicale) uitleg van het begrip 'werkgever', maar, zo stelt de Hoge Raad: 'De formulering van de wet is immers niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is. [...] Aan die bewoordingen komt te minder betekenis toe nu uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:663 [...] volgt dat de Nederlandse wetgever bij zijn keuze voor juist die bewoordingen, beoogde de richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG getrouw om te zetten in het nationale recht, en dat hij daarbij een geval als het onderhavige niet voor ogen heeft gehad.'²⁴⁴ Alle argumenten afwegende komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de richtlijnconforme uitleg niet *contra legem* is, en dat toepassing van deze uitleg in het concrete geval geen toepassing met terugwerkende kracht is.

Het moge op grond van het in paragraaf 6.5 besprokene duidelijk zijn dat de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met de plicht tot conforme interpretatie in grote lijnen steun vindt in de eerder in dit hoofdstuk gegeven interpretatie van de Europese jurisprudentie. Slechts op het punt van de rechtszekerheid zie ik een verschil met de jurisprudentie van het Hof van Justitie: anders dan de Hoge Raad denk ik dat het toegestaan is om de algemene rechtsbeginselen, met name de rechtszekerheid, in te roepen als argument om niet conform te interpreteren terwijl dit gezien de tekst wel mogelijk is. De behoefte daaraan kan zich in het bijzonder doen gevoelen wanneer het niet volstrekt duidelijk is of de tekst van de wet een conforme interpretatie mogelijk maakt. Het rechtszekerheidsbeginsel begrenst dan het resultaat of product van interpretatie. Zoals Wissink in één van zijn conclusies terecht aankaart, is het niet altijd gemakkelijk om de tekst geheel los te zien van de wetsgeschiedenis en andersom. Volgens Wissink kan daarom, indien er twijfel bestaat of de tekst van de wet een richtlijnconforme interpretatie toestaat, worden gekeken naar de gevolgen van een richtlijnconforme uitleg.²⁴⁵ Het rechtszekerheidsbeginsel mag in een dergelijke situatie mijns inziens een begrenzendende rol spelen, zeker in strafzaken. Dat betekent dat de nationale rechter redelijk vrij is in zijn oordeel om te bepalen of de rechtszekerheid in het geding is. Ik acht het ook juist dat het Hof van Justitie de nationale rechter die vrijheid biedt. Nu de nationale rechter een zo belangrijke plaats inneemt in het beschermen van het legaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder van de rechtszekerheid, lijkt mij dat in het strafrecht geen plaats zou moeten bestaan voor een formele redenering die een beroep daarop onmogelijk maakt. In dat geval kunnen er situaties

244 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), r.o. 3.7.

245 Concl. A-G M.H. Wissink bij HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*), punt 2.6.1.-2.38, m.n. punt 2.14.

ontstaan waarin de feitenrechter te weinig ruimte heeft om de rechtszekerheid in het individuele geval te kunnen waarborgen. Het is mogelijk dat deze nuance wordt verklaard door het rechtsgebied, en dat de Hoge Raad in het strafrecht eveneens meer ruimte ziet voor een beroep op rechtszekerheid. Daarom staat in de volgende subparagraaf de benadering van de Hoge Raad in strafzaken centraal.

6.6.2 De Hoge Raad en conforme interpretatie in het materiële strafrecht, met bijzondere aandacht voor witwassen

De Hoge Raad heeft zich niet expliciet uitgelaten over de betekenis van conforme interpretatie in het strafrecht. In arresten waarin de betrokken nationale bepaling een omzettingssrekking heeft en de tekst niet met het Europees recht in strijd is, krijgt de nationale bepaling een richtlijnconforme uitleg.²⁴⁶ Zaken waarin de Hoge Raad expliciet reflecteert op zijn taak tot conforme interpretatie van materieel strafrecht, zijn er niet. De Hoge Raad verwijst dan ook niet naar artikel 49 Hv in zijn jurisprudentie. Het beeld moet dus voornamelijk worden gebaseerd op zaken waarin de Hoge Raad niet expliciet de grenzen van de conforme-interpretatieplicht aan de orde stelt. In deze paragraaf bespreek ik twee gevallen die in de literatuur zijn aangemerkt als situaties waarin niet conform is geïnterpreteerd, terwijl dat misschien wel mogelijk was geweest. De Hoge Raad besteedt echter in geen van beide gevallen aandacht aan de plicht tot richtlijnconforme interpretatie. Het eerste is de strafbepaling van misbruik van voorwetenschap, het tweede is de strafbaarstelling van witwassen, waar de Hoge Raad een serie van arresten over heeft gewezen. De strafbepaling van witwassen is in het kader van conforme interpretatie bijzonder interessant, omdat uit de wetsgeschiedenis enerzijds is af te leiden dat een richtlijnconforme interpretatie is beoogd, terwijl anderzijds de uitleg van de wetgever van de bepaling duidt op een (veel) ruimere reikwijdte van de nationale bepaling dan van de richtlijn. Omdat de Hoge Raad bij de uitleg van de witwasbepaling weinig aandacht besteedt aan het Europees recht, kan slechts in het achterwege laten van een conforme interpretatie een indirecte aanwijzing worden gezien dat de Hoge Raad dit wellicht niet mogelijk achtte.

Het eerste te bespreken arrest is een arrest uit 2008, waarbij volgens Kristen de wetshistorische interpretatie voorrang kreeg op een richtlijnconforme interpretatie.²⁴⁷ De zaak ging over de vraag of iemand kon worden veroor-

246 HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4900, *JM* 2005/48, m.nt. J.R.C. Tieman; HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3643; HR 21 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3477; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2551; HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1564; HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1571.

247 Kristen in zijn annotatie bij HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, *NJ* 2008/467.

deeld wegens misbruik van voorwetenschap, waarbij de voorwetenschap bestond uit kennis van zijn eigen voornemen transacties te gaan verrichten. De verdachte had op een website berichten geplaatst over grootschalige aandelentransacties in een bepaald fonds, zonder te vermelden dat hijzelf verantwoordelijk was voor een groot deel van die transacties. De verdachte probeerde daarmee de prijs van het fonds op te stuwten. Daarin was hij niet geslaagd, maar hij werd wel veroordeeld voor een poging tot koersmanipulatie zoals toentertijd strafbaar gesteld in artikel 334 Sr.²⁴⁸ De verdachte was daarnaast handel met voorwetenschap ten laste gelegd, naar aanleiding van de door de verdachte verrichte transacties. Wie een aandelentransactie verricht, heeft per definitie een zekere mate van voorwetenschap, namelijk wetenschap van de eigen voorgenomen gedraging. De vraag is daarom of dergelijk handelen kan worden gekwalificeerd als handel met voorwetenschap. De Hoge Raad keek in zijn arrest eerst naar de Richtlijn transacties van ingewijden, die in de preambule vermeldt dat 'aangezien de verwerving of vervreemding van effecten noodzakelijkerwijs wordt voorafgegaan door een daartoe strekkend besluit van de persoon die zo'n transactie verricht, het feit dat deze verwerving of vervreemding plaatsvindt op zichzelf *niet betekent dat misbruik wordt gemaakt van voorwetenschap*'. [cursivering: JGHA]²⁴⁹ Vervolgens bespreekt de Hoge Raad de parlementaire geschiedenis van de Nederlandse verbodsbepaling, en tekent daaruit onder meer op: 'Ervan uitgaande dat de overnemende partij echter slechts kennis van een eigen voornemen (namelijk: om een overname te plegen) draagt, *is geen sprake van voorwetenschap* in de zin van de wet.' [cursivering: JGHA] Kortom: volgens het Europees recht is er wel sprake van voorwetenschap maar wordt daarvan geen misbruik gemaakt. Volgens de nationale wetsgeschiedenis is er überhaupt geen sprake van voorwetenschap.²⁵⁰ Het 'gebruik maken' van de voorwetenschap was destijds geen bestanddeel van de Nederlandse strafbepaling, hetgeen een conforme interpretatie bemoeilijkt.²⁵¹ De Hoge Raad oordeelt dat de wetenschap van de verdachte niet kan worden aangemerkt als voorwetenschap, en hecht dus meer waarde aan de nationale

248 Inmiddels zou deze gedraging waarschijnlijk kunnen worden gekwalificeerd als voltooide marktmanipulatie (art. 5:58 Wft vereist niet dat de koers stijgt of daalt, maar slechts dat van de gedraging 'een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is'), doch die strafbepaling is pas in het leven geroepen na het plegen van deze gedragingen.

249 Richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden. Deze uitleg is na het wijzen van het arrest bevestigd door het Hof van Justitie in HvJ EG 10 mei 2007, C-391/04, ECLI:EU:C:2007:272, NJ 2007/418, m.nt. M.R. Mok (*Georgakis*).

250 Zie voor de relevantie van dit onderscheid de noot van Kristen bij dit arrest, HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, NJ 2008/467 (*Cardio Control*), m.n. punt 4, alsmede de noot van J. Corthals en J. Italianer bij dit arrest, JOR 2007/73.

251 Kristen in zijn annotatie bij HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, NJ 2008/467; in die zin ook concl. A-G G. Knigge bij HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:6, JOR 2013/179, m.nt. J. Italianer, punt 6.10-6.14. Slechts het verrichten van een transactie 'beschikkende over voorwetenschap' was al strafbaar op grond van art. 46 Wte (oud) 1995.

wetsgeschiedenis dan aan een richtlijnconforme interpretatie van de wet.²⁵² Het verschil tussen de richtlijn en de wetsgeschiedenis wordt door de Hoge Raad niet onder de aandacht gebracht. Daarom blijft onopgehelderd of de Hoge Raad bewust afwijkt van de richtlijn, of dat hij een richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk achtte gezien de formulering van de Nederlandse strafbepaling.

In de jurisprudentie over witwassen richt de Hoge Raad zich eveneens sterk op de nationale wetsgeschiedenis, maar opnieuw zonder daarbij expliciet aandacht te schenken aan zijn conforme-interpretatieplicht. De delictsomschrijving van en jurisprudentie over witwassen vormt een belangrijke casus voor onderzoek naar conforme interpretatie in Nederland omdat de nationale wetgever stelt de richtlijn om te zetten, terwijl hij daar tegelijkertijd van afwijkt. De nationale strafbaarstelling is namelijk strenger, stelt meer gedragingen strafbaar, dan verplicht is op grond van de richtlijn. Dit is op zichzelf toegestaan, aangezien de richtlijn minimumharmonisatie beoogt, maar van een bewuste keuze tot ruimere strafbaarstelling blijkt niet uit de wetsgeschiedenis.²⁵³ Er doet zich dus een geval voor waarin de wet in abstracto een omzettingstrekking heeft, terwijl de wetsgeschiedenis – en mogelijk ook de wettekst – indicaties bevat dat volgens het nationale recht meer gedragingen strafbaar zijn dan volgens de richtlijn verplicht is. De complexiteit van de wetgeving vereist een korte uiteenzetting van het geldend recht. Daarbij laat ik nog terzijde de meer precieze technische verschillen tussen de Nederlandse strafbepaling en de richtlijn. De hier relevante vraag is of het verwerven of voorhanden hebben van opbrengsten van eigen misdrijven al strafbaar witwassen van die opbrengsten oplevert. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de wetgeving op dit terrein voortdurend in beweging is. In mei 2015 is de vierde witwasrichtlijn in werking getreden, die op 26 juni 2017 moet zijn omgezet in nationaal recht.²⁵⁴ Tevens is in september 2015 een wetsvoorstel aanhangig gemaakt bij de Tweede Kamer, dat het bij aanneming leidt tot de introductie van een aparte strafbaarstelling van het witwassen van eigen criminele opbrengsten.²⁵⁵

252 Kristen in zijn annotatie bij HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, NJ 2008/467.

253 Zie art. 5 Richtlijn 2005/60/EG, alsmede de toelichting bij het voorstel voor de vierde witwasrichtlijn (COM(2013) 45), Richtlijn 2015/849/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie.

254 Richtlijn 2015/849/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering.

255 *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 1-3.

Opzettelijk witwassen is strafbaar gesteld in artikel 420bis Sr en bevat in lid 1 sub a en b twee verschillende strafbare feiten: (a) het verhullen van de criminele herkomst van een voorwerp en (b) het verwerven, voorhanden hebben, overdragen of omzetten van voorwerpen afkomstig uit een misdrijf.²⁵⁶ De Nederlandse wetgever stelt met dit artikel uitvoering te geven aan internationale overeenkomsten. Hoe de nationale bepaling zich verhoudt tot die internationale overeenkomsten en of er is gekozen voor strengere strafbepalingen, wordt niet toegelicht.²⁵⁷

Artikel 420bis Sr valt ten eerste onder de reikwijdte van de derde witwasrichtlijn.²⁵⁸ Dat is echter – zoals bij veel onderwerpen die in EU-verband worden geregeld – niet de enige verplichting waaraan Nederland dient te voldoen: de aanbevelingen van de *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF) zijn weliswaar niet bindend, maar hebben grote invloed op de wetgeving van de lidstaten. In 1988 werd bovendien in VN-verband al de eerste verplichting aangegaan tot het strafbaar stellen van opbrengsten uit drugshandel.²⁵⁹ Daarnaast zijn er verdragen gesloten binnen de Raad van Europa.²⁶⁰ De omschrijving van witwassen in de verschillende witwasrichtlijnen is nagenoeg identiek aan die uit de internationale verdragen.²⁶¹

Ondanks de gelijkenis in de omschrijving van witwassen, bestaan tussen de Europese en internationale instrumenten relevante verschillen. De verdragen van de VN en de Raad van Europa stellen strafrechtelijke handhaving verplicht; de witwasrichtlijn verplicht alleen tot het ‘verbieden’ van de gedragingen en laat daarmee ruimte voor een keuze tussen bestuurs- en strafrecht. Belangrijker is de afwijking ten aanzien van de normadressaten: waar de internationale verdragen geen beperkingen kennen, is de richtlijn blijkens artikel 2 slechts van toepassing op kredietinstellingen, financiële instellingen en bepaalde natuurlijke of rechtspersonen die in het kader van de uitoefening van hun beroepsactiviteiten te maken kunnen krijgen met sommen geld met een criminele herkomst (accountants, makelaars, casino's, etc.). Dat onderscheid hangt

256 Art. 420bis Sr is een opzetdelict. Culpeloos witwassen is strafbaar gesteld in art. 420quater Sr en bevat dezelfde objectieve bestanddelen als art. 420bis Sr. In art. 420ter Sr is gewoonte-witwassen strafbaar gesteld.

257 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 2-3.

258 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

259 Als eerste het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, Wenen, 20 december 1988.

260 Het Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en confiscatie van opbrengsten van misdrijven, Straatsburg 8 november 1990; Het verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven en de financiering van terrorisme, Warschau 16 mei 2005.

261 Zie voor een beknopt overzicht van het internationaalrechtelijk kader de conclusie van A-G P.C. Vegter bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, *NJ* 2014/303, m.nt. N. Keijzer, punt 18 e.v.

samen met het derde (mogelijke) verschil: de vraag naar strafbaarheid van het witwassen van eigen criminele opbrengsten. In het verdrag van Straatsburg is het de lidstaten toegestaan dit witwassen van eigen opbrengsten uit te sluiten van de delictsomschrijving.²⁶² Ook in artikel 6 lid 2 sub e van het Palermoverdrag is een uitzondering gemaakt voor dit fenomeen dat wordt aangeduid met de wat wonderlijke term *self-laundering*.²⁶³ In meerdere landen bestaat er behoefte aan die uitzonderingsmogelijkheid omdat de strafbaarstelling van *self-laundering* wordt gezien als een schending van het *ne bis in idem*-beginsel.²⁶⁴ De Europese witwasrichtlijnen bevatten geen dergelijke mogelijkheid tot het beperken van het witwasverbod.

Betekent het ontbreken van de mogelijkheid tot uitzondering van het witwassen van eigen criminele opbrengsten nu dat de richtlijn zich inderdaad uitstrekt tot die gedragingen? Daarover zijn de meningen verdeeld. Buisman stelt dat de richtlijn ook verplicht tot het verbieden van *self-laundering*.²⁶⁵ Zij verwijst ter ondersteuning naar een voorgesteld – maar afgewezen – amendement waarin werd voorgesteld een bepaling op te nemen inhoudende dat de richtlijn ook van toepassing is op de pleger van het grondfeit.²⁶⁶ Dit amendement is niet aangenomen, volgens Buisman omdat de tekst van de richtlijn geen onderscheid maakt naar kwaliteit van de dader, en dus op zichzelf al voldoende duidelijk maakt dat daaronder ook de pleger van het grondfeit kan worden verstaan. Uiteraard is een concurrerende verklaring, die Buisman ook noemt, dat niet werd beoogd de pleger van het grondfeit als normadressaat op te nemen.²⁶⁷ Voor die lezing pleiten verschillende argumenten. In enkele EU-lidstaten is het witwassen van eigen criminele opbrengsten in ieder geval niet strafbaar.²⁶⁸ Het directoraat-generaal binnenlandse zaken van de Commissie overwoog dat eventuele toekomstige strafbaarstelling

262 Art. 9 lid 2 sub b van het Verdrag van Warschau.

263 'If required by fundamental principles of the domestic law of a State Party, it may be provided that the offences set forth in paragraph 1 of this article do not apply to the persons who committed the predicate offence'.

264 In IJsland, zie Eurostat, *Money Laundering in Europe*, p. 62. Die overweging blijkt ook in landen buiten de EU een bezwaar te vormen tegen het concept *self-laundering*, zie Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL) Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Council of Europe, *Horizontal Review of MONEYVAL's Third Round of Mutual Evaluation Reports 2010*, p. 16-17.

265 Buisman 2013, p. 512.

266 Zie voor het amendement het Rapport van de LIBE-Commissie in het Parlement over het voorstel voor een richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering, 2004/137(COD), A6-0137/2005.

267 Buisman 2013, p. 512.

268 In Duitsland en België, aldus Keijzer in zijn annotatie bij HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/655; Volgens Eurostat is *self-laundering* ook in Finland en Oostenrijk uitgezonderd, zie Eurostat, *Money Laundering in Europe*, 2010 edition, p. 59. Sinds 2010 is ook *self-laundering* strafbaar in Oostenrijk, zie Eurostat, *Money Laundering in Europe*, 2013 edition, p. 69.

van *self-laundering* tot bezwaren uit de lidstaten zou kunnen leiden.²⁶⁹ Vegter heeft tot slot in één van zijn conclusies gewezen op de beperkte categorie normadressaten van de richtlijn, namelijk financiële en kredietinstellingen en nog enkele andere specifiek genoemde normadressaten. Hij stelt op grond daarvan dat voor plegers van het grondfeit (niet zijnde een normadressaat van de richtlijn) alleen het verdrag van Straatsburg relevant is.²⁷⁰

Dit laatste argument is mijns inziens doorslaggevend: de richtlijn verplicht niet tot het strafbaar stellen van *self-laundering*. Uit die beperkte categorie normadressaten blijkt namelijk dat de strekking van het Europees witwasdelict beperkt is, terwijl de Nederlandse witwasbepaling in wezen een tweeledige strekking heeft. In de preambule bij de richtlijn uit 2005 wordt verwezen naar de soliditeit, integriteit en stabiliteit van het financiële stelsel.²⁷¹ Vertegenwoordigers van dat stelsel mogen niet langer de ogen sluiten voor de mogelijk criminele herkomst van het geld waarmee ze worden betaald. Hun handelen wordt aan een stelsel van normen onderworpen, waarvan de verbodsbepaling er slechts één is. In dit kader bestaat geen noodzaak tot strafbaarstelling van het witwassen van eigen criminele opbrengsten. De richtlijn richt zich daarmee niet op degenen die criminele activiteiten hebben ontplooid en daarvan willen profiteren.

De Nederlandse strafbepaling strekt zich wél uit tot de plegers van het grondfeit. Een voor de Nederlandse wetgever belangrijke reden voor het überhaupt introduceren van de witwasbepalingen is juist het strafbaar maken van de pleger van het grondfeit die zijn opbrengsten zelf wil witwassen.²⁷² Dit betekent dat de reikwijdte van de bepaling zeer ruim is: zo is in artikel 420bis sub b Sr strafbaar gesteld hij die een voorwerp voorhanden heeft of gebruikt terwijl hij weet dat dit uit een misdrijf afkomstig is. Naar de letter genomen betekent dit dat wie na het stelen van een fiets op die fiets weggrijdt, zich niet alleen schuldig heeft gemaakt aan diefstal, maar ook aan het witwassen van de opbrengst van die diefstal. In de parlementaire geschiedenis is inderdaad door de minister (hoewel met enige kennelijke aarzeling²⁷³) bevestigd dat een dergelijke gedraging inderdaad witwassen constitueert,²⁷⁴ ook

269 DG Home Affairs 2010, Roadmap proposal to harmonise the criminal offence of money laundering in the EU, p. 2: 'Depending on the definition of the scope of money laundering, it is expected that some Member States could raise fundamental concerns if the EU was to ask them to encompass self-laundering in the money laundering offence'.

270 Concl. A-G P.C. Vegter bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303, m.nt. N. Keijzer, punt 19-20.

271 Richtlijn 2005/60/EG, preambule punt 1 en 2. De richtlijn heeft artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag, en strekt zich derhalve alleen uit tot de interne markt, en niet tot criminaliteitsbestrijding.

272 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 6-7. Dit was immers voorheen vanwege de heler-steler-regel niet strafbaar.

273 Borgers in zijn noot bij HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7923, NJ 2008/16, punt 3.

274 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27159, 4, p. 5.

al noemde Keijzer dat ‘te dwaas [...] om aannemelijk te zijn.’²⁷⁵ De Nederlandse strafbepaling heeft blijkens het voorgaande een tweeledige strekking. Net als de richtlijn heeft de bepaling primair tot doel de bescherming van de integriteit van het financiële stelsel en de openbare orde.²⁷⁶ Maar de bepaling wil ook het ontplooiën van strafbare activiteiten onaantrekkelijk maken.²⁷⁷ Witwassen wordt dan gezien als een strafbaarstelling in de ‘nafase’ van een strafbaar feit, een uitbreiding van strafbaarheid. Die strekking is bij uitstek gericht op de pleger van het grondfeit zelf. Ter illustratie: stel dat een overval-ler bij een gewapende overval op een winkel een som contant geld heeft buitgemaakt. Hij wil dat geld vervolgens witwassen in een casino. De verbodsnorm uit de richtlijn is uitsluitend gericht op de casinomedewerker. De Nederlandse strafbepaling richt zich gezien de tekst en strekking ervan tevens op de overvaller.

De vervolgvraag is of de wetgever met deze ruime invulling van de witwasbepaling bewust heeft afgeweken van de richtlijn. De Nederlandse wetgever stelt met het wetsvoorstel uitvoering te geven aan internationale overeenkomsten en maakt – althans niet met zoveel woorden – gebruik van de mogelijkheid tot het stellen van strengere regels, hoewel dat wel is toegestaan.²⁷⁸ In de memorie van toelichting bij artikel 420bis Sr stelt de Minister dat ‘internationale overeenkomsten’ het onderscheid tussen witwassen van opbrengsten uit eigen criminele activiteit en die van anderen niet kennen, met dien verstande dat het verdrag van Straatsburg wel de mogelijkheid biedt dit onderscheid te maken, maar dat die niet is aangegrepen.²⁷⁹ De richtlijn wordt hier echter niet afzonderlijk genoemd, waardoor het onduidelijk is of dat één van de internationale overeenkomsten is waar de wetgever op doelt. Van een expliciete en ondubbelzinnige intentie om aan de Nederlandse strafbepaling een ruimere reikwijdte te geven dan bedoeld in de richtlijn geeft de memorie van toelichting in ieder geval geen blijk.

Die verschillende reikwijdte en strekking stellen de rechter voor de vraag of het nationale recht conform de richtlijn kan en dus moet worden geïnterpreteerd. Enerzijds blijkt uit de wetsgeschiedenis de omzettingstrekking van artikel 420bis Sr. Op grond van de arresten *Wagner Miret* en *Björnekulla Fruktindustrier* leidt die omzettingstrekking tot de veronderstelling dat de wetgever de norm getrouw heeft willen omzetten. Daarom moet die norm, tenzij de tekst daaraan

275 Keijzer in zijn annotatie bij HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/655.

276 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 5.

277 Een artikel van Van Leeuwen over witwassen in *Delikt & Delinkwent* uit 2011 begint met de zin: ‘Dat misdaad niet behoort te lonen is inmiddels een bekend adagium.’ Van Leeuwen 2011, p. 299. De strafbaarstelling van witwassen wordt door de auteur in het licht van dat adagium geplaatst.

278 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 2-3.

279 *Kamerstukken II* 1999/00, 27159, 3, p. 7.

in de weg staat, conform het Europees recht worden geïnterpreteerd.²⁸⁰ Een afwijkende wetsgeschiedenis is volgens het Hof geen reden om een conforme interpretatie onmogelijk te achten. Anderzijds is het duidelijk dat de wetgever deze gedragingen hoe dan ook wilde criminaliseren, ongeacht het bestaan van een Europese verplichting. De wetsgeschiedenis biedt voldoende aanleiding te veronderstellen dat indien duidelijk was geweest dat een dergelijke plicht niet bestond, de wetgever van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik zou hebben gemaakt om ervoor te zorgen dat deze gedragingen toch strafbaar zijn.

De Hoge Raad gooit het intussen in zijn rechtspraak over een andere boeg. Voor de Hoge Raad is het belangrijkste probleem dat de strafbepaling in sommige gevallen automatisch leidt tot dubbele strafbaarheid, zoals in het geval waarin een dief een fiets steelt en erop wegrijdt. Om die dubbele strafbaarheid te voorkomen heeft de Hoge Raad door de jaren heen enkele 'kwalificatie-uitsluitingsgronden' geformuleerd, waarvan er één betrekking heeft op opbrengsten uit eigen misdrijf.²⁸¹ In 2010 stelde de Hoge Raad dat

'indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben door de verdachte van een voorwerp dat afkomstig is uit een door hemzelf begaan misdrijf niet kan hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, die gedraging niet als (schuld)witwassen kan worden gekwalificeerd.'²⁸²

In 2013 heeft de Hoge Raad een vijftal arresten gewezen waarin de uitsluitingsgrond wordt verduidelijkt (in de woorden van de Hoge Raad²⁸³) en verruimd (in de woorden van Borgers²⁸⁴). In het arrest uit 2010 was de strekking dat de gedraging moet kunnen hebben bijgedragen aan het verbergen of verhullen, oftewel daar objectief geschikt voor moet zijn. In deze latere serie arresten voegde de Hoge Raad na herhaling van de hierboven geciteerde rechtsoverweging hieraan toe:

'Er moet in dergelijke gevallen dus sprake zijn van een gedraging die meer omvat dan het enkele voorhanden hebben en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft.'²⁸⁵

280 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*); HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*), beide besproken in paragraaf 6.5.2.

281 Zie voor een bespreking van ook de overige kwalificatie-uitsluitingsgronden Borgers 2013.

282 HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/655, m.nt. N. Keijzer.

283 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3.2.

284 Borgers in zijn annotatie bij HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266; Borgers 2013.

285 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3.2.

Even later werd bepaald ten aanzien van de motivering:

‘Uit die motivering moet kunnen worden afgeleid dat de verdachte het voorwerp niet slechts voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.’²⁸⁶

Het gaat dus niet alleen om een objectieve geschiktheid van de gedraging voor het verhullen of verbergen van de herkomst van het voorwerp, er is een subjectief vereiste dat de gedragingen ook daadwerkelijk gericht zijn op het verhullen of verbergen van de criminele herkomst. Daarmee werd de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid nog iets verder ingeperkt dan in 2010 al het geval was.

Voordat de toelaatbaarheid van deze rechtspraak in het licht van het Europees recht wordt beoordeeld, moet eerst worden vastgesteld wat de Hoge Raad eigenlijk precies doet wanneer hij een kwalificatie-uitsluitingsgrond formuleert. Allereerst heeft de Hoge Raad de betekenis van de gedragsomschrijving uit de strafbepaling vastgesteld, met name aan de hand van de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethode. Op basis van die uitleg vallen de bewezenverklaarde gedragingen onder de delictomschrijving. Dat resultaat is echter onwenselijk, omdat het ertoe leidt dat bepaalde misdrijven min of meer automatisch ook leiden tot overtreding van de witwasbepaling. Dat de witwasbepalingen naast een gedragsomschrijving een kwalificatie bevatten,²⁸⁷ geeft de Hoge Raad de mogelijkheid te oordelen dat de gedraging weliswaar voldoet aan de omschrijving uit de strafbepaling, maar niet aan de kwalificatie. De Hoge Raad wijzigt dus de uitleg van de bepaling op basis van het *resultaat* van de interpretatie. Deze vaststelling van de reikwijdte van de witwasbepaling heeft niet alleen gevolgen voor het concrete geval dat voorligt, dus in de *toepassing*, maar voor het *resultaat of product* van de interpretatie. Daardoor heeft de kwalificatie-uitsluitingsgrond ook betekenis voor toekomstige gevallen.

In de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad komt het vraagstuk van conforme interpretatie niet aan de orde, terwijl de vraag of de kwalificatie-uitsluitingsgrond in strijd is met de derde witwasrichtlijn al in 2012 is gesteld door advocaat-generaal Aben.²⁸⁸ In een recent arrest namen advocaat-generaal Vegter en annotator Keijzer tegenovergestelde standpunten in ten aanzien van de vraag of de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen toelaatbaar is in het licht van Europese en internationale verplichtingen. Vegter is van mening dat de plicht tot richtlijnconforme interpretatie niet geldt, omdat de strafbepa-

²⁸⁶ HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3.2.

²⁸⁷ De aanhef van art. 420bis Sr luidt bijvoorbeeld: ‘Als schuldig aan witwassen wordt gestraft...’.

²⁸⁸ Concl. A-G D.J.C. Aben bij HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1481, punt 3.7. Aben beantwoordt de vraag overigens niet.

ling andere normadressaten heeft dan de richtlijn. Hij gaat daarom uit van een verdragsconforme interpretatie in het licht van het verdrag van Straatsburg en komt tot de conclusie dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond geen strijd oplevert met dat verdrag.²⁸⁹ Keijzer meent juist dat de wil van de wetgever om de richtlijn getrouw om te zetten van doorslaggevende betekenis is. Hoewel afwijkingen zijn toegestaan, heeft de wetgever niet aangegeven daar gebruik van te willen maken. Artikel 420bis Sr vormt – de goede bedoelingen ten spijt – geen correcte omzetting van de richtlijn: De wetgever heeft met de toevoeging van het woord ‘onmiddellijk’ expliciet het verwerven, voorhanden hebben en gebruik maken van eigen criminele opbrengsten onder de reikwijdte van het artikel gebracht, terwijl de richtlijn daar niet op ziet (deze bestanddelen komen uit artikel 1 lid 2 sub c van de richtlijn, terwijl omzetting en overdracht uit sub a van datzelfde artikel komen en daarom in relatie staan tot het oogmerk van verhelen of verhullen). Omdat de bepaling voortvloeit uit een verplichting tot een verbod gaat de wetgever nog slechts over de omzetting van Europees recht en verdragen. Daarom acht Keijzer de nationale wetsgeschiedenis ‘slechts van secundair belang’. Bij ‘naïeve (ook wel genoemd: grammaticale)’ interpretatie, aldus Keijzer, zou éénzelfde handeling per definitie leiden tot de overtreding van twee strafrechtelijke verboden. Omdat de Hoge Raad van een naïeve letterlijke lezing van de bepaling is uitgegaan, is hij genoodzaakt geweest de dubbele strafbaarheid alsnog te voorkomen met de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Deze leidt weliswaar in grote lijnen tot dezelfde uitkomsten, maar heeft belangrijke processuele nadelen, reden voor Keijzer om toch voor een richtlijnconforme interpretatie te pleiten.²⁹⁰ Met een richtlijnconforme interpretatie wordt voorkomen dat een verdachte, wil hij zich beroepen op de kwalificatie-uitsluitingsgrond, het grondmisdrijf moet bekennen. Met een richtlijnconforme interpretatie zou het de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie zijn om aan te tonen dat er geen sprake is van uit eigen misdrijf verkregen gelden, dan wel om de tenlastelegging toe te spitsen op artikel 420bis lid 1 sub a Sr.²⁹¹

Vegter en Keijzer kunnen zich door de innerlijke tegenstrijdigheid in de wetsgeschiedenis beiden beroepen op de wil van de wetgever en toch verschillende uitkomsten bereiken, omdat een meer inhoudelijke lezing van de wetsgeschiedenis (welke gedragingen beoogde de wetgever strafbaar te stellen?) tegenover een meer abstracte lezing (beoogde de wetgever af te wijken van de richtlijn?) staat. Ik heb in 6.2.3 betoogd dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de meer abstracte ‘omzettingswil’ van de wetgever moet worden gevolgd. In het voorliggende geval leidt die benadering wellicht tot een voor sommigen onbevredigend resultaat, omdat het waarschijnlijk lijkt

289 Concl. A-G P.C. Vegter bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303, m.nt. N. Keijzer.

290 Keijzer in zijn annotatie bij HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303.

291 Keijzer in zijn annotatie bij HR 7 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2913, NJ 2014/500.

dat de wetgever, had hij de richtlijn correct geïnterpreteerd, expliciet gebruik had gemaakt van de bevoegdheid daarvan af te wijken. De omzettingstrekkings is waarschijnlijk gebaseerd op een misverstand ten aanzien van de betekenis van de richtlijn. Met Keijzer moet echter worden geconstateerd dat, met een Europeesrechtelijke blik bezien, de nationale wetsgeschiedenis van beperktere relevantie is. Indien er dus geen dwingende redenen zijn om van een conforme interpretatie af te zien, moet daarvoor worden gekozen.

Dat het internationaal en Europees recht geen merkbare rol speelt in de witwasjurisprudentie is vanuit Europeesrechtelijk oogpunt te betreuren: juist de Hoge Raad zou zich in zijn richtinggevende jurisprudentie steeds rekenschap moeten geven van de Europeesrechtelijke dimensie van het nationale recht waar die aanwezig is. Bovendien is het jammer dat nu niet duidelijk is geworden hoe de Hoge Raad om zou gaan met de tegenstrijdige uitlatingen van de wetgever in het kader van conforme interpretatie. Juist omdat het een beperkende uitleg van het nationale recht zou opleveren, hoeft een conforme interpretatie niet af te stuiten op het rechtszekerheidsbeginsel. Ook in richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad inzake mensenhandel wordt de Europeesrechtelijke herkomst van het delict wel genoemd, maar wordt niet duidelijk wat daarvan de implicaties zijn voor de uitleg van de Nederlandse strafbepaling.²⁹² Uit de beperkte hoeveelheid jurisprudentie die voorhanden is komt het beeld naar voren dat in het strafrecht de wetsgeschiedenis voor de Hoge Raad nog steeds van grote betekenis is.²⁹³ Dat is ook in het kader van conforme interpretatie wel toegestaan, al gaat het daarbij – anders dan in de rechtspraak van de Hoge Raad – voornamelijk om het aanwezig zijn van een intentie tot adequate omzetting. Daarnaast is er te weinig bruikbare jurisprudentie voorhanden om te kunnen beoordelen of de Hoge Raad in het strafrecht ook méér waarde hecht aan de wetsgeschiedenis dan in de andere rechtsgebieden.

6.6.3 De feitenrechter en conforme interpretatie

De feitenrechter lijkt meer dan de Hoge Raad geneigd groot gewicht toe te kennen aan conforme interpretatie, in enkele gevallen zelfs groter dan de tekst

292 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097 / ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), NJ 2010/598, m.nt. Y. Buruma.

293 Zie ook Borgers 2013. Zie daarnaast, naast de hier besproken arresten, HR 11 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1900, NJ 2000/606 (*Vernielen vogelnesten*). De Hoge Raad ziet niet alleen de tekst als grens, maar stelt dat '[n]och de tekst, noch de ontstaansgeschiedenis' van de nationale bepaling nopen tot een uitleg anders dan die van de richtlijn. In een andere zaak gaat het evenmin over de tekst van de bepaling, maar over 'grondslag en systeem' die een richtlijnconforme interpretatie onmogelijk maken, HR 19 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9192, NJ 1993/532 (*Rijden zonder Nederlands (maar wel met een Duits) rijbewijs*).

van de wet. Om te beginnen zijn er uiteraard zaken waarin de feitenrechter een conforme interpretatie niet mogelijk acht, bijvoorbeeld omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet mag worden verzwaaard,²⁹⁴ of omdat de richtlijn niet duidelijk genoeg is.²⁹⁵ Opvallend is wel dat ook de feitenrechter niet expliciet verwijst naar het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel. In een zaak uit 2007 toetst de Rechtbank Rotterdam of een conforme interpretatie strijd zou opleveren met artikel 7 EVRM, maar niet met de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht of het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel.²⁹⁶ Wel wordt soms op de Europeesrechtelijke grenzen van de plicht gewezen, maar niet op het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel waar die grenzen aan ontspruiten.²⁹⁷ Daar tegenover staan niettemin meerdere zaken waarin een rechtbank of hof tot een conforme interpretatie komt terwijl de tekst van de wet daaraan in de weg lijkt te staan. In die zaken kan onderscheid worden gemaakt naar gelang het Europees recht minder of meer strafrechtelijke aansprakelijkheid eist. Gevallen waarin een conforme interpretatie de strafrechtelijke aansprakelijkheid inperkt, zijn vanuit het oogpunt van rechtszekerheid minder problematisch dan gevallen waarin de aansprakelijkheid wordt verruimd.

Wanneer de aansprakelijkheid wordt beperkt, is het overschrijden van de grenzen van conforme interpretatie meestal voornamelijk een technisch probleem. In die gevallen had de rechter de nationale bepaling buiten toepassing moeten laten voor zover deze in strijd is met het Europees recht. Dat is een ander middel, maar zou tot hetzelfde rechtsgevolg leiden. Zo heeft de Rechtbank Den Bosch in een serie vonnissen een bestanddeel ingelezen in artikel 3 lid 4 van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening omdat de 'letterlijke tekst' van die wet strijdig was met het Europees recht, omdat deze een verboden handelsbelemmering opleverde.²⁹⁸ Het Hof Arnhem interpreteerde het bestanddeel '50 mg/kg' conform het Europees recht als '100 mg/kg'.²⁹⁹ Een dergelijke uitleg is evident *contra legem*, terwijl hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt door de bepaling buiten toepassing te laten voor zover deze strijd opleverde met het Europees recht.³⁰⁰

Zaken waarin een conforme interpretatie van het nationale recht heeft geleid tot een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid *contra legem* zijn niet gevonden. Wel lijkt de feitenrechter soms in het licht van het Europees

294 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3361.

295 Rb Amsterdam 3 december 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AR6884 en ECLI:NL:RBAMS:2004:AR6888, *JOR* 2005/13.

296 Rb Rotterdam 20 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0861, *JOR* 2008/46, m.nt. M. Nelemans.

297 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3361.

298 Rb Den Bosch 7 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3896 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3897 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3903 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3905 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3934 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3935, *JGR* 2007/1 en 2007/2, m.nt. M. Claessens.

299 Aldus de conclusie van A-G W.H. Vellinga bij HR 23 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL4343, punt 7.

300 In dit geval was bovendien ook die grens van 100 mg/kg overschreden.

recht sneller geneigd tot een extensieve interpretatie.³⁰¹ Ook komt het voor dat de gevolgen van gesignaleerde discrepanties tussen Europees en nationaal recht niet duidelijk worden.³⁰² Dat kan tot gevolg hebben dat ook voor toekomstige gevallen onduidelijk is wat de gevolgen zijn van die discrepanties. Het dichtst bij de grens van het toelaatbare ligt mijns inziens een vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland, waarin de nog niet omgezette richtlijn mensenhandel werd betrokken bij de uitleg van artikel 273f Sr, om tot het oordeel te komen dat uitbuiting van criminele activiteiten reeds voor omzetting van de richtlijn onder het bereik van het strafrecht viel. De rechtbank overweegt over artikel 273f lid 2 Sr:

‘Uit de woorden ‘ten minste’ volgt dat deze opsomming [van vormen van uitbuiting, JGHA] niet limitatief is. Andere vormen van uitbuiting kunnen dus ook onder de strafbaarstelling van mensenhandel worden gebracht. In de EU richtlijn 2011 zijn deze andere vormen van uitbuiting nader uitgewerkt en is aan de al bestaande (niet limitatieve) opsomming toegevoegd: uitbuiting van strafbare activiteiten [...] Het vorenstaande brengt mee dat als vast staat dat sprake is van uitbuiting van criminele activiteiten en daarmee bovendien inbreuk wordt gemaakt op de fundamentele mensenrechten van het slachtoffer (degene die de criminele activiteit verricht), sprake kan zijn van een strafrechtelijke uitbuiting in de zin van artikel 273f Sr.’³⁰³

Formeel heeft de rechtbank gelijk dat de opsomming in lid 2 van dat artikel niet-limitatief is, toch doet het feit dat de nieuwe richtlijn middels een wetswijziging werd omgezet vermoeden dat dit als een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden gezien.

Met name artikel 273f Sr lijkt nogal eens uit te nodigen tot extensieve interpretaties.³⁰⁴ Gedragingen die geen ‘typische’ mensenhandel vormen zoals zwen-
del met telefoonkaarten,³⁰⁵ het aanknopen van seksuele relaties met stagiairs³⁰⁶ of het plegen van diefstal met een (zeer jonge) minderjarige³⁰⁷ worden als mensenhandel tenlastegelegd. De delictsomschrijving is gecompliceerd

301 Zo overwoog de Rechtbank Maastricht: ‘De strekking en reikwijdte van artikel 273f Sr dient dan ook te worden uitgelegd in het licht van deze internationale verdragen en ter sortering van het nuttig effect van die verdragen – kort gezegd het kunnen bestrijden van allerlei vormen van uitbuiting – dient de delictsomschrijving van artikel 273f Sr welwillend en ruim te worden uitgelegd.’ Rb Maastricht 22 maart 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV9705.

302 Zie Rb Zeeland West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911. Een richtlijnconforme interpretatie was mijns inziens verdedigbaar geweest, maar de rechtbank geeft niet expliciet aan of daarvan in dit geval sprake is.

303 Rb Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679.

304 Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2014.

305 Rb Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985.

306 Rb Maastricht 22 maart 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV9705.

307 Rb Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679.

(Klip noemde het een wetstechnisch 'gedrocht'³⁰⁸) en biedt taalkundig ruimte voor dergelijke interpretaties. Het lijkt er soms op dat strafrechter Europees recht vooral ziet als een aanjager van uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Suhr ziet in dergelijke uitspraken het belangrijkste probleem van conforme interpretatie: dat rechters 'rechtspolitisch wünschenswerte, methodisch jedoch nur schlecht begründbare Entscheidungen mit dem Verweis auf die unionsrechtlich begründete Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung [...] legitimieren.'³⁰⁹ Het is waar dat bij conforme interpretatie de nadruk ligt op het doel van het instrument en de gebondenheid aan richtlijnen ten aanzien van het resultaat. Dat betekent evenwel niet dat de bepaling altijd zo ruim mogelijk moet worden uitgelegd: het omgekeerde kan ook waar zijn. De Richtlijn mensenhandel beoogt lidstaten een wapen in handen te geven voor het bestrijden van praktijken waarbij mensen tot instrument van winstbejag worden gemaakt. Van typische mensenhandel is hier geen sprake, en een veroordeling van deze verdachte zal dan ook redelijkerwijs niets kunnen bijdragen aan de bestrijding van dat fenomeen. Ten tweede dient het mechanisme van conforme interpretatie niet alleen de effectiviteit van het Europees recht, maar ook de uniforme interpretatie daarvan. Door een dermate eigenzinnige uitleg te geven aan de strafbepaling bestaat het risico dat er juist verschillen ontstaan tussen lidstaten (die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid meer strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen). Het is daarom van belang dat de rechter steeds voor ogen houdt dat interpretatie conform het Europees recht óók het waarborgen van rechtsbescherming, die wordt geboden door het Handvest, impliceert.

6.6.4 Interpretatie conform richtlijnen die minimumharmonisatie beogen

Uit de jurisprudentie blijkt een aantal keer dat niet duidelijk is of het voor de conforme-interpretatieplicht uitmaakt of een richtlijn totale harmonisatie of slechts minimumharmonisatie beoogt. Wanneer een richtlijn minimumharmonisatie beoogt, kan de wetgever kiezen voor een ruimer bereik van de strafbepaling dan waartoe het Europees recht verplicht.³¹⁰ Dit roept de vraag op of de plicht tot conforme interpretatie wel geldt wanneer het nationale recht inderdaad een ruimer bereik heeft, en of relevant is of de wetgever blijf heeft gegeven van de wens een ruimere strafbepaling te creëren.

Het Hof Amsterdam achtte zich gehouden tot een richtlijnconforme interpretatie, hoewel de wetgever gebruik had gemaakt van zijn beleidsvrijheid. In diens

308 HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443, m.nt. Klip.

309 Suhr 2011, p. 306. In vergelijkbare zin Oppermann 2009, p. 149. Oppermann noemt conforme interpretatie 'developing a new "topos" of justification for plainly any decision.'

310 Zie paragraaf 3.3.4.

arrest in de *Ahold*-zaak ging het om de uitleg van wetgeving over consolidatie van jaarrekeningen. Deze wetgeving strekte mede tot omzetting van de zeven- de EEG-richtlijn betreffende de geconsolideerde jaarrekening.³¹¹ Deze richtlijn beoogde minimumharmonisatie, maar bood enkele keren gebonden mogelijkheden tot afwijking (facultatieve consolidatieverplichtingen bijvoorbeeld). Nederland had van deze mogelijkheden gebruik gemaakt. Het hof oordeelde niettemin dat de nationale bepalingen richtlijnconform konden en moesten worden uitgelegd.³¹² De vraag is of twee voorwaarden voor consolidatiever- plichting cumulatief zijn: nu het hof heeft geoordeeld dat Nederland alle facultatieve mogelijkheden tot het vestigen van een consolidatieplicht heeft willen benutten de voorwaarden, net als in de richtlijn, als alternatieve voor- waarden worden beschouwd. Anders zouden de consolidatieverplichtingen immers minder ver reiken dan mogelijk.³¹³

De Hoge Raad heeft evenwel voor een andere benadering gekozen, zo lijkt althans te volgen uit de weinige arresten waar de vraag naar conforme inter- pretatie bij minimumharmonisatie aan de orde is geweest. De eerste keer dat deze vraag speelde bij de Hoge Raad was in een zaak over de uitleg van de Wet melding zeggenschap (Wmz).³¹⁴ De vraag was of de meldingsverplichtin- gen ook gelden indien het de verkrijging door een vennootschap van eigen aandelen betreft. De relevante richtlijn zwijgt daarover, maar biedt wel in artikel 3 de mogelijkheid tot het mede van toepassing verklaren van de mel- dingsplicht op verkrijging van kapitaal.³¹⁵ Van deze mogelijkheid heeft de wetgever gebruik gemaakt. Het nationale recht vermeldt echter niet expliciet of de bepalingen ook van toepassing zijn op vennootschappen die eigen aandelen verkrijgen. De Hoge Raad meende op grond van de strekking van de bepaling dat dit wel het geval was, en stelde dat tekst en wetsgeschiedenis niet dwingen tot een andere opvatting. De Hoge Raad koos dus voor een ruime uitleg, omdat niet expliciet is bepaald dat voor een beperkende uitleg moet worden gekozen. Vervolgens bespreekt de Hoge Raad het gedane beroep op de richtlijn: 'Voorzover het middel zich ter staving van het tegendeel nog beroept op de tekst en de strekking van de richtlijn, stuit het af op de omstan- digheid dat de wetgever, naar hem ingevolge art. 3 van de richtlijn vrijstond, in art. 3 Wmz een voorschrift in het leven heeft geroepen dat verder gaat dan

311 Richtlijn 83/349/EEG van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g) van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening.

312 Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1789, NJ 2010/443, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 3.8.

313 Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1789, NJ 2010/443, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 3.8.

314 HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7737, NJ 2005/569.

315 Art. 3 Richtlijn 88/627/EEG van de Raad van 12 december 1988 betreffende de gegevens die moeten worden gepubliceerd bij verwerving en bij overdracht van een belangrijke deelneming in een ter beurze genoteerde vennootschap.

waartoe de richtlijn verplicht.³¹⁶ Die keuze blijkt echter niet expliciet uit de door de Hoge Raad geciteerde wetsgeschiedenis. Niettemin komt de Hoge Raad als gevolg daarvan niet toe aan een eventuele richtlijnconforme interpretatie.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad meent in het midden te kunnen laten of de richtlijn zich überhaupt uitstrekt tot het melden van verkrijgingen van eigen aandelen, omdat ook indien dit niet zo is, de wetgever van de richtlijn mag afwijken. Met andere woorden lijkt de Hoge Raad zich niet verplicht te achten tot conforme interpretatie bij minimumharmonisatie. Dat de wetgever van de richtlijn heeft willen afwijken, leidt de Hoge Raad echter uitsluitend af uit de strekking, en niet uit de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis. Het nationale recht speelt derhalve een belangrijke rol voor de uitleg, belangrijker dan in het privaatrecht, waar slechts wordt aangenomen dat de wetgever heeft willen afwijken van de richtlijn indien de wetsgeschiedenis blijkt geeft van een 'welbewuste bedoeling'.³¹⁷ Uiteraard geldt als relevant verschil dat het in die zaken ging om een niet toegestane afwijking, terwijl hier de wetgever Europeesrechtelijk gezien aan zijn plichten voldoet.

De betekenis van minimumharmonisatie komt tevens aan de orde in een conclusie van advocaat-generaal Wortel bij een arrest van de Hoge Raad uit 2007 over verboden wapenbezit.³¹⁸ Deze zaak had betrekking op de vraag of een 'schuifkolf met sluitveer en sluitveerstang' valt onder 'onderdelen die specifiek bestemd zijn voor die wapens en die van wezenlijke aard zijn' zoals omschreven in artikel 3 lid 1 WWM. De verdediging beroept zich op Richtlijn 91/447/EEG betreffende de controle op het verwerven en voorhanden hebben van wapens, die een omschrijving van een met een wapen te vereenzelvigen onderdeel bevat en waar het genoemde onderdeel volgens de verdediging niet onder valt. Het verweer kan volgens A-G Wortel niet slagen om de volgende reden: 'De aangehaalde Richtlijn (91/477/EEG, PbEG (1991) L 256) strekt niet tot totale harmonisatie doch laat de lidstaten de bevoegdheid eigen, strengere, maatregelen te treffen of te handhaven ter bestrijding van de illegale wapenhandel. In het midden kan dus blijven of een richtlijnconforme interpretatie in het voordeel van verzoeker zou kunnen zijn, aangezien de Bijlage bij de Richtlijn onder meer 'sluitingsmechanismes' als essentiële onderdelen noemt. Het zou nadere uitleg behoeven waarom een '(schuif)kolf met sluitveer en sluitveerstang' geen 'sluitingsmechanisme' is.'

De formulering van deze passage is mijns inziens dubbelzinnig. Dat in het midden kan blijven of richtlijnconforme interpretatie in het voordeel kan zijn van de verzoeker wordt enerzijds met het woord 'dus' gekoppeld aan

316 HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7737, NJ 2005/569, r.o. 4.6.

317 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Vierdaagse), r.o. 3.4, besproken in paragraaf 6.6.1.

318 HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4087, NJ 2007/95.

het feit dat de richtlijn minimumharmonisatie bevat, anderzijds met het woord 'aangezien' aan de overtuiging van de A-G dat dit onwaarschijnlijk lijkt en nadere onderbouwing behoeft. In ieder geval lijkt Wortel ervan overtuigd dat in het geval een richtlijn minimumharmonisatie beoogt, iedere richtlijnconforme interpretatie in het voordeel van de verdachte is uitgesloten. Dit gebeurt zonder onderzoek naar de vraag of de wetgever in de wetsgeschiedenis blijk geeft gebruik te willen maken van de discretionaire bevoegdheid tot verdergaande rechtsbescherming.

Een vergelijkbare situatie komt aan bod in de annotatie van Keijzer bij een drietal arresten tegen verschillende leden van de zogenaamde Hofstadgroep.³¹⁹ De Hofstadgroep werd aangemerkt als een organisatie in de zin van artikel 140 en 140a Sr, respectievelijk een criminele en een terroristische organisatie. Eén van de vragen die in de arresten centraal staat is wanneer sprake is van 'deelneming' aan een dergelijke organisatie. De Hoge Raad herhaalt 'dat van deelneming aan een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr slechts dan sprake kan zijn, indien de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in die artikelen bedoelde oogmerk'.³²⁰ Daarvoor is volgens de Hoge Raad echter niet vereist dat de verdachte zelf deelneemt aan het plegen van strafbare feiten: ook het leveren van een bijdrage aan niet strafbare gedragingen kan voldoende zijn voor deelneming, zolang die gedragingen rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie. Eén van de verdachten had bijvoorbeeld onder andere bijeenkomsten georganiseerd waarbij de gewelddadige verspreiding van de islam werd gepropageerd en daarvoor ook beeldmateriaal aangedragen.

Hoewel artikel 140a Sr beoogt uitvoering te geven aan het Kaderbesluit terrorismebestrijding, komt in het arrest en de conclusie de conformiteit van wetgeving en jurisprudentie niet ter sprake.³²¹ Annotator Keijzer meent echter met een beroep op het kaderbesluit dat artikel 140 en 140a Sr vereisen dat door de gedragingen van de verdachte 'het gevaar van verwezenlijking van die [door de organisatie beoogde, JGHA] misdrijven wordt vergroot'. Artikel 2 aanhef en sub b van het kaderbesluit bepaalt: 'Iedere lidstaat neemt de nodige maatregelen om de hiernavolgende opzettelijke gedragingen strafbaar te stellen: ... b) het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep, waaronder het verstrekken van gegevens of middelen aan de groep of het in enigerlei vorm financieren van de activiteiten van de groep, wetende dat deze deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de groep.' Volgens het

319 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, NJ 2012/658.

320 HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, NJ 2012/658, m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.3.

321 Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding (geamendeerd bij Kaderbesluit 2008/919/JBZ van 28 november 2008).

kaderbesluit moet de deelneming dus bijdragen aan de *criminele* activiteiten van de groep. Het bijdragen aan onschadelijke activiteiten, zoals het organiseren van bijeenkomsten, is volgens Keijzer onvoldoende. Voor hem hoeft het verschil tussen de strafbepaling en het kaderbesluit echter niet tot gevolgen te leiden, omdat 'het Kaderbesluit er niet aan in de weg staat dat lidstaten deelneming ruimer omschrijven dan daar is voorgeschreven.'³²² Harmonisatie van het strafrecht behelst minimumharmonisatie en geeft lidstaten daarmee de vrijheid meer gedragingen te criminaliseren dan waartoe het Unierecht verplicht.

Keijzer lijkt te bedoelen, net als A-G Wortel, dat omdat het kaderbesluit per definitie minimumharmonisatie beoogt, de omzettingswetgeving per definitie breder kan worden uitgelegd dan het kaderbesluit. Dit betekent dat minimumharmonisatie niet alleen van betekenis is voor de wetgever, omdat die een ruimere strafbepaling mag formuleren, het is ook van betekenis voor de rechter die bij de uitleg van de strafbepaling geen rekening hoeft te houden met het Europees recht. Ook Kristen ziet de mogelijkheid tot het bieden van meer bescherming als een bevoegdheid voor zowel wetgever als rechter. Indien het Europees recht discretionaire ruimte laat, is conforme interpretatie derhalve niet verplicht.³²³ Daarbij hecht Kristen kennelijk geen betekenis aan het al dan niet benutten van de discretionaire ruimte door de wetgever.

Bij deze benadering van Keijzer en Kristen kunnen vraagtekens worden geplaatst. Ten eerste biedt het Europees recht geen aanknopingspunten om richtlijnen die minimumharmonisatie beogen uit te zonderen van de conforme-interpretatieplicht. Een dergelijke uitzondering zou de harmoniserende werking van die richtlijnen aanzienlijk beperken, en zou ingaan tegen de veronderstelling dat de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten, tenzij het tegendeel expliciet blijkt. Ter ondersteuning daarvan kan worden gewezen op het *Pfeiffer*-arrest, waarin het Hof stelt:

'[De verplichting voor de nationale rechter om rechtsbescherming die uit het gemeenschapsrecht voortvloeit te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen] geldt des te meer wanneer aan de nationale rechter een geschil is voorgelegd over de toepassing van nationale voorschriften die zoals in casu speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren. Deze rechter moet er gelet op artikel 249, derde alinea, EG van uitgaan dat de lidstaat, *wanneer hij eenmaal gebruikt [sic] heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet*, de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen.'³²⁴

322 Annotatie Keijzer bij HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, NJ 2012/658.

323 Kristen 2004, p. 77; Kristen 2003, p. 391-392.

324 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 112.

Dit impliceert mijns inziens dat het gebruik maken van de beoordelingsmarge in tijd voorafgaat aan de uitleg van het nationale recht. Het beeld dat het Hof schetst van beleidsvrijheid is dat deze gericht is aan de wetgever, en dat daarvan nadat de richtlijn is omgezet geen gebruik meer kan worden gemaakt. Het bestaan van beleidsvrijheid vormt daarom voor het Hof geen belemmering voor de plicht tot conforme interpretatie van een dergelijke bepaling, en zelfs niet voor de rechtstreekse werking daarvan.³²⁵

Conforme interpretatie is kortom in beginsel verplicht, ook wanneer het Europees recht beleidsvrijheid biedt. Slechts indien de wetgever expliciet heeft aangegeven gebruik te maken van die beleidsvrijheid, kan van het Europees recht worden afgeweken. De rechter moet dus eerst onderzoeken of de nationale bepaling strenger is, er daarbij van uitgaand dat dit niet het geval is tenzij expliciet aangegeven.³²⁶

6.6.5 Conforme interpretatie en de constitutionele positie van de Nederlandse strafrechter

Het Hof van Justitie geeft de nationale rechter met de plicht tot conforme interpretatie een belangrijke taak in de decentrale handhaving van Europees recht. Het kenmerk van die decentrale handhaving is dat zij kan geschieden ook of juist bij het niet volledig nakomen van de verplichtingen onder Europees recht door de nationale wetgever. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt ook dat de nationale rechter bij conforme interpretatie soms gehouden is voorbij te gaan aan uitingen in de wetsgeschiedenis. Deze rechtspraak heeft de potentie een verschuiving aan te brengen in de verhouding tussen de nationale wetgever en de nationale rechter.

Opnieuw lijkt de verwijzing naar de bevoegdheden van de rechter in het nationale recht een sterke aanwijzing te vormen dat conforme interpretatie geen of weinig constitutionele implicaties heeft. Volgens Kristen ziet de Hoge Raad daarin een grond om constitutionele verhoudingen in het nationale recht te eerbiedigen.³²⁷ Canaris stelt zelfs dat de plicht tot conforme interpretatie nationaalrechtelijke verhoudingen tussen de wetgever en rechter geheel onaan-geroerd laat.³²⁸

Toch staat daar opnieuw de rechtspraak tegenover waarin de rechter weliswaar niet de uitkomst van de zaak voorschrijft, maar wel aangeeft welk gewicht bij het bepalen daarvan mag toekomen aan de verschillende argumenten. De nationale wetgever is daarbij zeker niet ieder gezag verloren, aangezien

³²⁵ In r.o. 105 overweegt het Hof dat de richtlijn in beginsel rechtstreekse werking heeft, maar niet in het voorliggende geval, aangezien dat een geschil tussen particulieren betreft.

³²⁶ HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), r.o. 20.

³²⁷ Kristen 2003, p. 396-398.

³²⁸ Canaris 2002, p. 56.

de nationale wettekst uiteindelijk bepalend is voor de vraag of een conforme interpretatie mogelijk is. Ook als dat zo is, is de mogelijkheid tot conforme interpretatie in zeer hoge mate afhankelijk van de vraag of is beoogd het Europees recht adequaat om te zetten. In de praktijk betekent dit echter gezien het rechterlijk vermoeden dat de wetgever dit inderdaad heeft beoogd,³²⁹ dat de nationale wetgever expliciet het tegendeel moet laten blijken uit de wetsgeschiedenis – hetgeen uiteraard diplomatieke consequenties zou hebben – wil een conforme interpretatie onmogelijk zijn.

Wetshistorische interpretatie speelt in het Nederlandse strafrecht een grote rol,³³⁰ maar een uitleg die niet overeenstemt met concrete uitlatingen van de wetgever wordt niet gezien als een overschrijding van de bevoegdheden van de rechter. De rechter lijkt met name terughoudend te zijn wanneer een uitspraak beleidsmatige keuzes zou vergen, die, zoals de Hoge Raad pleegt te zeggen ‘de rechtsvormende taak van de rechter te buiten’ gaan.³³¹ Wanneer het Europees recht niet zonder rechtspolitieke besluitvorming kan worden omgezet in nationaal recht, zal het echter doorgaans niet voldoende richting kunnen geven aan een conforme interpretatie. De huidige rechtspraak van het Hof dwingt de Nederlandse strafrechter daarom niet tot het overschrijden van de grenzen van zijn bevoegdheid.³³²

Dat de verhouding van de rechter tot de nationale wetgever daarmee ook onberoerd blijft, staat niet vast. De betekenis van de nationale wetsgeschiedenis is in het kader van het Europees strafrecht aanzienlijk gereduceerd ten opzichte van de betekenis daarvan in het nationale recht. De wetsgeschiedenis is immers met name bepalend voor de beoordeling van de omzettingsswil van de wetgever. In de literatuur bestaat dan ook consensus over het feit dat de nationale rechter door zijn rol als Europese rechter een zelfstandige positie verwerft ten opzichte van zijn nationale wetgever.³³³ De plicht tot conforme interpretatie is daar een belangrijk voorbeeld van, maar in dit verband kan ook worden gewezen op de rechtstreekse werking van Europees recht en de staatsaansprakelijkheid.

In de literatuur is ook wel gesuggereerd dat de rechter ook een meer *autonome* positie verkrijgt ten opzichte van het recht in zijn hoedanigheid van Europese rechter. Daarmee wordt bedoeld dat hij voor zijn beslissing meer op zijn eigen oordeel mag varen, in plaats van op de bedoeling van de nationale wetgever. Léger neemt een proces van verzelfstandiging van de rechter ten opzichte van het nationale recht waar, hetgeen volgens hem heeft bijgedragen

329 HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*).

330 Zie over wetshistorische interpretatie en de plaats daarvan in het strafrecht Borgers 2003.

331 Bijvoorbeeld HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268, m.nt. T.M. Schalken.

332 Prechal stelt met behulp van meer principiële argumenten dat conforme interpretatie de nationale rechter niet dwingt tot het overschrijden van zijn nationale constitutionele bevoegdheden, Prechal 2005a, p. 200-203.

333 Brechmann 1994, p. 25-30; Loth 2014, p. 11; Concl. A-G P. Léger bij HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punt 59; Wiarda/Koopmans 1999, p. 53-60.

aan een versterking van het rechterlijk gezag en een ‘opwaardering van het ambt van de rechter’, die niet langer ‘bouche de la loi’ is.³³⁴

De bevindingen van het onderhavige onderzoek ondersteunen de stelling dat de rechter ten opzichte van de nationale wetgever een zelfstandiger positie verkrijgt. De positie van de rechter is door zijn rol in de doorwerking van Europees recht en zijn bevoegdheid tot toetsing aan algemene rechtsbeginselen prominenter geworden.³³⁵ Dat hij daarmee ook meer autonomie krijgt, kan uit die stelling echter niet worden afgeleid. Wat de Nederlandse rechter in de plaats heeft gekregen voor de binding aan het nationale recht en de nationale wetgever, is een binding aan het Europees recht die sterker is dan die aan het Nederlandse recht.³³⁶ Barents verwoordt dit punt zeer bondig: de rechter is autonoom ten opzichte van het nationale recht, maar niet ten opzichte van het Unierecht.³³⁷ De binding, de loyaliteit en de relatie van de rechter verschuiven van de nationale wetgever naar de Europese wetgever. Ten opzichte van die Europese rechtsorde heeft de rechter eerder minder vrijheid dan meer.

6.7 DEELCONCLUSIE

Het Hof van Justitie acht zich tot op heden niet begrensd in zijn interpretatievrijheid door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het Hof wil uit principe geen rekening houden met het rechtsgebied waarin een regel van Europees recht is geïmplementeerd. In de zaak *Grøngaard en Bang*, waarin het Hof een strafuitsluitingsgrond moest uitleggen, stelde het Hof dat de uitleg van de richtlijn zorg moet dragen voor een zo groot mogelijke effectieve werking. De nationale rechter heeft vervolgens tot taak de rechtsbescherming te waarborgen. Het Hof bewerkstelligt aldus een strikte taakverdeling tussen zichzelf en de nationale rechter. Die hangt samen met het feit dat volgens het Hof de Europese rechter in laatste instantie verantwoordelijk is voor de uitleg van het Europees recht, en de nationale rechter voor het nationale recht. Het Hof van Justitie treedt daarom niet in de uitleg van het nationale recht, terwijl de nationale rechter gehouden is prejudiciële vragen te stellen indien het Europees recht onduidelijk is.³³⁸

In dit hoofdstuk is ook onderzocht hoeveel vrijheid het Hof zich in de praktijk toebedeelt bij de uitleg van het Europees recht. De jurisprudentie van

334 Concl. A-G P. Léger bij HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punt 59-60.

335 Wiarda/Koopmans 1999, p. 53-60. De tekst op deze pagina's is uitsluitend van Koopmans afkomstig, maar het betreft ontwikkelingen die Wiarda ook al waarnam in bredere zin in de rechtsvinding, zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 34-50.

336 Schmidt 1995, p. 591.

337 Barents 2013, p. 130. In vergelijkbare zin De Hullu 2015, p. 104-105.

338 Zie paragraaf 6.4.

het Hof in het punitief bestuursrecht vertoont, net als de rechtspraak van het EHRM waar het Hof veelvuldig naar verwijst, veel kenmerken van de rechten-conceptie. Het Hof van Justitie maakt veel gebruik van de teleologische interpretatiemethode. De wetsgeschiedenis speelt, met name waar het gaat om de verdragen, een notoir kleine rol voor de uitleg. Het Hof hanteert een objectieve rechtsopvatting en is steeds op zoek naar de autonome betekenis van het Europees recht die bijdraagt aan de ontwikkeling van het Europees recht. In gevallen waar verschillen tussen taalversies zich voordoen, komt het Hof op basis van een vergelijking van verschillende versies tot een uitleg, die niet even goed hoeft aan te sluiten bij al die versies (en dat ook niet kan). Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat volgens het Hof bepalingen waarvan niet-naleving rechtstreeks wordt bestraft met financiële sancties, niet mogen worden uitgelegd op een wijze die indruist tegen de 'normale betekenis' van de in die bepaling gebruikte woorden of die leidt tot een resultaat *contra legem*. De grammaticale interpretatiemethode speelt dus wel degelijk een rol. Ook teneinde de rechtspraak niet altijd naar een ruimere reikwijdte van het Europees recht: het mogelijk onbestraft blijven van bepaalde gedragingen is voor het Hof geen reden te kiezen voor een sterk van de tekst afwijkende interpretatie. Het is dus niet zo dat de teleologische interpretatiemethode altijd prevaleert ten opzichte van de overige interpretatiemethoden, zeker niet waar het de uitleg van secundair Europees recht betreft.³³⁹ Het is denkbaar dat, naarmate het Europees recht een grotere invloed krijgt op het materiële strafrecht, het legaliteitsbeginsel toch een expliciete rol krijgt in het begrenzen van de interpretatievrijheid van het Hof van Justitie.

Het Hof stelt aan de uitleg van strafbepalingen door de *nationale rechter* wel eisen op basis van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het Hof noemt het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod van terugwerkende kracht en het 'beginsel dat de toepassing van de strafwet niet ten nadele van de verdachte mag worden uitgebreid', ofwel het analogieverbod.³⁴⁰ Richtlijnen mogen niet zonder basis in het nationale recht leiden tot het vestigen of verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid, en een richtlijn mag ook niet leiden tot een uitleg *contra legem* van de nationale wet. Deze beperkingen zijn geformuleerd ten aanzien van het product of resultaat van interpretatie van strafbepalingen, en niet ten aanzien van de toepassing ervan in de concrete strafzaak.³⁴¹ Dit heeft tot gevolg dat niet met behulp van rechterlijk overgangsrecht een conforme uitleg voor de toekomst mag worden gegeven, ook al wordt daarmee de rechtszekerheid van individuen gewaarborgd. Een conforme uitleg van het nationale recht is dan simpelweg niet mogelijk, de rechter kiest voor een niet-

339 Zie paragraaf 6.4.

340 HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*), r.o. 25. Dit arrest is besproken in paragraaf 6.5.3.

341 Zie voor het onderscheid paragraaf 6.2, m.n. paragraaf 6.2.3.

conforme uitleg en de wetgever is aan zet.³⁴² De grenzen die het Hof formuleert zijn strikt en onvoorwaardelijk. Daarmee is de uitleg van het Hof van Justitie strikter dan die van het EHRM, en dan die van zichzelf in het punitief bestuursrecht. Rechtszekerheid weegt kennelijk in het Europees strafrecht per definitie zwaarder voor de interpretatie dan effectiviteit van het Europees recht, terwijl in het EVRM de rechtvaardigheid en bescherming van individuen tegen horizontale mensenrechtenschendingen soms het belang van rechtszekerheid van de verdachte overtroeven.³⁴³

Hoewel de plicht tot conforme interpretatie door de jurisprudentie van het Hof niet in strijd komt met het legaliteitsbeginsel, heeft conforme interpretatie wel invloed op de gangbare wijze van interpreteren – meer precies, op de gangbare wijze van het motiveren van de interpretatie. Conforme interpretatie neemt een vaste plaats in tussen de interpretatiemethoden. De tekst van het nationale recht staat voorop: conforme interpretatie mag niet leiden tot een uitleg *contra legem*. De nationale rechter moet vervolgens onderzoeken of de wetgever beoogd heeft het Europees recht om te zetten, en indien de wetgever dat inderdaad heeft beoogd moet de rechter veronderstellen dat hij ook heeft beoogd het Europees recht *adequaat* om te zetten. Een conforme uitleg van het nationale recht is dan in beginsel mogelijk. Uit latere rechtspraak volgt dat deze omzettingsswil moet prevaleren boven meer concrete uitlatingen van de wetgever over de beoogde uitleg van het nationale recht. Conforme interpretatie komt dan *na* grammaticale interpretatie, maar *voor* wetshistorische. Hoewel het Hof van Justitie in *Von Colson en Kamann* stelde dat conforme interpretatie plaatsvindt op grond van nationale interpretatiemethoden met inachtneming van de grenzen aan de bevoegdheid van de rechter die het nationale recht stelt, blijkt uit deze rechtspraak dat conforme interpretatie wel degelijk het *proces* van interpreteren beïnvloedt. De rechter opereert derhalve formeel binnen de kaders van het nationale recht, interpreteert ook het nationale recht, maar wordt daarbij inhoudelijk gestuurd door het Europees recht.³⁴⁴

Omdat er niet veel precies op dit aspect toegespitste jurisprudentie voorhanden is, is het lastig om te onderzoeken hoe de nationale strafrechter precies omgaat met de plicht tot conforme interpretatie. In het *Thuiskopie*-arrest formuleerde de Hoge Raad richtlijnen voor conforme interpretatie.³⁴⁵ De benadering van de Hoge Raad is resultaatgericht: het uitgangspunt is de Europeesrechtelijke norm. De vraag die de rechter zich vervolgens moet stellen is of het nationale recht een uitleg in overeenstemming met de Europeesrechtelijke norm *onmogelijk* maakt. Dat is zo wanneer de tekst evident in strijd is met de Europese norm, maar een uitleg die tegen de uitlatingen van de wetgever in de wetsgeschiedenis ingaat kan niet worden geweigerd met een beroep op het

342 Zie paragraaf 6.5.3.

343 Zie paragraaf 6.5.4.

344 Zie paragraaf 6.5.5.

345 Dit arrest is besproken in paragraaf 6.6.1.

rechtszekerheidsbeginsel. In het strafrecht hecht de Hoge Raad veel waarde aan de nationale wetsgeschiedenis, maar vaak is niet precies duidelijk welke invloed het Europees recht precies op de uitleg heeft gehad. In de feitenrechtspraak zijn enkele uitspraken gevonden die (impliciet) de grenzen van conforme interpretatie opzoeken. Met name de ruim geformuleerde delictomschrijving van mensenhandel lijkt ruimte te bieden voor wezensvreemde toepassingen met een beroep op het Europees recht. Tot slot lijkt de strafrechter geneigd terughoudend te zijn met conforme interpretatie wanneer het Europees recht beleidsvrijheid laat tot het stellen van strengere regels, ongeacht de vraag of de wetgever van die beleidsvrijheid gebruik heeft gemaakt. In dit hoofdstuk is betoogd dat indien de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van die beleidsvrijheid, de gebruikelijke presumptie geldt dat de wetgever heeft beoogd eenzelfde reikwijdte te geven aan het nationale recht als in het Europees recht. Slechts indien de wetgever gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid, is een conforme interpretatie niet verplicht.³⁴⁶

Bij de formulering van de conforme-interpretatieplicht laat het Hof van Justitie zich relatief veel gelegen liggen aan de specifieke strafrechtelijke waarborgen, en staat het toe dat die de werking van het mechanisme van conforme interpretatie beperken. Dat is in het Europees recht een tamelijk ongebruikelijke situatie.

Het Hof beïnvloedt met zijn rechtspraak over conforme interpretatie de wijze waarop de nationale rechter het nationale recht moet uitleggen. Daardoor lijkt de jurisprudentie van het Hof soms sterk gericht op de instrumentele functie van het recht. De rechtspraak van het Hof biedt niettemin mogelijkheden en argumenten voor de strafrechter om het legaliteitsbeginsel te waarborgen, eventueel ten koste van de effectieve werking van het Europees recht. Doordat niet alleen de toepassing van een uitleg beperkt wordt door het legaliteitsbeginsel, maar het zelfs niet is toegestaan een bepaald resultaat te bereiken indien dit in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, wordt voorkomen dat de uitleg van het nationale recht steeds verder verwijderd raakt van de tekst ervan. Dat bevordert de rechtszekerheid.

Conforme interpretatie heeft op meerdere manieren implicaties voor de machtsverdeling. Conforme interpretatie zorgt voor een meer zelfstandige positie van de nationale rechter ten opzichte van de nationale wetgever en de nationale wetsgeschiedenis.³⁴⁷ Tegelijkertijd wordt door het Hof, door de tekst van de nationale wet tot uitgangspunt en absolute grens te nemen, de verantwoordelijkheid voor een correcte implementatie van het Europees recht in de eerste plaats bij de nationale wetgever gelegd. De wetgever heeft tot taak te zorgen dat de nationale wet een getrouwe weergave geeft van de rechten en plichten die burgers hebben op grond van het Europees recht.

³⁴⁶ Zie paragraaf 6.6.4.

³⁴⁷ Zie paragraaf 6.6.5.

Vormt de nationale wet niet zo'n getrouwe weergave, dan zijn de mogelijkheden voor de strafrechter om het conflict ten nadele van de verdachte op te lossen zeer beperkt. De nationale rechter heeft in deze structuur vooral een zelfstandige en belangrijke taak het legaliteitsbeginsel te waarborgen.

7 | Het verbod van terugwerkende kracht in het Europees strafrecht

7.1 INLEIDING

Artikel 1 Sr brengt het verbod van terugwerkende kracht tot uitdrukking. Dit verbod is relevant zowel voor de wetgever als voor de rechter. Een strafbepaling mag alleen worden toegepast op feiten die zich hebben voorgedaan na het bekendmaken en in werking treden van de strafbepaling. Aan anterieure feiten mogen voor de burger geen negatieve strafrechtelijke consequenties worden verbonden. Het retroactiviteitsverbod kan worden gerelateerd zowel aan het rechtszekerheidsbeginsel als aan staatkundige machtsverdeling. Ten eerste moeten burgers op de wet kunnen vertrouwen en daaraan een redelijke mate van zekerheid kunnen ontleen over welke gedragingen strafbaar zijn en welke niet. Op die manier wordt de individuele autonomie gewaarborgd.¹ Daarnaast kan worden gewezen op de machtsverdeling: de wetgever heeft tot taak het stellen van algemene regels, de rechter moet ze toepassen. Een regel die wordt toegepast op anterieure feiten bevat, zoals Groenhuijsen en Melai het formuleren, een ‘onvoorwaardelijk rechtsoordeel in concreto’.² Een concrete gedraging die reeds heeft plaatsgevonden wordt dan *ex post facto* een strafbaar feit.

Het retroactiviteitsverbod staat niet wezenlijk ter discussie en is daarom voor dit onderzoek niet de meest interessante norm. In paragraaf 7.2 komt de vraag aan de orde wat in het strafrecht de hoofdregel is ter zake van het bepalen van het relevante recht: is dat het recht zoals het gold ten tijde van het plegen van het delict, of zoals het gold ten tijde van de berechting? Het antwoord op die vraag heeft gevolgen voor de verhouding tussen het verbod van terugwerkende kracht en het in het volgende hoofdstuk te bespreken mildheidsgebod, dat kan leiden tot toepassing met terugwerkende kracht van een *mildere* strafwet. Bovendien wordt uiteengezet welke vragen moeten worden beantwoord bij toepassing van het verbod van terugwerkende kracht.

In paragraaf 7.3 kijk ik naar de toepassing van het verbod van terugwerken de kracht op normen van Europees recht en op omzettingswetgeving. Daarnaast komt de relevante rechtspraak van het EHRM aan de orde. De wijze waarop Nederland omgaat met deze Europese normen komt niet apart aan

1 Ashworth & Horder 2013, p. 57.

2 Melai 1969, p. 12; Groenhuijsen 2002, p. 37.

bod in dit hoofdstuk, aangezien er in de literatuur noch jurisprudentie aanwijzingen zijn dat de meerlagigheid van het Europees strafrecht op dit punt vragen oproept. Omzettingwetgeving wordt niet toegepast op feiten vóór de inwerkingtreding daarvan gepleegd.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 7.4.

7.2 HET VERBOD VAN TERUGWERKENDE KRACHT NADER BESCHOUWD

In deze paragraaf zal eerst in algemene zin de verhouding tussen de verschillende normen van strafrechtelijk overgangsrecht worden besproken. Op die verhouding bestaan twee contrasterende visies. In de tweede subparagraaf wordt besproken wanneer sprake is van terugwerkende kracht van strafbepalingen.

7.2.1 Wat is regel en wat is uitzondering in het strafrechtelijk overgangsrecht?

Het verbod van terugwerkende kracht verbiedt bestraffing wegens een gedraging die ten tijde van het begaan ervan niet strafbaar was. Het mildheidsgebod bepaalt (voor zover hier relevant) dat veranderingen in de wetgeving posterieur aan het begaan van de gedraging met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast, voor zover ze voor de verdachte gunstig zijn. Schröder beschrijft twee mogelijke visies op het strafrechtelijk overgangsrecht, die leiden tot verschillende opvattingen over de verhouding tussen het retroactiviteitsverbod en het mildheidsgebod. De eerste visie gaat ervan uit dat in het strafrecht, net zoals in de meeste rechtsgebieden, zaken beoordeeld worden op basis van het *ten tijde van de uitspraak* geldende recht. In dat geval vormt het retroactiviteitsverbod een afwijking van het uitgangspunt. In de andere visie is de veronderstelling dat in het strafrecht het geldende recht *ten tijde van het plegen* centraal moet staan.³ In dat geval is toepassing van een latere, mildere wet een afwijking van de standaard. De eerste opvatting wordt door een minderheid van auteurs verdedigd. Deze visie heeft volgens Schröder tot gevolg dat alle wetswijzigingen die sinds het begaan van de gedraging plaats hebben gevonden automatisch worden betrokken in de beoordeling van het geval. Iedere wetswijziging die maar gunstig kan zijn voor de verdachte, wordt als vanzelfsprekend meegenomen in de beoordeling, want de rechter neemt de ten tijde van de uitspraak geldende stand van het recht tot uitgangspunt. Een rechter kan het oude recht niet meer toepassen, omdat het nieuwe recht ervoor in de plaats is gekomen. Het mildheidsgebod is daar strikt genomen niet eens

3 Schröder 2002, p. 254-260.

meer voor nodig.⁴ Een uitzondering daarop zijn striktere strafwetten, die alleen kunnen worden toegepast op na hun inwerkingtreding begane gedragingen. Het retroactiviteitsverbod is in deze visie uitzondering op de regel. Het meerderheidsstandpunt in de Duitse literatuur is evenwel dat het moment waarop de gedraging is begaan bepalend is voor het toepasselijke recht. In dat geval is het mildheidsgebod een uitzondering op dat uitgangspunt.⁵ Aan die uitzondering kunnen voorwaarden worden verbonden. Het mildheidsgebod is daarmee voorwerp van een rechtsvindingsvraagstuk.⁶ Deze visie hangt niet noodzakelijk samen met een bepaalde reikwijdte van het mildheidsgebod.⁷

Deze verschillende opvattingen zijn ook in de Nederlandse literatuur te herkennen. Keijzer stelt dat het criterium van het gewijzigd inzicht moet worden losgelaten ten gunste van een standaardtoepassing van de nieuwe wet. De burger moet bij zijn berechting vertrouwen kunnen stellen op de dan geldende wet, zeker als daar voor hem aanspraken uit voortvloeien. Uitzondering op de regel is niet het mildheidsgebod, maar juist het verbod van terugwerkende kracht. Het verbod van terugwerkende kracht stelt een aanvullende eis, namelijk dat de strafbepaling óók al bestond ten tijde van het plegen van het feit.⁸ De Hullu hangt de tegengestelde visie aan. Volgens hem zag de wetgever het mildheidsgebod als een uitzondering op de regel dat strafrechtelijke bepalingen geen terugwerkende kracht kunnen hebben.⁹ Hij signaleert dat de wetgever ook bij het tot stand komen van het wetboek al geen absolute toepassing van artikel 1 lid 2 Sr voorstond.¹⁰ De Hullu pleit voor afschaffing van de algemene regel van overgangsrecht en stelt dat uitzonderingen door de wetgever moeten worden geformuleerd in overgangsrechtelijke bepalingen. Het uitgangspunt moet volgens hem zijn dat het recht wordt toegepast zoals het gold ten tijde van het begaan van de gedragingen.¹¹ De Hoge Raad heeft expliciet gesteld dat het uitgangspunt is dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt bepaald door het recht zoals het gold ten tijde van het plegen van het feit.¹² Daarmee biedt hij volgens Schröder veel ruimte aan inperkingen van de terugwerkende kracht van voor de verdachte gunstige wetswijzigingen, omdat die uitzondering op de regel is.

4 Schröder 2002, p. 257.

5 Zie voor een voorbeeld daarvan Satzger 2014, p. 407.

6 Schröder 2002, p. 259; Knigge 1984, p. 482-484; en ook De Hullu gebruikt die typering voor het rechterlijk oordeel over de terugwerkende kracht, De Hullu 2015, p. 135.

7 Zie over diverse opvattingen over de reikwijdte van het mildheidsgebod paragraaf 8.2.1.

8 Keijzer in zijn annotatie bij HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78.

9 De Hullu 2015, p. 130; Zo ook Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1987, p. 416-417; Kelk/de Jong 2013, p. 136.

10 De Hullu 2015, p. 131.

11 De Hullu 2015, p. 135-137.

12 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.2. In die zin ook Spronken & Peristeridou 2009; Gross 2005, p. 373; Schröder 2002, p. 254-255.

De visie van de Hoge Raad is mijns inziens de juiste. De rechtszekerheids-gedachte die aan het legaliteitsbeginsel en aan het overgangsrecht ten grondslag ligt, duidt er mijns inziens op dat de gedraging moet worden beoordeeld aan de hand van het op het moment van die gedraging geldende recht. Het belang van rechtszekerheid is, zo is besproken in hoofdstuk 2, gelegen in het waarborgen van en het respect voor de vrijheid van individuen. Individueen moeten daarom hun gedragingen kunnen afstemmen op de strafwet. Datzelfde volgt uit het verbod van willekeur. Wanneer twee mensen gelijktijdig een vergelijkbare gedraging begaan, moet de strafbaarheid daarvan niet afhankelijk zijn van de voortvarendheid van de strafprocedure waarin deze centraal staat. Dat maakt dat op grond van het rechtszekerheidsbeginsel een beoordeling van het geldende recht ten tijde van de gedraging het meest zuiver is als uitgangspunt voor het overgangsrecht. De term ‘verbod van terugwerkende kracht’ is dan in wezen te ruim: het betreft slechts een verbod strafbepalingen toe te passen op gedragingen die ten tijde van het begaan ervan niet strafbaar waren, niet een algemeen verbod op retroactieve toepassing van strafbepalingen. Knigge wijst erop dat artikel 1 lid 2 Sr eerder moet worden gezien als een aanvulling en een herhaling dan als een uitzondering op dit uitgangspunt.¹³ Het mildheidsgebod staat namelijk nooit toepassing van een norm toe terwijl dit in strijd met het verbod op terugwerkende kracht is. Op het moment dat de gedraging ten tijde van het plegen strafbaar was, en de wet gewijzigd is ten tijde van de berechting, komen twee normen in aanmerking voor toepassing, die in geen van beide gevallen leidt tot schending van het verbod van terugwerkende kracht. Het mildheidsgebod is in die situatie een conflictnorm die aanwijst welke van deze twee normen zal worden toegepast.

7.2.2 De toepassing van het verbod van terugwerkende kracht

Bij de toepassing van het verbod van terugwerkende kracht moet een aantal vragen worden beantwoord, die door Peristeridou helder zijn beschreven.¹⁴ De eerste is op welk moment het feit gepleegd wordt. Dat is met name bij voortdurende delicten van belang: het iemand wederrechtelijk van zijn vrijheid beroofd houden (art. 282 lid 1 Sr) kan bijvoorbeeld jaren duren, en in dat geval is de vraag of de wet zoals die gold bij aanvang van de vrijheidsberoving, of de wet zoals die gold bij het beëindigen daarvan moet worden toegepast. Enkele van de geharmoniseerde delicten, zoals witwassen en mensenhandel, kunnen voortdurende delicten zijn. De tweede vraag is vanaf wanneer een wet in werking is getreden. Hiervoor zijn relevant de normen omtrent publicatie van wetgeving. De derde vraag is op welke normen het verbod van terug-

13 Knigge 1984, p. 313-314, 407-409; Knigge 1986, p. 171, hierin gevolgd door Kooijmans, Kooijmans 2006, p. 990. In die zin ook Dannecker 2006, p. 314, met verdere verwijzingen.

14 Peristeridou 2015, p. 190-195.

werkende kracht van toepassing is. Hierbij kan net als ten aanzien van het mildheidsgebod een formele en een materiële leer worden onderscheiden. In een formele leer is het retroactiviteitsverbod alleen van toepassing op strafbepalingen, terwijl in een materiële leer alle normen die de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid beïnvloeden onder het verbod vallen. In de volgende paragraaf zal worden onderzocht hoe deze vragen worden beantwoord in het Europees recht.

7.3 HET VERBOD VAN TERUGWERKENDE KRACHT IN HET EUROPEES RECHT

Ten aanzien van het verbod van terugwerkende kracht moet worden onderscheiden tussen de vraag of EU-wetgeving zelf terugwerkende kracht kan hebben, en of omzettingswetgeving dat kan hebben. Beide vragen worden in deze paragraaf beantwoord. Bovendien komt kort de EVRM-rechtspraak aan de orde. Die is met name relevant omdat daarin een kader wordt geschetst voor de mogelijke toepassing met terugwerkende kracht van strafbepalingen op voortdurende delicten, een thema dat door het Hof van Justitie nog niet is geregeld.

7.3.1 Terugwerkende kracht van Europese regelgeving

De regel in het Europees recht is dat wetgevingshandelingen kunnen worden toegepast op feiten en situaties die zich hebben voorgedaan na de dag dat zij in werking zijn getreden. Het Europees recht kan pas worden ingeroepen nadat het is gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie, en wel in de officiële taal van de lidstaat van de adressaat.¹⁵ Doorgaans bevatten richtlijnen en verordeningen zelf een bepaling met de datum van inwerkingtreding. Waar dat niet zo is, treden ze in werking op de twintigste dag na publicatie.¹⁶ Het aanknopingspunt voor een 'voorafgegane strafbepaling' is in het Europees recht dus de datum van inwerkingtreding zoals voorzien in de wetgevingshandeling zelf of zoals bepaald in artikel 297 van het werkingsverdrag. Richtlijnen zijn volgens vaste rechtspraak wel ook van toepassing op onder de oude regeling ontstane situaties, tenzij ze nadelige gevolgen hebben voor individuen.¹⁷ In het strafprocesrecht geldt dit evenzo.¹⁸

15 HvJ EG 11 december 2007, C-161/06, ECLI:EU:C:2007:773 (*Skoma-Lux*), r.o. 32-38.

16 Art. 297 lid 1 VWEU.

17 HvJ EG 29 januari 2002, C-162/00, ECLI:EU:C:2002:57 (*Pokrzeptowicz-Meyer*), r.o. 50; HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08, ECLI:EU:C:2010:329 (*Bruno*), r.o. 53; HvJ EU 1 maart 2012, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110 (*O'Brien*), r.o. 25.

Hoewel in het Europees recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, is het verbod van terugwerkende kracht in strafzaken toch van betekenis. Volgens het Hof van Justitie treft dit verbod namelijk niet alleen strafbepalingen zelf, maar ook andere rechtshandelingen die mede ten grondslag kunnen worden gelegd aan een strafrechtelijke veroordeling. Daarvoor geldt niet de maatstaf van het gerechtvaardigd vertrouwen, maar geldt het verbod van terugwerkende kracht ongeclausuleerd. Een voorbeeld daarvan is het arrest *Strafzaken tegen E en F*, waarin het niet ging om terugwerkende kracht van een strafbepaling zelf, maar van een besluit van de Raad.¹⁹ In dit geval was dat een besluit tot plaatsing van een organisatie op een lijst van bij terroristische daden betrokken personen, groepen en entiteiten op grond van Verordening 2580/2001.²⁰ Het besluit was aanvankelijk genomen zonder motivering en daarom in beginsel ongeldig (hoewel de geldigheid niet daadwerkelijk was aangevochten en het besluit dus in stand was gebleven). Later werd een tweede besluit vastgesteld waarin wel een motivering werd gegeven voor de plaatsing, en de vraag was of dit besluit kon bijdragen aan de vervolging van de verdachten over de periode voorafgaand aan het uitvaardigen ervan. Volgens het Hof is dit in strijd met 'het beginsel van niet-terugwerkende kracht van bepalingen die de grondslag kunnen vormen voor een [...] strafrechtelijke vervolging.'²¹ Deze formulering is algemeen, en bovendien duidelijk ruimer dan die in de oudere rechtspraak waarin het Hof sprak van de terugwerkende kracht van *strafbepalingen*.²² Ten aanzien van de reikwijdte van het verbod van terugwerkende kracht geldt dus een *materiële leer*: niet alleen strafbaarstellingen zelf, maar ook andere bepalingen die de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid beïnvloeden, mogen niet met terugwerkende kracht worden toegepast. In de meeste gevallen is terugwerkende kracht van Europees recht in zichzelf wel toelaatbaar, zolang dit niet leidt tot aansprakelijkstelling met terugwerkende kracht. Verordeningen en richtlijnen die niet zelfstandig de basis vormen voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling kunnen

18 In het arrest *Kadzoev* bepaalde het Hof van Justitie dat de Terugkeerrichtlijn direct na het verlopen van de omzettingsdeadline moest worden toegepast op alle inbewaringstellingen, ook als die waren aangevangen voor het verlopen van de deadline, zie HvJ EG 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741 (*Kadzoev*). In HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3791 verwijst de Hoge Raad niet naar dit arrest, maar casseert hij in lijn daarmee een arrest van het hof omdat niet aan de Terugkeerrichtlijn was voldaan, terwijl op het moment dat het hof arrest wees de omzettingstermijn nog niet was verstreken. In Nederland kunnen immers wetwijzigingen tot in cassatie nog leiden tot een andere beoordeling van de zaak, zie HR 26 juni 1962, NJ 1963/12, m.nt. W.P.J. Pompe (*Kousen en sokken*); HR 6 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7463, NJ 1980/475, m.nt. Th.W. Van Veen.

19 HvJ EU 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*Strafzaken tegen E en F*), r.o. 60.

20 Verordening (EG) 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme.

21 HvJ EU 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*Strafzaken tegen E en F*), r.o. 59.

22 Vgl. het hieronder te bespreken arrest HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*).

daarom wel terugwerkende kracht krijgen, maar zij kunnen niet de terugwerkende kracht van omzettingwetgeving rechtvaardigen.

Buiten het strafrecht zijn op de regel van vooruitwerkende kracht de nodige uitzonderingen geformuleerd.²³ De voorwaarde daarvoor is steeds dat het Europees recht gerechtvaardigd vertrouwen moet beschermen. Aanvankelijk ging het daarbij om onmiddellijke toepassing van regels op onder het oude recht ontstane, en onder het nieuwe recht voortdurende situaties.²⁴ Later werd ook daadwerkelijke terugwerkende kracht geaccepteerd, onder voorwaarde dat dit noodzakelijk is en dat gerechtvaardigd vertrouwen wordt gerespecteerd.²⁵

Ten aanzien van de legaliteit van sancties in het punitief bestuursrecht legt het Hof ook de maatstaf van gerechtvaardigd vertrouwen aan. Al in paragraaf 3.5.3 is signaleerd dat het Hof weinig waarde hecht aan de voorzienbaarheid van de hoogte van de sanctie. Dat blijkt uit het arrest *Dansk røring*, waarin het Hof de vraag moest beantwoorden of een gewijzigde berekening van boetes op grond van verordening 17/62/EEG voorzienbaar was. De berekening was *ex post facto* gewijzigd, maar bevond zich nog steeds binnen het boeteplafond van de verordening. Het Hof erkende dat de richtsnoeren waarin de berekening wordt vastgelegd deel uitmaken van het 'recht' en daarom het verbod van terugwerkende kracht kunnen schenden. De maatstaf daarvoor is – anders dan in het strafrecht – gerechtvaardigd vertrouwen. De berekening moet, aldus het Hof, 'op elk moment' kunnen worden aangepast aan het beleid, en daarom kan daaraan geen gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend.²⁶ Het verbod van terugwerkende kracht was niet geschonden. De eerdere opmerkingen van het Hof over het rechtskarakter van de richtsnoeren van de Commissie, en de vaststelling dat deze het verbod van terugwerkende kracht kunnen schenden, lijken daarmee van weinig betekenis: er is nauwelijks een situatie denkbaar waarin een verandering van de richtsnoeren – mits die binnen de grenzen van de verordening blijft – wel kan leiden tot een schending van het verbod van terugwerkende kracht. Deze rechtspraak heeft echter vermoedelijk geen gevolgen voor het strafrecht, aangezien deze zo duidelijk wordt gebaseerd op het financiële karakter van het mededingingsrecht.

23 Bernitz 2000.

24 Lamoureux 1983, p. 271 e.v.

25 HvJ EG 25 januari 1979, 98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*), r.o. 20.; HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 45.

26 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 227-232.

7.3.2 Terugwerkende kracht van omzettingswetgeving

Het Hof van Justitie laat er geen twijfel over bestaan dat terugwerkende kracht in het strafrecht van de lidstaten bij de omzetting of uitvoering van Europees recht niet toegestaan is.²⁷ Het eerste arrest van het Hof van Justitie waarin het legaliteitsbeginsel een expliciete begrenzende rol speelde voor de plichten van de lidstaten was het arrest *Kirk*.²⁸ Vanwege het belang van dit arrest voor de ontwikkeling van latere rechtspraak, komt dit arrest hier als eerste aan de orde. De vervolging werd uitgelokt door de Deense Europarlementariër Kirk, die op 6 januari 1983 opzettelijk een Britse visserijwet overtrad om de geldigheid naar Europees recht daarvan te kunnen betwisten.²⁹ In Europa werden visserijregels geharmoniseerd om de visbestanden te beschermen. Groot-Brittannië maakte gebruik van de mogelijkheid discriminatoire regelingen te handhaven gedurende een overgangperiode van tien jaar, eindigend op 31 december 1982, om zo lokale gemeenschappen die traditioneel leefden van de visserij te beschermen. In het bijzonder Deense visvaartuigen was het verboden te vissen in de twaalfmijlszone bij Groot-Brittannië. Het lukte de Raad echter niet om voor het aflopen van de overgangperiode nieuwe regels te creëren, waarop werd besloten tot een goedkeuringsprocedure waarbij de lidstaten hun regelgeving met betrekking tot de instandhouding van de visbestanden moesten voorleggen aan de Commissie. Groot-Brittannië deed dit met een viertal regels. Op 26 januari 1983 werd de regelgeving goedgekeurd voor de periode van 1 januari 1983 tot 31 december 1992. De Commissie was van mening dat de bepalingen konden worden toegepast op de gedragingen van Kirk, begaan op 6 januari 1983, omdat aan de voorwaarden voor terugwerkende kracht was voldaan. De verordening stond terugwerkende kracht expliciet toe, die terugwerkende kracht was noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken en er kon niet gerechtvaardigd op worden vertrouwd dat overtredingen begaan tussen 1 en 26 januari 1983 niet bestraft zouden worden. Het Hof oordeelt echter dat een verordening nooit kan leiden tot 'rechtvaardiging achteraf van nationale maatregelen van strafrechtelijke aard, die sancties opleggen voor een handeling die niet strafbaar was op het ogenblik waarop zij werd verricht'.³⁰ De nationale maatregel was immers op het tijdstip van plegen ongeldig wegens strijd met het Gemeenschapsrecht. De maatstaf is dus strikter dan het gerechtvaardigd vertrouwen. Het 'beginsel dat strafbepalingen geen terugwerkende kracht mogen hebben', zoals het Hof het omschrijft, is een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht en bovendien gewaarborgd

27 HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 41-45; Craig & De Búrca 2011, p. 533-535; Bernitz 2000, p. 52-53; Prechal 2005a, p. 29.

28 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*).

29 Zie voor het feitenrelaas de concl. van A-G M. Darmon van 3 april 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:141 (*Kirk*).

30 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*), r.o. 21.

in artikel 7 EVRM.³¹ Terugwerkende kracht van de verordening zelf wordt door het Hof niet geproblematiseerd, maar deze kan geen terugwerkende kracht van nationale strafbepalingen rechtvaardigen.

Eenzelfde redenering is later toegepast op richtlijnen. In het arrest *Fedesa* stonden de verplichtingen van lidstaten op grond van de richtlijn 88/146 centraal.³² Die moest een nietig verklaarde richtlijn vervangen.³³ Richtlijn 88/146 bevatte dezelfde implementatiedeadline als richtlijn 85/649, welke deadline al verstreken was op het moment dat richtlijn 88/146 in werking trad. Die implementatiedeadline kon echter volgens het Hof van Justitie niet tot gevolg hebben dat lidstaten verplicht zijn het verbod op terugwerkende kracht te schenden. Ook kan de omzettingwetgeving van de oude richtlijn niet met terugwerkende kracht worden gebaseerd op de nieuwe richtlijn.³⁴

Tot slot nog een zaak die niet gemakkelijk is te plaatsen in de sleutel van een van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel, maar die niettemin relevante overgangsrechtelijke kwesties aan de orde stelt: het arrest *Filev en Osmani*.³⁵ De zaak heeft betrekking op de terugkeer van illegaal op het grondgebied van Duitsland verblijvende derdelanders. De terugkeerrichtlijn bepaalt onder andere dat inreisverboden kunnen worden afgegeven voor een duur van maximaal vijf jaar.³⁶ Dit geldt ook voor reeds onder het oude recht uitgevaardigde inreisverboden: sinds het verstrijken van de omzettingstermijn kunnen inreisverboden die meer dan vijf jaar geleden zijn uitgevaardigd niet langer leiden tot het opleggen van strafrechtelijke sancties.³⁷ De richtlijn voldoet aan de vereisten voor rechtstreekse werking en kan dus na het verstrijken van de omzettingstermijn worden ingeroepen voor de nationale rechters. De richtlijn biedt in artikel 2 lid 2 lidstaten wel de mogelijkheid toepassing van de richtlijn uit te zonderen voor derdelanders die verplicht zijn tot terugkeer wegens het plegen van strafbare feiten.

Duitsland heeft de richtlijn pas na het verstrijken van de omzettingstermijn omgezet in nationaal strafrecht, en daarbij toepassing van de regels uitgezonderd voor derdelanders die strafbare feiten hebben gepleegd. Tegen *Filev* en *Osmani* waren meer dan vijf jaar voor het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn verwijderingsmaatregelen uitgevaardigd voor onbepaalde tijd wegens het plegen van strafbare feiten. Zij konden dus, in de periode tussen

31 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*), r.o. 22.

32 Richtlijn 88/146/EEG van de Raad van 7 maart 1988 tot instelling van een verbod op het gebruik van bepaalde stoffen met hormonale werking in de veehouderij.

33 Richtlijn 85/649/EEG van de Raad van 31 december 1985 tot instelling van een verbod op het gebruik van bepaalde stoffen met hormonale werking in de veehouderij.

34 HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 44.

35 HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*). Zie over dit arrest verder H $\ddot{o}$ rich & Bergmann 2014.

36 Eerder opgelegde verwijderingsmaatregelen hebben te gelden als inreisverboden.

37 HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*), r.o. 45.

het verstrijken van de omzettingstermijn en de wijziging van het Duitse recht, een rechtstreeks beroep doen op de richtlijn. Op het moment dat de verdachten werden aangehouden bij het opnieuw betreden van Duits grondgebied, was de richtlijn reeds omgezet in nationaal recht. De vraag was nu of zij zich konden beroepen op de richtlijn, of dat de toepassing daarvan op hun situatie rechtsgeldig was uitgezonderd. Het Hof van Justitie oordeelde echter dat uitzondering van toepassing van de richtlijn voor *Filev en Osmani*, nu zij zich al rechtstreeks op de richtlijn konden beroepen, een verslechtering van hun situatie zou betekenen en daarom niet was toegestaan. Zij konden namelijk tussen het verstrijken van de omzettingstermijn en de daadwerkelijke omzetting niet langer bestraft worden omdat het inreisverbod langer dan vijf jaar daarvoor was uitgevaardigd. Datzelfde inreisverbod kan niet later alsnog de grondslag vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, aldus het Hof.³⁸ De uitzondering kan derhalve niet worden toegepast.

Het Hof geeft niet nader aan waarom het tot dit oordeel komt. Van daadwerkelijke terugwerkende kracht is geen sprake. De Duitse strafbepaling is ongewijzigd gebleven, de zaak draait om de vraag of er sprake was van een inreisverbod dat is overtreden. Volgens de regels die golden op het moment van de tenlastegelegde gedraging, was dit in beginsel het geval. Deze regels zijn niet gewijzigd tussen het begaan van de gedraging en de berechting ervan. Reeds vóór het begaan van de gedraging is de geldigheid aan het inreisverbod komen te ontvallen. Het Hof staat niet toe dat Duitsland de geldigheid van dit inreisverbod laat 'herleven' en op grond van datzelfde inreisverbod tot bestraffing komt.

Het verbod van terugwerkende kracht geldt in het Europees strafrecht, zo is gebleken, absoluut.³⁹ Anders dan in het punitieve bestuursrecht vindt er geen toetsing plaats op basis van gerechtvaardigd vertrouwen. Evenmin vindt er een afweging plaats tussen de vooruitwerkende kracht en andere relevante belangen. Het verbod op terugwerkende kracht in het materiële strafrecht wordt door het Hof van Justitie geplaatst in de sleutel van het legaliteitsbeginsel. Het is niet alleen van toepassing op strafbepalingen, maar ook op andere normen die bepalend zijn voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die ruime opvatting van het verbod van terugwerkende kracht geldt voor het Europees recht zelf, maar ook voor de lidstaten.

7.3.3 Terugwerkende kracht in het EVRM

Anders dan in EU-verband is bij het EHRM veel gediscussieerd over het verbod van terugwerkende kracht. Veel van deze jurisprudentie kan echter niet

38 HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*), r.o. 50-56.

39 In die zin ook *Tridimas* 2006, p. 252-253.

worden geabstraheerd van het karakter van de gedragingen en de buitengewone omstandigheden waaronder deze zijn begaan. Ten eerste heeft het EHRM een aantal belangwekkende arresten gewezen in zaken die te maken hadden met gedragingen begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog.⁴⁰ Datzelfde geldt voor de belangrijke arresten gewezen over terugwerkende toepassing van bepalingen gepleegd tijdens de Hongaarse opstand⁴¹ of voor de eenwording van Duitsland.⁴² De problematiek die daar centraal staat is van een andere orde dan de temporele werking van een ordeningsrechtelijke strafbepaling.

Het voor het onderhavige onderzoek meest relevante arrest is *Rohlana/Tsjechië*, dat ging over de vraag of terugwerkende kracht bij strafbaarstelling van een voortgezet delict is toegestaan.⁴³ Uit het arrest blijkt dat het inderdaad is toegestaan strafbepalingen toe te passen op voortgezette handelingen die zijn aangevangen onder het oude recht, maar slechts onder strikte voorwaarden.⁴⁴ Die behelzen onder meer dat alle gedragingen die tot de voortgezette handeling worden gerekend reeds strafbaar waren op het moment van het begaan ervan. Het arrest heeft tot gevolg dat niet de precieze kwalificatie, maar wel de strafbaarheid van de gedraging vast moet staan op het moment van het begaan van de gedraging. Bovendien moet op dat moment reeds duidelijk zijn dat de gedragingen later kunnen worden gekwalificeerd als voortgezette handeling en dat daardoor de mogelijkheid bestaat tot toepassing van een nieuwe strafbepaling, indien de verdachte zijn gedrag doorzet tot na inwerkingtreding van die nieuwe strafbepaling.⁴⁵ Opvallend is dat de Straatsburgse rechter opnieuw verwijst naar de aard van het delict en de doelstellingen van het EVRM: 'In addition, by reinforcing the national legal protection against domestic violence [...] it also conforms to the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and freedom.'⁴⁶ Deze overwegingen zijn echter geplaatst na de conclusie dat artikel 7 EVRM niet is geschonden, en hebben dus de uitkomst van de zaak niet beïnvloed.

40 Bijv. EHRM 22 maart 2001, 37201/97 (*K.-H.W./Duitsland*); EHRM 12 juli 2007, 74613/01 (*Jorgic/Duitsland*); EHRM 17 mei 2010, 36376/04 (*Kononov/Letland*).

41 EHRM 19 september 2008, 9174/02, NJ 2010/65, m.nt. J.M. Reijntjes (*Korbely/Hongarije*).

42 EHRM 22 maart 2001, zaken 34044/96, 35532/97 en 44801/98 (*Streletz, Kressler en Krenz/Duitsland*).

43 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman.

44 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman.

45 Timmerman in zijn annotatie bij EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.n. punt 7-8.

46 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman, r.o. 71, met verdere verwijzingen.

7.4 DEELCONCLUSIE

De inwerkingtreding van Europese wetgevingshandelingen is geregeld in het werkingsverdrag van de Europese Unie. In beginsel heeft Europese wetgeving geen terugwerkende kracht, maar op dat uitgangspunt kunnen uitzonderingen worden gemaakt. Buiten het strafrecht is de vooruitwerkende kracht namelijk gebaseerd op gerechtvaardigd vertrouwen, en waar dat niet geschaad wordt kan een bepaling indien noodzakelijk terugwerkende kracht hebben. In het Europees recht wordt geen strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd, dat geldt zowel voor richtlijnen als voor verordeningen. Het Hof van Justitie kan daarom niet zelf strafbepalingen al dan niet met terugwerkende kracht toepassen. Niettemin mogen ook rechtshandelingen van de EU die mede ten grondslag kunnen worden gelegd aan een strafrechtelijke veroordeling, geen terugwerkende kracht hebben. Dit betreft bijvoorbeeld de plaatsing van een persoon op terrorismelijsten.⁴⁷

Het Europees recht bevat de plicht voor lidstaten om het verbod op terugwerkende kracht te handhaven. Daarom bevat het Europees recht nooit de verplichting om gedragingen met terugwerkende kracht te criminaliseren. Europese richtlijnen en verordeningen kunnen zelf terugwerkende kracht hebben, maar strafrechtelijke omzettingswetgeving die daarop is gebaseerd moet het retroactiviteitsverbod respecteren. Ook wanneer nationale strafbepalingen verwijzen naar verordeningen, mag dit Europees recht geen terugwerkende kracht hebben. Het verbod van terugwerkende kracht geldt dus voor alle normen die de grondslag kunnen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er vindt bij de toepassing van het retroactiviteitsverbod geen afweging plaats. Deze benadering past goed bij de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel.⁴⁸

Voor het Nederlandse recht levert deze rechtspraak geen problemen op. Ook naar nationaal recht is het verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen onbetwist. Als gezegd biedt de Europese jurisprudentie geen inzicht in de vraag of strafbepalingen met terugwerkende kracht mogen worden toegepast op voortgezette handelingen. Het EHRM staat dit onder strikte voorwaarden toe. Aangezien in het Europees recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, is dit vooralsnog een vraag van nationaal recht. Dat zou anders zijn indien het Hof van Justitie zich daarover zou uitlaten, hetgeen vooralsnog niet is gebeurd. Buiten het strafrecht is wel duidelijk dat nieuwe regels gevolgen kunnen hebben voor reeds ontstane situaties die voortduren, dus het valt te verwachten dat het Hof van Justitie het EHRM zal volgen.

⁴⁷ Zie paragraaf 7.3.1.

⁴⁸ Zie paragraaf 7.3.2-7.3.3.

8 | Het mildheidsgebod in het Europees strafrecht

8.1 INLEIDING

De inhoud van het mildheidsgebod of *lex mitior*-beginsel in het Europees strafrecht, dat retroactieve toepassing van voor de verdachte gunstige wetswijzigingen voorschrijft indien twee opeenvolgende regels met elkaar conflicteren, is onduidelijk. Veranderingen in de wetgeving zijn aan de orde van de dag, maar er bestaat geen duidelijk stelsel van overgangsrecht. Knigge verbaasde zich daarover en schreef: 'Naarmate de Europese rechtsorde zich verder ontwikkelt, wordt het steeds ongerijmder dat de beantwoording van de vraag of de voortgezette handhaving van veranderd Gemeenschapsrecht noodzakelijk is, aan de lidstaten wordt overgelaten.'¹ Inderdaad is het vreemd dat een vraagstuk dat zo nauw verbonden is met de effectiviteit van de handhaving van het Unierecht zo weinig onder de aandacht is geweest in de jurisprudentie (en in mindere mate de literatuur).

Het mildheidsgebod is erkend als algemeen beginsel van Europees recht en gecodificeerd in artikel 49 lid 1, derde volzin, van het Handvest. De werking van het mildheidsgebod in het Europees recht roept meerdere interessante vragen op. Het Europees recht is 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.² 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

1 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. N. Keijzer punt. 8.19 (hierna verkort: Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, *NJ* 2012/78).

2 Zie voor een voorbeeld, dat de uitbreiding van het douanegebied door de eenwording van Duitsland betrof, HvJ EG 26 september 1996, C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*). Dit arrest wordt besproken in paragraaf 8.3.1.

feit oplevert naar Nederlands recht.³ Ook richtlijnen kunnen de strafbaarheid aan een gedraging ontnemen.⁴ In al deze drie 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. Op grond van artikel 49 Hv valt te verwachten dat lidstaten de plicht hebben gunstiger nieuwe regelgeving met terugwerkende kracht toe te passen. De vraag is echter of dat voor *alle* wetswijzigingen geldt, of dat daaraan voorwaarden zijn verbonden. Dat daaraan voorwaarden zijn verbonden, valt des te meer te verwachten nu de toepassing met terugwerkende kracht van een nieuwe regeling onder omstandigheden kan botsen met de plicht tot handhaving van het Unierecht. Lidstaten hebben bijvoorbeeld de plicht het Europees douanerecht te handhaven, maar de nakoming van die plicht kan onder druk komen te staan indien toetreding van een nieuwe lidstaat met terugwerkende kracht de strafbaarheid doet ontvallen aan alle douanefeiten met betrekking tot die lidstaat. De invulling van het mildheidsgebod is in dat licht nog niet zo eenvoudig, en vereist een afweging tussen de handhaving van het Unierecht en doorwerking van Europees recht ten gunste van individuen. Hoe die afweging uitvalt, is mede afhankelijk van wat wordt gezien als de ratio en status van het mildheidsgebod: is het een grondrecht, dat rechtsbescherming biedt, of is het slechts een beleidsbeginsel? Tot slot is het mogelijk dat het Nederlandse mildheidsgebod van artikel 1 lid 2 Sr grondslag biedt voor terugwerkende kracht, los van een eventuele Europees-rechtelijke verplichting daartoe.

Ook wanneer het Nederlandse recht wel is gewijzigd, bijvoorbeeld met 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 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 wel

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

4 Bijvoorbeeld richtlijn 2003/6/EG inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie beoogt totale harmonisatie en heeft daarom rechtstreekse werking indien het nationale strafrecht meer gedragingen omvat dan de richtlijn. Zie Kristen 2004, p. 105-213, m.n. p. 210-213.

leidend zijn, wanneer diens inzichten niet bepalend zijn voor de reikwijdte van de strafbepaling?

Overgangsrechtelijke problemen doen zich ten aanzien van het Europees recht alleen voor indien en voor zover het Europees recht rechtstreeks rechtsgevolgen sorteert voor het nationale recht. Het moet dus gaan om Europese regelgeving die rechtstreeks toepasbaar is of die de toepasbaarheid van een nationale regel rechtstreeks uitsluit. Dat geldt voor de verdragen, verordeningen, alsmede voor richtlijnen die niet alleen een minimum, maar ook een maximum aan strafrechtelijke aansprakelijkheid verplicht stellen. Op grond van de voorrangregel moeten strafbepalingen die in strijd met een richtlijn die totale harmonisatie beoogt teveel strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen, buiten toepassing blijven voor zover ze in strijd zijn met die richtlijn. Bij verordeningen gaat het daarentegen om toepassing met terugwerkende kracht van de verordening zelf. De vragen die dat oproept zijn echter dezelfde, en om die reden zal in dit hoofdstuk de doorwerking van richtlijnen niet systematisch worden onderscheiden van die van verordeningen en primair recht. Korte tijdshelpe zal gesproken worden van toepassing met terugwerkende kracht van verordeningen en richtlijnen, en in het geval van richtlijnen wordt daarmee bedoeld het met terugwerkende kracht buiten toepassing laten van een met een richtlijn strijdige nationale bepaling. De richtlijn zelf wordt dus niet zelf toegepast als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, de grondslag blijft het nationale recht.

Dit hoofdstuk wijkt in structuur iets af van de vorige hoofdstukken. Het mildheidsgebod maakt geen deel uit van het legaliteitsbeginsel en berust op iets andere grondslagen dan de deelnormen van het legaliteitsbeginsel. In hoofdstuk 2 is betoogd dat het mildheidsgebod een product van hetzelfde Verlichtingsdenken is als het legaliteitsbeginsel. Het beoogt zoveel mogelijk vrijheid voor burgers te realiseren. Dat doet het echter niet via het garanderen van rechtszekerheid. Daarom zal in paragraaf 8.2 eerst een analytisch en normatief kader worden geschetst voor de bestudering van het mildheidsgebod. Dat kader is er met name op gericht verschillen in hoe het mildheidsgebod uitwerking krijgt in diverse rechtsordes zichtbaar te maken. Die verschillen zijn gelegen in de reikwijdte van het gebod, de ratio ervan en de status die het heeft in de normenhiërarchie.

In paragraaf 8.3 wordt de jurisprudentie van het Hof van Justitie, alsmede artikel 49 Hv, geanalyseerd aan de hand van het in paragraaf 8.2 geschetste kader. Daarbij wordt eerst de totstandkoming van het gebod besproken. Net als in de vorige hoofdstukken wordt de werking van het mildheidsgebod in het strafrecht vergeleken met de werking ervan in het punitief bestuursrecht, alsmede de uitleg ervan door het EHRM.

Nadat de Europeesrechtelijke kaders van deze vraag zijn geschetst, zal de focus in paragraaf 8.4 verschuiven naar het nationale recht. Daarbij krijgt

de jurisprudentie van het EHRM in dit hoofdstuk bijzondere aandacht, aangezien die heeft geleid tot aanpassingen van de Nederlandse jurisprudentie over het mildheidsgebod. Ook zal worden geanalyseerd hoe de Nederlandse rechter omgaat met de specifieke vragen die voortvloeien uit de meerlagigheid van het Europees strafrecht. Dat is enerzijds de vraag of nieuwe dan wel gewijzigde Europese regelgeving kan en zou moeten gelden als ‘verandering van wetgeving’ in de zin van artikel 1 lid 2 Sr, anderzijds de vraag welke specifieke gevolgen dit heeft voor (het onderzoek naar) het criterium van het gewijzigd inzicht.

In paragraaf 8.5 worden kort de bevindingen uit dit hoofdstuk gerecapituleerd. Gezien de afwijkende ratio van het gebod kunnen de onderzoeksvragen niet onverkort worden beantwoord. In de laatste paragraaf zal daarom de invulling van het mildheidsgebod worden beoordeeld aan de hand van het in dit hoofdstuk te schetsen normatieve kader.

8.2 HET MILDHEIDSGEBOD NADER BESCHOUWD

Het legaliteitsbeginsel verzet zich met twee argumenten tegen terugwerkende kracht van strafbepalingen. Het eerste is de rechtszekerheid. In het vorige hoofdstuk is verdedigd dat een gedraging in het strafrecht in beginsel wordt beoordeeld aan de hand van het ten tijde van de gedraging geldende recht. Voor strafoplegging is vereist dat er ten tijde van het plegen van het feit al een delictsomschrijving bestond die dat gedrag in ondubbelzinnige bewoordingen bedreigde met een straf. Ontbreekt die, dan kan dat niet *ex post facto* worden geheeld door alsnog een strafbepaling in te voeren of een andere strafbepaling op basis van een analogische redenering van toepassing te verklaren op de bewuste gedraging. Dit zorgt voor voorzienbaarheid van eventuele bestraffing door de overheid, en daarmee biedt het legaliteitsbeginsel de mogelijkheid voor burgers om in vrijheid keuzes te maken en de positieve en negatieve consequenties daarvan af te wegen. Als een individu ervoor kiest de strafwet te overtreden en hem om die reden leed wordt toegevoegd door middel van een straf, is dat vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel gerechtvaardigd.

In hoofdstuk 2 is een tweede argument geformuleerd tegen de terugwerkende kracht van strafbepalingen, namelijk machtsverdeling, in combinatie met het wetsbegrip zoals dat ten grondslag ligt aan het legaliteitsbeginsel. Voor de verlichtingsdenkers is de algemeenheid van de wet geen gegeven, maar een streven dat het verbod van terugwerkende kracht fundeert. De macht van de wetgever is beperkt tot het geven van algemene rechtsoordelen. Wetgeving met terugwerkende kracht vormt een ‘rechtsoordeel in concreto’, in die zin

dat de wet betekenis heeft voor identificeerbare situaties uit het verleden.⁵ Dat valt dus niet onder de bevoegdheid van de wetgever. Die redenering geldt niet alleen voor het achteraf criminaliseren van gedragingen, zij geldt ook voor het decriminaliseren van gedragingen. Net als terugwerkende criminalisering, kan terugwerkende decriminalisering worden ingegeven door het corrupte streven rechtsgevolgen in het leven te roepen voor gedragingen die reeds hebben plaatsgevonden. Het mildheidsgebod schrijft de toepassing met terugwerkende kracht van wetswijzigingen voor en maakt daarmee een uitzondering op het streven naar algemeenheid van de wet. De argumenten die aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggen nopen derhalve tot terughoudendheid met het toekennen van terugwerkende kracht aan mildere strafbepalingen.

Tegen deze achtergrond is het op het eerste gezicht niet vanzelfsprekend dat wetswijzigingen die plaatsvinden na de gedraging, maar voor de einduitspraak door de rechter, toch worden toegepast door de rechter indien zij in het voordeel zijn van de verdachte. De gedraging wordt dan immers beoordeeld op een wijze die juist niet voorzienbaar was voor het individu. Toch bepaalt artikel 1 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht: 'Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.' Voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr is dus niet het tijdstip van plegen doorslaggevend, de vraag is welke van twee mogelijk toepasbare bepalingen voor de verdachte het gunstigst is. Het mildheidsgebod is derhalve een conflictregel die uit twee mogelijk toepasbare wetsbepalingen de voor de burger gunstigste kiest. Wanneer de wet die gold ten tijde van het begaan van de gedraging het gunstigst is, schrijven lid 1 en 2 van artikel 1 Sr allebei toepassing van de oude wet voor. In dit hoofdstuk ligt de nadruk op gevallen waarin artikel 1 lid 2 Sr toepassing met terugwerkende kracht van de latere wet voorschrijft.

Het mildheidsgebod heeft in verschillende nationale rechtsordes en in internationale verdragen een plaats gekregen, maar er zijn verschillende concepties van.⁶ Uitwerkingen verschillen ten eerste in de reikwijdte, dus op welk type wetswijzigingen het principe van toepassing is. Er kunnen zowel formele als inhoudelijke voorwaarden worden gesteld aan de toepassing van het mildheidsgebod. Daarnaast verschilt de ratio op grond waarvan de toepassing van de milde strafwet wordt gerechtvaardigd. Tot slot varieert de status die het beginsel heeft, die van grondrecht of van beleidsbeginsel. De reikwijdte, ratio en status van het mildheidsgebod worden achtereenvolgens besproken in deze paragraaf. Daarbij zal worden besproken dat dit geen geheel onafhankelijke kenmerken zijn, maar dat zij een zekere samenhang vertonen. Aan het eind

5 Melai 1969, p. 12; Groenhuijsen 2002, p. 37. Uitbreider hierover paragraaf 2.2.4.

6 Zie voor een beknopte rechtsvergelijking tussen Nederland, België, Frankrijk en Engeland en Wales Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 7.

van de paragraaf zal op basis van keuzes binnen dit analytische model een toetsingskader worden geformuleerd.

8.2.1 Reikwijdte

Bepalend voor de reikwijdte van het mildheidsgebod is welke wetswijzigingen met terugwerkende kracht in het voordeel van de verdachte moeten werken. In de Nederlandse literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen een materiële en een formele leer over de reikwijdte, en op basis van internationale ontwikkelingen kan daar een derde leer aan worden toegevoegd: de sanctieleer. In de materiële leer, die het ruimst is, kunnen alle wetswijzigingen die direct of indirect invloed hebben op de strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden tot de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr. Dat kunnen bijvoorbeeld ook wijzigingen in het civiele recht zijn. In de formele leer kunnen alleen wijzigingen in de tekst van de strafwet ten gunste van de verdachte retroactief worden toegepast.⁷ De sanctieleer leidt tot de kleinste reikwijdte. Daarin is het mildheidsgebod alleen van toepassing op wijzigingen in het sanctierecht.

Indien de ruimste leer wordt toegepast, de *materiële leer*, is deze eigenlijk altijd aan inhoudelijke beperkingen gebonden. Er worden dus geen formele eisen gesteld aan een wetswijziging, maar wel inhoudelijke. Dit wordt door Hazewinkel-Suringa een 'motievenleer' genoemd.⁸ In Nederland is die inhoudelijke eis het criterium van het 'gewijzigd inzicht van de wetgever' in de strafwaardigheid van de gedraging,⁹ in Duitsland is een uitzondering gemaakt voor zogenaamde *Zeitgesetze* wier werking naar hun aard beperkt is in de tijd en die na afschaffing nog kunnen worden toegepast,¹⁰ en in Denemarken zijn wetswijzigingen uitgezonderd die zijn ingegeven door 'externe omstandigheden' (die geen betrekking hebben op de schuld).¹¹ De onbeperkt materiële leer wordt in Nederland inmiddels onverdedigbaar geacht door de combinatie van een zeer ruime reikwijdte met een absolute toepassing.¹²

In de *formele leer* is de reikwijdte van het beginsel beperkt tot wijzigingen in het materiële strafrecht, inclusief het sanctierecht. Wijzigingen die slechts indirect leiden tot een decriminalisering van een gedraging, vallen dan niet

7 Knigge 1984, p. 424-425; Pelser 1995, p. 192-193; Groenhuijsen 1993, p. 305.

8 Hazewinkel-Suringa 1937, p. 29.

9 HR 6 januari 1936, ECLI:NL:HR:1936:BG9444, NJ 1936/312, m.nt. W.P.J. Pompe (*Landbouwcrisis*).

10 Art. 2 lid 4 Strafgesetzbuch. Duitsland kent net als Nederland een materiële leer ten aanzien van de reikwijdte, zie Schröder 2002, p. 252, 255 met verdere verwijzingen.

11 Art. 3 lid 1 Straffeloven.

12 Pelser 1995, p. 192-193; Knigge 1984, p. 424. Dat was niettemin ooit anders, en ook in Duitsland ziet men de onbeperkt materiële leer nog wel verdedigd worden, zie Dannecker 2006. Dit is volgens Schröder wel een minderheidsstandpunt dat met name gebaseerd is op een grammaticale interpretatie van artikel 2 lid 4 van het Duitse strafwetboek, zie Schröder 2002, p. 257.

onder de werking van het gebod. Ook in de formele leer is het mogelijk inhoudelijke voorwaarden te stellen aan de toepassing van het mildheidsgebod op grond van de ratio ervan.

Mij zijn geen nationale rechtsstelsels bekend waarin van oudsher de *sanctie-leer* wordt aangehangen, maar de toepassing van het beginsel in supranationale context geeft aanleiding tot het onderscheiden van deze derde leer. In de sanctieleer is het mildheidsgebod alleen van toepassing op wijzigingen in het sanctierecht, zowel op de strafmaat als het algemene sanctierecht. Het IVBPR, het Handvest van de Grondrechten van de EU, het Hof van Justitie en het EHRM spreken doorgaans enkel over de retroactieve toepassing van een *lighter penalty*. Over wijzigingen in de delictsomschrijving wordt in deze context niet altijd gesproken.

8.2.2 Ratio

Er zijn verschillende manieren om de terugwerkende kracht van de mildere straf(wet) te rechtvaardigen.¹³ Ik maak op grond van de literatuur onderscheid tussen clementie, de rechtsvernieuwing en het beginsel van proportionaliteit van straffen.¹⁴

De eerste mogelijke ratio is te omschrijven als *clementie*, wat eigenlijk niets anders inhoudt dan dat toepassing van de mildste strafwet geen andere rechtvaardiging behoeft dan dat deze milder is dan de vorige.¹⁵ Deze gedachte vloeit voort uit het ideaal van een 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. Daarbij is niet relevant of de verdachte dat voordeel heeft verdiend. Leijten erkende dat het mildheidsgebod 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 abusievelijk opstellen van een tekortschietende tenlastelegging door het OM, waarbij 'we toch ook geen aanvechting [hebben] om Barbertje desondanks maar te laten hangen.'¹⁶ Inmiddels wordt het strafrecht niet meer door veel juristen

13 Deze paragraaf gaat over de ratio van toepassing met terugwerkende kracht van de nieuwe bepalingen. Toepassing van het recht zoals dat gold ten tijde van het begaan van de gedraging berust op het rechtszekerheidsbeginsel.

14 Knigge 1984, p. 316-319; De Hullu 2015, p. 131; Van den Wyngaert, De Smet & Vandromme 2011, p. 111; Dupont & Verstraeten 1990, p. 132-133; Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, *NJ* 2012/78, punt 8.

15 Een term die Hazewinkel-Suringa gebruikte voor een door haar niet verdedigde opvatting, Hazewinkel-Suringa 1937, p. 16-17.

16 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 Pelsler 1995, p. 212.

gezien als louter rechtsbescherming voor de verdachte. Het is ook een instrument om de samenleving mee te beschermen en de opkomende rol van het slachtoffer maakt dat niet langer de verdachte de enige persoon is met wie het strafrecht rekening moet houden. Deze ratio speelt daarom in het hedendaagse Nederlandse strafrecht geen belangrijke rol meer, en ik zal mij in het navolgende concentreren op de twee hierna te noemen alternatieve ratio's.

Het belangrijkste onderzoek naar de ratio achter de temporele werking van het strafrecht is gedaan door Knigge in zijn proefschrift in 1984.¹⁷ De daarin neergelegde uitgangspunten zijn nog steeds relevant en worden nog steeds uitgedragen door Knigge.¹⁸ De ratio van het toepassen van een na het plegen van de feiten gewijzigde strafbepaling is volgens Knigge voor het Nederlandse recht gelegen in *de drang tot rechtsvernieuwing*: de wetgever heeft het recht veranderd met het doel het te verbeteren.¹⁹ Het nieuwe recht wordt gezien als het betere recht en moet daarom zo snel mogelijk worden toegepast. Onmiddellijke toepassing van wetswijzigingen is dan dus het uitgangspunt. In het strafrecht kan de aansprakelijkheid van individuen echter niet worden uitgebreid *ex post facto*. Daarom kan de strafwet uitsluitend meteen toepassing vinden wanneer die gunstiger wordt.²⁰ Het gaat uiteindelijk om een afweging van rechtszekerheid en rechtsvernieuwing. De rechtszekerheid eist dat de verdachte wordt beschermd tegen rechtsvernieuwing die ten koste gaat van zijn rechtspositie. In andere gevallen prevaleert de rechtsvernieuwing. Dat voor de verdachte gunstige wetswijzigingen met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast heeft dus niet zoveel te maken met de verdachte, maar vindt grondslag in het streven naar een zo goed mogelijk strafrecht.

In de praktijk wordt toepassing van het mildheidsgebod vaak afhankelijk gemaakt van de vraag of daadwerkelijk rechtsvernieuwing is beoogd met de wetswijziging. Een aansprekend voorbeeld van de toepassing van een dergelijke inhoudelijke beperking (geen toepassing van de mildere wet indien de wetswijziging is ingegeven door 'externe omstandigheden') in het Deense recht wordt gegeven door Baumbach. Vanaf 1977 gold een VN-wapenembargo tegen Zuid-Afrika vanwege het apartheidsregime.²¹ Denemarken voerde een strafbepaling in die het handelen in wapens met of vervoeren van wapens naar Zuid-Afrika tot strafbaar feit bestempelde. Dit verbod werd overtreden door een Deense man, maar tijdens het tegen hem lopende opsporingsonderzoek vluchtte hij naar Zuid-Afrika dat hem niet wilde uitleveren. In de jaren negentig werd het apartheidsregime beëindigd en in 1994 werd het wapenembargo opgeheven en de strafbepaling ingetrokken. De verdachte werd alsnog uitge-

17 Knigge 1984.

18 Zie Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, *NJ* 2012/78.

19 In vergelijkbare zin Pelser 1995, p. 191-192.

20 Knigge 1984, p. 316-321.

21 Resolutie 418 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, aangenomen op 4 november 1977.

leverd en vervolgd. Hij beriep zich op het Deense mildheidsgebod, gecodificeerd in artikel 3 lid 1 van het Deense Wetboek van Strafrecht. In dit geval was natuurlijk sprake van de uitzondering die de wet maakt voor wetswijzigingen die niet te maken hebben met de schuld, maar met externe omstandigheden: het leveren van wapens aan het apartheidsregime werd nog altijd als even verwerpelijk gezien.²²

Het voorbeeld illustreert welke gevolgen een ongeclausuleerde toepassing van het mildheidsgebod zou kunnen hebben. Veel wetswijzigingen worden immers ingegeven door gewijzigde omstandigheden, of door vernieuwde inzichten in de wijze waarop een gedraging het best voorkomen kan worden. Het ligt niet voor de hand ook die wetswijzigingen meteen toe te passen. Dat wordt in het Nederlandse recht mede bewerkstelligd door te eisen dat de wetgever van inzicht is gewijzigd ten aanzien van *in het verleden begane* gedragingen. De wetgever moet dus menen dat het niet alleen niet langer wenselijk is om de gedraging te bestraffen, maar ook dat het onjuist is dat deze gedraging in het verleden is bestraft. Voor de onderbouwing daarvan kan worden verwezen naar de strafdoelen. Het verlagen van de strafmaat, het verkleinen van de reikwijdte van een delictsomschrijving of zelfs het afschaffen daarvan is relevant indien dit voortvloeit uit een afgenomen vergeldingsdrang. De vergeldingsdrang kan goed verklaren waarom sommige gedragingen wel moeten worden bestraft na afschaffing van de delictsomschrijving, en andere niet. In het voorbeeld over de wapenhandel met Zuid-Afrika bestond geen noodzaak tot afschrikking of preventie meer, aangezien het apartheidsregime was afgeschaft. De behoefte aan vergelding van de eerder gedane wapenleveranties leefde echter onverminderd voort. De vergeldingsdrang kan het criterium van het gewijzigd inzicht substantiëren en bijdragen aan de beslissing om het mildheidsgebod al dan niet toe te passen, dan wel om overgangsrechtelijke bepalingen in het leven te roepen. De doelen die de wetgever nastreeft met het strafrecht zijn volgens deze ratio leidend bij de beslissing om de mildere wet al dan niet toe te passen. De rechtsgevolgen daarvan voor de burger zijn, zolang de rechtszekerheid is gewaarborgd, ondergeschikt.

Ten derde kan het principe worden onderbouwd met een verwijzing naar het beginsel van de *proportionaliteit van straffen*. Een straf die niet langer kan worden opgelegd omdat de strafbepaling is afgeschaft, omdat de strafsoort is afgeschaft of omdat de maximumstraf is verlaagd, heeft te gelden als disproportioneel, aldus Knigge.²³ Bovendien mogen alleen straffen worden opgelegd die strikt noodzakelijk zijn. Een straf opleggen die hoger is dan wat inmiddels voor het feit kan worden opgelegd is kennelijk niet noodzakelijk, want naar huidige maatstaven kan worden volstaan met een mildere straf. Deze gedachte vormt in het Franse recht de grondslag van het mildheidsgebod: het mildheids-

22 Van den Wyngaert, De Smet & Vandromme 2011. 140-141.

23 Uitgebreid besproken door Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet bij NJ 2012/78.

gebod werd, voordat het werd neergelegd in de Code Pénal, rechtstreeks afgeleid uit artikel 8 van de Déclaration des droits de l'homme uit 1789 waarin is bepaald dat de wet slechts straffen mag voorschrijven die kennelijk strikt noodzakelijk zijn.²⁴ De wens van de wetgever is dan niet langer doorslaggevend: een overgangsbepaling van de wetgever kan opzij worden gezet omdat de rechter meent dat strafoplegging disproportioneel zou zijn. Niettemin speelt nog steeds de wens van de wetgever een rol, omdat uit het afschaffen van de straf wordt afgeleid dat de straf niet (langer) noodzakelijk is. Die afschaffing vormt volgens Knigge een weerlegbaar rechtsvermoeden dat de straf disproportioneel is. Dat rechtsvermoeden is sterker wanneer een wijziging alleen betrekking heeft op een verlaging van de strafmaat: wijzigingen in delictsomschrijvingen kunnen immers door veel meer redenen zijn ingegeven. Het rechtsvermoeden kan alleen op objectieve gronden worden weerlegd: een afwijkende overgangsbepaling is niet afdoende, de rechter zal zelf op zoek moeten gaan naar objectieve gronden om de oude strafbepaling toe te passen.²⁵ 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. De proportionaliteit van straf kan zowel aan de hand van het retributivisme als het utilitarisme worden ingevuld. Zoals in de vorige alinea aan de orde kwam, kan de behoefte tot vergelding na afschaffing van de delictsomschrijving blijven bestaan. Vanuit retributivistisch oogpunt is de straf nog steeds gerechtvaardigd. De behoefte aan speciale en generale preventie bestaat echter niet langer, en daarmee is vanuit utilitaristisch perspectief de straf wellicht disproportioneel. Wat de in Nederland breed aangehangen verenigingstheorie voor consequenties heeft, is niet in algemene zin te zeggen. De fundering van het mildheidsgebod in de proportionaliteit van straffen laat dus nog redelijk wat openheid bestaan.

8.2.3 Status

Naast de reikwijdte en de ratio is de status die het mildheidsgebod heeft in de rechtsorde niet vanzelfsprekend. Het kan worden gezien als een beleidsbeginsel of als grondrecht, en dat heeft gevolgen voor de toepassing. Het gaat volgens Knigge om een accentverschil tussen beide benaderingen, en niet om een fundamenteel verschil, waarbij dat accentverschil *primaire* is gelegen in

24 Desportes & Le Gunhec 2007, p. 281-283. Art. 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.'

25 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.

de positie die de rechter krijgt ten opzichte van de wetgever.²⁶ Bovendien hangen de ratio en status met elkaar samen.

In Nederland heeft het beginsel van oudsher geen constitutionele status, maar is het een *beleidsbeginsel*; het is verankerd in artikel 1 Wetboek van Strafrecht, maar niet in de Grondwet. Dit heeft tot gevolg dat de wetgever afwijkend overgangsrecht kan maken. Wanneer de wetgever dat doet en toepassing van de latere wet uitsluit, moet de rechter het overgangsrecht toepassen. In Nederland kan ook de rechter bepalen – met een beroep op de wil van de wetgever – dat de nieuwe wet niet moet worden toegepast. In deze hoedanigheid is het mildheidsgebod een beleidsbeginsel, dat naar goeddunken kan worden toegepast of niet.²⁷ Daarbij past de ratio van de rechtsvernieuwing: die ratio leidt immers tot een oriëntatie op de wetgever. Toepassing van de mildere wet is niet verplicht, het is een mogelijkheid die de wetgever al dan niet kan benutten. Deze vormgeving van het mildheidsgebod laat ruimte voor instrumentalistische overwegingen die pleiten tegen toepassing van de gunstiger strafwet.

Het is ook mogelijk het mildheidsgebod te zien als een *grondrecht*. Toepassing ervan is dan een recht waar de verdachte aanspraak op kan maken, mogelijk tegen de wens van de wetgever. Dat betekent dat de wil van de wetgever niet langer leidend is: de wetgever kan niet zonder meer afwijkend overgangsrecht formuleren, en wanneer hij dat doet kan de rechter dit toetsen en eventueel buiten toepassing laten.²⁸ Het mildheidsgebod als grondrecht kan niet worden gefundeerd op de drang tot rechtsvernieuwing: in dat geval kan de wetgever niet ten onrechte het mildheidsgebod buiten werking stellen. Op basis van het beginsel van proportionaliteit van straffen kan dat wel. Er bestaat een recht om niet disproportioneel bestraft te worden dat moet kunnen worden ingezet tegen de wetgever. De rechter moet voorkomen dat een straf wordt opgelegd die naar huidige maatstaven moet worden aangemerkt als disproportioneel.

Het verschil in status heeft dus vooral gevolgen voor de rollen van wetgever en rechter. Kan de wetgever vrijelijk overgangsrecht creëren, of is hij daarbij gebonden aan het proportionaliteitsbeginsel? En moet de rechter het door de wetgever ontworpen overgangsrecht toepassen, of moet hij dat overgangsrecht juist toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel? Deze vragen moeten worden beantwoord zowel ten aanzien van het Europees als het Nederlandse

26 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.8.

27 Zie bijvoorbeeld de hierna nog te bespreken conclusie van A-G J. Kokott bij HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*), par. 69.

28 Dit is bijvoorbeeld het geval in Frankrijk, alsmede in een kleine minderheid van vijf van de EU-lidstaten waar het mildheidsgebod anno 2005 in de Grondwet was opgenomen, zie Gross 2005, p. 372. Het is echter niet uitgesloten dat in overige lidstaten het mildheidsgebod niet is vastgelegd in de Grondwet, maar toch wordt gezien als absoluut recht waar wetgever en rechter niet van af kunnen wijken. Dit was immers ook tot 1983 het geval met het legaliteitsbeginsel in Nederland.

recht. Het belang daarvan is gelegen in de mogelijke onverenigbaarheid van het Nederlands mildheidsgebod dat als beleidsbeginsel wordt toegepast met internationale verplichtingen (niet alleen voortvloeiend uit het EU-recht, maar ook uit het EVRM en het IVBPR) om het mildheidsgebod als grondrecht te handhaven. Een belangrijke vraag is hoe erkenning van het mildheidsgebod als algemeen rechtsbeginsel van Europees recht zich verhoudt tot uitzonderingen in de toepassing ervan in het nationale recht. Wanneer het een supranationaal grondrecht is om de mildste wet toegepast te krijgen, kan de wetgever zich immers niet langer de vrijheid permitteren die hij in het nationale recht geniet. De rechter wordt ook gedwongen tot een actievere opstelling ten opzichte van de wetgever.²⁹ Daarnaast is de situatie denkbaar dat het gebod in het internationaal recht een andere reikwijdte heeft dan in het nationale recht. In het geval van de EU komt daar nog de complicerende factor bij dat handhaving van strafbepalingen niet alleen verboden kan zijn (bijvoorbeeld als ze zijn afgeschaft), maar dat handhaving juist vaak verplicht is. De vraag is hoeveel ruime er bestaat voor toepassing van het mildheidsgebod op bepalingen die vallen onder de reikwijdte van het Unierecht en ten aanzien waarvan de lidstaat de verplichting heeft tot handhaving. Met het oog op het beantwoorden van die vraag wordt in paragraaf 8.3 de reikwijdte, ratio en status van het mildheidsgebod in het Europees recht onderzocht.

8.2.4 Toetsingskader

Eerst schets ik kort welke ratio tot uitgangspunt van de normatieve toets zal worden genomen. In hoofdstuk 7 heb ik aangesloten bij het standpunt van de Hoge Raad dat het ten tijde van het begaan van de gedraging geldende strafrecht tot uitgangspunt van de strafrechtelijke beoordeling daarvan moet worden genomen. Het verbod van terugwerkende kracht is niet alleen gebaseerd op de rechtszekerheid, maar ook op de machtsverdeling tussen wetgever en rechter. De wetgever moet zich beperken tot het geven van abstracte rechtsoordelen, en mag zich niet met wetgeving uitlaten over in het verleden begane gedragingen. Dit leidt ertoe dat toepassing met terugwerkende kracht van voor een verdachte gunstige wetswijzigingen op goede gronden moet berusten om een uitzondering op dit uitgangspunt te rechtvaardigen.

De twee ratio's die Knigge daarvoor heeft geformuleerd, te weten proportionaliteit van straffen en rechtsvernieuwing, kunnen elkaar aanvullen. Voor de terugwerkende kracht van verlagingen van de strafmaat is het beginsel van proportionaliteit van straffen een goede grondslag. Als een gedraging met een lagere straf wordt bedreigd, is een zeer sterk rechtsvermoeden gerechtvaardigd dat de oplegging van een hogere straf niet langer noodzakelijk wordt geacht. Van decriminalisering van de strafbare gedraging kan dat echter niet

29 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78.

worden gezegd: vele malen vaker vloeit die voort uit gewijzigde omstandigheden, vernieuwde inzichten in de beste handhavingsmodaliteit of simpelweg het verstrijken van de vooraf voorziene termijn waarbinnen de gedraging strafbaar is (zoals een seizoensgebonden jachtverbod). Terugwerkende kracht van wijzigingen in de delictomschrijving is mijns inziens uitsluitend gerechtvaardigd indien ten tijde van het onherroepelijk worden van de veroordeling er geen behoefte meer bestaat aan het vergelden van de gedraging, noch aan het voorkomen van die gedraging voor de toekomst. Het criterium van gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van de in het verleden gepleegde gedraging operationaliseert die gedachte. Wanneer vergelding en preventie niet meer gewenst zijn, kan worden gesteld dat het onrechtvaardig is om een straf op te leggen. Dat reeds ten uitvoer gelegde straffen geen keer kunnen nemen zal moeten worden geaccepteerd, maar dat geldt niet voor de tenuitvoerlegging van reeds opgelegde straffen. Om die reden zou Nederland een voorbeeld kunnen nemen aan de Deense strafwet ten aanzien van opgelegde, maar nog niet ten uitvoer gelegde straffen, die bepaalt dat de veroordeelde kan verzoeken dat de opgelegde straf niet ten uitvoer zal worden gelegd.³⁰

Wanneer ten aanzien van wijzigingen in het sanctierecht het proportionaliteitsbeginsel, en ten aanzien van overige wijzigingen de rechtsvernieuwing als ratio wordt geaccepteerd, bestaat er geen bezwaar tegen toepassing van het mildheidsgebod op alle wijzigingen die de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid beïnvloeden. Formele beperkingen in de reikwijdte van het mildheidsgebod zijn niet nodig, aangezien de ratio van rechtsvernieuwing, en de uitwerking daarvan in de leer van het gewijzigd inzicht, garanderen dat de mildere strafwet slechts wordt toegepast indien dat ook beoogd en gerechtvaardigd is. Uit de keuze voor een beperkt materiële leer op grond van de rechtsvernieuwing volgt dat toepassing van het mildheidsgebod geen recht, maar een beleidskeuze van de wetgever is.

Dit geformuleerde normatieve kader sluit aan op het geldende Nederlandse recht, met als kleine aanpassing dat ik er een voorstander van zou zijn dat indien een wetswijziging moet leiden tot volledige straffeloosheid, ook de tenuitvoerlegging van reeds opgelegde maar niet ten uitvoer gelegde straffen achterwege moet kunnen blijven. Uit dit normatieve kader spreekt dat ik zal pleiten voor een terughoudende regeling van het mildheidsgebod op Europees niveau, die de toepassing van het Nederlandse mildheidsgebod niet te zeer doorbreekt.

30 Art. 3 lid 2 Straffeloven.

8.3 HET MILDHEIDSGEBOD IN HET EUROPEES RECHT

In deze paragraaf staat het mildheidsgebod in het Europees recht centraal. Daarbij gaat het primair om de verplichtingen dan wel verboden die voortvloeien uit het mildheidsgebod voor lidstaten. Eerst wordt de opmerkelijke historische ontwikkeling van het gebod, van nationaal beleidsbeginsel tot een de lidstaten bindend grondrecht, omschreven. Daarna wordt gekeken naar de huidige reikwijdte, ratio en status van het gebod, en wordt bekeken in hoeverre het Handvest ruimte biedt voor beperkingen van het gebod op nationaal niveau. Dit is de voor dit hoofdstuk belangrijkste vraag. Ik kijk vervolgens naar de toepassing van het mildheidsgebod in het punitief bestuursrecht en het vóórkomen van overgangsrechtelijke bepalingen in het Europees recht. Daarmee kan worden onderzocht hoe de Europese wetgever en rechter vormgeven aan overgangsrecht op Europees niveau. Onderzoeksvraag 1a over toepassing van het legaliteitsbeginsel op Europees niveau wordt in dit hoofdstuk dus pas beantwoord na onderzoeksvraag 1b over de eisen aan nationale actoren. Het is immers, nu het Europees recht geen strafbepalingen bevat, niet vanzelfsprekend dat de Europese wetgever gebonden is aan het mildheidsgebod. Aan het eind komt aan de orde welke gevolgen de Europese rechtspraak heeft gehad voor de uitleg van artikel 7 EVRM.

8.3.1 Terugwerkende kracht van Europees recht in het nationale strafrecht

De jurisprudentie van het Hof van Justitie over de terugwerkende kracht van Europees recht (meestal richtlijnen en verordeningen, maar soms ook andere vormen van Europese regelgeving) in het strafrecht kan worden opgedeeld in drie fases vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw tot het eerste decennium van de 21^e eeuw. In de eerste fase lag de nadruk op het Europees niveau: richtlijnen en verordeningen hebben in beginsel geen terugwerkende kracht vanwege het rechtszekerheidsbeginsel, ongeacht of dit ten gunste of ten nadele is van individuen. In de tweede fase ontstond de mogelijkheid voor nationale rechters om, los van de eventuele terugwerkende kracht op Europees niveau, op basis van het *nationale recht* voor burgers gunstige effecten met terugwerkende kracht toe te staan. Die mogelijkheid was echter wel begrensd: de effectieve toepassing van het Europees recht mocht er niet door worden bedreigd. In de derde fase werd het beginsel van terugwerkende kracht van de mildste straf een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, en ontstond er dus een grondslag in het *Europees recht* voor terugwerkende kracht.

Fase 1: Geen terugwerkende kracht van Europees recht

In de eerste fase ging als gezegd de aandacht uit naar retroactieve effecten van richtlijnen en verordeningen krachtens het Europees recht zelf. In 1979

inviteerde de Italiaanse rechter het Hof van Justitie zich uit te spreken over de rechtsgevolgen van een richtlijn voor strafzaken waarin de feiten waren gepleegd nog tijdens de omzettingstermijn, en voordat de richtlijn was omgezet.³¹ Ratti werd vervolgd wegens feiten die volgens de nieuwe richtlijn niet langer strafbaar waren, maar volgens het nationale strafrecht wel. Het Hof stelt dat de richtlijn 'voor de particulier die vóór afloop van de termijn waarbinnen de Lid-Staat zich dient aan te passen, handelt in overeenstemming met de bepalingen ervan, geen enkel gevolg kan hebben dat door de nationale rechterlijke instanties in aanmerking kan worden genomen.'³² Merk op dat het Hof het woord 'kan' gebruikt, waarmee de terugwerkende kracht geheel uitgesloten lijkt. De terugwerkende kracht werd dus geheel bepaald in het Europees recht zelf, en retroactieve toepassing van gunstige bepalingen was in deze eerste fase nog niet aan de orde.³³

Fase 2: Terugwerkende kracht van de gunstige wet niet verplicht, wel toegestaan, tenzij dit leidt tot een schending van de handhavingsplicht van de lidstaat

Halverwege de jaren negentig kenterde de rechtspraak en kon op grond van een mildheidsgebod in het *nationale* recht een richtlijn soms toch met terugwerkende kracht worden toegepast op feiten die zich na inwerkingtreding, maar vóór het verstrijken van de omzettingstermijn hebben voorgedaan. Indien feiten gepleegd onder vigeur van het oude recht ten tijde van de berechting niet langer strafbaar waren, kon volgens het Hof op grond van het nationale recht de richtlijn met terugwerkende kracht in de weg staan aan toepassing van de nationale strafbepaling.³⁴ Kort daarna stelde het Hof in het *Awoyemi*-arrest expliciet dat terugwerkende kracht van de in het geding zijnde richtlijn weliswaar geen verplichting is in het Gemeenschapsrecht, maar dat het Gemeenschapsrecht zich daar evenmin tegen verzet.³⁵ Weer een aantal jaren later werd deze overweging herhaald in een zaak waarin de feiten zich hadden voorgedaan nog voordat de richtlijn überhaupt in werking was getreden.³⁶

31 HvJ EG 5 april 1979, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*).

32 HvJ EG 5 april 1979, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*), r.o. 47.

33 Zie voor andere voorbeelden HvJ EG 7 februari 1979, 136/78, ECLI:EU:C:1979:34 (*Auer*), r.o. 30; HvJ EG 29 januari 1985, C-234/83, ECLI:EU:C:1985:30 (*Gesamthochschule Duisburg*). Die laatste zaak betrof overigens niet het materiële strafrecht.

34 HvJ EG 23 februari 1995, C-358/93 en C-416/93, ECLI:EU:C:1995:54 (*Bordessa*) en het zeer vergelijkbare arrest HvJ EG 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, ECLI:EU:C:1995:451 (*Sanz de Lera*), r.o. 14.

35 HvJ EG 29 oktober 1998, C-230/97, ECLI:EU:C:1998:521 (*Awoyemi*), r.o. 38, bevestigd ook ten aanzien van het primaire recht in HvJ EG 29 februari 1996, C-193/84, ECLI:EU:C:1996:70 (*Skanavi en Chrysanthakopoulos*), r.o. 16-18.

36 HvJ EG 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 (*Arblade en Leloup*), r.o. 29. Aangezien het Hof hier opnieuw naar *Awoyemi* verwijst en de daaruit afkomstige standaardoverweging bezigt, is in dit arrest de vraag ontkennend beantwoord – gesteld door Kristen 2004, p. 90, voetnoot 188 – of in het ontbreken van een verwijzing naar

Uit het *Awoyemi*-arrest wordt vaak afgeleid dat in die tijd in het algemeen richtlijnen op grond van het nationale recht met terugwerkende kracht konden worden toegepast.³⁷

Daarbij gold echter een restrictie, gezien het arrest *Allain*.³⁸ Dit arrest is gewezen door slechts drie rechters, tamelijk onopgemerkt gebleven, en de relevante passages zijn door het Hof nooit herhaald. Het gaat om een wetswijziging die slechts indirect relevant was voor het Europees recht, maar de redenering is mijns inziens geldig voor het gehele Europees recht. Die redenering kan niet worden genegeerd, al was het maar omdat deze aansluit bij de nadruk die het Hof pleegt te leggen op de plichten aangaande de handhaving van Europees recht en daarom ook voor de toekomst nog relevant zou kunnen blijken. De situatie was als volgt: op grond van het EGKS-Verdrag hadden de lidstaten de plicht toezicht te houden op de invoer van kolen en staal uit derde landen, door een invoerdocument te eisen met daarop land van oorsprong en land van herkomst, en door de juistheid van dat document te controleren. Niet-naleving van de douaneregels moest worden gehandhaafd met behulp van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties. Het bedrijf van Allain had, om een invoerverbod en betaling van invoerrechten te ontduiken, bij de invoer van stalen platen aangegeven dat deze uit Joegoslavië afkomstig waren, terwijl de werkelijke herkomst de Duitse Democratische Republiek was. Op Frankrijk rustte de Europeesrechtelijke verplichting dergelijke gedragingen tegen te gaan met sancties. Er werd vervolging ingesteld, maar pas nadat Duitsland inmiddels één was geworden en de DDR was opgehouden te bestaan. De voormalige DDR was deel geworden van de douane-unie, waardoor de gedragingen niet meer onder de strafbepaling vielen waarvoor werd vervolgd. Sterker nog: het eisen van een invoerverklaring is binnen de communautaire rechtsorde juist verboden. Nog steeds kon de gedraging worden gezien als een onregelmatigheid, nu de formulieren niet naar waarheid waren ingevuld, maar dit was een veel lichtere overtreding dan het feit waarvoor oorspronkelijk vervolging werd ingesteld. De Franse verwijzende rechter meende dat het grondwettelijk gegarandeerde recht op terugwerkende kracht van een dergelijke wijziging een veroordeling wegens het zware feit in de weg stond, maar vroeg aan de Europese rechter of het feit mocht worden gekwalificeerd als het lichtere feit, het vermelden van onjuistheden bij de aangifte van goederen.

Het Hof van Justitie lijkt zich weinig om deze technische kwalificatieproblematiek te bekommeren, maar is vooral geïnteresseerd in het waarborgen van de effectieve toepassing van het Unierecht. Het Hof antwoordt dat

nationaal recht in de zaak Kortas (HvJ EG 1 juni 1999, C-319/97, ECLI:EU:C:1999:272 (*Kortas*)) een aanscherping van de rechtspraak moet worden gezien.

37 Kristen 2004, p. 92-94; Kristen in zijn noot onder Rb Amsterdam 11 februari 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AS5811, JOR 2005/74; Herlin-Karnell 2012, p. 22; Dannecker 2006, p. 315-316.

38 HvJ EG 26 september 1996, C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*).

‘de uitbreiding van het communautair douanegebied door de eenwording van een Lid-Staat of de toetreding van nieuwe Lid-Staten, een nieuw materieel feit is, dat de Lid-Staten niet ontslaat van hun verplichting, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het ten tijde van de feiten geldende gemeenschapsrecht te verzekeren. Een dergelijke uitbreiding heeft derhalve niet tot gevolg, dat zij de nationale rechterlijke instanties belet, overtredingen van de communautaire voorschriften onder gelijke materiële en formele voorwaarden te bestraffen als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht, met een sanctie die hoe dan ook doeltreffend, evenredig en afschrikkend is.’³⁹

Het Hof is dus niet geïnteresseerd in de kwalificatie van de feiten, maar wel in de handhaving van het Unierecht. De lidstaten zijn verplicht ervoor te zorgen dat ‘het ten tijde van de feiten geldende Gemeenschapsrecht’ op doeltreffende wijze wordt toegepast. De gedragingen zullen dus moeten worden bestraft met een passende sanctie. Het Hof wil met deze wat cryptische overweging vermoedelijk voorkomen dat een te ruimhartige terugwerkende kracht van wetwijzigingen de handhaving van het Europees recht belemmert of zelfs onmogelijk maakt.

Dit betekent volgens mij dat de toepassing van het mildheidsgebod onder omstandigheden een schending kan opleveren van het Europees recht. Hier gaat het om toepassing met terugwerkende kracht van Europees recht, maar het is niet uitgesloten dat ook terugwerkende kracht van de latere omzettingsebepaling in strijd zou kunnen komen met het Europees recht. Als dat het geval is, dan is ook de toepassing van het mildheidsgebod krachtens het nationale recht aan de voorwaarde verbonden dat daarmee niet de handhaving van het Europees recht in gevaar wordt gebracht.

Steun voor het standpunt dat er slechts een geclausuleerde mogelijkheid tot terugwerkende kracht bestaat, kan worden gevonden in de in Nederland evenmin breed bekende *Niselli*-rechtspraak. In een serie uitspraken in prejudiciële-vraagprocedures geëntameerd door Italiaanse rechters stond de terugwerkende kracht van met Unierecht strijdige nationale bepalingen ter discussie.⁴⁰ Italië wijzigde een aantal keer aanvankelijk correct omgezette wetgeving in met het Europees recht strijdige bepalingen. In deze gevallen was dus niet het Europees maar het nationale recht milder, en dat nationale recht was bovendien in strijd met het Europees recht. Italië kent een mildheidsgebod op grond waarvan een milder geworden strafwet met terugwerkende kracht moet worden toegepast. Dit heeft tot gevolg dat gedragingen begaan voor, maar berecht na wijziging van het nationale recht naar nationaal recht niet

39 HvJ EG 26 september 1996, C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*), r.o. 28-29.

40 HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*). De andere arresten in deze lijn zijn HvJ EG 25 juni 1997, C-304/94, C-330/94, C-342/94 en C-224/95, ECLI:EU:C:1997:314 (*Tombesi*) en HvJ EG 15 januari 2004, C-235/02, ECLI:EU:C:2004:26 (*Saetti en Frediani*).

langer kunnen worden bestraft, terwijl dit op grond van het Unierecht wel zou moeten. Uit het *Kolpinghuis*-arrest volgt dat de feiten niet bestraft kunnen worden door de richtlijn rechtstreeks toe te passen.⁴¹ In deze gevallen is echter de vraag of de richtlijn het gevolg kan hebben dat de nieuwe, niet-richtlijnconforme omzettingwetgeving buiten toepassing wordt gelaten, ten gunste van een oude nationale strafbepaling. In dat geval berust de strafrechtelijke aansprakelijkheid dus niet op de richtlijn zelf maar op het nationale recht, dat bovendien het nationale recht was zoals het gold ten tijde van het plegen van de feiten. Toepassing van het mildheidsbeginsel in het nationale recht leidt in dit geval tot een schending van het Unierecht: is toepassing van het mildheidsgebod dan wel toegestaan? De feiten lijken op die uit het *Allain*-arrest in die zin dat de vraag is of toepassing van het mildheidsgebod strijdt met de handhavingsplicht van de lidstaten. Het verschil is dat in deze zaken deze vraag ook expliciet gesteld werd door de nationale rechters, en dat het nationale recht is gewijzigd en niet het Europees recht.

Niselli had een strafbepaling overtreden die was ingevoerd ter omzetting van de afvalstoffenrichtlijn. Ten tijde van zijn berechting waren die gedragingen echter niet langer strafbaar, omdat Italië de definitie van het begrip afvalstof had gewijzigd. Door deze wijziging was strijd ontstaan met de richtlijn. Op feiten gepleegd na wijziging van het nationale recht moeten deze bepalingen worden toegepast, aangezien het niet mogelijk is de richtlijn rechtstreeks toe te passen als grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Niselli beriep zich op het mildheidsgebod en de Italiaanse verwijzende rechter stelde prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van de latere bepaling met het Europees recht. De Commissie herinnerde het Hof eraan dat een richtlijn niet onafhankelijk van het nationale recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vestigen of verzwaren. Het Hof had in eerdere vergelijkbare zaken al vastgesteld dat het 'niet aan het Hof [is] om het nationale recht uit te leggen of toe te passen om de gevolgen te bepalen van de latere vaststelling van nationale bepalingen die de strafbaarstelling van dergelijke feiten opheffen'.⁴² Daarmee liet het de gevolgen van een nationaal mildheidsgebod voor de nationale rechter. In dit arrest verduidelijkt en verscherpt het dat standpunt:

'In casu staat [...] vast dat de feiten die tot de strafzaak tegen Niselli hebben geleid, op het moment waarop zij zich voordeden, strafbaar waren. Onder deze omstandigheden behoeft niet te worden onderzocht, welke gevolgen het legaliteitsbeginsel

41 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*).

42 Beschikking van het HvJ EG 15 januari 2004, C-235/02, ECLI:EU:C:2004:26 (*Saetti en Frediani*), r.o. 26. Het Hof verwijst terug naar r.o. 42 en 43 van HvJ EG 25 juni 1997, C-304/94, C-330/94, C-342/94 en C-224/95, ECLI:EU:C:1997:314 (*Tombesi*) en leest deze overweging kennelijk aldus dat daarin de toepassing van het mildheidsgebod wordt overgelaten aan de nationale rechter.

wat de straffen betreft voor de toepassing van richtlijn 75/442 zou kunnen hebben.⁴³

Het Hof heeft er dus geen moeite mee dat de nationale rechter de verenigbaarheid van het latere omzettingsrecht met de richtlijn onderzoekt. De prejudiciële vragen zijn dientengevolge ontvankelijk. De nationale rechter acht die vraag relevant omdat hij bereid is de nieuwe wet buiten toepassing te laten, om vervolgens de oude strafbepaling toe te kunnen passen op Niselli. Het Hof heeft daar blijkens de geciteerde overweging geen moeite mee. Ten tijde van het plegen waren de gedragingen immers strafbaar, de verdachte wordt berecht volgens het ten tijde van het plegen van het feit geldende recht. Daarmee is een schending van het legaliteitsbeginsel niet aan de orde. Het Hof lijkt daarmee te zeggen dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in een dergelijk geval niet wordt bepaald of verzwaaard door de richtlijn, omdat deze door het nationale recht wordt bepaald. De richtlijn heeft slechts tot gevolg dat een nationale strafbepaling buiten toepassing blijft. De rechter past dan de ten tijde van het plegen geldende strafbepaling toe, de nieuwe blijft buiten toepassing omdat deze strijdig is met rechtstreeks werkend Europees recht. De rechter kan dus niet het mildheidsgebod toepassen omdat de nieuwe bepaling niet kan worden toegepast.

Deze uitspraak was in lijn met de toentertijd geldende vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, en advocaat-generaal Kokott had dan ook geconcludeerd in deze zin. Kokott heeft geen problemen met het effect van de richtlijn: 'De betekenis van de richtlijn is dan enkel dat een de strafbaarheid uitsluitende bepaling buiten toepassing blijft, met als gevolg dat de strafbaarheid uit hoofde van de algemene nationale bepalingen weer herleeft.'⁴⁴ De richtlijn heeft slechts indirect nadelige gevolgen voor de verdachte.⁴⁵

Kokott vindt echter ook dat het Hof van Justitie het mildheidsgebod moet erkennen als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. Het is opgenomen in het (destijds nog niet bindende) Handvest, in het Gemeenschapsrecht inzake administratieve sancties en Kokott leest in het *Allain*-arrest een impliciete erkenning van het beginsel. Daarin stond het Hof toe dat een volgens Gemeenschapsrecht en het nationale strafrecht strafbare handeling na afschaffing van de strafbepaling werd gekwalificeerd als een ander feit, omdat de oude strafbepaling vanwege het mildheidsgebod niet meer kon worden toegepast. Het beginsel kan hier niettemin de verdachten niet baten, aldus Kokott, omdat het beginsel niet dezelfde status heeft als het legaliteitsbeginsel en dus niet

43 HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*), r.o. 30, waar het Hof verwijst naar HvJ EG 25 juni 1997, C-304/94, C-330/94, C-342/94 en C-224/95, ECLI:EU:C:1997:314, (*Tombesi*), r.o. 43.

44 Concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*), par. 23, met meer verwijzingen naar eerdere jurisprudentie.

45 Concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*), par. 74.

onvoorwaardelijk van toepassing is. In dit geval zou toepassing van het mildheidsgebod indruisen tegen de doelstellingen van het Europees recht, op grond waarvan de communautaire wetgever de gedragingen nog altijd strafwaardig acht. De ratio van het mildheidsgebod verzet zich in dit geval dus juist tegen terugwerkende kracht.

Hoewel de feiten verschillen, is de systematiek achter deze uitspraak dezelfde als die achter het *Allain*-arrest: het mildheidsgebod kan maar beperkt worden toegepast als ten tijde van het plegen van de feiten een plicht bestond in het Gemeenschapsrecht om de betreffende gedraging te bestraffen. Dat geldt zowel ten aanzien van de toepassing met terugwerkende kracht van Gemeenschapsrecht als van nationale omzettingswetgeving.

In de tweede fase kon zowel Europees als nationaal recht dus worden toegepast met terugwerkende kracht, op grond van het nationale recht. Daartoe bestond echter geen plicht. Bovendien ontslaat het verlenen van terugwerkende kracht aan een latere bepaling van Europees recht, een lidstaat niet van de plicht om het ten tijde van de gedraging geldende recht effectief te handhaven. Wanneer een nationale strafbepaling in voor de verdachte gunstige zin gewijzigd wordt, terwijl deze nieuwe bepaling in strijd is met het Unierecht, dan moet deze bepaling buiten toepassing blijven als in plaats daarvan de oude, niet met het Unierecht strijdige bepaling kan worden toegepast. De terugwerkende kracht van zowel Europees als nationaal recht kan dus wel worden beperkt door de plicht voor de lidstaat te zorgen voor adequate handhaving van het Europees recht.

Fase 3: Erkenning van het mildheidsgebod als algemeen beginsel van Europees recht

De derde fase in de jurisprudentie ving aan met de erkenning van het mildheidsgebod als algemeen beginsel van Europees recht. Het maakte al deel uit van het Handvest voor de Grondrechten uit 2000, dat echter tot 2009 geen bindend karakter had. De erkenning van het beginsel in de geruchtmakende *Berlusconi*-zaak in 2005 vormt het scharnierpunt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over dit onderwerp, en daarmee in de betekenis die het beginsel daadwerkelijk heeft in het Europees recht. Bij dit arrest verschenen diverse annotaties, waarvan enkele zeer kritisch.⁴⁶ Men verbaasde zich met name over het feit dat het Hof zonder toelichting afwijkt van de hierboven beschreven vaste jurisprudentie.⁴⁷ Niet zozeer de uitkomst op zichzelf, maar het feit dat deze radicaal verschilt van de uitkomst van recente vergelijkbare

46 Veldt-Foglia 2006; Prechal & Van Ooik 2005; Van der Wilt 2006; Wegener & Lock 2005; Paeffgen 2006, p. 303-305; Gross 2005; Eijsbouts 2006, p. 131-136; Biondi & Mastroianni 2006.

47 Paeffgen 2006, p. 303-305; Gross 2005; Eijsbouts 2006, p. 131-136; Biondi & Mastroianni 2006; Wegener & Lock 2005.

zaken – met minder prominente verdachten – werd met argwaan bekeken. Tekenend is de titel van de annotatie van Wegener en Lock: 'Die Kleinen "hängt" man, die Grossen lässt man laufen? Berlusconi und Niselli – Ungleiche vor dem EuGH'.⁴⁸

Het arrest week op twee punten ongemotiveerd af van eerdere jurisprudentie. Ten eerste werd het mildheidsgebod erkend als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht, en ten tweede worden de beperkingen aan de doorwerking van richtlijnen in het strafrecht uitgebreid. Voor de analyse van die twee koerswijzigingen kan worden vooropgesteld dat het niet anders kan dan dat het Hof hiervoor bewust heeft gekozen. Tussen de twee uitspraken zit slechts een half jaar tijd en twee van de drie rechters die het *Niselli*-arrest wezen zitten in de Grote Kamer die het *Berlusconi*-arrest wijst, waarbij één van hen (Timmermans) ook de rapporterende rechter is. Het Hof is bovendien door advocaat-generaal Kokott in de conclusie expliciet gewezen op zijn eerdere rechtspraak. Dat het Hof zijn eerdere uitspraken over het hoofd heeft gezien kan daarom worden uitgesloten.⁴⁹ De uitspraak werd bovendien nadien bevestigd in een beschikking.⁵⁰

De rechtsvraag in het *Berlusconi*-arrest doet op zeer veel punten denken aan de *Niselli*-zaak. De feiten waren gepleegd op een moment dat het Italiaanse recht richtlijnconform was. Nadat de richtlijn aanvankelijk correct was omgezet, werd de omzettingwetgeving gewijzigd in voor de verdachten gunstige zin, terwijl het nationale recht daardoor (waarschijnlijk) niet langer richtlijnconform was. Nadat de wet was gewijzigd, werden de verdachten berecht. Berlusconi had in de jaren negentig van de twintigste eeuw fraude gepleegd door jaarrekeningen van zijn vennootschap Fininvest SpA te vervalsen. Op grond van de Eerste Vennootschapsrichtlijn moeten vennootschappen ieder boekjaar een balans en een winst- en verliesrekening openbaar maken die een getrouw beeld geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de vennootschap. Lidstaten moeten op niet-naleving van deze normen reageren met 'passende sancties'.⁵¹ Na het publiceren van de vervalste jaarrekeningen werd

48 Wegener & Lock 2005.

49 In die zin ook Wegener & Lock 2005, p. 805-806.

50 HvJ EG 5 mei 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 en C-473/03, ECLI:EU:C:2006:285 (*Mulliez*). Op basis van die beschikking kan voorts worden uitgesloten dat het verschil met *Niselli* moet worden gezocht in het type wetswijziging. De verwijzende rechters vroegen zich af of de overwegingen uit het *Berlusconi*-arrest op hun zaken van toepassing waren aangezien het volgens hen ten aanzien van Berlusconi met name ging om een wijziging in de strafmaat, terwijl hier uitsluitend de gewijzigde tolerantiedrempels invloed hadden op de strafbaarheid van de verdachten. Het Hof stelde echter dat het arrest *Berlusconi* ook betrekking had op de tolerantiedrempels en dat de relevante vraag is of de bepalingen betrekking hebben op de omvang van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betrokkenen (r.o. 40-44).

51 Art. 6 juncto art. 2 lid 1, sub f Richtlijn 68/151/EEG. Het Hof oordeelt op basis van de systematiek van de vennootschapsrichtlijnen dat niet alleen een passende sanctie is vereist indien de jaarrekeningen niet worden gepubliceerd, maar ook indien zij geen getrouw beeld

het Italiaanse recht aanzienlijk versoepeld, waardoor Berlusconi niet langer kon worden vervolgd. Het nieuwe recht introduceerde een drempel voor strafrechtelijke aansprakelijkheid: indien de fraude onder een maximale afwijking van 5% van het boekjaarresultaat of 1% van het nettovermogen blijft, is de fraude niet strafbaar. De maximumstraf werd verlaagd van vijf jaar naar achttien maanden. Voor sommige feiten werden subjectieve bestanddelen geïntroduceerd, zoals opzet tot misleiding en het handelen uit winstbejag. Daarnaast waren de feiten naar nieuw recht geen misdrijf meer maar een overtreding, waardoor ze inmiddels waren verjaard. Ook de met de fraude samenhangende strafbare feiten (samenspannen, witwassen, heling) kunnen niet langer worden vervolgd, aangezien deze accessoir zijn aan misdrijven. Ook al zouden de feiten nog niet zijn verjaard, tot slot, is vervolging alsnog uitgesloten omdat enkele feiten tot klachtdelicten zijn gemaakt terwijl de klacht van een vennoot of schuldeiser ontbrak. Saillant is hierbij natuurlijk dat deze wetwijzigingen zijn doorgevoerd door de Italiaanse wetgever, nadat Berlusconi in 2001 voor de tweede keer premier werd en Berlusconi een meerderheid van het parlement achter zich had. De nieuwe regeling is gunstiger voor de verdachten en zou volgens hen daarom met terugwerkende kracht moeten worden toegepast op grond van het nationale mildheidsgebod.

De conclusie van opnieuw advocaat-generaal Kokott was inhoudelijk hetzelfde als die onder het *Niselli*-arrest, zij het wat uitvoeriger. Ze wijst op de overeenkomst van het onderhavige arrest met de casus uit het *Niselli*-arrest.⁵² Opnieuw stelt zij dat het mildheidsgebod als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht zou moeten worden erkend, maar dat dit de uitkomst van de zaak niet zou veranderen omdat de communautaire wetgever niet van inzicht is veranderd. Omdat anders dan in de zaken *Allain*, *Awoyemi*, *Skanavi* en *Chrysanthakopoulos* niet het Gemeenschapsrecht is gewijzigd, maar alleen het nationale recht en zulks in strijd met het Gemeenschapsrecht, is toepassing van het mildheidsgebod volgens Kokott niet toegestaan. Ook indien niet het communautaire maar het nationale mildheidsgebod wordt toegepast door de rechter, komt hier geen verandering in. Dat is zo omdat ook de toepassing van nationale beginselen aan beperkingen kan worden onderworpen als deze beginselen in strijd met het Gemeenschapsrecht zijn. In een geval waarin de toepassing van het mildheidsgebod zou leiden tot een met de richtlijn strijdig resultaat, mag het niet worden toegepast, aldus Kokott. Het Europees mildheidsgebod kan de verdachte dus niet baten omdat het niet van toepassing is wanneer de Europese wetgever niet van inzicht is gewijzigd; het nationale

geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de vennootschap; HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), r.o. 53-58.

52 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. 149-153.

mildheidsgebod kan evenmin soelaas bieden omdat toepassing ervan zou leiden tot een met de richtlijn strijdig resultaat.⁵³

Waar Kokott in haar conclusie voorstelt de *Niselli*-rechtspraak te handhaven, tapt het Hof ditmaal uit een ander vaatje. Om te beginnen stelt het Hof de vraag of de sancties in het Italiaanse recht passend zijn. Het vereiste van passende sancties wordt rechtstreeks uit artikel 6 Eerste Vennootschapsrichtlijn afgeleid (en niet uit het EG-Verdrag) en nader ingevuld met het beginsel van Gemeenschapstrouw – een zet die later van belang zal blijken. Vervolgens gaat het Hof van Justitie over tot de erkenning van het ‘beginsel van de retroactieve toepassing van de lichtste straf’ als beginsel van Gemeenschapsrecht. Niet geheel uit het niets, want advocaat-generaal Kokott had dit zowel in het conclusie bij het *Niselli*-arrest als bij dit arrest gesuggereerd, maar wel zonder toelichting. Het Italiaanse strafrecht, maar ook het EG-recht zelf, aldus het Hof, schrijft de retroactieve toepassing van de mildere sanctie voor. Wel is de vraag – door Kokott gesteld, door het Hof herhaald – of die plicht ook geldt indien de toepassing van de lichtste straf in strijd is met het Gemeenschapsrecht. Nu de regels die in het geding zijn afkomstig zijn uit een richtlijn, hoeft die vraag niet te worden beantwoord: de lidstaat kan zich niet jegens een particulier op een richtlijn beroepen. Het Hof vervolgt:

‘Wanneer in casu artikel 6 van de Eerste vennootschapsrichtlijn wordt ingeroepen om na te gaan of de nieuwe artikelen 2621 en 2622 van het Italiaanse burgerlijk wetboek daarmee verenigbaar zijn, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat het in deze artikelen neergelegde lichtere strafregime buiten toepassing wordt gelaten.

Uit de verwijzingsbeschikkingen blijkt immers dat, indien de nieuwe artikelen 2621 en 2622 van het Italiaanse burgerlijk wetboek wegens onverenigbaarheid met artikel 6 van de Eerste vennootschapsrichtlijn buiten toepassing moeten worden gelaten, dit tot gevolg kan hebben dat een aanzienlijk zwaardere strafsancie geldt, zoals is voorzien in het oude artikel 2621 van dat wetboek, dat van toepassing was ten tijde van de feiten die in de hoofdgedingen worden vervolgd. Een dergelijk gevolg zou in strijd zijn met de beperkingen die voortvloeien uit het karakter van richtlijnen, dat meebrengt, zoals volgt uit de in de punten 73 en 74 van dit arrest genoemde rechtspraak, dat een richtlijn niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van verdachten, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren.

Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat in een situatie zoals die van de hoofdgedingen de Eerste vennootschapsrichtlijn als zodanig niet door de autoriteiten van een lidstaat in een strafzaak tegenover een verdachte kan worden ingeroepen, aangezien een richtlijn uit zichzelf en onafhankelijk van een door een lidstaat ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde

53 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.

nationale wet, niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren.⁵⁴

Als de nationale rechter nu de met Gemeenschapsrecht strijdige nationale bepalingen buiten toepassing zou laten, kan dit tot gevolg hebben dat een zwaardere sanctie wordt opgelegd, en '[e]len dergelijk gevolg zou in strijd zijn met de beperkingen die voortvloeien uit het karakter van richtlijnen'.⁵⁵ Om die reden is het relevant dat niet rechtstreeks wordt verwezen naar het Verdrag, dat immers ook ten nadele van individuen kan doorwerken.⁵⁶ De vraag óf de nieuwe regeling in strijd is met het Gemeenschapsrecht, wordt door het Hof van Justitie niet beantwoord. Het antwoord daarop is immers niet nodig voor het oplossen van het geschil door de nationale rechter. Het gevolg van deze uitspraak is dat de nationale rechter niet anders kan dan de latere, voor de verdachte gunstige bepaling toe te passen.⁵⁷ Berlusconi is dan ook in 2012 definitief vrijgesproken door de Italiaanse rechter op grond van de nieuwe wet.

De verschillen met het *Niselli*-arrest zijn aanzienlijk. Het eerste verschil met het *Niselli*-arrest is natuurlijk de erkenning van het mildheidsgebod. Het Hof heeft vastgesteld dat de latere Italiaanse wet ondanks mogelijke strijd met de richtlijn toepasselijk is, omdat het Europees recht niet tegen een verdachte kan worden gebruikt. De rechter moet dus een keuze maken tussen de oude en de nieuwe wet, en is daarbij verplicht het Europeesrechtelijke mildheidsgebod in acht te nemen aangezien het nationaal recht betreft dat is vastgesteld ter uitvoering van een Europese richtlijn. Het tweede verschil is dat waar in *Niselli* en eerdere uitspraken de richtlijn leidde tot het buiten toepassing laten van strijdig nationaal recht, waardoor *Niselli* in weerwil van het nationale mildheidsgebod kon worden veroordeeld op basis van het oude recht, dit volgens het *Berlusconi*-arrest niet mogelijk is. De nationale rechter mag het nationale recht überhaupt niet langer toetsen aan het Europees recht met het oog op buitentoepassinglating van het nationale recht, omdat de richtlijn dan indirect

54 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), r.o. 68-78. Het citaat komt uit r.o. 75-78.

55 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), r.o. 78.

56 In andere gevallen leidt het Hof juist verplichtingen af uit het primaire recht in plaats van uit een richtlijn, om de beperkingen in de doorwerking daarvan te vermijden. Dat is althans mijn lezing van het *Küçükdeveci*-arrest, waarin het Hof verwijst naar een algemeen beginsel van Europees recht, omdat de richtlijn geen horizontale werking kan hebben. Zie HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Küçükdeveci*), en daarover De Waele & Kieft 2010.

57 Anders Veldt-Foglia, die stelde dat de nationale rechter alsnog de nieuwe bepaling buiten toepassing kon laten en de oude toepassen, omdat de 'nieuwe' niet meer bestaat, zie Veldt-Foglia 2006, p. 93-94. Deze oplossing is aangedragen door de A-G maar in rechtsoverweging 76-78 van het arrest expliciet door het Hof verworpen.

negatieve gevolgen zou hebben voor de verdachte.⁵⁸ Nu het Hof de verplichting tot het stellen van passende sancties uitsluitend afleidt uit de richtlijn, wordt het nationale recht evenmin aan het EG-Verdrag zelf getoetst. Op die manier kan de nationale rechter niet anders dan de feiten beoordelen naar de latere, mildere strafwet.

Recent heeft het Hof echter toch weer naar Niselli verwezen, namelijk in het *Taricco*-arrest.⁵⁹ In het *Taricco*-arrest krijgt artikel 325 VWEU (inzake de bestrijding van fraude met EU-middelen) gevolgen voor het strafprocesrecht, omdat een daarmee strijdige regeling inzake stuiting van de verjaring buiten toepassing moet blijven. Omdat de nationale regeling in strijd is met een (rechtstreeks toepasselijke) verdragsbepaling en niet met een richtlijn, geldt niet de beperking dat het Europees recht alleen jegens de lidstaat kan worden ingeroepen. Wel is de voorrang beperkt door het legaliteitsbeginsel. Dat is in het *Taricco*-arrest geen probleem, aangezien de gedragingen ten tijde van het handelen strafbaar waren naar nationaal recht – en hiervoor verwijst het Hof opnieuw naar het *Niselli*-arrest.⁶⁰ Het *Taricco*-arrest duidt er niettemin wel op dat ook nationale strafbepalingen die conflicteren met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van Europees recht, niet buiten toepassing gelaten mogen worden. Het Hof staat niet toe ‘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 strafsancie stond [...] noch toepassing van een sanctie waarin op datzelfde tijdstip naar nationaal recht niet was voorzien.’⁶¹ Dat veroordelingen slechts kunnen worden gegrondvest in het nationale recht, dat ten tijde van het begaan van de gedraging reeds moest gelden, is dus een onverminderd kernvereiste in het Europees strafrecht.

8.3.2 Analyse van de huidige stand van zaken

Het beginsel van terugwerkende kracht van voor de verdachte gunstige wetswijzigingen is erkend als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht in het *Berlusconi*-arrest en bindend vastgelegd in artikel 49 lid 1 Hv.⁶² 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 uitvoeringsmaatregelen treffen om verordeningen strafrechtelijk te kunnen handhaven. Het

58 Biondi & Mastroianni 2006; Prechal & Van Ooik 2005, p. 445.

59 HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

60 HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*), r.o. 52-56.

61 HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*), r.o. 56.

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

mildheidsgebod blijkt echter bepaald geen uitgekristalliseerd leerstuk te zijn: de reikwijdte en ratio van het beginsel blijken niet expliciet uit de jurisprudentie.

Wat wél duidelijk is, is de *status* van het mildheidsgebod in het Europees recht: het is een grondrecht.⁶³ 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.⁶⁴ 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 slechts mogelijk indien de afwijking voldoet aan de voorwaarden van artikel 52 lid 1 Hv; die mogelijkheid zal later besproken worden.

Over de *ratio* van het mildheidsgebod geeft het Hof van Justitie in het *Berlusconi*-arrest geen nadere overwegingen.⁶⁵ Uit het feit dat het Hof het mildheidsgebod schaaft onder de grondrechten kan worden afgeleid dat de ratio hoogstwaarschijnlijk niet slechts gelegen is in de rechtsvernieuwing. Wanneer immers de rechtsvernieuwing de grondslag is, is toepassing ervan geheel afhankelijk van de wetgever, terwijl grondrechten nu juist een toetsingskader vormen voor het handelen van onder andere de wetgever.⁶⁶ Knigge zoekt daarom de verklaring van de erkenning van het mildheidsgebod als grondrecht in het beginsel van proportionaliteit van straffen.⁶⁷

De *reikwijdte* van het mildheidsgebod in het Europees recht is het moeilijkst vast te stellen. Het lijkt zowel wijzigingen in de sancties als wijzigingen in de delictomschrijvingen te omvatten. Het *Berlusconi*-arrest had namelijk betrekking op beide type wijzigingen. Het Hof stelt vast dat op grond van het Italiaanse mildheidsgebod de latere bepalingen moeten worden toegepast, en stelt vervolgens dat dit beginsel een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht is. Het maakt daarbij geen onderscheid tussen de verlaging van de maximumstraf en de overige wijzigingen.⁶⁸ Volgens de Hoge Raad heeft het mildheidsgebod in EU-verband echter uitsluitend betrekking op wijzigingen

63 In die zin ook Satzger 2014, p. 411.

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

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

66 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.

67 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.10.

68 In een latere zaak bevestigde het Hof bovendien dat de wijzigingen in het *Berlusconi*-arrest zowel het sanctierecht als de delictomschrijving betroffen, zie HvJ EG 5 mei 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 en C-473/03, ECLI:EU:C:2006:285 (*Mulliez*).

in het sanctierecht.⁶⁹ Die stelling leidt de Hoge Raad, in navolging van advocaat-generaal Knigge, af uit de formulering van het beginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Handvest. Het Hof spreekt in het *Berlusconi*-arrest immers zoals eerder aangehaald van 'het beginsel van de retroactieve toepassing van de lichtste *straf*' [cursivering: JGHA] en ook het Handvest spreekt van een 'lichtere *straf*'. [cursivering: JGHA]⁷⁰ Daaruit lijkt inderdaad te volgen dat de reikwijdte beperkt is tot het sanctierecht.⁷¹ De formulering is echter als zodanig niet doorslaggevend. De toelichting op artikel 49 Handvest vermeldt dat het gaat om de terugwerkende kracht van 'de mildere *strafwet*'. [cursivering: JGHA] De toelichting wijkt dus tekstueel af van het Handvest.⁷² Ook uit andere codificaties van het mildheidsgebod blijkt dat aan die formulering niet teveel waarde moet worden gehecht: hoewel die vaak beperkt is tot de sancties, wordt daaraan in de praktijk meestal een ruimere uitleg gegeven.⁷³

Op basis van de feiten uit het *Berlusconi*-arrest moet daarom rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het mildheidsgebod in het Europees recht een ruimere reikwijdte heeft dan de sanctieleer. Dat laat nog twee mogelijkheden open: de formele leer en de materiële leer. Is het Europees mildheidsgebod beperkt tot wijzigingen in het strafrecht, of kunnen ook wijzigingen daarbuiten met terugwerkende kracht voordelig zijn voor de verdachte? In de Duitse literatuur is wel gesteld dat het Europees mildheidsgebod van toepassing is op alle relevante wetswijzigingen, en dus een materiële leer kent.⁷⁴ Op basis van het *Allain*-arrest van vóór het *Berlusconi*-arrest uit 2005 lijken echter de mogelijkheden voor terugwerkende kracht van niet-strafrechtelijke wijzigingen beperkt.⁷⁵ De wijziging daar betrof immers de uitbreiding van het communautair douanegebied. Het is de vraag of met de latere erkenning en codificatie van het mildheidsgebod deze beperking achterhaald is (omdat toepassing van het mildheidsgebod inmiddels een grondrecht is in

69 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6878, NJ 2012/78, m.nt. Keijzer, r.o. 3.4.5.

70 HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi* e.a.), r.o. 66, 68, 70.

71 In die zin ook Baumbach 2011, p. 141; Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 6.8.

72 Van de bekeken versies in het Nederlands, Engels, Duits, Frans, Deens, Zweeds, en Spaans spreekt alleen de Spaanse twee keer van de lichtere straf, de overige versies zijn steeds in de toelichting ruimer geformuleerd dan in het Handvest zelf.

73 Art. 15 lid 1 IVBPR spreekt evenals het Handvest van een 'lighter penalty', maar het VN-mensenrechtencomité heeft die bepaling aldus uitgelegd dat dit begrip niet alleen verwijst naar een lichtere straf, maar ook naar het afschaffen van de strafbaarheid waardoor er geen enkele strafbaarheid meer over blijft. Zie VN-Mensenrechtencomité 21 oktober 2010, 1760/2008 (Cochet/Frankrijk), overweging 7.3. Ook in België, waar de formulering eveneens is toegespitst op de lichtere straf, wordt het beginsel wel degelijk toegepast op veranderingen in de strafbaarstellingen, zie Van den Wyngaert, De Smet & Vandromme 2011, p. 111-115.

74 Eser 2014, aantekening 34 en 35 bij artikel 49 Hv, daarin gevolgd door Satzger 2014, p. 411.

75 HvJ EG 26 september 1996, C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*).

het Europees recht) of nog altijd geldt (omdat dit Europese grondrecht zich niet uitstrekt tot wijzigingen buiten het strafrecht, of omdat het gebod op inhoudelijke gronden in reikwijdte is beperkt). In het eerste geval hanteert het Europees recht de onbeperkt materiële leer, in het tweede geval de formele of beperkt materiële leer. Recent is deze vraag voorgelegd aan het Hof van Justitie door de Italiaanse rechter in de *Paoletti*-zaak, en het is te hopen dat het Hof daarin aanleiding zal zien om de ratio en reikwijdte van het mildheidsgebod nader toe te lichten.⁷⁶

Gezien de nadruk die er in het Europees recht ligt op de effectiviteit, acht ik het niet onaannemelijk dat het Hof tot de conclusie zal komen dat een wijziging als in het *Allain*-arrest niet met terugwerkende kracht mag worden toegepast op nog onder het oude recht begane gedragingen. Indien het mildheidsgebod ongeclausuleerd van toepassing zou zijn op *alle* wijzigingen die van invloed zijn op de strafrechtelijke aansprakelijkheid, zou dit immers tot aanzienlijke handhavingsbelemmeringen leiden. Strafbepalingen zouden voorafgaand aan een bekendgemaakte wetswijziging (bijvoorbeeld uitbreiding van de EU) nauwelijks meer handhaafbaar zijn. Een andere mogelijkheid zou zijn het Europees mildheidsgebod niet van toepassing te achten op niet-strafrechtelijke wetgeving, om in die situaties lidstaten de vrijheid te geven wetswijzigingen al dan niet met terugwerkende kracht toe te passen, en dus te kiezen voor de formele leer. Met een beperking in de reikwijdte zou het Hof nauwer aansluiten bij het recht van de meeste lidstaten dan wanneer voor een onbeperkt materiële leer zou worden gekozen. Het mildheidsgebod is in de meeste lidstaten geen grondrecht maar beleidsbeginsel,⁷⁷ en bovendien is de toepassing ervan in nationale stelsels vaak aan voorwaarden verbonden.⁷⁸

In paragraaf 8.2.4 heb ik het normatieve uitgangspunt geformuleerd dat uitzonderingen op het beginsel dat strafrechtelijke gedragingen worden beoordeeld naar het recht zoals het gold ten tijde van het begaan van de gedraging slechts op goede gronden moeten worden gemaakt. Dit uitgangspunt dient immers om de rechtszekerheid en machtsverdeling te waarborgen, en moet slechts worden doorbroken indien het bestraffen van een onder het oude recht begane gedraging onrechtvaardig is. Daaruit volgt dat het onwenselijk zou zijn indien het Hof van Justitie een onbeperkt materiële leer zou hanteren. Wanneer de wetswijziging louter bestaat uit toetreding van een nieuwe lidstaat is het niet problematisch om onder het oude recht gepleegde gedragingen te

76 Zie de gestelde vragen in zaak C-218/15 (*Paoletti*). De vragen zijn gesteld naar aanleiding van strafbare feiten verbonden met de illegale binnenkomst en het illegaal verblijf van Bulgaren en Roemenen in Italië, gepleegd vóórdat Bulgarije en Roemenië toetraden tot de Europese Unie. Door toetreding van Bulgarije en Roemenië zijn deze feiten niet langer strafbaar. Het Hof wordt gevraagd of het Handvest zich verzet tegen een voortdurende toepassing van de ongewijzigde strafbepaling op feiten die zijn gepleegd voor de toetreding.

77 Door Gross werden genoemd Portugal, Frankrijk, Luxemburg, Estland, Slowakije, Slovenië en Tsjechië: Gross 2005, p. 372.

78 Zie de genoemde voorbeelden in paragraaf 8.2.1.

bestrafen nadat de toetreding is voltooid. Wanneer ook deze wetswijzigingen onder de reikwijdte van het mildheidsgebod zouden vallen, kan het voorkomen dat gedragingen die op hetzelfde moment zijn begaan in het ene geval tot een veroordeling en in het andere geval tot ontslag van rechtsvervolging leiden. Dat bergt het risico van willekeur in zich.

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 die verdachte recht op toepassing met terugwerkende kracht van de latere bepalingen. Dat geldt in ieder geval ten aanzien van het sanctierecht, maar mogelijk ook ten aanzien van het gehele materiële strafrecht of zelfs ten aanzien van alle wijzigingen. De grondslag daarvoor kan worden gezocht in het beginsel van proportionaliteit van straffen: de verlaging van de strafmaat of het decriminaliseren van de gedraging is een indicatie dat bestraffing niet noodzakelijk of niet proportioneel is. Niettemin zijn er veel situaties te bedenken waarin die veronderstelling niet juist is. Voor die situaties biedt mogelijk artikel 52 lid 1 Hv een uitweg.

8.3.3 Zijn beperkingen toegestaan?

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.⁷⁹ Beperkingen moeten ten eerste bij wet gesteld zijn.⁸⁰ Ten tweede moeten ze de wezenlijke inhoud van het grondrecht eerbiedigen. Ten derde moeten beperkingen evenredig zijn, hetgeen zo is volgens het artikel 'indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.' Wat de 'wezenlijke inhoud' van het mildheidsgebod is, is blijkens het voorgaande niet gemakkelijk vast te stellen omdat de ratio van het mildheidsgebod niet onomstotelijk vaststaat. Ik neem hier het beginsel van proportionaliteit van straffen als uitgangspunt. Volgens het EHRM beoogt het mildheidsgebod te voorkomen dat een straf wordt opgelegd die de staat niet langer als proportioneel beschouwt.⁸¹ Indien een strafbepaling is gewijzigd omdat omstandigheden zijn gewijzigd (vaak het geval bij wijzigingen

79 HvJ EG 13 juli 1989, 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 (*Wachauf*), m.n. r.o. 13.

80 Aangenomen wordt dat het rechtsbegrip hier, evenals in het EVRM, materieel moet worden uitgelegd. Zie concl. A-G P. Cruz Villalón bij HvJ EU 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), punt 107-114. De A-G benadrukt daarin vooral dat kwaliteitseisen moeten worden gesteld aan beperkende maatregelen.

81 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*), r.o. 108.

in ordeningswetgeving) of omdat het een tijdelijke wet betrof, om twee voorbeelden te noemen, dan kan bestraffing van in het verleden gepleegde gedragingen nog steeds proportioneel zijn. Dat lijkt in de casus Paoletti, waarin de strafbaarheid aan de gedragingen ontviel door toetreding van nieuwe lidstaten tot de Europese Unie, zeker het geval te zijn.⁸² Dat lijkt ook het geval te zijn in veel gevallen waarin de Nederlandse rechter geen terugwerkende kracht verleent aan een wetswijziging.⁸³ Het derde vereiste is de proportionaliteit van de beperking. In de jurisprudentie wordt eerst 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.⁸⁴ Wanneer de reden van de beperking van de terugwerkende kracht is gelegen in de wens tot handhaving van het Unierecht, zal in ieder geval sprake zijn van een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang. In een geval zoals het voorligt in de *Paoletti*-casus, waarbij de uitbreiding van de Europese Unie leidt tot het vervallen van de strafbaarheid van bepaalde gedragingen, is het uitzonderen van terugwerkende kracht van die situatie ook de enige en een geschikte wijze om de effectiviteit van het Unierecht te garanderen. 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. Het lijkt zo te zijn dat, ook al zou de Europese rechter voor een ruime uitleg van het mildheidsgebod kiezen, de invloed daarvan op het nationale recht mogelijk toch beperkt is.

8.3.4 Toepassing van het mildheidsgebod op Europees recht

Tot nu toe is uitsluitend de toepassing van het mildheidsgebod door nationale actoren besproken. Het mildheidsgebod kan echter ook relevant zijn voor de Europese wetgever en de Europese rechter. Passen zij het mildheidsgebod toe en zo ja, hoe?

In het Europees recht wordt geen strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd, maar wanneer een verordening een gedragsomschrijving biedt die lidstaten strafrechtelijk moeten handhaven (zoals in de EVOA), heeft een overgangsregeling in die verordening wel invloed op het strafrecht. Dat is het geval met artikel 62 lid 1 van de huidige EVOA, dat terugwerkende kracht van de verordening uitsluit op overbrengingen die voor de inwerkingtreding ervan zijn aangemeld.⁸⁵ Op overbrengingen daterend van voor die datum zijn de bepa-

⁸² Zie de prejudiciële vragen in zaak C-218/15 (*Paoletti*).

⁸³ Zie paragraaf 8.4.

⁸⁴ HvJ EU 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), r.o. 46, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

⁸⁵ En ook voor die datum een ontvangstbevestiging van die aanmelding is afgegeven door de bevoegdheid autoreit. Zie Verordening (EG) 1013/2006.

lingen van de oude EVOA van toepassing. In deze bepalingen wordt dus de terugwerkende kracht van mogelijk gunstiger bepalingen uitgesloten, ongetwijfeld omdat de nieuwe EVOA niet is voortgekomen uit gewijzigde inzichten in de strafwaardigheid van onder de oude EVOA gepleegde gedragingen. Volgens de Hoge Raad sluit een dergelijke overgangsbepaling inderdaad de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr uit.⁸⁶ Het bestaan van overgangsrechtelijke bepalingen in het Europees recht kan worden gezien als een bevestiging van het vermoeden dat het Europees mildheidsgebod niet onbeperkt op *alle* mogelijke wetswijzigingen van toepassing is.

De rechtspraak over de toepassing van het mildheidsgebod in het punitief bestuursrecht is wisselend, en daarom weinig geschikt om nader licht te werpen op de vormgeving van het mildheidsgebod in het Europees recht. Enerzijds zijn er zaken waarin de toepasbaarheid van het *lex mitior*-gebod op de vaststelling van sancties expliciet wordt ontkend. In *BASF en UCB/Commissie* stelt het Gerecht van Eerste Aanleg: '[h]et [...] recht van de Commissie om ten nadele van de betrokkenen retroactief gedragsregels toe te passen die externe gevolgen beogen te sorteren, zoals de richtsnoeren, sluit [...] uit dat deze instelling verplicht is de *lex mitior* toe te passen.'⁸⁷ In deze overweging lijkt toepassing van latere mildere regels in ieder geval geen absoluut recht van de rechtssubjecten, aangezien dit in wettelijke regels kan worden uitgesloten. In het arrest *Gütermann* stelt de verdediging dat de opgelegde boete onevenredig is omdat deze uitstijgt boven het maximum in later vastgestelde richtsnoeren.⁸⁸ Dat is volgens het Gerecht onterecht: 'De loutere omstandigheid dat de toepassing van de nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten als bedoeld in deze richtsnoeren, die niet van toepassing zijn op de feiten van het onderhavige geval, tot een lagere geldboete kan leiden dan die welke bij de bestreden beschikking is opgelegd, kan immers de onevenredigheid van deze geldboete niet aantonen.'⁸⁹ In deze arresten wordt ten eerste het mildheidsgebod niet van toepassing verklaard op de retroactieve toepassing van richtsnoeren,⁹⁰ en wordt ten tweede de veronderstelling ontkracht dat een verlaging van het strafmaximum een onder het oude recht op te leggen strafsancie disproportioneel maakt.

Anderzijds zijn er mededingingsrechtelijke zaken waarin het Hof weliswaar niet de latere bepalingen toepast, maar wel lijkt te accepteren dat het hiertoe

86 HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP7858, NJ 2012/46.

87 GvEA EG 12 december 2007, T-101/05 en T-111/05, ECLI:EU:T:2007:380 (*BASF en UCB/Commissie*), r.o. 234.

88 Gerecht EU 28 april 2010, T-456/05, ECLI:EU:T:2010:168 (*Gütermann en Zwicky/Commissie*), r.o. 285-286.

89 Gerecht EU 28 april 2010, T-456/05, ECLI:EU:T:2010:168 (*Gütermann en Zwicky/Commissie*), r.o. 285.

90 In die zin ook Barbier de La Serre & Winckler 2011, p. 369, onder verwijzing naar de twee hier besproken arresten.

onder omstandigheden verplicht kan zijn. In een aantal zaken oordeelt het dat het geen probleem is dat de hoogte van de boetes is vastgesteld op basis van oude bepalingen, omdat deze onder het later gestelde maximum blijven.⁹¹ Ook zijn er arresten waaruit blijkt dat de Commissie zich gebonden acht aan het *lex mitior*-beginsel.⁹² Tot een geslaagd beroep op toepassing van de latere wet leidde dit evenwel niet. Ook in administratiefrechtelijke Europese wetgeving heeft het beginsel een sporadische ingang gevonden.⁹³ In ieder geval blijkt uit het punitief bestuursrecht niet dat het mildheidsgebod als absoluut grondrecht wordt beschouwd: daarop kunnen uitzonderingen worden gemaakt, zowel in wetgeving als in jurisprudentie. Een lijn in die uitzonderingen is echter vooralsnog niet te ontwaren.

8.3.5 De erkenning van het mildheidsgebod in het EVRM

Het Berlusconi-arrest zette een bredere ontwikkeling van het mildheidsgebod in gang bij het EHRM, die weer invloed heeft gehad op de rechtspraak van de Hoge Raad. In 2009, vier jaar na het *Berlusconi*-arrest, ging het EHRM in het *Scoppola*-arrest over tot het erkennen van het mildheidsgebod als onderdeel van artikel 7 EVRM.⁹⁴ Een verwijzing naar Unierecht bij de erkenning en uitleg van grondrechten door het EHRM is zeldzaam. Opvallend is daarbij tevens dat het EHRM, anders dan het Hof van Justitie, wél naar het Handvest verwijst – dat ook ten tijde van het *Scoppola*-arrest nog niet bindend was verklaard.

De erkenning van het mildheidsgebod is een bijzondere stap, aangezien dit beginsel bewust uit het Verdrag was gehouden door de verdragsluitende partijen.⁹⁵ Hoewel het EHRM veelvuldig onder vuur heeft gelegen vanwege zijn soms extensieve interpretatie van de grondrechten uit het Verdrag is de zelfstandige erkenning van een nieuw recht een zeldzaamheid, aangezien het EHRM in zijn arrest *Johnston e.a./Ierland* zelf stelde: '[T]he Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments [het EVRM en de bijbehorende protocollen, JGHA] a right which was not included therein

91 HvJ EU 29 maart 2011, C-201/09 en C-216/09, ECLI:EU:C:2011:190 (*ArcelorMittal*), r.o. 72; HvJ EU 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*Thyssenkrupp Nirosta/Commissie*), r.o. 85.

92 Onder meer Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, ECLI:EU:T:2014:1033 (*Lucchini SpA*), r.o. 25, 33; Gerecht EU 9 december 2014, T-472/09 en T-55/10, ECLI:EU:T:2014:1040 (*SP/Commissie*), r.o. 27, 35.

93 Art. 2 lid 2 Verordening (EG, Euratom) 2998/1995 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.

94 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*).

95 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*), r.o. 103 en voor een uitgebreider bespreking daarvan de *partly dissenting opinion* van rechter Nicolaou, gedeeld door rechters Bratza, Lorenzen, Jočienė, Villiger en Sajó.

at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate.⁹⁶ Niettemin zag het EHRM in recente internationale ontwikkelingen aanleiding om expliciet afstand te nemen van zijn eerdere rechtspraak en een vergaande toepassing van de mildere strafwet als mensenrecht te erkennen. Het EHRM neemt een schending aan van artikel 7, met twee interessante *dissenting opinions*, waarvan de laatste door zes rechters wordt gesteund.

De verdachte in het arrest heeft na een ruzie met zijn zoons zijn vrouw gedood en één van zijn zoons verwond. De maximumstraf die hij kan krijgen is levenslang met isolatie (*daytime isolation*), een zwaardere straf dan de gewone levenslange gevangenisstraf. Na het plegen van de feiten wordt echter een wijziging aangebracht in het strafprocesrecht. Door die wijziging wordt het mogelijk voor verdachten om afstand te doen van bepaalde procedurele rechten in ruil voor strafkorting, waarna een verkorte strafprocedure wordt toegepast. Het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat in plaats van een levenslange gevangenisstraf nog maar maximaal dertig jaar kan worden opgelegd indien de verdachte kiest voor de verkorte procedure. Scoppola kiest voor deze mogelijkheid en wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van dertig jaar. Op de dag dat in eerste aanleg een veroordeling wordt uitgesproken, wordt de wet echter alweer gewijzigd. Deze bepaalt nu dat een levenslange gevangenisstraf die wordt opgelegd met isolatie overdag niet automatisch wordt verlaagd naar dertig jaar, maar naar een gewone levenslange gevangenisstraf. Er is dus tussen het plegen en de berechting een zogenaamde 'tussenwet' van kracht geweest: een wet die is geïntroduceerd na het plegen van het feit, maar alweer is vervallen ten tijde van het berechten van het feit. Het OM gaat in beroep tegen de uitspraak in eerste aanleg en eist in hoger beroep alsnog een levenslange gevangenisstraf, maar zonder isolatie. Dit wordt in hoger beroep ook opgelegd, waarop de verdachte zijn toevlucht zoekt in Straatsburg.

Het EHRM verwijst naar internationale ontwikkelingen waarin het beginsel van toepassing van de mildste straf stapsgewijs is erkend als deelnorm van het legaliteitsbeginsel. Het opnemen van dit beginsel in het Handvest van de Europese Unie en het *Berlusconi*-arrest van het Hof van Justitie worden gezien als belangrijke stappen in dit proces. Daarnaast verwijst het EHRM naar de Amerikaanse Mensenrechtenconventie en het Statuut van het Internationaal Strafhof, alsmede de jurisprudentie van het Joegoslaviëtribunaal. Dan volgt de kernoverweging:

'In the Court's opinion, it is consistent with the principle of the rule of law, of which Article 7 forms an essential part, to expect a trial court to apply to each punishable act the penalty which the legislator considers proportionate. Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission

96 EHRM 18 december 1986, 9697/82 (*Johnston e.a./Ierland*), geciteerd in de *dissenting opinion* van Nicolaou en anderen bij EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*).

of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time. In addition, it would amount to disregarding any legislative change favourable to the accused which might have come in before the conviction and continuing to impose penalties which the State – and the community it represents – now consider excessive. The Court notes that the obligation to apply, from among several criminal laws, the one whose provisions are the most favourable to the accused is a clarification of the rules on the succession of criminal laws, which is in accord with another essential element of Article 7, namely the foreseeability of penalties.⁹⁷

Omdat de verzoeker uitzicht had op een straf die daadwerkelijk lager was dan voorheen werd opgelegd, moest deze worden toegepast. Dat dit uitzicht pas ontstond na het plegen van het feit en ten tijde van de definitieve berekening alweer was afgeschaft, doet voor het EHRM hier niets aan af, blijkens de vaststelling van een schending door Italië.

Wat is nu de status, reikwijdte en ratio van dit EVRM-beginsel? Waar het Hof van Justitie niets zegt over de reikwijdte of ratio van het mildheidsgebod, is het EHRM iets breedspakiger. De *status* van grondrecht volgt logisch uit de erkenning ervan in het EVRM. Bij het *Scoppola*-arrest waren zes van de zeventien rechters het niet eens met het oordeel dat artikel 7 EVRM was geschonden. Binnen het EHRM speelt hetzelfde meningsverschil als in de literatuur ten aanzien van het *Berlusconi*-arrest: de zes rechters vinden dat het mildheidsgebod een beleidskeuze is die door lidstaten vrijelijk al dan niet gemaakt moet worden, en dat het van een lagere orde is dan het legaliteitsbeginsel. Zij vinden dus dat het beginsel ten onrechte constitutionele status krijgt door het in te lezen in het EVRM. Zij menen wel dat de mildere wet moest worden toegepast, maar dan vanwege het opgewekte vertrouwen en niet zozeer vanwege de beperkingen in de temporele werking van het recht die de verdachte moeten beschermen. De verdachte heeft immers gehandeld in de veronderstelling dat zijn gedraging kon worden bestraft en wist wat dan de straf zou kunnen zijn, en op het moment dat hij berecht wordt kan ook die straf worden opgelegd. In weerwil van deze bezwaren is het beginsel nu onderdeel van het EVRM en als mensenrecht erkend in alle landen die erbij partij zijn.

Het meerderheidsstandpunt in de literatuur is dat het wenselijk zou zijn indien de *reikwijdte* zou zijn beperkt tot het sanctierecht, onder meer gezien het ontbreken van consensus over een bredere reikwijdte.⁹⁸ Of het EHRM dat ook zo bedoeld heeft, daarover zijn de standpunten meer verdeeld.⁹⁹ De mogelijkheid dat het alleen gaat om het sanctierecht staat in ieder geval open

97 EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië* 2), r.o. 108.

98 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 9; Baumbach 2011, 140-141. Anders Bohlander 2011, p. 635-636.

99 Volgens Knigge is dat inderdaad zo, zie Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 9. Die mening wordt gedeeld door annotator Keijzer bij dat arrest. Anders echter Baumbach 2011, p. 138, 140-141 en Bohlander 2011, p. 635-636.

nu het arrest betrekking heeft op wijzigingen in het sanctierecht. In een aantal overwegingen heeft het EHRM het over de toepassing van de 'lenient penalty' (bijv. r.o. 105, 106, 115, 117, 120). De codificaties van het beginsel in VN- en EU-verband waar het EHRM naar verwijst spreken van een 'lighter penalty'. Knigge en Baumbach stellen mede daarom dat het mildheidsgebod uitsluitend betrekking heeft op veranderingen in de strafmaat.¹⁰⁰ Daarop wijst ook de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling, waarin uitsluitend naar veranderingen in de straffen wordt verwezen.¹⁰¹ Anderzijds spreekt het EHRM in rechtsoverweging 109 over 'the principle of retrospectiveness of the more lenient *criminal law*'. [cursivering: JGHA] Bohlander voegt hieraan toe dat bij decriminalisering tevens de straf wordt gereduceerd tot nul, en het is natuurlijk de vraag of een straf die wordt opgelegd wegens een overtreding van een niet langer bestaande strafbepaling proportioneel en noodzakelijk kan worden geacht.¹⁰² Er zijn in ieder geval geen aanwijzingen dat het EHRM ook doelt op wijzigingen buiten het strafrecht, dus dat de materiële leer geldt, is onwaarschijnlijk. Knigge neigt na enig aarzelen naar de opvatting dat het uiteindelijk gaat om wijzigingen in het sanctierecht, mede gezien de hierna te bespreken gekozen ratio. Ik sluit mij aan bij zowel de aarzeling als de voorzichtige conclusie van Knigge.

Met betrekking tot de *ratio* van het mildheidsgebod is van bijzonder belang dat het arrest betrekking heeft op een tussenwet: ten tijde van de einduitspraak kan alweer dezelfde straf worden opgelegd als in de oorspronkelijke strafbedreiging. Dat geeft aanleiding tot een kort intermezzo over deze bijzondere situatie. Knigge merkt hierover terecht op dat de ratio van het toepassen van de mildere tussenwet niet kan worden gevonden in de rechtsvernieuwing.¹⁰³ Er is immers inmiddels nóg nieuwer recht dat nóg beter moet worden geacht. Daarnaast bestaat gezien de hernieuwde ophoging van de strafmaat wel degelijk nog een behoefte aan vergelding. Ook de proportionaliteit van straffen als ratio is problematisch: de straf wordt inmiddels opnieuw als proportioneel en noodzakelijk aangemerkt. Het toepassen van de mildste straf impliceert dan dat de huidige straf disproportioneel is. Knigge concludeert dat de ratio van het toepassen van de mildste tussenwet daarom dichter gelegen is bij die van het legaliteitsbeginsel, namelijk in de rechtszekerheid.¹⁰⁴ Als na het plegen van de feiten de straf wordt verlaagd of het gedrag wordt gedecriminaliseerd, ontstaat een verwachting milder of zelfs niet meer gestraft te kunnen worden, die volgens Knigge niet zoveel verschilt van de verwachting dat geen vervolging meer kan worden ingesteld na het verstrijken van de verjaringster-

100 Knigge 1984, p. 328-330, herhaald in Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78; Baumbach 2011, p. 134 en 141.

101 Bossuyt 1987, p. 326-328.

102 Bohlander ziet dus de proportionaliteit van straffen als de ratio, Bohlander 2011, p. 635.

103 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.21.

104 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.22.

mijn.¹⁰⁵ Hoewel ik die opvatting wel voorstelbaar vind, denk ik dat het belang van rechtszekerheid eerder is gelegen in de autonomie en persoonlijke vrijheid van individuen: zij moeten hun handelen op de wet kunnen afstemmen omdat de gevolgen daarvan kenbaar en voorspelbaar zijn. Een oordeel over de rechtszekerheid verhoudt zich daarom tot het moment van de gedraging en het op dat moment geldende recht.¹⁰⁶ Een straf opleggen die voorzienbaar en geldig was ten tijde van het plegen van het feit kan daarom niet in strijd zijn met de rechtszekerheid. Wel kan een wetswijziging het gerechtvaardigd vertrouwen opleveren dat de gedraging minder zwaar zal worden bestraft, hetgeen een te respecteren rechtsbelang oplevert. Dat vertrouwen is echter wel een afgeleide van het mildheidsgebod: als wetswijzigingen nooit in het voordeel van verdachten kunnen werken, ontstaat ook geen gerechtvaardigd vertrouwen dat dit bij een tussenwet wel het geval is. Daarbij zou ik menen dat evenmin vertrouwen wordt gewekt op toepassing van de mildere wet, indien op goede gronden is voorzien in afwijkend overgangsrecht voor aanhangige zaken. Waar het mildheidsgebod in de gewone situatie al weinig te maken heeft met het legaliteitsbeginsel, is dat verband bij een tussenwet helemaal verdwenen.¹⁰⁷

Het bijzondere geval van de tussenwet daargelaten, lijkt het mildheidsgebod in het EVRM inderdaad te berusten op de proportionaliteit van straffen. Het EHRM gaat in op de ratio van het principe in de hierboven geciteerde overweging 109. Deze overweging staat onder het kopje '*foreseeability of the criminal law*', maar lijkt weinig betrekking te hebben op de voorzienbaarheid. Het Straatsburgse Hof verwijst onder andere naar het beginsel van proportionaliteit van straffen en het feit dat geen straf mag worden opgelegd die door de wetgever inmiddels als disproportioneel wordt gezien. Het EHRM ziet ook in het feit dat regels over verandering van wetgeving ten nadele van de verdachte werken een argument tegen het opleggen van de hogere straf. Knigge ziet ook de proportionaliteit van straffen als belangrijkste grondslag voor het mildheidsgebod in het EVRM. Hij wijst erop dat het beginsel van proportionaliteit van straffen is 'ingebakken' in het verdrag. Het is bovendien gecodificeerd in artikel 49 lid 3 Handvest waar het EHRM naar verwijst.¹⁰⁸ Die ratio kan mijns inziens vooral terugwerkende kracht van wijzigingen in de strafmaat goed onderbouwen, maar is minder geschikt voor wijzigingen in de delictsomschrijving.

¹⁰⁵ Knigge 1984, p. 248-251.

¹⁰⁶ Baumbach 2011, p. 139, zie voor een vergelijkbaar standpunt Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 4.8.

¹⁰⁷ Voor nog een derde verklaring van de terugwerkende kracht van de tussenwet, zie Satzger 2014, p. 408. Volgens Satzger is de ratio dat de verdachte niet kan bepalen wanneer hij wordt berecht, en dat daarom een nadeel dat gepaard gaat met zo lang wachten totdat de tussenwet alweer afgeschaft is niet op de verdachte mag worden gelegd.

¹⁰⁸ Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.6-8.14.

8.4 HET MILDHEIDSGEBOD IN HET NEDERLANDSE STRAFRECHT

In de vorige paragraaf is het Unierechtelijk kader voor de retroactieve toepassing van voor de verdachte gunstige wetswijzigingen in het materiële strafrecht uiteengezet. Het Europees recht verplicht lidstaten tot het toepassen van een voor de verdachte gunstige wet die in werking is getreden na het plegen van de feiten, maar voor het onherroepelijk worden van de veroordeling. Dit is sinds het *Berlusconi*-arrest een recht dat het Unierecht toekent aan burgers, waar de lidstaten dus niet zomaar van kunnen afwijken. De reikwijdte van het gebod is echter onzeker. Zo is niet duidelijk of het zich uitstrekt tot wijzigingen in de delictomschrijving überhaupt, wijzigingen buiten het strafrecht, en of er inhoudelijke voorwaarden worden gesteld aan de wetswijziging, zoals een gewijzigd inzicht. Dat in het Europees recht een onbeperkt materiële leer wordt gehanteerd, is echter zeer onwaarschijnlijk. Voor wijzigingen die niet onder het Europees mildheidsgebod vallen, zoals wijzigingen buiten het materiële strafrecht, geldt daarom mijns inziens nog steeds dat terugwerkende kracht is toegestaan op grond van het nationale recht, maar dat dit niet afdoet aan de handhavingsverplichtingen van de lidstaten. Zoals uit het navolgende zal blijken, heeft de Hoge Raad gekozen voor een minimalistische interpretatie van de jurisprudentie, inhoudende dat het mildheidsgebod zoals het is erkend in EVRM, IVBPR en EU alleen betrekking heeft op wijzigingen in de sancties. Die interpretatie zal hier tot uitgangspunt worden genomen. De eerste vraag is of en wanneer het Europees recht zelf terugwerkende kracht krijgt, en de tweede is hoe de rechter omgaat met het criterium van het gewijzigd inzicht bij omzettingwetgeving. Deze vragen zijn in de jurisprudentie relatief vaak onder de aandacht geweest.¹⁰⁹

Het blijkt dat Nederlandse rechters worstelen met wetswijzigingen die geheel of gedeeltelijk plaatsvinden op supranationaal niveau, of zelfs in derde landen. De Rechtbank Rotterdam oordeelde in een drietal vergelijkbare zaken:

‘Dit verweer zou slechts kunnen slagen indien de verandering van de regelgeving op dit punt zijn grondslag zou vinden in een gewijzigd inzicht van de *Nederlandse wetgever* in de strafwaardigheid van een feit als het onderhavige.’ [cursivering: JGHA]¹¹⁰

‘De *Europese wetgever* wilde ten tijde van het feit – en wil thans nog steeds – controle (laten) houden op het grensoverschrijdend vervoer van afvalstoffen. In zoverre is dan ook geen sprake van een gewijzigd inzicht van de wetgever met betrekking tot de strafwaardigheid van handelingen als tenlastegelegd.’ [cursivering: JGHA]¹¹¹

109 Er zijn ongeveer zestig op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken geselecteerd en verwerkt in het onderzoek.

110 Rb Rotterdam 10 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM4602.

111 Rb Rotterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0161.

‘De aan het overbrengen van dergelijk afval naar China gestelde eisen zijn veranderd, maar uit die wijziging blijkt niet van gewijzigd inzicht van de (*internationale*) wetgever met betrekking tot de onderhavige handelingen.’ [cursivering: JGHA]¹¹²

De rechtbank oordeelde in alle drie de gevallen dat niet was voldaan aan de vereisten voor toepassing van artikel 1 lid 2 Sr. Voor het onderhavige onderzoek is echter niet zozeer relevant of de bepaling uiteindelijk terugwerkende kracht krijgt, noch of dat terecht is. Het gaat om de wijze waarop de rechter tot dit oordeel komt. Uit de drie voorbeelden blijkt dat er voor de nationale rechter niet één vanzelfsprekende wijze is om tot een oordeel te komen.

In het navolgende bespreek ik eerst de uitleg van het mildheidsgebod in het Nederlandse recht, en de verandering die deze heeft ondergaan als gevolg van internationale invloeden, met name het EHRM. Daarna bespreek ik achtereenvolgens de vraag of de rechter bereid is om terugwerkende kracht te verlenen aan Europees recht zelf, en hoe de toepassing van het mildheidsgebod op omzettingswetgeving wordt beïnvloed door het gegeven dat deze voortvloeit uit Europeesrechtelijke verplichtingen.

8.4.1 Reikwijdte, ratio en status van het mildheidsgebod tot aan 2011

Het mildheidsgebod is in het Nederlandse strafrecht opgenomen in artikel 1 lid 2 Sr en luidt als volgt: ‘Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.’ Een beroep op dit beginsel is alleen mogelijk voor wie nog niet onherroepelijk is veroordeeld.

De *reikwijdte* ervan is deels jurisprudentieel bepaald en de lijn van de Hoge Raad wordt gekwalificeerd als de *beperkt materiële leer*.¹¹³ In het *Venlose Koppelaarster*-arrest koos de Hoge Raad voor de materiële leer. In die zaak ontviel, door het verlagen van de meerderjarigheidsgrens van 23 naar 21 jaar, met terugwerkende kracht de strafbaarheid aan een gedraging die was gekwalificeerd als het bevorderen van het plegen van ontucht door een minderjarige. De minderjarige was in casu 22 jaar oud en dus volgens de nieuwe wet niet langer minderjarig.¹¹⁴ Daarmee is ons mildheidsgebod van toepassing op

112 Rb Rotterdam 7 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4360.

113 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie Pelser 1995, p. 192-199. Kort na de invoering van het Wetboek van Strafrecht hanteerde de Hoge Raad volgens Pelser een leer die dicht tegen de onbeperkt materiële leer aan lag. In de Nederlandse literatuur en jurisprudentie ben ik echter geen aanwijzingen tegengekomen dat deze leer nu nog wordt aangehangen in theorie of praktijk.

114 HR 3 december 1906, W 8468 (*Venlose koppelaarster*), besproken in De Hullu 2015, p. 132. Overigens hanteerde de Hoge Raad die leer voorzichtig ook al vóór inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafrecht, dat op dit punt als een voortzetting van de oude lijn

alle wijzigingen binnen en buiten het materiële strafrecht die een potentieel gunstig effect voor de verdachte hebben, omdat de gedraging niet langer strafbaar is of omdat de maximumstraf is verlaagd. De strafbaarheid van de gedraging kan wegvallen door het afschaffen van een bepaling, door het wijzigen van de delictsomschrijving door bijvoorbeeld het toevoegen van een bestanddeel, maar dus ook door wijzigingen die indirect van invloed zijn op de reikwijdte van de strafrechtelijke normstelling, doordat de invulling van een bestanddeel verandert.¹¹⁵ De voor de verdachte gunstigste bepaling kan ook een tussenwet zijn, die alweer in voor verdachte negatieve zin is gewijzigd voor de definitieve uitspraak.¹¹⁶

De reikwijdte is echter niet onbeperkt. Ten eerste gaf de wetgever in de memorie van toelichting al aan dat artikel 1 lid 2 Sr zich niet uitstrekt tot naar hun aard tijdelijke voorschriften.¹¹⁷ Daarnaast is door de Hoge Raad het criterium ingesteld van het 'gewijzigd inzicht van de strafwetgever nopens de strafwaardigheid van de onderwerpelijke gedraging'.¹¹⁸ Lang niet iedere wijziging in een delictsomschrijving, en zelfs niet iedere decriminalisering, geeft blijk van een dergelijk gewijzigd inzicht en is daarmee een relevante 'verandering van wetgeving'. En niet alleen moet die opvatting veranderd zijn ten aanzien van gedragingen in de toekomst, het gewijzigd inzicht moet betrekking hebben op vóór de wetswijziging gepleegde gedragingen.¹¹⁹ Er moet dus geen behoefte meer bestaan om de onder de oude wettelijke regeling begane gedragingen nog te bestraffen. De jurisprudentie over artikel 1 lid 2 Sr is *Fundgrube* voor wetswijzigingen geen terugwerkende kracht krijgen, omdat zij bijvoorbeeld ontspruiten aan de wens tot effectievere handhaving of ingegeven zijn door technische overwegingen. Het is met name de vraag of het criterium van het gewijzigd inzicht ooit kan leiden tot terugwerkende

moet worden gezien. De Hoge Raad bleef echter aanvankelijk strikt vasthouden aan weinig fundamenteel onderbouwde passages uit de memorie van toelichting en aanvaardde pas na de tweede wereldoorlog daadwerkelijk de materiële leer. Zie voor een beknopt overzicht Knigge 1986, p. 173-178.

115 Knigge maakt onderscheid tussen vier typen wetswijzigingen: 1) wijzigingen voortvloeiend uit een in de wet zelf gelegen beperking in de werkingssfeer; 2) wijzigingen in de sanctieering van het gedrag; 3) wijzigingen van technische aard; en 4) wijzigingen in de waardering van de gevaarlijkheid van een gedraging. Knigge 1984, p. 466-473, en in navolging daarvan Kooijmans 2006, p. 991-993.

116 Zie voor een voorbeeld HR 20 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2491, NJ 1996/503, m.nt. G. Knigge.

117 Smidt & Smidt 1891, p. 120; Kooijmans 2006, p. 989-990, met verdere verwijzingen. Een ook door Kooijmans aangehaald voorbeeld van een naar zijn aard tijdelijke regeling wordt genoemd in de memorie van toelichting: als een jachtverbod geldt buiten het jachtseizoen kan die gedraging worden bestraft ook al is inmiddels het jachtseizoen weer aangebroken.

118 Aanvankelijk werd gesproken van gewijzigd inzicht in de strafbaarheid; HR 6 januari 1936, ECLI:NL:HR:1936:BG9444, NJ 1936/312, m.nt. W.P.J. Pompe (*Landbouwcrisis*).

119 Dat volgde al uit HR 6 januari 1936, ECLI:NL:HR:1936:BG9444, NJ 1936/312, m.nt. W.P.J. Pompe (*Landbouwcrisis*); zie ook De Hullu 2015, p. 132-135 en De Hullu 1997, p. 244-246 waar de jurisprudentie op dit punt wordt geanalyseerd.

kracht van maatregelen van ordenende aard. Aan de meeste orderingsrechtelijke regels ligt immers geen oordeel over de inherente strafwaardigheid van een gedraging ten grondslag. Röling heeft daarom eens gesuggereerd dat 'een rechtspraak, die aan bepalingen der strafrechtelijke ordening (van economie, van verkeer) op dit punt een aparte positie zou toekennen, alleszins begrijpelijk zou zijn, en in overeenstemming zou zijn met de grondgedachte der bestaande jurisprudentie.'¹²⁰ Hij verwijst voor die suggestie naar het feit dat orderingsrecht voortdurend wordt aangepast aan actuele 'noden', terwijl de mogelijkheid van strafrechtelijk ingrijpen tot doel heeft gedrag in overeenstemming met die ordening af te dwingen. Dat doel blijft, ongeacht de veranderingen van de gedragsvoorschriften, onverminderd relevant. Met andere woorden: er is geen sprake van een daadwerkelijke wil tot rechtsvernieuwing en de behoefte aan retributie van begane gedragingen blijft bestaan. Knigge leidde een dergelijk standpunt ook al af uit de jurisprudentie. Voorschriften van technische aard worden door de rechter niet toegepast met terugwerkende kracht.¹²¹ Die voorschriften ontleen, aldus Knigge, hun waarde niet aan hun inhoud, maar aan hun ordenende potentie.¹²² Toepassing van artikel 1 lid 2 Sr is ook in algemene zin een dusdanige zeldzaamheid geworden dat bijvoorbeeld De Hullu schrijft dat de uitzondering beter geen regel kan zijn.¹²³

Ten aanzien van wijzigingen in het sanctiestelsel heeft de jurisprudentie reeds in de jaren negentig, dus voor het wijzen van het *Scoppola*-arrest door het EHRM, een verandering doorgemaakt.¹²⁴ Volgens Knigge is het criterium van het gewijzigd inzicht helemaal niet toegesneden op wijzigingen in het sanctierecht, maar enkel op veranderingen in de delictsomschrijving waardoor een vroeger strafwaardig geachte gedraging niet langer strafwaardig wordt geacht.¹²⁵ Tot halverwege de jaren negentig paste de Hoge Raad bij wijzigingen in het sanctierecht dan ook de mildste bepaling toe, zonder te toetsen aan het gewijzigd inzicht. Vanaf halverwege de jaren negentig begon de Hoge Raad wijzigingen in het sanctiestelsel wél te toetsen aan het gewijzigd inzicht: zo gaf de afschaffing van het cumulatieverbod in het Algemeen Deel geen blijk van gewijzigd inzicht. De wijziging had namelijk ten doel de straftoemingsvrijheid te vergroten.¹²⁶ Waar de Hoge Raad zijn oordeel dus eerder baseerde

120 Röling in zijn annotatie bij HR 28 juni 1960, NJ 1961/196.

121 Knigge 1984, p. 473; Knigge 1986, p. 183; Kooijmans 2006, p. 992.

122 Knigge 1984, p. 470 e.v.

123 De Hullu 2015, p. 135-137, en uitgebreider De Hullu 1997, p. 246-247.

124 Beschreven in Kooijmans 2006.

125 Meermalen betoogd in Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 10.2.2 en Knigges annotatie bij HR 10 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3164, NJ 2002/482, par 5. Zie in vergelijkbare zin de conclusie van A-G s'Jacob bij Hoge Raad 28 juni 1960, NJ 1961/196, m.nt. B.V.A. Röling.

126 HR 1 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0676, NJ 1997/442; HR 10 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3164, NJ 2002/482, m.nt. G. Knigge, par 5. Deze ontwikkeling is besproken in Kooijmans 2006 en door Knigge in Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 10.2.

op een concrete vergelijking van de straf die onder het oude en nieuwe recht zou worden opgelegd, werd in de nieuwe lijn eerst gekeken of aan de wijziging een gewijzigd inzicht ten grondslag ligt. Aan een wijziging in het Algemeen Deel ligt echter nooit een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van een specifieke gedraging ten grondslag, waardoor dergelijke wijzigingen in werkelijkheid niet meer in aanmerking kwamen voor toepassing met terugwerkende kracht.¹²⁷ Deze verandering is inmiddels weer teruggedraaid, onder invloed van de besproken internationale jurisprudentie. Die ontwikkeling zal in de volgende subparagraaf worden toegelicht.

De *ratio* van het Nederlandse beginsel wordt gezocht in de drang tot rechtsvernieuwing.¹²⁸ Voor de rechter is leidend hoe de wetgever de gedraging waardeert op het moment dat de rechter zich daarover moet uitspreken. Daartoe wordt het hierboven besproken criterium van het gewijzigd inzicht van de wetgever gehanteerd. Van dat inzicht blijkt doorgaans weinig in de wetsgeschiedenis.¹²⁹ Het criterium geeft dan de rechter de vrije hand om het beginsel toe te passen wanneer hem dat op basis van de wetsgeschiedenis wenselijk voorkomt.

Het mildheidsgebod heeft tot slot in Nederland de *status* van beleidsbeginsel dat de wetgever naar goeddunken kan hanteren of dat door de rechter naar goeddunken kan worden ingeroepen. Het heeft geen constitutionele status omdat het niet, zoals artikel 1 lid 1 Sr, tevens in de Grondwet is opgenomen.¹³⁰ Het heeft derhalve in het Nederlandse recht een minder absolute status dan het legaliteitsbeginsel.

8.4.2 Reikwijdte, ratio en status van het mildheidsgebod sinds 2011

Knigge heeft meermalen de vraag gesteld of de oriëntatie op de wil van de nationale wetgever wel houdbaar is in de context van internationaalrechtelijke codificaties van het mildheidsgebod. Volgens hem was de Nederlandse leer op dit punt onvoldoende toegesneden op de meerlagige context van het

127 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 10.2.1.

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

129 Zie voor een kritische bespreking van het criterium, dat een 'complex rechtsvindingsvraagstuk' oplevert, De Hullu 2015, p. 135-137 en De Hullu 1997.

130 Dat was het legaliteitsbeginsel uiteraard ook lange tijd niet. Het is pas in 1983 opgenomen in de Grondwet. Niettemin ging men er in theorie en praktijk daarvoor al vanuit dat de wetgever niet kon afwijken van het beginsel, althans 'niet dan om zeer gewichtige redenen' zoals het belang van rechtsherstel in de naoorlogse rechtspleging, zie Knigge 1984, p. 193-194 (het citaat is afkomstig van p. 195), zie in die geest ook Hazewinkel-Suringa 1968, p. 296.

strafrecht waarin de nationale wetgever het niet meer altijd voor het zeggen heeft:

‘Wat de heersende leer niet goed kan verklaren, is het bestaan van een in internationale verdragen vastgelegd *lex mitior*-beginsel waaraan (ook) de nationale wetgever is gebonden. Hoe kan het inzicht van de nationale wetgever grond opleveren voor een internationale verdragsverplichting? Hoe kan op dat inzicht een recht van de verdachte worden gebaseerd dat ook tegenover de wetgever kan worden ingeroepen?’¹³¹

Deze vragen zijn inmiddels deels beantwoord door de Hoge Raad. Het beginsel is sinds 2005 op meerdere manieren steviger verankerd in het Europees recht met het *Berlusconi*-arrest, en in het EVRM met het *Scoppola*-arrest, en de Nederlandse rechtspraak heeft zich daar aan aangepast.

Voor de Nederlandse rechter is de jurisprudentie van het Hof van Justitie, maar meer nog die van het EHRM van belang omdat het EHRM op alle nationale situaties betrekking heeft, terwijl het Europees mildheidsgebod slechts toepasbaar is in situaties die onder de reikwijdte van het EU-recht vallen. Het was dan ook pas na het *Scoppola*-arrest dat de Hoge Raad in actie kwam, hiertoe uitgenodigd door een vordering tot cassatie in het belang der wet.¹³² De vordering daartoe was van advocaat-generaal Knigge, die de Hoge Raad adviseerde zijn rechtspraak aan te passen. De visie van Knigge is hierboven al een aantal keer aan de orde geweest, maar houdt in dat de toets van het gewijzigd inzicht zich slecht verhoudt tot een internationaal mildheidsgebod dat is geformuleerd als grondrecht. Anderzijds meent hij dat het goed verdedigbaar is – hoewel het niet onomstotelijk vaststaat – dat dit internationale grondrecht zich beperkt tot wijzigingen die betrekking hebben op de sanctiëring, zowel algemene bepalingen als de concrete strafmaat. Volgens Knigge geldt dit zowel voor het EVRM als voor het IVBPR; de reikwijdte van het beginsel in het EU-recht is volgens hem onzeker. Hij adviseert de Hoge Raad daarom niet langer te toetsen of het inzicht van de wetgever is gewijzigd bij veranderingen in het sanctierecht en de strafmaat.¹³³ De Hoge Raad gaat daarin mee. Hij citeert uitgebreid het *Scoppola*-arrest en de verwijzingen daarin naar IVBPR en Handvest, die beide betrekking lijken te hebben op wijzigingen in het sanctierecht.¹³⁴ Bij wijzigingen in de strafmaat of regels met betrekking tot de sanctieoplegging zal daarom niet langer worden getoetst aan het gewijzigd inzicht van de wetgever, maar altijd de meest gunstige bepaling worden toegepast. Overgangsregelingen zullen buiten toepassing worden gelaten als

131 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.5.

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

133 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78.

134 Zie voor een interpretatie van art. 15 lid 1 IVBPR in die zin Knigge 1984, p. 328-330.

zij het toepassen van de mildste sanctienorm verhinderen.¹³⁵ Voor het overige blijft de Hoge Raad bij zijn rechtspraak, omdat in beginsel de wet moet worden toegepast zoals die gold ten tijde van het plegen. Slechts een gewijzigd inzicht van de wetgever in de waardering van een vóór de wetswijziging gepleegde gedraging kan een uitzondering daarop rechtvaardigen – in die context blijft de toets gehandhaafd.¹³⁶ Wel spoort de Hoge Raad de wetgever aan in een dergelijk geval te voorzien in overgangsrecht.

Dat het supranationale mildheidsgebod inderdaad beperkt is tot sancties is, blijkt uit het bovenstaande, ten aanzien van het Europees recht niet zonneklaar. Ook over de *Scoppola*-uitspraak is in de academische literatuur gesuggerend dat deze in ieder geval ook betrekking heeft op het decriminaliseren van gedragingen.¹³⁷ Knigge ziet niettemin in de dwingendheid van het mildheidsgebod op supranationaal niveau een argument om de reikwijdte op te vatten als beperkt tot het sanctierecht.¹³⁸ Dat argument is, gezien de breuk met de Nederlandse uitleg die een ruimere uitleg op zou leveren, zeker invoelbaar. Ongeacht de juistheid ervan, zal de bespreking van de Nederlandse jurisprudentie hierna uitgaan van de heersende leer. Dit betekent dat de beoordeling van terugwerkende kracht van wijzigingen buiten het sanctierecht in het actuele Nederlandse strafrecht uitsluitend plaatsvindt op basis van artikel 1 lid 2 Sr aan de hand van de toets aan het gewijzigd inzicht, en dat het Europees recht wordt geacht daarbij geen rol te spelen.

8.4.3 Terugwerkende kracht van Europees recht in het Nederlandse strafrecht

De Nederlandse rechter heeft naar Europees recht de mogelijkheid en soms de verplichting om richtlijnen en verordeningen onder voorwaarden met terugwerkende kracht toe te passen in het nationale recht. Uit de vorige subparagraaf bleek dat de rechter slechts indien het gaat om een wijziging in het sanctierecht op grond van het EVRM de toets aan het gewijzigd inzicht achterwege laat. In alle andere gevallen wordt die toets wel gehanteerd, en dat uitgangspunt wordt in deze subparagraaf niet opnieuw ter discussie gesteld. Hier wordt onderzocht of en hoe richtlijnen en verordeningen met terugwerkende kracht worden toegepast. Biedt artikel 1 lid 2 Sr daar een mogelijkheid toe, en maken rechters gebruik van die mogelijkheid? Die vragen kunnen worden beantwoord door te kijken naar uitspraken die zijn gedaan in gevallen waarbij geen wetswijziging op nationaal niveau heeft plaatsgevonden.

135 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.1.

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

137 Baumbach 2011, p. 138; Bohlander 2011, p. 635-636. Ook in Duitsland is de discussie of de uitzondering van *Zeitgesetze* nog wel houdbaar is nog niet beslecht, zie voor enkele verwijzingen Hecker 2012, p. 249.

138 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 5.21.

den. In die gevallen is de kwestie het meest urgent: indien een wetswijziging op Europees niveau niet kan worden gezien als relevante wijziging in de zin van artikel 1 lid 2 Sr, kan in die gevallen geen beroep worden gedaan op de richtlijn of verordening. Er zijn in dit geval dus slechts twee mogelijkheden. De ene is alleen nationale wetswijzigingen als relevant beschouwen voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr waardoor terugwerkende kracht in die gevallen is uitgesloten. De tweede mogelijkheid is dat het Europees recht wél met terugwerkende kracht kan worden toegepast, door artikel 1 lid 2 Sr toe te passen of door het van overeenkomstige toepassing te verklaren op Europees recht.

In de oudste zaken, daterend uit de jaren negentig, was de Hoge Raad überhaupt niet bereid gevolgen te verbinden aan richtlijnen in zaken waarin de feiten waren gepleegd voor het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn.¹³⁹ Een beroep op de richtlijn was niet mogelijk indien ten tijde van het plegen van de feiten Nederland nog niet in gebreke was bij de omzetting. Pas indien de omzettingstermijn was verstreken ten tijde van het begaan van de gedraging, werd de nationale bepaling buiten toepassing gelaten.¹⁴⁰ De toepassing van artikel 1 lid 2 Sr komt in deze zaken überhaupt niet ter sprake. In de literatuur werd echter kritiek geuit op het niet-toepassen van artikel 1 lid 2 Sr door de Hoge Raad.¹⁴¹ Knigge betoogde in 1984 al in zijn proefschrift dat indien een strafbepaling na het gepleegde feit onverbindend is geworden wegens strijd met een hogere regeling, deze strafbepaling – bij gewijzigd inzicht van die *hogere wetgever* – met terugwerkende kracht buiten toepassing kan worden gelaten.¹⁴²

Vanaf het jaar 2000 zijn in de gepubliceerde rechtspraak voorbeelden te vinden, eerst van de lagere rechters, later ook van de Hoge Raad, waarin het Nederlandse recht niet gewijzigd was en waarin niettemin wordt gekeken of artikel 1

139 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. Het Hof Den Haag was echter enkele jaren daarvoor al wel bereid gebleken om een richtlijn met terugwerkende kracht toe te passen op feiten gepleegd voor de inwerkingtreding ervan. Dit geschiedt echter niet over de band van artikel 1 lid 2 Sr. Dat artikel wordt niet genoemd, ook wordt niet getoetst aan het criterium van het gewijzigd inzicht. Wel wordt genoemd dat de richtlijn is 'vastgesteld zowel op grond van technische en wetenschappelijke ontwikkelingen als op grond van eisen op het gebied van de volksgezondheid en de landbouw'. Het Haagse hof laat de met het Europees recht strijdige bepaling buiten toepassing en besteedt geen aandacht aan de bijzonderheid dat dit met terugwerkende kracht geschiedt. Zie Hof Den Haag 3 februari 1989, ECLI:NL:GHSGR:1989:AB8303, NJ 1989/541.

140 Zie voor een voorbeeld HR 30 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9507, NJ 1987/299, m.nt. Th.W. Van Veen; in lijn daarmee Rb Arnhem 28 juli 1987, ECLI:NL:RBARN:1987:AC9950, NJ 1988/736.

141 Doorenbos 1993; Swart & Mortelmans in hun annotatie bij HR 18 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1297, NJ 1994/743.

142 Knigge 1984, p. 484-486.

lid 2 Sr van toepassing is.¹⁴³ Tot een geslaagd beroep op dit artikel heeft dit evenwel nog niet geleid.

In de lagere rechtspraak werd terugwerkende kracht van Europese regelgeving eerder geaccepteerd dan door de Hoge Raad. In een zaak voor het Hof Den Haag uit 2005, waarin de verdediging zich beriep op richtlijn 2004/28/EG betreffende geneesmiddelen voor diergeneeskundig gebruik, was ten tijde van veroordeling de omzettingstermijn al verstreken maar was er nog geen omzettingswetgeving voorhanden.¹⁴⁴ De omzettingstermijn daarvan was echter eerst verstreken nadat de feiten waren gepleegd, sterker nog: de richtlijn trad pas daarna überhaupt in werking. De verdachte had niet-geregistreerde geneesmiddelen voorhanden en in voorraad gehad, terwijl de richtlijn in artikel 10 bepaalt dat dit onder omstandigheden is toegestaan (het geneesmiddel is overeenkomstig de richtlijn in een andere lidstaat geregistreerd en de verantwoordelijke dierenarts kan daarmee onaanvaardbaar lijden van dieren besparen). De verdachte deed een beroep op artikel 1 lid 2 Sr en stelde dat de voor de verdachte gunstigste bepaling in dit geval die van de richtlijn was. Het hof stelde eerst dat er geen sprake kon zijn van rechtstreekse werking indien de feiten zijn gepleegd voor het verstrijken van de omzettingstermijn. Vervolgens verwierp het hof 'tevens' het beroep op artikel 1 lid 2 Sr, 'nu uit de bovengenoemde richtlijn noch anderszins blijkt dat gedragingen die zijn begaan voor de implementatie van de richtlijn niet langer bestraft dienen te worden.' Daaruit kan worden afgeleid dat het hof wel bereid zou zijn geweest met terugwerkende kracht toepassing te geven aan de richtlijn, indien daaruit was gebleken dat zulks de intentie van de Europese wetgever was.

De Hoge Raad heeft bij mijn weten in 2012 voor het eerst de mogelijkheid van terugwerkende kracht van Europees recht over de band van artikel 1 lid 2 Sr geaccepteerd, zij het zeer impliciet. In een zaak uit 2012 paste de Hoge Raad een overgangsregeling uit de EVOA toe. Hij leidde uit de overgangsbepaling af dat er geen gewijzigd inzicht bestaat en er dus geen reden bestaat voor toepassing van de nieuwe verordening.¹⁴⁵

In datzelfde jaar merkt de Hoge Raad zelfs een wijziging in een richtlijn aan als relevante verandering in de wetgeving terwijl er wél omzettingswetgeving voorhanden was. De Hoge Raad vraagt zich dus af of het Europees recht terugwerkende kracht moet krijgen, ook al is er wel een nationale bepaling voorhanden die met terugwerkende kracht zou kunnen worden toegepast. Advocaat-generaal Machielse stelt eerst dat de wijziging van de richtlijn moet

143 Zie voor voorbeelden uit de feitenrechtspraak Rb Rotterdam 10 maart 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA5069; Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU8804; Hof Arnhem 14 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AX5876.

144 Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU8804.

145 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.

worden gezien als een wijziging in de delictomschrijving en niet in de sanctienorm. Vervolgens stelt hij:

‘De te beantwoorden vraag is dus of de implementatie van de nieuwe Kaderrichtlijn afvalstoffen in de Nederlandse wetgeving [blijk] geeft van een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van bepaalde, vóór de wetwijziging gepleegde feiten.’ [cursivering: JGHA]¹⁴⁶

Het antwoord op die vraag wordt ten eerste gezocht in de considerans bij de richtlijn, vervolgens in de nationale memorie van toelichting. De Europese wetgever is volgens Machielse niet tot een gewijzigd inzicht gekomen, de nationale wetgever heeft ‘evenmin het standpunt ingenomen dat er sprake zou zijn van een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van eerder strafbaar gestelde gedragingen’.¹⁴⁷ De Hoge Raad beantwoordt echter een iets andere vraag dan die de advocaat-generaal had gesteld, blijkens de volgende passage:

‘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 van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van de vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Kaderrichtlijn begane strafbare feiten.’ [cursivering: JGHA]¹⁴⁸

De Hoge Raad gaat hier, in tegenstelling tot de advocaat-generaal, uit van de Europese wetwijziging als de relevante wetwijziging. Daarbij wordt voor het onderzoek naar het inzicht van de Europese wetgever wel aandacht besteed aan de nationale wetsgeschiedenis, maar het gaat blijkens de tekst duidelijk om de wetwijziging op Europees niveau. Die suggestie werd ook al gedaan door Knigge, en ook in de conclusies van A-G Kokott is betoogd dat niet het inzicht van de nationale wetgever, maar dat van de Europese wetgever leidend zou moeten zijn.¹⁴⁹

Aanvankelijk werd terugwerkende kracht van richtlijnen dus niet geaccepteerd. Aan een richtlijn kunnen pas rechtsgevolgen worden toegekend indien de omzettingstermijn is verstreken en de Nederlandse wetgever in gebreke is gebleven in de omzetting ervan. In de loop der tijd is echter geaccepteerd dat

146 Concl. A-G A. Machielse bij HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988, par. 5.9.

147 Concl. A-G A. Machielse bij HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988, punt 5.12.

148 HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988, r.o. 3.2.3.

149 Knigge, vordering tot cassatie in het belang der wet, NJ 2012/78, punt 8.19; conclusies A-G J. Kokott bij HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*) en HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*).

richtlijnen in beginsel, mits het uitvaardigen daarvan is ingegeven door een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van de gedraging, ook met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast op grond van artikel 1 lid 2 Sr. Tot een geslaagd beroep op het mildheidsgebod heeft dit evenwel nog niet geleid.

8.4.4 Het rechtsbegrip in artikel 1 lid 2 Sr

Wat opvalt in de zaken waarin de rechter meent dat ook Europese wetswijzigingen en inzichten relevant zijn voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr, is dat de rechter daarbij naar de *strekking* van artikel 1 lid 2 Sr verwijst.¹⁵⁰ Die overweging zou kunnen voortkomen uit een zekere aarzeling over de toepasbaarheid van artikel 1 lid 2 Sr op wijzigingen in het Europees recht. Is het wel mogelijk om richtlijnen en verordeningen aan te merken als ‘wetgeving’ in de zin van artikel 1 lid 2 Sr?

De memorie van toelichting op artikel 1, tweede lid Sr biedt weinig houvast. Daarin wordt aangegeven dat met het begrip ‘gunstigste bepalingen’ een zo ruim mogelijke bepaling is gecreëerd, omdat deze niet alleen betrekking heeft op de straf maar op ‘alle bepalingen der strafwet die op de waardering van het strafbare feit van invloed zijn’.¹⁵¹ Door Cleiren wordt het begrip ‘wetgeving’ uitgelegd als verwijzend naar een rechtsbegrip in materiële zin, wat ook niet rechtstreeks op de delictsomschrijving doorwerkende wijzigingen omvat.¹⁵² Aan supranationale wetgeving zal de wetgever toentertijd niet hebben gedacht, hoewel wel is betoogd dat internationaal recht ook via artikel 1 lid 2 Sr met terugwerkende kracht zou kunnen leiden tot het buiten toepassing laten van daarmee strijdig nationaal recht.¹⁵³ De Hoge Raad heeft regels van Europees recht onderworpen aan de toets van gewijzigd inzicht maar niet expliciet aangegeven of zij daarmee een verandering in de wetgeving in de zin van artikel 1 lid 2 Sr vormen of dat het gaat om een analoge toepassing van die regel, gezien de strekking ervan.

De vraag of Europees recht ook een ‘wet’ kan zijn ten behoeve van de toepassing van het mildheidsgebod houdt ook de Duitse gemoederen bezig. Schröder ziet geen mogelijkheid voor terugwerkende kracht van richtlijnen, vanwege de aard van dat instrument. Volgens hem kan een richtlijn niet worden gezien als wetgeving; de rechtstreekse werking van een richtlijn betekent niet dat het voorgaande recht is vervangen door de richtlijn. Er is dus hooguit sprake

150 Deze zaken worden besproken in paragraaf 8.4.5.

151 Smidt & Smidt 1891, p. 119.

152 Cleiren, in *T&C Strafrecht* 2014, art. 1 lid 2 Sr, aant. 11d.

153 Concl. A-G J. Remmelink bij HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, *NJ* 1980/266. Knigge 1984, p. 484-486. Toepassing van artikel 1 lid 2 Sr op internationaal recht zelf is volgens Knigge niet mogelijk, zie Knigge 1984, p. 417-418, voetnoot 82.

van 'Rückwirkung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien'.¹⁵⁴ In *individuele* gevallen, stelt Schröder, kan de richtlijn rechtstreeks werken, maar die rechtstreekse werking kan wel aan voorwaarden worden verbonden. In het *Ratti*-arrest werd immers als voorwaarde gesteld voor een beroep op de richtlijn dat Ratti had gehandeld overeenkomstig de richtlijn.¹⁵⁵ Schröder ziet daarin een argument dat de richtlijn de nationale wet niet vervangen heeft, want had Ratti andere, ook volgens de richtlijn verboden stoffen toegevoegd aan zijn lak, dan had de nationale bepaling gewoon gegolden.¹⁵⁶ Schröder heeft mijns inziens gelijk in die zin dat richtlijnen niet het effect hebben dat zij een nationale strafbepaling vervangen en rechtstreeks dienen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het effect van richtlijn is beperkt tot het buiten toepassing laten van de nationale bepaling *voor zover in strijd met de richtlijn*, waarmee dus geenszins de gelding of toepassingsmogelijkheid van de bepaling in algemene zin wordt aangetast. Een richtlijn kan derhalve niet zelf worden toegepast als 'de meest gunstige bepaling'. Daarom heb ik aangegeven dat terugwerkende kracht van richtlijnen in wezen bestaat uit het met terugwerkende kracht buiten toepassing laten van met de richtlijn strijdig nationaal recht. Het Hof van Justitie heeft, blijkens de in dit hoofdstuk besproken rechtspraak, geen principiële bezwaren tegen het toekennen van dit effect aan richtlijnen.

In de literatuur lijkt de opvatting te overheersen dat het Europees recht vanwege de aard en werking ervan moeten worden gezien als wetgeving. Doorenbos stelt dat dit inderdaad mogelijk is, aangezien artikel 1 lid 2 Sr in reikwijdte ruim is uitgelegd door de Hoge Raad. Een analogische toepassing van artikel 1 lid 2 Sr behoort wat hem betreft ook tot de mogelijkheden.¹⁵⁷ Kristen is op dit punt iets voorzichtiger: de strekking van het artikel, namelijk de rechtsvernieuwing, maakt het wenselijk om ook richtlijnen onder de werkingssfeer ervan te plaatsen. Dat rechtstreeks werkende richtlijnen duidelijk en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd, door eenieder kunnen worden ingeroepen en afkomstig zijn van een 'in zekere zin democratisch gelegitimeerde "wetgevende macht"' maakt een dergelijke werking ook mogelijk.¹⁵⁸ Voor verordeningen is toepassing van artikel 1 lid 2 Sr wellicht meer vanzelfsprekend: verordeningen behoeven niet te worden omgezet en hebben daarmee van meet af aan een legislatief karakter. Verordeningen lijken in het Nederlandse recht in toenemende mate geaccepteerd te worden als 'gewone' wettelijke voorschriften. Bestuursorganen kunnen onder omstandigheden rechtstreeks

154 Schröder 2002, p. 267.

155 HvJ EG 5 april 1979, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*).

156 Schröder 2002, p. 270-278. Schröder ziet eveneens bezwaren tegen een analoge toepassing van het *lex mitior*-gebod, zie Schröder 2002, p. 288-300.

157 Doorenbos 1993.

158 Kristen 2004, p. 93-94.

bevoegdheden ontleen aan verordeningen.¹⁵⁹ Een verordening heeft ook te gelden als 'wettelijk voorschrift' in de zin van artikel 184 Sr.¹⁶⁰

Nu het gaat om een de verdachte begunstigende regeling bestaat er mijns inziens geen bezwaar tegen een ruime uitleg van het begrip wetgeving in artikel 1 lid 2 Sr dan wel een analoge toepassing van dit artikel op legislatieve producten van de Europese wetgever. Het meest zuiver lijkt het om te stellen dat de reikwijdte van artikel 1 lid 2 Sr jurisprudentieel is uitgebreid – en niet voor het eerst – zodat een verandering in de wetgeving mede kan betekenen een verandering die in Europese wetgeving is gelegen en die relevant is voor de reikwijdte van een Nederlandse strafbepaling.

8.4.5 Terugwerkende kracht van omzettingswetgeving in het Nederlandse strafrecht

Wanneer een Europese richtlijn of verordening leidt tot voor een verdachte gunstige aanpassing van de Nederlandse wet, is de vraag of en onder welke omstandigheden de latere Nederlandse wet met terugwerkende kracht kan worden toegepast. In paragraaf 8.3 is besproken dat deze terugwerkende kracht onder omstandigheden in conflict kan komen met de plicht tot handhaving van het Europees recht. Bovendien is in het Nederlandse recht de vraag wat de betekenis is van het feit dat de wetswijziging meestal niet is ingegeven door eigen initiatief van de Nederlandse wetgever, maar door een Europeesrechtelijke verplichting daartoe. Mogelijk moet daarom niet het inzicht van de nationale wetgever, maar dat van de Europese wetgever leidend zijn.

Op het punt van terugwerkende kracht van omzettingswetgeving is, anders dan bij de terugwerkende kracht van Europees recht zelf, geen tendens zichtbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad richting een meer Europeesrechtgeoriënteerde benadering. Het oudste relevante arrest gaat over de strafbaarheid van het zonder aangifte bij de douane invoeren van goud, terwijl na het plegen van de feiten de interne markt tot stand was gekomen en de binnen grenzen in Europa inmiddels geopend waren voor goederen. De Algemene Wet inzake de Douane en Accijnzen is gewijzigd (en heet nu de Wet inzake Douane) zodat de delictsomschrijvingen alleen nog strafbaar stellen het ontduiken van belasting door het zonder aangifte binnenbrengen van goud in de Europese Gemeenschap. De verdachte vroeg om ontslag van rechtsvervolging, omdat deze wijziging volgens hem blijkt geeft van een gewijzigd inzicht van de (niet nader gespecificeerde) wetgever. Advocaat-generaal Van Dorst volgt hem hierin, hoewel het gewijzigd inzicht-criterium in zijn conclusie niet

¹⁵⁹ Voermans 2011, p. 34-35.

¹⁶⁰ HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3332, NJ 2013/51, m.nt. P.A.M. Mevis, AB 2012/360, m.nt. R. Ortlep.

expliciet aan bod komt.¹⁶¹ De Hoge Raad daarentegen oordeelt op basis van de nationale wetsgeschiedenis dat de wijziging is ingegeven door de noodzaak nationale wetgeving af te stemmen op het verdwijnen van de binnengrenzen tussen de lidstaten. 'In ieder geval kan niet worden gezegd dat die wijziging voortvloeit uit een verandering van inzicht bij de wetgever omtrent de strafwaardigheid van vóór de inwerkingtreding van de [Wet inzake douane] gepleegde overtreding van die bepalingen.'¹⁶² Annotator Knigge verenigt zich met dit eindoordeel, maar merkt wel op dat de ontwikkelingen in het Europees recht niet zonder meer kunnen worden gezien als een externe omstandigheid. De overheid heeft immers actief bijgedragen aan de totstandkoming van dat Europees recht en de interne markt daarbinnen. Dat de verdachte veroordeeld is, is omdat de wetgever nog altijd het douanerecht wil handhaven voor de tijd dat het nog gold. Daarmee is niet gezegd dat een wetswijziging die verplicht is vanwege Europees recht nooit aanleiding kan geven tot de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr ten gunste van de verdachte. Volgens Knigge is dus niet de overweging dat de wijziging is ingegeven door de noodzaak tot harmonisatie bepalend voor de uitkomst, maar de overweging dat het inzicht niet is gewijzigd ten aanzien van vóór de wetswijziging begane overtredingen.¹⁶³ De Hoge Raad baseert zijn oordeel uitsluitend op het nationale recht.

Een aantal jaren na uitspraak over goudinvoer na het afschaffen van controles aan de binnengrenzen in Europa bleek dat de Hoge Raad niet per definitie uitsluitend kijkt naar de nationale wetsgeschiedenis. Een verdachte heeft met te kleine netten gevist. De Regeling technische maatregelen die krachtens artikel 3a Visserijwet 1963 was uitgevaardigd, moest in voor verdachte gunstige zin worden aangepast vanwege de vervanging van Verordening 894/97¹⁶⁴ door Verordening 850/98.¹⁶⁵ De Hoge Raad stelt dat geen sprake is van een gewijzigd inzicht, en baseert dit oordeel zowel op de nationale toelichting bij de nieuwe Regeling technische maatregelen die zulks expliciet stelt, maar ook op de preambule bij de nieuwe verordening. Daaruit leidt de Hoge Raad af dat de wijziging voortvloeit uit de mogelijkheid tot betere handhaving van de voorschriften. Het gaat de Hoge Raad wel nog steeds om de wijziging van het nationale recht: het gaat om het 'inzicht bij de wetgever

161 Concl. A-G A.J.A. van Dorst bij HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*), punt 5.4.

162 HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*).

163 Zie de annotatie van Knigge bij HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10 (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*), punt 2.

164 Verordening (EG) 894/97 van de Raad van 29 april 1997 houdende technische maatregelen voor de instandhouding van de visbestanden.

165 Verordening (EG) 850/98 van de Raad van 30 maart 1998 voor de instandhouding van de visbestanden via technische maatregelen voor de bescherming van jonge exemplaren van mariene organismen.

omtrent de strafwaardigheid van vóór de inwerkingtreding van die *Regeling [technische maatregelen]* gepleegde overtreding van die voorschriften.¹⁶⁶ Kortom: in deze zaak krijgt de reden om het Europees recht te wijzigen als het ware 'doorwerking' voor de wijziging van het nationale recht.

De volgende te bespreken zaak is vooral interessant vanwege de conclusie. In 2005 wordt de Hoge Raad gevraagd naar de overgangsrechtelijke gevolgen van de wijziging van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte).¹⁶⁷ Richtlijn 89/592/EEG bevatte minimumregels inzake transacties van ingewijden. Deze richtlijn was in het Nederlandse recht omgezet in de Wte, die op een aantal punten afweek van de richtlijn. Omdat richtlijn 89/592/EEG minimumharmonisatie beoogde en de Wte strenger was dan de richtlijn, waren deze afwijkingen niet in strijd met het Europees recht. In 2003 werd de oude richtlijn vervangen door richtlijn 2003/6/EG betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (kortweg de Richtlijn marktmisbruik). Met deze richtlijn, die inhoudelijk niet veel afwijkt van de vorige, is de totale harmonisatie van in ieder geval de handel met voorwetenschap beoogd.¹⁶⁸ Nederland past in 2005, na het verstrijken van de omzettingstermijn, de Wte aan met de Wet Marktmisbruik en vervangt de Wte in 2007 door de Wet financieel toezicht (Wft). Op een aantal punten behoeft het Nederlandse recht aanpassing aan de nieuwe richtlijn omdat afwijkingen niet langer zijn toegestaan. In deze casus staat de vraag centraal wat de betekenis is van de in de Nederlandse taalversie van de richtlijn gewijzigde terminologie ('aanzienlijke' in plaats van 'aanwijsbare' invloed) en of deze wijziging, zo deze gunstig is voor de verdachte, met terugwerkende kracht moet worden toegepast op de feiten gepleegd nog voor het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn. Hoewel het middel volgens de advocaat-generaal en ook volgens de Hoge Raad berust op een onjuiste lezing van het arrest van het hof, gaat Wortel er toch uitgebreid op in met het oog op te verwachten zaken in de toekomst. Hij verwijst ten eerste naar het hierboven besproken arrest *Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*.¹⁶⁹ Hij sluit zich aan bij annotator Knigge die het arrest zo leest dat wetswijzigingen die zijn ingegeven door een Europese verplichting weliswaar in die bijzondere zaak geen blijk gaven van een gewijzigd inzicht, maar dat in potentie wel kunnen. Hij overweegt vervolgens:

'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 wetswijziging uiting geeft aan een voor de verdachte gunstige

166 HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1336, NJ 2002/627, r.o. 3.7.

167 HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458.

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

169 HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*).

wijziging van inzicht omtrent de strafbaarheid van een tenlastegelegde gedraging. Dat moet naar mijn inzicht ook gelden voor normen die in een Europese richtlijn zijn vastgelegd, mits kan worden aangenomen dat met de richtlijn harmonisatie is beoogd van de op de tenlastegelegde gedraging toepasselijke normen, en die normen met voldoende nauwkeurigheid in de richtlijn zijn omschreven. Een ander oordeel zou mijns inziens onverenigbaar zijn met het primaat van het gemeenschapsrecht.¹⁷⁰

Hierna volgt een onderzoek naar de wetswijziging zowel op Europees als op nationaal niveau. Inhoudelijk leidt dit tot de conclusie dat de oude en de nieuwe richtlijn op dit punt niet verschillen (in de Engelse en Franse taalversie werd in beide richtlijnen hetzelfde begrip gebruikt) en dat zowel de oude als de nieuwe omzettingwetgeving overeenstemt met de richtlijnen.¹⁷¹ Bij dit laatste punt sluit de Hoge Raad zich aan, waardoor de vraag wiens inzicht zou moeten zijn gewijzigd door de Hoge Raad niet hoeft te worden beantwoord.¹⁷²

Een paar jaar later, wanneer de Hoge Raad wel zelf ingaat op de genoemde vragen, is de redenering heel wat strikter dan die van advocaat-generaal Wortel in de vorige zaak. De vraag gaat opnieuw over de Richtlijn inzake transacties van ingewijden die werd vervangen door de Richtlijn marktmisbruik. Het Europees recht maakte al in de richtlijn van 1989 onderscheid tussen primaire en secundaire ingewijden.¹⁷³ Primaire ingewijden bezitten zelf voorwetenschap vanwege hun hoedanigheid of handelwijze.¹⁷⁴ Dit kunnen bijvoorbeeld bestuurders zijn, aandeelhouders, personen die anderszins vanuit hun werk of functie toegang hebben tot voorwetenschap en ook personen die door criminele activiteiten voorkennis vergaren. Secundaire ingewijden krijgen hun informatie van een primaire ingewijde of een andere secundaire ingewijde. Ten aanzien van deze personen geldt een aanvullend subjectief vereiste dat de secundaire ingewijde 'weet of zou moeten weten dat het om voorwetenschap gaat'.¹⁷⁵ De verdachte wil dat de nieuwe bepalingen van de Wte op zijn gedraging worden toegepast, omdat hij meent dat die voor hem het gunstigst zijn. Advocaat-generaal Aben stelt in zijn conclusie dat het middel feitelijke grondslag mist, omdat uit het arrest van het hof duidelijk blijkt dat het hof verdachte aanmerkt als een primaire ingewijde. De vraag of de wetswijziging voortvloeit uit een gewijzigd inzicht van de wetgever hoeft daarom door de A-G niet te worden beantwoord: hij volstaat met het citeren van de

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

171 In navolging van Kristen 2004 stelt Wortel dat de wijziging een eerdere onjuistheid in de Nederlandse taalversie van de richtlijn herstelt, zie concl. A-G J. Wortel bij HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458, punt 90-92.

172 HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458.

173 Zie over dit onderscheid Kristen 2004, p. 375-499.

174 Art. 2 lid 1 richtlijn 2003/6/EG.

175 Art. 4 richtlijn 2003/6/EG, omgezet in art. 46 (oud) Wte in iets andere bewoordingen.

overwegingen van het hof.¹⁷⁶ De Hoge Raad gaat hier wel op in. Hij verwijst naar de nationale wetsgeschiedenis zoals besproken door Aben en komt met een overweging die sindsdien meerdere keren is aangehaald:

‘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.’¹⁷⁷

De formulering van de Hoge Raad is in nogal algemene termen geformuleerd en doet denken aan de overweging uit *Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*.¹⁷⁸ De overweging kan aldus worden geïnterpreteerd dat steeds indien een wetswijziging het gevolg is van een harmonisatieverplichting, deze geen blijk geeft van een gewijzigd inzicht. 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’.¹⁷⁹ Dit zou betekenen dat de terugwerkende kracht van omzettingswetgeving categorisch is uitgesloten van terugwerkende kracht. In latere rechtspraak over deze wetswijziging herhaalt de Hoge Raad deze overweging, en ook in de lagere rechtspraak wordt zij toegepast – niet alleen op de wijziging van de Wte, maar ook op andere wetswijzigingen.¹⁸⁰ In een drietal zaken bij de Arnhemse rechtbank werd in diezelfde lijn een andere aanpassing van het nationale recht aan het Europees recht aangemerkt als ‘ordeningsreden’.¹⁸¹

Dat uit het arrest inderdaad dermate vergaande conclusies kunnen worden getrokken, staat evenwel nog niet vast. In dit geval was duidelijk dat de nationale wetgever *à contrecoeur* de Richtlijn marktmisbruik heeft omgezet. Hij kon zich niet langer de vrijheid permitteren strengere wetgeving te maken met een beroep op minimumharmonisatie, maar het is duidelijk dat de nationale wetgever op deze punten niet van inzicht is veranderd. Vanuit het oogpunt van de nationale wetgever is de wetswijziging inderdaad uitsluitend bewerkstelligd met het oog op de harmonisatie van wetgeving in Europa. Het is in theorie nog mogelijk dat de Hoge Raad pas wil aannemen dat er sprake is

176 Concl. A-G D.J.C. Aben bij HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301, punt 20.4.

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

178 HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*).

179 Kristen in zijn annotatie bij Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC7973, JOR 2008/199 (*Landis*) en met diezelfde strekking Kristen 2004, p. 92-93. In vergelijkbare zin Cleiren, in *T&C Strafrecht* 2014, art. 1 Sr, aant. 15b.

180 Bijvoorbeeld in HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2620; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2551, JOR 2011/294, m.nt. G.T.J. Hoff; Hof Amsterdam 29 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4352; Rb Haarlem 10 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW4887.

181 Rb Arnhem 24 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW6709 / ECLI:NL:RBARN:2012:BW6488 / ECLI:NL:RBARN:2012:BW6504.

van een gewijzigd inzicht indien dit ook blijkt uit de wetsgeschiedenis behorend bij de nationale wetswijziging. Het arrest impliceert echter ook dan onverminderd dat slechts het inzicht van de nationale wetgever relevant is. Dat verhoudt zich moeizaam tot het in de vorige subparagraaf besproken arrest waarin de Hoge Raad wél de terugwerkende kracht overwoog van een nieuwe richtlijn, ook al was die al wel geïmplementeerd in het nationale recht.¹⁸² Op dit moment bestaat er daarom in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen helderheid over de vraag wanneer Europees recht terugwerkende kracht krijgt en wanneer omzettingswetgeving eventueel terugwerkende kracht krijgt.

Ook in lagere rechtspraak wordt, indien nationale omzettingswetgeving voorhanden is, de wijziging van het nationale recht relevant geacht en wordt derhalve gekeken of de wijziging van het nationale rechtelijk gebied van een gewijzigd inzicht van de wetgever.¹⁸³ Soms wordt, om te kunnen bepalen of er sprake is van zulk gewijzigd inzicht, wel gebruik gemaakt van stukken uit het voorbereidingsproces van de relevante Europese wetgeving.¹⁸⁴ De lagere rechtspraak laat echter ook een oplossing zien die mogelijk als inspiratiebron zou kunnen dienen voor richtinggevende jurisprudentie. Die oplossing is dat zowel de wijziging op nationaal niveau als de wijziging op Europees niveau als relevant worden gezien.

Deze benadering is mogelijk geïnspireerd door de eerder genoemde conclusie van A-G Wortel, waarin hij beargumenteert dat wanneer de regelgevende bevoegdheid op Europees niveau ligt, ook het inzicht van de Europese wetgever leidend moet zijn.¹⁸⁵ Een voorbeeld van een redenering waarin zowel het inzicht van de Nederlandse, als van de Europese wetgever wordt onderzocht is een zaak uit 2013, waarin het Hof Amsterdam zich van een reeds enkele malen gebruikte 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

182 HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988.

183 Zie voor enkele voorbeelden Rb Arnhem 24 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW6709; Rb Haarlem 10 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW4887; Rb Rotterdam 10 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM4602.

184 Dit is bijvoorbeeld het geval in Rb Amsterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX6429 / ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3111; Hof Arnhem 4 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM7073, JDW 2010/31, m.nt. red.; Hof Arnhem 24 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ5789.

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

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.¹⁸⁶

Het hof neemt hier de redenering van de Hoge Raad over 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 recht te geven indien daaraan een gewijzigd inzicht van de Europese wetgever ten grondslag ligt. De meeste zaken waarin zo expliciet beide niveaus worden beoordeeld betreffen markt-misbruikzaken bij de Rechtbank en het Hof Amsterdam.¹⁸⁷ In een aantal recente zaken van andere rechterlijke instanties kan inmiddels ook een dergelijke benadering worden waargenomen.¹⁸⁸ De Hoge Raad blijft echter vooralsnog louter toetsen aan het inzicht van de nationale wetgever, dat hij bovendien niet gewijzigd acht indien de wet is ingegeven door een harmonisatieverplichting.¹⁸⁹

De Amsterdamse rechters komen in geen enkele zaak tot de conclusie dat aan de nieuwe Wte een gewijzigd inzicht ten grondslag ligt.¹⁹⁰ Dat is opvallend, aangezien Kristen al eerder had betoogd dat er op het punt van het onderscheid tussen primaire en secundaire ingewijden een verschil bestond van inzicht tussen de Nederlandse en de Europese wetgever.¹⁹¹ Het hof kijkt echter afzonderlijk naar de Europese en nationale wetgever, en niet naar de wetgevers in relatie tot elkaar. Wanneer naar de wetswijziging op nationaal niveau wordt gekeken, ziet het hof dat de wetswijziging verplicht was op basis van het Europees recht en dat de wetgever geen voorstander lijkt van de introductie van het onderscheid. De Nederlandse wetgever was verplicht tot harmonisatie en dus niet van inzicht gewijzigd. Wanneer het hof vervolgens

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

187 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; 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; Rb Amsterdam 3 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI0007, *JOR* 2009/167, m.nt. M. 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.

188 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.

189 HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301.

190 Het hier gebruikte voorbeeld is Hof Amsterdam 12 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9894, *JOR* 2005/298, m.nt. M. Nelemans; zie verder voor enkele voorbeelden Rb Amsterdam 19 januari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AU9945; Hof Amsterdam 29 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4352.

191 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.

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 verschilt van de vorige. Op beide niveaus is men dus niet van inzicht gewijzigd, maar waar de Nederlandse wetgever eerst kon vasthouden aan zijn eigen inzicht is dat niet langer mogelijk.

Tot slot een korte opmerking over een fenomeen uit de jurisprudentie, te weten een omgekeerde toepassing van de toets aan het gewijzigd inzicht. Het onderzoek naar het gewijzigd inzicht heeft tot doel te bepalen of een voor de verdachte gunstiger bepaling met terugwerkende kracht kan worden toegepast. In een aantal zaken wordt het echter gebruikt om te beoordelen of een *niet* voor verdachte gunstiger bepaling met terugwerkende kracht kan worden gebruikt bij de uitleg van wettelijke begrippen. Nationaal recht kan conform een richtlijn die in werking is getreden *na* het plegen van de feiten worden geïnterpreteerd, zo lang aan de uitleg van die begrippen geen gewijzigd inzicht ten grondslag ligt (maar bijvoorbeeld codificatie van bestaande jurisprudentie of een verduidelijking). Dit fenomeen is zichtbaar zowel bij de feitenrechter, als bij de Hoge Raad.¹⁹² In die gevallen kan de uitleg van een bepaling in een voor de verdachte ongunstige zin veranderen door een *na* het plegen van de feiten in werking getreden nieuwere regeling. Mits daarbij de grenzen gesteld aan conforme interpretatie in acht worden genomen, leidt dit niet tot legaliteitsproblemen aangezien het de oude nationale regeling is die wordt toegepast. Om die reden is deze rechtspraak evenmin in strijd met de rechtspraak van de Hoge Raad in de zaak *Ongehoorzame militair*.¹⁹³ Dit is ook het standpunt van het Hof van Justitie, dat geen probleem heeft met het uitleggen van een verordening in het licht van een latere verordening.¹⁹⁴

8.4.6 Enkele handvatten voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr in het Europees strafrecht

De rechtspraktijk blijkt moeite te hebben met het toepassen van het Nederlandse mildheidsgebod in het Europees strafrecht. In deze subparagraaf wil ik de praktijk een handreiking doen door een benadering te schetsen die aan de vereisten van het Europees recht voldoet, maar ook aansluit bij het Nederlandse mildheidsgebod. Ik ga daarbij eerst in op de terugwerkende kracht van

192 Hof Den Haag 17 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2281; HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1564 / ECLI:NL:HR:2013:1571.

193 Daarin bepaalde de Hoge Raad dat indien een wetswijziging géén blijk geeft van gewijzigd inzicht, de oude bepaling moet worden toegepast. Zie HR 7 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8935, NJ 1992/323, m.nt. G. Knigge; Groenhuijsen 1993.

194 HvJ EG 29 januari 1985, C-234/83, ECLI:EU:C:1985:30 (*Gesamthochschule Duisburg*), r.o. 20-21.

Europese wetgeving, en daarna op terugwerkende kracht van omzettingswetgeving.

Allereerst moet worden opgemerkt dat de situatie dat Europees recht terugwerkende kracht zou krijgen naar nationaal recht een hoog theoretisch gehalte heeft. Aangezien veel Europees recht normen van technische aard bevat, is van een gewijzigd inzicht niet snel sprake. Ook waar de Europese Unie actief is op het kernbereik van het strafrecht, is zelden de inzet van wetgeving dat de rechtvaardigheid vraagt om het decriminaliseren van gedragingen. De competentie van de EU is bovendien beperkt tot het verplicht stellen van strafbaarstelling, en strekt zich in principe niet uit tot decriminalisering. Het inherent repressieve karakter van het optreden van de Europese Unie op strafrechtelijk terrein maakt dat voor eventuele inzichten in de strafonwaardigheid van een gedraging op Europees niveau niet tot nauwelijks ruimte is. Helemaal ondenkbaar is de situatie dat harmonisatie op grond van strafwaardigheidsinzichten leidt tot decriminalisering echter niet, zo blijkt met name uit de rechtspraak over de Richtlijn marktmisbruik.

In paragraaf 8.4.4 is betoogd dat artikel 1 lid 2 Sr de toepassing met terugwerkende kracht van Europese regelgeving niet hoeft te verhinderen. Of dat nu volgt uit het artikel zelf, of uit de *strekking* ervan is daarvoor niet echt relevant. Het mildheidsgebod geeft de rechter een oplossing voor het normconflict dat op dat moment ontstaat, dat – het zij nogmaals gezegd – in wezen een conflict is tussen dezelfde norm, al dan niet deels buiten toepassing gelaten onder invloed van het Europees recht. De gedragsomschrijving in een strafrechtelijk gehandhaafde verordening maakt deel uit van de strafbepaling, en kan daarom worden gezien als een wijziging van materieel strafrecht.

Er zijn wat mij betreft twee redenen waarom het ook wenselijk is dat de nationale rechter nieuwe richtlijnen en verordeningen met terugwerkende kracht kan toepassen. De belangrijkste reden is ook al in de literatuur genoemd en heeft te maken met de allocatie van het relevante strafwaardigheidsoordeel.¹⁹⁵ Dit argument is zeer helder 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 wetswijziging uiting geeft aan een voor de verdachte gunstige wijziging van inzicht omtrent de strafbaarheid van een tenlastegelegde gedraging.’¹⁹⁶

195 Zie Kristen 2004, p. 94.

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

Dit argument gaat uiteraard alleen op indien er totale harmonisatie heeft plaatsgevonden, maar dat is ook de enige context waarin deze vraag speelt. Indien een onderwerp volledig door de EU is geregeld, dan verliest de nationale wetgever de wetgevende competentie (de zogenaamde *Sperrwirkung* van harmonisatie voor de nationale wetgever).¹⁹⁷ Het is de Europese wetgever die bepaalt wat strafbaar is en wat niet, wiens strafwaardigheidsoordeel relevant is voor de reikwijdte van daadwerkelijke strafbaarheid. Dit is ook de reden dat de uitspraken waarin de rechter oordeelt dat de nationale wetgever niet van inzicht is gewijzigd omdat de wetwijziging is ingegeven door de plicht tot harmonisatie, niet kunnen overtuigen.¹⁹⁸ Nu het strafwaardigheidsoordeel dat besloten ligt in de richtlijn bepalend is voor de reikwijdte van strafbaarheid, brengt de wil tot rechtsvernieuwing mee dat deze richtlijn direct wordt toegepast voor zover dat wenselijk wordt geacht in het Europees recht.

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 strafbepalingen en strafbepalingen die Europees recht implementeren. Voor dat onderscheid bestaat geen inhoudelijke rechtvaardiging. Indien de rechter de wetwijziging 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.¹⁹⁹ De verdachte wordt een beroep op een voor hem gunstige bepaling ontnomen, dat hij in een zuiver nationale situatie wel zou hebben, terwijl dit verschil niet gerechtvaardigd is. In zekere zin zou zelfs gezegd kunnen worden dat het equivalentiebeginsel vraagt om de mogelijkheid zich op de richtlijn te beroepen, aangezien de verwezenlijking van Europees recht niet aan zwaardere voorwaarden mag worden onderworpen dan nationale bepalingen.²⁰⁰ Dit tweede argument heeft derhalve zeggingskracht zowel op basis van het nationale als het Europees recht.

De tweede vraag is hoe de rechter moet beoordelen of omzettingswetgeving terugwerkende kracht kan krijgen. Kristen heeft in 2004 eveneens reeds betoogd, en daar sluit ik mij bij aan, dat voor het gewijzigd inzicht relevant is waar het relevante strafwaardigheidsoordeel ligt: op welk niveau is besloten wat strafbaar is en wat niet? Neem het voorbeeld van de Richtlijn marktmis-

197 Kristen 2004, p. 56.

198 HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, *NJ* 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*); HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301, r.o. 6.4. Daar komt nog bij dat de Nederlandse wetgever deelneemt aan het Europese wetgevingsproces.

199 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.

200 Over dit beginsel Craig & De Búrca 2011, p. 220-222, 237-240.

bruik. Ten tijde van de vorige richtlijn, 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, wat ook was toegestaan. Dat veranderde met de Richtlijn marktmisbruik, die totale harmonisatie bewerkstelligde. Met de Richtlijn marktmisbruik is het strafwaardigheidsoordeel verschoven van de nationale wetgever – die kan alleen maar uitvoering geven aan het Europees strafwaardigheidsoordeel – naar de Europese wetgever. In dit geval is het niet relevant of het inzicht bij één van die wetgevers is gewijzigd, maar of het inzicht dat aan de strafwet ten grondslag ligt niet langer hetzelfde is.²⁰¹ Wat dus ter vergelijking moet staan is het recht zoals dat gold ten tijde van het plegen, en het geldende recht ten tijde van de uitspraak. Wat ter beoordeling staat is 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 ligt aan de *nieuwe* Wte. Ook in dit geval, waarin de Nederlandse en Europese wetgever langdurig van inzicht verschillen maar door een verschuiving van bevoegdheden niet langer het Nederlandse inzicht leidend is, kan worden gesteld dat aan de wet een gewijzigd (want ‘ander’) inzicht ten grondslag ligt. De wetgevers mogen niet van inzicht gewijzigd zijn, de inzichten die aan de oude respectievelijk nieuwe wetgeving ten grondslag liggen zijn verschillend ten opzichte van elkaar.²⁰²

De benadering van Kristen heeft tot gevolg dat niet zou moeten 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 dat voorheen ook al het geval was, moet het 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 wetwijziging een ander inzicht omtrent de strafwaardigheid van de gedraging ten grondslag ligt dan voorheen. Met deze benadering is het niet nodig het inzicht van de nationale wetgever te beoordelen, indien op nationaal niveau slechts uitvoering is gegeven aan een harmonisatieplicht. Evenmin is het nodig om, zoals soms gebeurt in lagere rechtspraak, het strafwaardigheidsoordeel van de nationale wetgever te vereenzelvigen met dat van de Europese wetgever.²⁰³

Samengevat zou de Nederlandse strafrechter overgangsrechtelijke problemen als volgt kunnen aanpakken: wanneer een richtlijn niet tijdig is omgezet in

201 Kristen 2004, p. 93.

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

203 Zie voor een aantal voorbeelden Rb Amsterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX6429 / ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3111; Hof Arnhem 4 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM7073, JDW 2010/31, m.nt. red.; Hof Arnhem 24 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ5789.

nationaal recht, kan, zo lang er geen omzettingsrecht voorhanden is, artikel 1 lid 2 Sr toch worden toegepast door de nieuwe richtlijn te beschouwen als de relevante ‘verandering van wetgeving’, mits voldaan is aan de voorwaarde van het gewijzigd inzicht. Datzelfde geldt voor verordeningen die zijn gewijzigd. De toets aan het gewijzigd inzicht voorkomt dat de effectieve toepassing van het Europees recht wordt bedreigd door toepassing van de *lex mitior*. Die leidt er immers toe dat indien nog steeds een wens tot handhaving bestaat, latere bepalingen niet met terugwerkende kracht worden toegepast. Dat gewijzigd inzicht heeft betrekking op de Europese wetgever: indien het inzicht van de *communautaire wetgever* dat ten grondslag ligt aan de richtlijn verschilt van het inzicht van de *nationale wetgever* dat ten grondslag ligt aan de nationale wetgeving, kan de richtlijn met terugwerkende kracht worden toegepast. Dat wil zeggen: de richtlijn wordt gebruikt om de nationale bepaling buiten toepassing te laten voor zover die toepassing in strijd zou komen met de richtlijn.

Zodra nationale omzettingswetgeving voorhanden is, kan de nationale wetwijziging worden beschouwd als verandering van wetgeving, omdat het ook de nieuwe nationale bepaling is die in aanmerking komt voor toepassing. Wat vervolgens ter beoordeling staat is het inzicht dat ten grondslag ligt aan de nieuwe wet, en dat moet verschillen met het inzicht dat ten grondslag lag aan de oude wet. Bij totale harmonisatie ligt het strafwaardigheidsoordeel dat de reikwijdte van de strafwet bepaalt op Europees niveau, en dus zijn het de Europese inzichten die middels nationale wetgeving relevant zijn voor de terugwerkende kracht van bepalingen. Het formuleren van overgangsrecht blijft, voor zover het wijzigingen buiten het sanctierecht en de delictsom beschrijvingen betreft, een bevoegdheid van de wetgever, zij het niet langer uitsluitend de nationale wetgever. De rechter kan dus niet de terugwerkende kracht van de omzettingswetgeving categorisch uitsluiten met het argument dat de nationale wetwijziging is ingegeven door een harmonisatieverplichting.

Op deze wijze voldoet de rechter mijns inziens aan de verplichtingen en beperkingen die het Europees recht stelt aan de terugwerkende kracht van Europees recht. Tevens wordt de doorwerking van het Europees recht ingebed in het nationale recht op een wijze die garandeert dat er geen ongerechtvaardigde verschillen ontstaan in de mogelijkheden van verdachten zich te beroepen op artikel 1 lid 2 Sr.

8.5 DEELCONCLUSIE

Het mildheidsgebod neemt in het Europees strafrecht een andere rol in dan het legaliteitsbeginsel. Anders dan de deelnormen van het legaliteitsbeginsel belemmert het niet de doorwerking, maar kan het juist de grondslag vormen van doorwerking van Europees recht in het nationale recht. Het mildheidsgebod kan de doorwerking van het Europees recht mogelijk maken of zelfs verplichten, zodat Europees recht al kan worden toegepast op gebeurtenissen

die hebben plaatsgevonden voor de inwerkingtreding daarvan of het verstrijken van de omzettingstermijn. Anderzijds kan het de doorwerking verhinderen, indien een technische wetswijziging tot gevolg heeft dat gebeurtenissen niet langer kunnen worden bestraft. Dit gebeurt bijvoorbeeld wanneer lidstaten in de uitbreiding van de douane-unie een belemmering zien om douanefeiten gepleegd vanuit of naar de nieuwe lidstaat te berechten, ook al zijn ze gepleegd voor de uitbreiding. In die gevallen kan, net als bij het legaliteitsbeginsel, spanning ontstaan tussen het mildheidsgebod en de effectiviteit van het Europees recht.

Het mildheidsgebod is het meest controversiële deelbeginsel van het legaliteitsbeginsel, in die zin dat er de minste overeenstemming bestaat tussen de lidstaten over de invulling ervan. Dat kan worden verklaard met het feit dat het niet dezelfde, eenduidige ratio heeft als het legaliteitsbeginsel. De primaire ratio van het legaliteitsbeginsel is het waarborgen van de rechtszekerheid, terwijl het mildheidsgebod juist toepassing van een tijdens het handelen van de burger nog niet voorzienbare wet voorschrijft. Dat wil nu ook weer niet zeggen dat het mildheidsgebod een uitzondering vormt op het legaliteitsbeginsel: het mildheidsgebod schrijft nooit de toepassing voor van een bepaling terwijl die toepassing op grond van het legaliteitsbeginsel verboden zou zijn. Het vormt een aanvulling op het verbod van terugwerkende kracht. Over het verbod van terugwerkende kracht van voor de verdachte negatieve wijzigingen zijn de verschillende lidstaten van de Europese Unie het al geruime tijd redelijk eens, over de retroactieve toepassing van begunstigende bepalingen veel minder. Verschillen uiten zich in een verschillende reikwijdte, ratio en status die het beginsel kan hebben in een strafrechtsorde. In dit hoofdstuk is onderzocht wat de reikwijdte, ratio en status van het Europeesrechtelijke mildheidsgebod is en welke gevolgen dat heeft voor de toepassing van het mildheidsgebod in het Nederlandse recht. Opnieuw wreekt zich dat de rechtspraak van het Hof op dit punt nog niet is uitontwikkeld, waardoor er nog veel vragen open blijven. Het blijkt bovendien dat het door de Hoge Raad gestelde criterium van het gewijzigd inzicht vragen oproept wanneer niet alleen of überhaupt niet het Nederlandse strafrecht is gewijzigd, maar een bepaling van Europees recht.

Aangezien in het Europees recht geen strafrechtelijke veroordelingen worden uitgesproken en geen strafsancities worden opgelegd, wordt het mildheidsgebod niet rechtstreeks toegepast door de Europese rechter. In het punitief bestuursrecht wordt het beginsel ingeroepen en soms ook erkend door het Hof van Justitie, maar in het mededingingsrecht is ook geoordeeld dat er geen beroep kon worden gedaan op de mildste strafwet omdat de wetgever retroactief wijzigingen kon aanbrengen in de rechtspositie van de betrokkenen. De Europese wetgever acht zich kennelijk wel bevoegd de terugwerkende kracht van mildere regels te beperken bij wege van overgangsrecht. Dit is onder andere

gebeurd bij de introductie van een nieuwe EVOA. De Nederlandse strafrechter past die overgangsrechtelijke bepalingen ook toe.²⁰⁴

De onderzochte rechtspraak van het Hof over de terugwerkende kracht van Europees recht in het nationale recht biedt geen definitief uitsluitsel over de implicaties van het mildheidsgebod voor de lidstaten. In 2005 ging het Hof over tot de erkenning van het *lex mitior*-beginsel als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. Uit het *Berlusconi*-arrest blijkt dat de toepassing van het mildheidsgebod niet langer ter vrije keus aan de lidstaten staat, maar onder omstandigheden verplicht kan zijn. Het heeft in ieder geval de *status* van grondrecht gekregen, een sterkere status dan het zou hebben gehad als beleidsbeginsel. Die status is sindsdien nog versterkt door de erkenning van het mildheidsgebod als een onderdeel van artikel 7 EVRM door het Straatsburgse mensenrechtenhof. De erkenning van het mildheidsgebod als supranationaal grondrecht kan het beste worden verklaard door de *ratio* te zoeken in de proportionaliteit van straffen. De *reikwijdte* is echter onopgehelderd gebleven. Er is reden om aan te nemen dat ook op wijzigingen buiten het sanctierecht toepassing van het mildheidsgebod van toepassing is (de formele leer), en zelfs toepassing op alle wetswijzigingen kan niet worden uitgesloten (de materiële leer). In ieder geval had het *Berlusconi*-arrest betrekking op wijzigingen in het sanctierecht, maar ook in de delictomschrijving zelf. In de Duitse literatuur is wel betoogd dat het Europees mildheidsgebod een materiële leer kent en dus alle voor de strafbaarheid relevante wetswijzigingen omvat. Anderzijds kan worden gewezen op het *Allain*-arrest, waarin het Hof een wetswijziging aanmerkte als 'materieel feit', en benadrukte dat de handhavingsplicht in stand was gebleven ondanks de niet-strafrechtelijke wetswijziging. Het Hof zal hopelijk binnenkort helderheid verschaffen.²⁰⁵

Het Nederlandse legaliteitsbeginsel is van oudsher in *reikwijdte* niet beperkt tot een bepaald type wetswijzigingen. Vanwege deze materiële leer is in de literatuur wel gesteld dat wijzigingen daarom ook niet beperkt hoeven te zijn tot het Nederlandse recht, maar ook in het internationaal recht kunnen zijn gelegen. Om met terugwerkende kracht te kunnen worden toegepast, moeten wetswijzigingen wel aan een inhoudelijk criterium voldoen: ze moeten voortspuiten uit een gewijzigd inzicht van de wetgever aangaande de strafwaardigheid van de gepleegde gedraging. Knigge heeft dit criterium verklaard met een verwijzing naar de drang tot *rechtsvernieuwing* die aan wetswijzigingen ten grondslag kan liggen: de wetgever is ervan overtuigd dat het nieuwe recht het betere recht is, en daarom moet het – mits dit niet de rechten van de verdachte aantast – onmiddellijk worden toegepast. Dit criterium om de reikwijdte af te bakenen en de *ratio* van het mildheidsgebod in Nederland wordt gekenmerkt door een sterke oriëntatie op de wens van de wetgever. Het gaat om de motivatie van de wetgever om tot nieuwe wetsbepalingen

204 Zie paragraaf 8.3.4.

205 Zie paragraaf 8.3.

te komen. De wetgever is vrij in het beperken van de terugwerkende kracht van gunstiger wetgeving, en indien de wetgever geen overgangsrecht heeft geformuleerd kan de rechter dit invullen aan de hand van bovengenoemd criterium. Het mildheidsgebod heeft derhalve in Nederland de status gehad van een *beleidsbeginsel*. Onder invloed van in de belangrijkste plaats het EVRM, heeft (een deel van) het mildheidsgebod een ontwikkeling doorgemaakt van beleidsbeginsel tot grondrecht, hetgeen gevolgen heeft voor de Nederlandse invulling ervan. De Hoge Raad heeft dit echter uitsluitend erkend ten aanzien van wijzigingen in het sanctierecht, en past op overige wijzigingen nog altijd het Nederlandse mildheidsgebod toe op basis van de Nederlandse criteria. Hoewel dit uitgangspunt voor wat het Europees recht betreft ter discussie is gesteld in dit hoofdstuk, is dit geaccepteerd als geldend recht voor het onderzoek naar de toepassing van het mildheidsgebod in Nederland.²⁰⁶ De promotie van het mildheidsgebod van beleidsbeginsel tot grondrecht in het Europees recht heeft aldus weinig gevolgen gekregen voor de toepassing ervan in het Nederlandse strafrecht.

De toepassing van het Nederlandse mildheidsgebod zoals vervat in artikel 1 lid 2 Sr is niet vanzelfsprekend in de context van het Europees recht. Twee vragen moeten door de nationale rechter worden beantwoord: 1) kunnen Europese bepalingen met terugwerkende kracht worden toegepast om strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten?; en 2) wanneer de rechter moet beoordelen of de wijziging van het nationale recht voortvloeit uit een gewijzigd inzicht omtrent de strafwaardigheid van de gedraging, moet dan het inzicht van de nationale of de Europese wetgever leidend zijn? Een analyse van Nederlandse rechtspraak laat grote verschillen zien tussen rechters en ook binnen rechterlijke colleges. De Hoge Raad heeft geaccepteerd dat bepalingen van Europees recht in beginsel wel terugwerkende kracht kunnen krijgen over de band van artikel 1 lid 2 Sr. Toch zijn er aanwijzingen dat bepalingen in de context van het Europees recht minder snel terugwerkende kracht krijgen dan zuiver nationale bepalingen. Dat heeft dan te maken met de tweede vraag, de beoordeling van het gewijzigd inzicht. De Hoge Raad oordeelde over de wijziging van de Wte naar aanleiding van de Richtlijn marktmisbruik dat deze niet voortkwam uit een gewijzigd inzicht, 'aangezien het gaat om een vanaf de wetswijziging te bewerkstelligen harmonisatie.'²⁰⁷ Ten eerste beoordeelt de Hoge Raad in dit geval alleen de nationale wetswijziging, en de motieven van de nationale wetgever. Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat er in het geval van een harmonisatieverplichting geen sprake is van gewijzigd inzicht. In de lagere rechtspraak komt men gevallen tegen waarin de Hoge Raad wordt gevolgd in die zin dat omzettingswetgeving niet voortvloeit uit een gewijzigd inzicht maar uit Europeesrechtelijke verplichtingen, maar waarin vervolgens

²⁰⁶ Zie paragraaf 8.4.1-8.4.3.

²⁰⁷ HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301, r.o. 6.4, besproken in paragraaf 8.4.5.

wordt gekeken of de wetswijziging op Europees niveau wellicht is ingegeven door een gewijzigd inzicht van de Europese wetgever.²⁰⁸

Dit hoofdstuk heeft een ontwikkeling van het mildheidsgebod laten zien van beleidsbeginsel naar constitutioneel beginsel. In zekere zin is dit een constitutionalisering tegen wil en dank geweest: een minderheid van de lidstaten erkende het beginsel als constitutioneel recht. Toch is zowel in EU- als in EVRM-verband, in navolging van het IVBPR, het principe erkend als grondrecht. Voor zover dat recht beperkt is tot wijzigingen in het sanctierecht, hoeft dat voor Nederland niet tot grote problemen te leiden. In Europa verschillen de meningen echter sterk over de vraag of het mildheidsgebod ook daadwerkelijk beperkt is tot het sanctierecht, of dat het zich ook uitstrekt tot wijzigingen in het strafrecht (de formele leer), of zelfs op wijzigingen daarbuiten (materiële leer). Ook is nog onduidelijk of inhoudelijke voorwaarden moeten of mogen worden toegepast. In de lidstaten, waaronder Nederland, bestaat de neiging om de reikwijdte van dit internationale grondrecht aldus op te vatten dat het alleen betrekking heeft op het minst controversiële deel ervan: het sanctierecht. Zolang uit het Europees recht niet expliciet het tegendeel blijkt, lijkt dat een verstandige benadering. Toepassing van een onbeperkt materiële leer in het Europees strafrecht zou de handhaving van Europees recht aanzienlijk kunnen bemoeilijken bij aanstaande wetswijzigingen. Dat zou bovendien leiden tot een breuk met de Nederlandse traditie van een terughoudende toepassing van wetswijzigingen met terugwerkende kracht.

208 Zie paragraaf 8.4.3-8.4.5.

9 | Conclusie

9.1 INLEIDING

Aan het eind van ieder hoofdstuk zijn steeds de onderzoeksvragen ten aanzien van de in dat hoofdstuk centraal staande deelnorm beantwoord. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste punten die uit de hoofdstukken naar voren zijn gekomen kort gerecapituleerd, en worden de conclusies van het onderzoek gepresenteerd. De vragen die in het onderzoek centraal zijn gesteld, luiden:

1. Op welke wijze geven Europese en Nederlandse actoren invulling aan het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht?
 - a. Achten de Europese wetgever en het Hof van Justitie zich gebonden aan het Europese legaliteitsbeginsel en zo ja, op welke wijze geven zij daaraan invulling?
 - b. Welke verplichtingen vloeien voort uit het Europese legaliteitsbeginsel voor de Nederlandse wetgever en rechter, en hoe begrenst en stuurt het Europese legaliteitsbeginsel de doorwerking van het Europees recht in het strafrecht?
 - c. Op welke wijze geven Nederlandse actoren vorm aan het Europese en Nederlandse legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht?
2. Welke implicaties heeft de huidige invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling?

De beantwoording van de onderzoeksvragen geschiedt in paragraaf 9.2 tot en met 9.4. In schuingedrukte teksten worden de uit het onderzoek voortvloeiende conclusies zo bondig mogelijk samengevat, waarna steeds een toelichting, en vaak een nuancering volgt. In paragraaf 9.2 staat het antwoord op de eerste onderzoeksvraag centraal, de invulling die door de verschillende actoren wordt gegeven aan het legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht. Deze paragraaf bevat een korte recapitulatie en analyse van het onderzoek dat is verricht ten behoeve van hoofdstuk 4 tot en met 8. Paragraaf 9.3 behandelt in de kern dezelfde vraag, maar dan op abstracter niveau. Vanaf die paragraaf wordt de structuur van de deelnormen losgelaten en op geaggregeerd niveau gekeken naar het legaliteitsbeginsel. De vraag is dan niet langer welke invulling de deelnormen krijgen, maar wat in het Europees recht worden beschouwd als de fundamenteën van het legaliteitsbeginsel, of en hoe die

fundamenten de doorwerking van Europees recht in het nationale recht begrenzen en, uiteindelijk, welke conceptie van het legaliteitsbeginsel dominant is in het Europees strafrecht. In paragraaf 9.4 ga ik op basis van de conclusies in paragraaf 9.2 en 9.3 in op de tweede onderzoeksvraag, de implicaties van de vormgeving van het Europees strafrecht voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling. In paragraaf 9.5 worden ten slotte enkele aanbevelingen geformuleerd voor de Europese en Nederlandse wetgever en rechter. In de diverse verschillende hoofdstukken zijn soms al meer concrete aanbevelingen gedaan, in dit hoofdstuk gaat het om meer algemene attitudes en werkwijzen die zouden kunnen bijdragen aan het beter realiseren van het legaliteitsbeginsel binnen de bestaande kaders. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 9.6 afgerond met een korte slotbeschouwing, waarin wordt gereflecteerd op de bevindingen, de toekomst van het Europees strafrecht en op mogelijke richtingen voor toekomstig wetenschappelijk onderzoek in het verlengde van het onderhavige.

9.2 DE INVULLING VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET EUROPEES STRAFRECHT

In deze paragraaf wordt geschetst welke betekenis het legaliteitsbeginsel krijgt in het Europees strafrecht. Bij die schets moeten enkele kanttekeningen worden geplaatst. De eerste is dat het Europees legaliteitsbeginsel op onderdelen hiaten vertoont; het Hof van Justitie heeft tot op heden slechts delen van het beginsel ingekleurd en het aantal zaken waarin het Hof gelegenheid heeft gehad zich uit te spreken over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is nog beperkt. Omdat het Hof zelf geen strafrechtelijke veroordelingen uitspreekt en zich niet uitlaat over de uitleg van het nationale recht, komt het niet toe aan de vraag of in een individuele zaak het legaliteitsbeginsel al dan niet is geschonden. De taak van het Hof is beperkt tot het geven van instructies aan de nationale autoriteiten die uiteindelijk nationaal recht toepassen, en het blijft in die instructies doorgaans vrij algemeen. De rechtspraak van het Hof van Justitie in mededingingsrechtelijke zaken biedt in theorie meer aanknopingspunten, maar in die rechtspraak benadrukt het Hof structureel het onderscheid tussen het mededingingsrecht en het strafrecht, hetgeen directe extrapolatie verhindert. Tot slot moet worden opgemerkt dat veel van de rechtspraak betrekking heeft op orderingsstrafrecht. Aangezien de invulling van het legaliteitsbeginsel contextafhankelijk is, kleurt dit het beeld van het legaliteitsbeginsel. Hoewel de onderzoeksresultaten dus niet concludent zijn, is het toch mogelijk de contouren te schetsen van het Europese legaliteitsbeginsel.

9.2.1 Binding van de Europese wetgever en het Hof van Justitie aan het Europese legaliteitsbeginsel

In het Europees recht worden geen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen uitgevaardigd of toegepast; vooralsnog wordt strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend in het nationale recht gevestigd. Omdat (en voor zover) Europees recht slechts indirect leidt tot de strafbaarstelling van gedragingen, wordt het bepaaldheidsgebod tot op heden niet van toepassing geacht op Europese wetgeving. Datzelfde geldt voor het verbod van terugwerkende kracht. Het Hof van Justitie laat zich bij de uitleg van Europees recht niet leiden door het rechtsgebied waarin het Europees recht is geïmplementeerd. De verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel wordt gelegd bij de strafrechter die in de concrete strafzaak oordeelt. Het Hof van Justitie staat toe dat lidstaten Europees recht met terugwerkende kracht toepassen in het nationale recht indien dat voor de verdachte gunstig is, tenzij op Europees niveau de terugwerkende kracht wordt beperkt middels een bepaling van overgangsrecht.

Op Europees niveau, zo is in het voorafgaande benadrukt, worden geen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen uitgevaardigd. Evenmin worden strafbepalingen toegepast in concrete zaken: het Hof van Justitie behandelt geen strafzaken. Gezien die stand van zaken is het niet vanzelfsprekend dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zonder meer wordt toegepast op Europese wetgeving. Toch oefent het Europees recht grote directe en indirecte invloed uit op het materiële strafrecht. Het is daarom evenmin vanzelfsprekend dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van geen enkele betekenis is voor Europese wetgeving. De Europese actoren kennen vooralsnog weinig normerende betekenis toe aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel voor hun eigen handelen.

De herkomst van *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid* ligt vooralsnog steeds in het nationale recht. Het stelsel van het Europees strafrecht is ingericht op de meerlagigheid daarvan, waarbij de beslissing tot strafbaarstelling op Europees niveau wordt genomen, maar de daadwerkelijke strafbaarstelling op nationaal niveau plaatsvindt. Richtlijnen moeten worden omgezet in nationale strafbepalingen. Verordeningen zijn rechtstreeks toepasselijk en bevatten soms een gedragsomschrijving, maar kunnen pas strafrechtelijk worden gehandhaafd indien het nationale recht een strafbaarstelling en sanctienorm bevat. De gedragsnorm blijft niettemin op Europees niveau liggen, waardoor een hybride strafbepaling ontstaat die deels uit nationaal, deels uit Europees recht bestaat. Uit het onderhavige onderzoek zijn geen indicaties af te leiden dat er op Europees dan wel nationaal niveau behoefte bestaat aan die stand van zaken te tornen. Rechtstreekse strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees recht is echter niet principieel uitgesloten: indien een gedragsomschrijving in een verordening zou worden voorzien van een strafbaarstelling en een sanctienorm, kan de strafbepaling als geheel rechtstreeks worden

toegepast in het nationale recht.¹ Het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid is evenmin formeel beperkt in het Europees recht: het wetsbegrip in artikel 49 Hv is een materieel rechtsbegrip en omvat zowel geschreven als ongeschreven bronnen. Omdat lidstaten richtlijnen moeten omzetten in geschreven (straf)bepalingen, heeft dat wetsbegrip voor het strafrecht weinig gevolgen. In het hoogst onwaarschijnlijke geval dat het Hof zelf de bevoegdheid zou krijgen op te treden als strafrechter, zou het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid mijns inziens beperkt moeten blijven tot geschreven strafbepalingen. Een andere wijze van het creëren van strafrechtelijke aansprakelijkheid in strijd komen met de constitutionele tradities van de continentale lidstaten. De interpretatievrijheid van het Hof van Justitie wordt daarom mede bepaald door de functie van het Hof en zijn rechtspraak: zo lang het Hof niet rechtstreeks betrokken is bij de afhandeling van strafzaken, kan het zich een relatief grotere vrijheid permitteren.²

Ten aanzien van de gelding van het *bepaaldheidsgebod* voor Europese wetgeving is de situatie complex, omdat de verschillende actoren zich daarover onderling verschillend hebben uitgelaten. De Commissie stelt onomwonden dat aangezien richtlijnen moeten worden omgezet in nationaal recht, deze slechts voldoende helder moeten zijn voor de lidstaten. De Commissie aanvaardt uiteraard wel de toepasselijkheid van het meer algemene staatsrechtelijke beginsel dat wetgeving duidelijk moet zijn, dat tot uitdrukking komt in artikel 263 VWEU, maar niet dat Europese wetgeving ook moet voldoen aan de strafrechtelijke eisen van rechtszekerheid die voortvloeien uit artikel 49 Hv. Het Parlement lijkt te willen zeggen dat er sprake is van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de Europese en nationale wetgever. Hoewel de uitspraken van de Raad op dit punt ambigu zijn, kunnen zij in geen geval de stelling dragen dat richtlijnen aan het bepaaldheidsgebod gebonden zijn.³ In procedures voor het Hof van Justitie is een aantal keer aangevoerd dat de beschrijving van een strafbare gedraging in een kaderbesluit, richtlijn of verordening niet voldoet aan het bepaaldheidsgebod. Als antwoord daarop stelt het Hof in algemene zin dat Europees recht is gebonden aan het legaliteitsbeginsel. Zodra het Hof toekomt aan toepassing van het legaliteitsbeginsel op het concrete geval wordt niettemin steeds het legaliteitsbeginsel niet geschonden geacht, omdat het ter discussie staande Europees recht geen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen bevat. Ten aanzien van verordeningen oordeelde het Hof dat het de nationale rechter is die moet beoordelen of de bepalingen van een verordening voldoende duidelijk zijn. Verordeningen lijken dus aan het bepaaldheidsgebod gebonden, maar het is de nationale rechter die moet toetsen of daaraan is voldaan. De rechtsgevolgen daarvan zijn evenwel onzeker. De nationale rechter heeft namelijk niet de bevoegdheid bepalen-

1 Zie paragraaf 4.4.

2 Zie paragraaf 4.3.

3 Zie paragraaf 5.4.3.

gen van Europees recht onverbindend te verklaren. Hij moet daarom in het nationale recht zoeken naar oplossingen voor het individuele geval (het buiten toepassing laten van de verordening, het creëren van rechterlijk overgangsrecht of toepassing van avas in de zin van rechtsdwaling). Het Hof geeft wel aan wat de minimumstandaard is die de nationale rechter moet hanteren. Vereist is ten minste dat duidelijk blijkt uit de bewoordingen van de wet (in dit geval de verordening), en eventueel de uitleg daarvan in de jurisprudentie, welk handelen of nalaten kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daaruit blijkt dat voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkstelling volgens het Hof van Justitie niet per definitie een exclusieve taak van de (Europese of nationale) wetgever is: als een onduidelijke verordening wordt verduidelijkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, is alsnog aan het bepaaldheidsgebod voldaan. Zolang de verordening nog niet door het Hof is verduidelijkt, zal de nationale rechter in het individuele geval moeten zorgen voor rechtsbescherming van de verdachte. Toetsing van Europese wetgeving aan het strafrechtelijk bepaaldheidsgebod door het Hof van Justitie doet zich tot op heden dus niet voor.⁴

Ten aanzien van de *grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid* is de jurisprudentie van het Hof van Justitie tot op heden duidelijk: het Hof houdt geen rekening met het rechtsgebied waarin een maatregel is geïmplementeerd. Als een richtlijn door lidstaten in verschillende rechtsgebieden is omgezet, is de uitleg van die richtlijn steeds dezelfde. Daarmee heeft het Hof zich nog niet uitgelaten over de interpretatie van richtlijnen die in het strafrecht *moeten* worden omgezet. In ieder geval kan worden vastgesteld dat de interpretatie door het Hof van secundaire wetgeving wordt begrensd door de tekst van de wet. Ook zijn er voorbeelden waarbij het Hof expliciet kiest voor een beperkende uitleg op basis van de tekst van de wet, hoewel dit mogelijk afdoet aan de instrumentele functie van die bepaling. De tekst van de wet vormt in deze zaken een grens die het Hof niet overschrijdt, ook niet indien dat de effectiviteit van het Europees recht ten goede zou komen. Het is denkbaar dat in de toekomst het legaliteitsbeginsel wel zal worden erkend als expliciete grondslag voor deze restrictieve en door de grammaticale interpretatiemethode gedomineerde rechtspraak. Niettemin heeft het Hof ook ten aanzien van de uitleg van strafbepalingen gesteld dat de *nationale rechter* tot taak heeft te garanderen dat burgers rechtsbescherming genieten op grond van het legaliteitsbeginsel.⁵

Van *terugwerkende kracht* van strafbepalingen kan geen sprake zijn zolang er op Europees niveau geen strafbepalingen bestaan. Wel heeft het Hof bepaald dat ook rechtshandelingen van de EU die mede de grondslag kunnen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, geen terugwerkende kracht mogen

4 Zie paragraaf 5.4.4.

5 Zie paragraaf 6.4.

hebben. Indirect heeft het retroactiviteitsverbod dus wel gevolgen voor de Europese wetgever.⁶

De implicaties van het *mildheidsgebod* zijn onzeker, zowel voor de lidstaten als de Europese Unie zelf. Het mildheidsgebod heeft in potentie gevolgen voor Europese wetgeving, indien daarin de terugwerkende kracht van voor verdachten gunstige bepalingen wordt voorgeschreven dan wel uitgesloten. Een enkele keer bevat het Europees recht een overgangsbepaling waarmee de terugwerkende kracht van gunstiger maatregelen wordt uitgesloten. Kennelijk acht de Europese wetgever dergelijke uitzonderingen toelaatbaar, ofwel omdat ze niet onder de reikwijdte van het Europees mildheidsgebod vallen, ofwel omdat ze een toelaatbare uitzondering vormen als bedoeld in artikel 52 lid 1 Hv.⁷

Het antwoord op onderzoeksvraag 1a luidt kortom overwegend ontkennend. De Uniewetgever en het Hof van Justitie achten zich op dit moment niet gebonden aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Het kernargument voor het niet toepasselijk zijn van het legaliteitsbeginsel op de EU-wetgever en het Hof van Justitie is dat strafbepalingen worden uitgevaardigd en toegepast door de lidstaten, niet door de EU. Het zijn daarom de lidstaten die verantwoordelijk zijn voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel. Deze taakverdeling past in beginsel goed bij de gedecentraliseerde handhaving van het Europees recht. Met name de nationale rechter krijgt binnen het Europees strafrecht de taak toebedeeld om het legaliteitsbeginsel te waarborgen. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat voor de Europese actoren kennelijk twee activiteiten relevant zijn in relatie tot het legaliteitsbeginsel: het formuleren van strafbepalingen door de wetgever en het toepassen daarvan door de strafrechter in individuele zaken. Uit de redenering van de actoren kan ook worden afgeleid dat indien in de toekomst in het Europees recht rechtstreeks werkende strafbepalingen zouden worden uitgevaardigd of zouden worden toegepast, het legaliteitsbeginsel ook bindend zou zijn voor de Europese wetgever en rechter.

9.2.2 Verplichtingen voor de Nederlandse actoren op grond van het legaliteitsbeginsel, en de relatie van die verplichtingen tot de doorwerking van het Europees recht in het materiële strafrecht

Het Hof van Justitie heeft op basis van het legaliteitsbeginsel strikte grenzen geformuleerd aan de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht. Lidstaten zijn verplicht een anterieure en duidelijke wettelijke basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren in het nationale recht, en de rechter is bij de uitleg daarvan strikt begrensd in zijn vrijheid: indien de nationale wet geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, kan de rechter niet tot een veroordeling komen, ook niet door middel van een

⁶ Zie paragraaf 7.3.1.

⁷ Zie paragraaf 8.3.

Europeesrechtconforme interpretatie. Lidstaten zijn in beginsel verplicht bij verandering van wetgeving in voor de verdachte gunstige zin de mildste strafwet toe te passen.

De Europese Unie is voor het bereiken van haar doelstellingen in hoge mate afhankelijk van het handelen van de lidstaten. De Nederlandse strafwetgever en strafrechter zijn gehouden tot loyale samenwerking en moeten in dat kader de doelstellingen van het Europees recht zo goed mogelijk verwezenlijken door Europees recht om te zetten, uit te voeren, toe te passen en eventueel voorrang te verlenen of te betrekken in de uitleg van het nationale recht. Die plichten worden echter begrensd door het legaliteitsbeginsel, en het is voor de lidstaten van groot belang te weten hoe het legaliteitsbeginsel de doorwerking stuurt en begrenst.

De vraag welke normen kunnen gelden als *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid* wordt beïnvloed door de wijze waarop lidstaten invulling mogen of moeten geven aan hun implementatieverplichting. Hoewel in dit boek is verdedigd dat artikel 49 Hv een materieel rechtsbegrip inhoudt, zijn de lidstaten gehouden gebruik te maken van geschreven strafbepalingen. Richtlijnen die harmonisatie van strafrecht beogen moeten worden omgezet in geschreven strafbepalingen, ook in lidstaten waarin geschreven strafbepalingen doorgaans een minder prominente rol spelen. Verordeningen kunnen uitsluitend strafrechtelijk worden gehandhaafd indien het nationale recht een strafbaarstelling bevat die verwijst naar de relevante bepalingen van de verordening, alsmede een sanctienorm. Omzetting door middel van rechterlijke uitspraken wordt niet toereikend geacht. De eis tot omzetting en uitvoering in geschreven wetgeving is mogelijk mede ingegeven door de wens toezicht te kunnen houden op – in ieder geval *de jure* – implementatie van het Europees recht door de lidstaten.⁸

Ook het Europeesrechtelijk *bepaaldheidsgebod* is relevant voor de lidstaten wanneer zij Europese richtlijnen omzetten in nationaal strafrecht. Wanneer Europese richtlijnen onduidelijk zijn, bestaat voor lidstaten de plicht deze te concretiseren in het nationale recht. Het Hof heeft die plicht nader uitgewerkt: richtlijnen moeten worden omgezet ‘door middel van bepalingen die een voldoende bepaalde, duidelijke en doorzichtige situatie scheppen, zodat de particulieren hun rechten en verplichtingen kunnen kennen.’⁹ Het valt op dat hier, anders dan bij de rechtspraak over de bepaaldheid van verordeningen, niet wordt genoemd dat bepalingen door de rechter nader kunnen worden uitgelegd om zo alsnog te voldoen aan het vereiste van voldoende bepaald-

⁸ Zie paragraaf 4.3.

⁹ HvJ EG 2 augustus 1993, C-366/89, ECLI:EU:C:1993:330 (*Commissie/Italië*), r.o. 17. Zie voorts HvJ EG 30 januari 1985, 143/83, ECLI:EU:C:1985:34 (*Commissie/Denemarken*) en HvJ EG 23 mei 1985, C-29/84, ECLI:EU:C:1985:229 (*Commissie/Duitsland*). Deze jurisprudentie is besproken in paragraaf 5.5.3.

heid.¹⁰ Uit het onderzoek naar de implicaties van de eerste twee deelnormen van het legaliteitsbeginsel blijkt kortom dat de nationale wetgever de plicht heeft Unierecht om te zetten in heldere, wettelijke strafbepalingen.

Bij de interpretatie van geharmoniseerde strafbepalingen door de nationale strafrechter kan spanning ontstaan tussen de doorwerking van het Europees recht en de *grenzen aan de interpretatievrijheid* van de rechter. De nationale rechter heeft de plicht het nationale recht dat onder de reikwijdte van het Europees recht valt uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van het Europees recht. Dat is in het kort de inhoud van de plicht tot conforme interpretatie. Tegelijkertijd moet hij de rechtszekerheid van burgers waarborgen. Indien een conforme interpretatie ook een extensieve interpretatie is, ontstaat spanning met het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof van Justitie instrueert de nationale rechter in dat geval voorrang te geven aan rechtszekerheid: de plicht tot conforme interpretatie mag niet leiden tot het vestigen of verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij staat de tekst van de nationale wet altijd voorop: interpretatie *contra legem* is niet toegestaan. De plicht tot conforme interpretatie heeft niettemin invloed op hoe de rechter het nationale strafrecht moet interpreteren. De nationale wetsgeschiedenis wordt door het Hof van Justitie van een andere en vooral ook beperktere betekenis geacht dan in het Nederlandse strafrecht gebruikelijk is. De nationale rechter moet uitgaan van de veronderstelling dat de nationale wetgever de wens heeft gehad het Europees recht correct om te zetten. Dit betekent dat de nationale wet Europeesrechtconform moet worden uitgelegd, desnoods in weerwil van een van de richtlijn afwijkende uitleg in de nationale wetsgeschiedenis. Dit is slechts anders indien het vermoeden van de wens tot correcte omzetting wordt weerlegd, of indien een conforme interpretatie zou resulteren in een schending van het legaliteitsbeginsel zoals dat besloten ligt in artikel 49 Hv.¹¹

Ten aanzien van het *verbod van terugwerkende kracht* ten nadele van verdachten bevat het Europees recht duidelijke normen: strafbepalingen mogen niet worden uitgevaardigd met terugwerkende kracht. Daarom verplicht het Europees recht daar ook nooit toe. Het Hof heeft daarnaast in concrete zaken beperkingen aangebracht in de temporele werking van omzettingsmaatregelen, indien die maatregelen nadelige gevolgen hebben voor individuen.¹²

Het *mildheidsgebod* is sinds 2005 erkend door het Hof van Justitie als grondrecht. Wat dit recht inhoudt is echter op basis van de jurisprudentie op dit moment niet goed te beoordelen, omdat het Hof nog weinig kansen heeft gehad nader invulling te geven aan het mildheidsgebod. Dat het als een grondrecht wordt beschouwd, wekt in ieder geval het vermoeden dat daaraan de proportionaliteit van straffen ten grondslag ligt. Voor de lidstaten is echter

10 Zie paragraaf 5.5.

11 Zie paragraaf 6.5.

12 Zie paragraaf 7.3.2.

vooral van belang om te weten op welke wetswijzigingen het mildheidsgebod van toepassing is en of daaraan inhoudelijke voorwaarden zijn, dan wel mogen worden verbonden. In het *Berlusconi*-arrest werd de Italiaanse rechter verplicht voor de verdachte gunstige wetswijzigingen, die zowel de strafmaat als de delictsomschrijving betroffen, met terugwerkende kracht toe te passen. Dat biedt een aanwijzing dat het grondrecht zich tot meer dan alleen de sancties uitstrekt. Het *Allain*-arrest ging niet over de terugwerkende kracht van een nationale wetswijziging, maar over de temporele gevolgen van de eenwording van Duitsland en de consequenties daarvan voor het douanerecht. In dat arrest oordeelde het Hof dat de wijziging een 'materieel feit' was, dat geen afbreuk deed aan de plicht tot handhaving van de lidstaten. Dat biedt een aanwijzing dat het grondrecht niet van toepassing is op wijzigingen buiten het strafrecht, of dat een inhoudelijk beperkingscriterium geldt voor de toepassing ervan. De implicaties van het mildheidsgebod zijn derhalve vooralsnog onzeker.¹³

Het antwoord op onderzoeksvraag 1b luidt dat uit het Europees recht een strikte plicht voortvloeit voor de lidstaten tot handhaving van het Europees-rechtelijk legaliteitsbeginsel en daarmee tot het waarborgen van de rechtszekerheid. Lidstaten zijn gehouden een wettelijke grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren in het nationale recht, die voldoende duidelijk maakt welke gedragingen verboden zijn en waaraan de rechter bij de toepassing strikt gebonden is. Lidstaten mogen niet, om uitvoering te geven aan het Europees recht, een gedraging met terugwerkende kracht strafbaar stellen of anderszins met terugwerkende kracht rechtsgevolgen verbinden aan omzettingswetgeving wanneer dit voor de verdachte negatieve invloed heeft op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wanneer omzettingswetgeving juist gunstig is voor de verdachte, kan de nationale rechter verplicht zijn deze met terugwerkende kracht toe te passen. Lidstaten zijn uiteraard ook gehouden effect te geven aan het Europees recht en wel op zo'n manier dat de doelstellingen daarvan worden gerealiseerd. Die plicht rust primair op de nationale wetgever, die tijdig duidelijke strafbaarstellingen moet uitvaardigen. Doet hij dat niet, dan zijn de mogelijkheden voor de nationale rechter om met conforme interpretatie omzettingengebreken te repareren beperkt.

Verscheidene malen is de vraag gerezen of lidstaten de doorwerking van het Europees recht aan verdergaande beperkingen kunnen onderwerpen dan de beperkingen die door het Hof van Justitie zijn opgeworpen, op grond van hun nationale uitleg van het legaliteitsbeginsel. Het Hof draagt de strafrechter op het legaliteitsbeginsel te waarborgen, en doelt daarmee mijns inziens op het Europese legaliteitsbeginsel zoals dat besloten ligt in artikel 49 Hv. Een zekere nationale inkleuring daarvan is echter onvermijdelijk. Het Hof van Justitie volstaat meerdere malen met het formuleren van het minimum aan

13 Zie paragraaf 8.3.

bescherming dat de lidstaten moeten bieden op grond van het Europees recht. Daardoor ontstaat in de praktijk enige ruimte voor de nationale rechter om een eigen interpretatie te geven van het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt van het Europees recht. De rechtspraak over conforme interpretatie biedt bovendien expliciet enige ruimte voor toepassing van het nationaalrechtelijk legaliteitsbeginsel, omdat het Hof stelt dat deze plicht moet worden toegepast voor zover de bevoegdheden van de nationale rechter op grond van het nationale recht dat toelaten. Dat geeft de nationale rechter ruimte voor toepassing van een meer nationaal gekleurd legaliteitsbeginsel, zolang die niet afdoet aan de minimale bescherming die de burger geniet op grond van artikel 49 lid 1 Hv.

9.2.3 Invulling van het legaliteitsbeginsel door de Nederlandse actoren en doorwerking van het Europees recht in het Nederlandse strafrecht

De Nederlandse wetgever getroost zich serieuze inspanningen om loyaal uitvoering te geven aan Unierechtelijke verplichtingen. Dat het Europees recht verplicht tot omzetting en uitvoering van Europees recht in geschreven, vooruitwerkende strafbepalingen, vormt voor Nederland geen probleem. Het bepaaldheidsgebod vormt een grotere uitdaging. Daarbij worden door de wetgever soms keuzes gemaakt die sterker lijken te zijn georiënteerd op het waarborgen van conformiteit met het Unierecht, dan op rechtszekerheid. Dat is zichtbaar waar het bijzonder strafrecht dynamische verwijzingen naar verordeningen bevat en waar de nationale wetgever criteriaal vage gedragsomschrijvingen uit richtlijnen woordelijk overneemt in delictsomschrijvingen. Van criteriaal vage bepalingen is echter vaak onduidelijk hoeveel ruimte de lidstaat heeft voor of bij het concretiseren van richtlijnen in de nationale wet. Omzetting in concrete nationale strafbepalingen wordt daardoor aanzienlijk bemoeilijkt. De strafrechter verbindt slechts sporadisch rechtsgevolgen aan onduidelijkheid van de wet. Een beroep op het bepaaldheidsgebod is in de context van het Europees strafrecht even weinig kansrijk als in zuiver nationale situaties, en datzelfde geldt voor een beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling. Waar precies de grenzen liggen van de interpretatievrijheid van de nationale strafrechter wanneer hij aan conforme interpretatie doet, is niet gemakkelijk te beoordelen. De betekenis van het Unierecht voor de uitkomst in strafzaken is vaak moeilijk aanwijsbaar. Bij de toepassing van het mildheidsgebod op Europees recht en omzettingswetgeving, tot slot, wordt het criterium van het gewijzigd inzicht van de wetgever op uiteenlopende wijze uitgelegd, en soms toegepast op de Europese wetgever, soms op de nationale wetgever, en soms op allebei. De Nederlandse strafrechter verwijst, wanneer hij het legaliteitsbeginsel toepast, afwisselend naar artikel 1 Sr, artikel 7 EVRM en/of artikel 15 IVBPR, maar zelden of nooit naar artikel 49 Hv.

De inherente spanning tussen doorwerking en legaliteit manifesteert zich uiteindelijk bij de nationale wetgever en de nationale rechter. Zij moeten

uitvoering geven aan het Europees recht, daarbij het Handvest in acht nemend maar daarbij ook rekening houdend met hun nationale rechtstraditie, en de doelen en beginselen die daarbinnen belangrijk zijn. De rechtspraak van het Hof van Justitie over doorwerking en legaliteit kan zonder grote problemen worden ingepast in het nationale recht. Doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht dwingt niet tot schending van het legaliteitsbeginsel. De interactie tussen de rechtsordes gaat derhalve voor Nederland niet gepaard met fundamentele botsingen.

Voor de *bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid* geldt dat de verplichting om richtlijnen om te zetten in geschreven nationaalrechtelijke strafbepalingen zowel voortvloeit uit het Europees recht (zie hierboven) als uit artikel 1 Sr. Het Nederlandse strafrecht vormt een gesloten systeem; strafrechtelijke aansprakelijkheid kan alleen worden gevestigd in wettelijke strafbepalingen. Hoewel er bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht rekening werd gehouden met eventuele rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen (van overtredingen) in internationale verdragen, stelde de Hoge Raad dat het begrip 'wettelijk' in artikel 1 Sr een Nederlandse strafbepaling vereist. Mocht in de toekomst op Europees niveau een rechtstreeks toepasselijke strafbaarstelling worden uitgevaardigd, zal moeten worden gediscussieerd over een wenselijke bronnenleer in het Nederlandse strafrecht. Ook al zouden artikel 1 Sr en 16 Gw de doorwerking van een dergelijke verordening niet kunnen verhinderen, het is wenselijk dat de doorwerking ook vanuit een nationaalrechtelijk perspectief adequaat kan worden ingepast. Dat vereist een politieke stellingname over de aanvaardbaarheid van Europese normen als grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling in het Nederlandse recht.¹⁴

De naleving van het *bepaaldheidsgebod* wordt in aanzienlijke mate beïnvloed door het Europees recht. In hoofdstuk 5 is onderzoek gedaan naar omzetting van vage richtlijnen, waarbij onderscheid is gemaakt tussen criteriale vaagheid (het is onbekend aan welke noodzakelijke en voldoende kenmerken een object moet voldoen om onder de extensie van het predicaat te vallen), en graduele vaagheid (een predicaat bestrijkt een deel van een op zichzelf kenbaar continuüm (jong – oud, arm – rijk), maar onduidelijk is welk deel).¹⁵ Lidstaten hebben de plicht onduidelijk Europees recht om te zetten in heldere strafbepalingen, maar uit zowel het onderhavige als eerder rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat criteriaal vage bepalingen soms woordelijk worden gekopieerd in nationale strafbepalingen, ook in Nederland.¹⁶ Graduele vaagheid wordt tot nu toe wél opgelost in het nationale recht. Dit voedt het vermoeden dat niet alle vormen van onduidelijkheid in het Europees recht problematisch zijn, precies vanwege die meerlagige structuur. Waar graduele vaagheid in het nationale strafrecht onacceptabel is, is het in het Europees recht niet per se

14 Zie paragraaf 4.5.

15 Zie paragraaf 5.2.1.

16 Zie de voorbeelden genoemd in paragraaf 5.6.2.

problematisch. Waar criteriaire vaagheid van Europees recht in de strafrechtelijke literatuur wel wordt gezien als een teken van het bestaan van beleidsvrijheid, blijkt juist dat deze vorm van vaagheid niet goed oplosbaar is door nationale wetgevers, omdat niet duidelijk is of en hoeveel beleidsvrijheid zij hebben bij de omzetting ervan. Problemen met de bepaaldheid van omzettingswetgeving worden dus zeker niet altijd veroorzaakt door een gebrek aan inspanning van de Nederlandse wetgever, maar vinden hun oorzaak in ieder geval ten dele in het Europees recht. Bij de strafrechtelijke handhaving van verordeningen heeft Nederland de ambitie alleen gebruik te maken van statische verwijzingen, die altijd verwijzen naar de meest recente versie van Europese wetgeving. Toch wordt ook een enkele keer gebruik gemaakt van een dynamische verwijzing, waardoor wijzigingen in het Europees recht niet altijd hoeven te leiden tot aanpassing van het Nederlandse recht (tenzij de verordening wordt vervangen door een nieuwe).¹⁷ In de literatuur is veelvuldig gewezen op problematische consequenties van onduidelijk Europees recht en de complexe en vage regelgeving die dat oplevert op nationaal niveau. De toets aan het bepaaldheidsgebod is niettemin, net als in het nationale recht, strikt en georiënteerd op semantische, en niet op systematische onduidelijkheid. Ook aan de rechtsdwaling wordt op dezelfde wijze getoetst als in het nationale recht. Dat veel gedragingen zijn begaan door professionele marktdeelnemers speelt een grote rol bij het niet honoreren van verweren gestoeld op het bepaaldheidsgebod en de rechtsdwaling. In navolging van het EHRM stelt de Nederlandse rechter hoge eisen aan hun inspanningen en vaardigheden om het geldende recht te achterhalen. Het gevolg daarvan is dat aan orderingsrechtelijke bepalingen lagere eisen worden gesteld bij toetsing aan het bepaaldheidsgebod dan aan moreel sterker geladen strafbepalingen uit het commune strafrecht.¹⁸

De *grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid* die door de nationale strafrechter worden gehanteerd lijken niet sterk te worden beïnvloed door het Europees recht. Bij een gebrek aan daarop betrekking hebbende zaken is het lastig om te zien waar de Hoge Raad precies de grens trekt in situaties waarin conforme interpretatie geboden is. Het komt immers niet vaak voor dat in het Nederlandse recht te weinig strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd ten opzichte van het Europees recht. De Hoge Raad hecht veel waarde aan de nationale wetsgeschiedenis, maar de betekenis van het Europees recht voor de uitkomst van de zaak is vaak moeilijk aanwijsbaar. In de lagere rechtspraak zijn daarentegen voorbeelden te vinden van conforme interpretatie die de grenzen van de extensieve interpretatie opzoeken. Een onduidelijkheid bij conforme interpretatie blijkt nog te zijn wat de betekenis is van het gegeven dat het Europees recht striktere normstelling op nationaal niveau toestaat,

17 Zie paragraaf 5.6.

18 Zie paragraaf 5.7.

terwijl door de wetgever van die mogelijkheid niet expliciet gebruik is gemaakt.¹⁹

Het *verbod van terugwerkende kracht* levert voor het nationale recht geen bijzonderheden op. Het Europees en Nederlandse recht verbieden beide het uitvaardigen en toepassen van strafbepalingen met terugwerkende kracht, en er zijn geen voorbeelden uit het Europees recht gevonden waarin dat verbod werd geschonden.²⁰

De toepassing van het *mildheidsgebod* door de Nederlandse rechter in het Europees strafrecht is veelvormig en met diverse vragen omgeven. De eerste vraag is of Europees recht met terugwerkende kracht kan worden toegepast. De jurisprudentie wekt de indruk dat daar op weinig gestructureerde wijze over wordt nagedacht, althans dat daar geen consensus over bestaat. De Hoge Raad heeft lang de mogelijkheid van terugwerkende kracht van Europees recht afgewezen, maar die sinds 2012 toch, zij het impliciet, onderkend. De toets aan het gewijzigd inzicht roept de tweede vraag op, de vraag wiens inzicht zou moeten zijn gewijzigd wil omzettingswetgeving met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast. De Hoge Raad heeft in een belangrijk arrest geoordeeld dat de totstandkoming of wijziging van wetgeving ter implementatie van Europees recht niet voortvloeide uit een gewijzigd inzicht, omdat het verplichte wetgevingshandelingen in het kader van harmonisatie betrof. Kennelijk was in dat geval de wijziging en het inzicht op Nederlands niveau relevant. In de lagere rechtspraak wordt niet zelden zowel gekeken naar de motieven van de Nederlandse wetgever bij de nationale wetswijziging, als naar die van de Europese wetgever bij de Europese wetswijziging.²¹

Samengevat kan op onderzoeksvraag 1c worden geantwoord dat de Nederlandse wetgever en rechter opereren in een spanningsveld tussen hun plicht verordeningen, richtlijnen en kaderbesluiten te implementeren en hun plicht om het legaliteitsbeginsel te waarborgen. Vooral bij de nationale wetgever is zichtbaar dat de reikwijdte van zijn bevoegdheid vaak onzeker is, en dat wanneer hij probeert tot concretere strafbepalingen te komen, een reëel risico bestaat dat de doelstellingen van de richtlijn of het kaderbesluit niet worden verwezenlijkt. De nationale rechter vervult een spilfunctie in het Europees recht, en dat geldt zeker ook voor het Europees strafrecht. Er is in dit boek, maar ook eerder door diverse auteurs, gewezen op diens belangrijke rol bij het verwezenlijken van de instrumentele doelstellingen van Europees recht, maar ook bij het waarborgen van het legaliteitsbeginsel speelt hij een centrale rol. Doordat wetgeving, en dan met name nationale wetgeving, in het Europees strafrecht het primaat heeft, is en blijft de wetgever primair verantwoordelijk voor de conformiteit van het nationale recht met het Europees recht. De rechter

¹⁹ Zie paragraaf 6.6.

²⁰ Zie paragraaf 7.3.2.

²¹ Zie paragraaf 8.4.

kan daaraan in enige mate bijdragen, maar is vooral degene die moet zorgen dat de rechtszekerheid gewaarborgd wordt indien de andere actoren een steek hebben laten vallen. Het Hof van Justitie legt de verantwoordelijkheid voor het verwezenlijken van het legaliteitsbeginsel voor een groot deel bij de nationale rechter. Met name waar het de toets aan het bepaaldheidsgebod en de rechtsdwaling betreft, lijkt de strafrechter die rol niet altijd volledig voor ogen te hebben. Dat wordt geïllustreerd door het feit dat de strafrechter uitsluitend verwijst naar het legaliteitsbeginsel zoals dat besloten ligt in artikel 1 Sr en 7 EVRM, en geen aandacht schenkt aan het feit dat het legaliteitsbeginsel eveneens deel uitmaakt van het recht van de Europese Unie, door bijvoorbeeld ook te verwijzen naar artikel 49 Hv.

9.3 LEGALITEITSCONCEPTIES IN HET EUROPEES STRAFRECHT

In de voorgaande paragraaf is de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht op het niveau van de deelnormen behandeld. De analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie maakt het mogelijk een beeld te schetsen van de inhoud van het Europeesrechtelijke legaliteitsbeginsel. Dat legaliteitsbeginsel heeft zijn fundament in de rechtszekerheid, en ook het rechtszekerheidsbegrip kan op basis van de jurisprudentie nader worden geanalyseerd. Dat leidt tot drie conclusies. Ten eerste heeft rechtszekerheid in het Europees strafrecht vooral de strekking dat individuen moeten kunnen voorzien voor welke gedragingen zij strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Dat is in zichzelf een vrij smalle uitleg van rechtszekerheid. Daar staat tegenover, en dat is de tweede conclusie, dat het rechtszekerheidsbeginsel in het strafrecht een absolute waarde is, die niet wordt afgewogen tegen, en daarom niet terzijde wordt geschoven in het belang van het bereiken van de meer instrumentele doelstellingen van het Europees recht. Ten derde blijkt de conceptie van het legaliteitsbeginsel af te hangen van de rol die het legaliteitsbeginsel speelt in het Europees strafrecht: hoewel in beginsel het EHRM wordt gevolgd, krijgt het een zeer strikte invulling wanneer het wordt toegepast in situaties van meerlagigheid waarin het legaliteitsbeginsel de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht afbakt.

9.3.1 Rechtszekerheid als fundament van het legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel heeft in het Europees strafrecht tot doel het beschermen van de rechtszekerheid van de verdachte, waarmee wordt bedoeld dat verdachten niet strafrechtelijk aansprakelijk mogen worden gesteld indien dat voor hen niet voorzienbaar was. Of aansprakelijkstelling voorzienbaar was, wordt in belangrijke mate bepaald door de context: wie zich uit hoofde van beroep of bedrijf bewust begeeft in een sterk gereguleerde context, wordt al snel geacht te kunnen voorzien welke gedragingen tot

bestrafing kunnen leiden. Het Europees strafrecht wordt in navolging van de jurisprudentie van het EHRM gekenmerkt door een sterke oriëntatie op subjectieve rechtszekerheid. Het voorkomen van willekeur en de verdeling van macht over de wetgever en rechter spelen geen rol van betekenis.

Het rechtszekerheidsbeginsel speelt een cruciale rol in veel jurisprudentie van het Hof van Justitie. De verplichting van de lidstaten om loyaal uitvoering te geven aan het Europees recht vindt stevast haar begrenzing in de rechtszekerheid van individuen. De verhouding tussen wetgever en rechter speelt in de jurisprudentie over het rechtszekerheidsbeginsel slechts een beperkte rol, en het voorkomen van willekeur wordt in de strafrechtelijke jurisprudentie niet genoemd. Uit het rechtszekerheidsbeginsel worden meer concrete, rechtsgebiedsspecifieke beginselen afgeleid: het beginsel van bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen in het administratieve recht en het legaliteitsbeginsel in het strafrecht. Uit het legaliteitsbeginsel worden vervolgens opnieuw concretere normen afgeleid, zoals de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid. Het legaliteitsbeginsel en de deelnormen daarvan hebben dus tot doel het overkoepelende belang van rechtszekerheid te beschermen.²²

Het Hof doelt met het begrip rechtszekerheid in de strafrechtelijke context op de mogelijkheid van individuen om te voorzien voor welke gedragingen zij strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Rechtszekerheid betekent dus voorzienbaarheid van overheidshandelen voor justitiabelen, die ervoor zorgt dat zij hun gedragingen kunnen afstemmen op het recht. De gedragsleidende functie van strafwetgeving voor justitiële autoriteiten, die kan zorgen voor het zoveel mogelijk uitbannen van willekeur in het overheidsoptreden, wordt door het Hof van Justitie niet genoemd. In de Europese rechtsorde wordt dus primair zekerheid over de eigen rechtspositie, ofwel *subjectieve rechtszekerheid* gewaarborgd, niet objectieve rechtszekerheid. In het verlengde van de nadruk op subjectieve rechtszekerheid zijn de eisen aan de kwaliteit van het recht die het Hof afleidt uit het legaliteitsbeginsel *contextueel bepaald*. In de jurisprudentie over het mededingingsrecht geeft het Hof aan dat voorzienbaarheid moet worden uitgelegd in het licht van 'de inhoud van de betrokken bepaling, de door die bepaling bestreken materie en het aantal en de hoedanigheid van de adressaten ervan'.²³ Deze contextueel bepaalde eisen aan rechtszekerheid leiden steeds tot een versoepeling van de eisen die aan het recht worden gesteld, omdat van de betrokken een extra inspanning wordt geleverd en capaciteit wordt verondersteld om de consequenties van het voorgenomen handelen te voorzien. Eenzelfde modificatie van de eisen is zichtbaar in de jurisprudentie van het EHRM en in navolging daarvan in de Nederlandse rechtspraak.

²² Paragraaf 2.3.2.

²³ HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*), r.o. 219, besproken in paragraaf 5.5.2.

In het voorgaande is rechtszekerheid steeds betrokken op degene die aan repressief overheidsoptreden wordt onderworpen. In het strafrecht is dat de verdachte. Het is ook mogelijk rechtszekerheid op te vatten als niet exclusief gericht op de verdachte, maar op alle rechtssubjecten. Op basis van die opvatting moet de rechter niet alleen rechtszekerheid voor de verdachte, maar ook rechtszekerheid voor het slachtoffer waarborgen. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is de werking van het rechtszekerheidsbeginsel evenwel beperkt tot de verdachte en diens belangen. Het rechtszekerheidsbeginsel speelt voor de interactie tussen de rechtsordes derhalve louter een *beperkende* rol: Europese maatregelen die verplichten tot repressief optreden kunnen omwille van de rechtszekerheid van de verdachte niet rechtstreeks werken of leiden tot uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder tussenkomst van de nationale wetgever. Dit past binnen een formele definitie van het legaliteitsbeginsel, volgens welke alleen formele kenmerken van het recht relevant zijn.²⁴

De uitleg en toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel in het Europees strafrecht is klassiek in de zin dat het rechtszekerheidsbeginsel louter op rechtsbescherming van de verdachte ziet. Tegelijkertijd blijkt uit het onderzoek dat daarbinnen de conceptuele rijkdom van het begrip niet ten volle wordt benut, omdat het vooral wordt beperkt tot subjectieve zekerheid. Het mensbeeld dat ten grondslag ligt aan dit begrip van rechtszekerheid is dat van de rationeel handelende, calculerende mens. De verbinding tussen dit mensbeeld en het legaliteitsbeginsel is het sterkst gelegd door Feuerbach, die het legaliteitsbeginsel inbedde in zijn leer van de psychologische dwang.²⁵ Daarmee is rechtszekerheid vooral gericht op het individu. Deze gerichtheid op subjectieve rechtszekerheid kan wellicht worden verklaard door het gegeven dat de meeste rechtspraak van het Hof van Justitie tot op heden betrekking heeft op strafrecht met een meer orderingsrechtelijk karakter. Voor die context is de veronderstelling van de calculerende mens geschikter dan voor het commune strafrecht.

Niettemin meen ik dat objectieve rechtszekerheid niet uit het oog moet worden verloren. Het objectieve begrip van rechtszekerheid bevat een opdracht aan de wetgever om aan bepaalde kwaliteitsmaatstaven te voldoen, en is vooral gebaseerd op het mensbeeld van de autonome mens. Respect voor autonomie betekent dat het strafrecht niet zozeer een afweging van kosten en baten van het overtreden van de strafwet moet mogelijk maken, maar dat individuen de kans moeten hebben af te zien van strafbare gedragingen. Het kunnen vermijden van strafbaar handelen is het rechtens te respecteren belang. Bovendien betekent het dat het recht die functie moet kunnen vervullen, ook wanneer die niet daadwerkelijk wordt benut. Dat maakt het legaliteitsbeginsel ook

24 Zie paragraaf 1.2.

25 Zie paragraaf 2.2.2.

immuun voor de kritiek dat veel gedragingen niet vanuit een rationele afweging worden begaan. Vanuit het oogpunt van de autonome mens is een onheldere norm problematisch, zelfs al wordt deze niet toegepast. Strafbepalingen hebben in die visie niet alleen betekenis voor de individuele strafzaken waarin ze worden toegepast, maar leiden ook het gedrag van burgers die niet aan repressief overheidsoptreden worden onderworpen. Daarboven komt nog het gegeven dat de strafwet ook het gedrag van repressief optredende overheidsautoriteiten moet kunnen leiden, zodat willekeur zoveel mogelijk wordt vermeden. De reductie van rechtszekerheid tot voorzienbaarheid voert dus de aandacht naar de individuele strafzaak en de concrete verdachte, en leidt de aandacht weg van de rechtsorde op systeemniveau en het rechtssubject in abstracto. In paragraaf 9.4 zal ik laten zien dat dit ook daadwerkelijk gebeurt in het Europees strafrecht, en dat dit tot gevolg heeft dat de taak om het legaliteitsbeginsel te waarborgen bijna volledig op de schouders van de nationale strafrechter komt te liggen.

9.3.2 Effectiviteit versus legaliteit in het Europees strafrecht

Wanneer de doorwerking van het Europees recht in een spanningsverhouding staat tot de rechtszekerheid van (potentiële) verdachten, prevaleert het belang van rechtszekerheid structureel boven de effectiviteit van het Europees recht.

Veel van de in dit boek besproken zaken gaan over inconsistenties tussen nationaal en Europees recht. In die zaken moet het Hof beslissen of het Europees recht rechtstreeks moet werken, of dat het nationale recht buiten toepassing gelaten moet worden of conform Europees recht moet worden geïnterpreteerd. Bij het beslissen over de doorwerking van Europees recht in de strafrechtelijke context moet het Hof de belangen die zijn gediend met doorwerking (kortweg: de effectiviteit van het Europees recht), afwegen tegen de kosten waar dat mee gepaard gaat (kortweg: een (potentiële) inbreuk op het legaliteitsbeginsel). Strikt genomen kan niet van een tegenstelling tussen doorwerking en legaliteit worden gesproken, want ook wanneer het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel prevaleert is er sprake van doorwerking, maar dan van het Handvest. Het gaat om de doorwerking van een concrete repressieve maatregel van Europees recht versus de doorwerking van het Europeesrechtelijk legaliteitsbeginsel. In deze gevallen speelt het legaliteitsbeginsel een andere rol dan in zuiver nationale situaties: het legaliteitsbeginsel bepaalt of en hoe het Europees recht de toepassing van het nationale recht kan doorbreken of anderszins kan beïnvloeden.

In de rechtspraak manifesteert zich de genoemde tegenstelling tussen effectiviteit en rechtsbescherming als een conflict tussen de doorwerking van het Unierecht en het beschermen van fundamentele rechten, waaronder het

legaliteitsbeginsel.²⁶ Het Hof heeft door de jaren vanuit strafrechtelijke hoek nogal eens de kritiek gekregen dat fundamentele rechten daarbij te vaak het onderspit delven. Wanneer echter het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel is betrokken in het conflict tussen effectiviteit en rechtsbescherming, kiest het Hof structureel voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel.

De doorwerkingsmechanismen beogen de eenheid en werking van het Europees recht te waarborgen. De doorwerking van Europees recht wordt door het Hof niet gegrondvest in de rechtvaardigheid of in de rechtszekerheid van potentiële slachtoffers. Het is bijvoorbeeld niet zo dat conforme interpretatie of rechtstreekse werking wordt gelegitimeerd met een verwijzing naar de noodzakelijke bescherming van burgers tegen horizontale inbreuken op hun grondrechten, hoewel de doelstelling van de EU om een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te zijn een krachtig frame biedt voor een dergelijke redenering. De claim op effectiviteit van het Europees recht is veel minder sterk en minder moreel geladen dan de claim op rechtvaardigheid. Met name wanneer dat Europees recht geen aanspraak doet op rechtvaardigheid, zoals het geval is bij orderingsrechtelijke normen waaraan geen morele overweging ten grondslag ligt, kan die effectiviteit niet opwegen tegen de rechtszekerheid van burgers. Dat kan wellicht verklaren waarom het Hof van Justitie, anders dan het EHRM, steeds voorrang geeft aan de rechtszekerheid. In de rechtspraak van het EHRM is sprake van een afweging tussen het belang van rechtszekerheid voor de verdachte en rechtsbescherming van slachtoffers, en soms gaan de belangen van het slachtoffer voor. De zaken die bij het EHRM zijn behandeld en waar het legaliteitsbeginsel beperkte reikwijdte heeft gekregen hadden niet zelden betrekking op meer moreel geladen delicten, zoals terrorisme,²⁷ verkrachting²⁸ en huiselijk geweld.²⁹ Een zeldzame zaak bij het EHRM waarbij wel een schending van artikel 7 EVRM werd aangenomen wegens onvoldoende voorzienbaarheid, ging over illegale visserij.³⁰ Bovendien wordt in de zaken waarin géén schending wordt aangenomen meer dan eens verwezen naar de belangen die met de strafwet worden beschermd, belangen die ook het EVRM beoogt te beschermen.³¹ Het type zaken zou daarom kunnen verklaren waarom de afweging tot op heden anders uitvalt in het Europees strafrecht dan in het EVRM.

Het verschil tussen het Europees strafrecht en het EVRM is echter in mijn optiek nog dieper gelegen: het Hof maakt überhaupt geen afweging tussen doorwerking en legaliteit. Het legaliteitsbeginsel vormt een absolute waarde

26 Zie paragraaf 3.4.3. en 4.4.3.

27 EHRM 21 oktober 2013, 42750/09 (*Del Río Prada/Spanje*).

28 EHRM 22 november 1995, 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/ Verenigd Koninkrijk*).

29 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman.

30 EHRM 16 september 2014, 1660/03 (*Plechkov/Roemenië*).

31 Zie paragraaf 7.3.3.

waaraan niet wordt getornd, en de rechtspraak geeft überhaupt geen blijk van een afweging van andere waarden tegen het legaliteitsbeginsel. Als het Hof zijn benadering vasthoudt, dan zal ook bij moreel beladener onderwerpen, zoals mensenhandel en terrorisme, het legaliteitsbeginsel als absolute waarde niet in het gedrang komen. Het Hof kiest in de jurisprudentie over doorwerking en legaliteit dus *niet* voor een afwegingsbenadering, die de rechtspraak van het EHRM kenmerkt. Het legaliteitsbeginsel heeft in de context van doorwerking van het Europees recht derhalve een absolutere en striktere betekenis dan in de context van het EHRM.

9.3.3 Verschillende legaliteitsconcepties in het Europees strafrecht in verschillende contexten

Wanneer het Hof van Justitie deelnormen van het legaliteitsbeginsel toepast in het punitief bestuursrecht, sluit die uitleg daarvan aan bij de uitleg van het EVRM, en past de uitleg bij de rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel. De verplichtingen die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien voor de lidstaten wanneer zij uitvoering geven aan het Europees recht – situaties waarin de meerlagigheid van het Europees strafrecht zich manifesteert – vertonen daarentegen meer karakteristieken van de rechtspositivistische conceptie. Die strikte interpretatie lijkt te kunnen worden verklaard vanuit de wens de legitimiteit van Europese invloed op het materiële strafrecht te bewaren en het zo transparant mogelijk houden van het Europees strafrecht, mede om toezicht te kunnen houden op de naleving ervan.

Het Hof verwijst veelvuldig naar de Straatsburgse interpretatie van het legaliteitsbeginsel (en, vrij uniek, het EHRM laat zich bij de uitleg van artikel 7 EVRM ook inspireren door het Handvest en de jurisprudentie van het Hof van Justitie³²). Die Straatsburgse interpretatie wordt gezien als exemplarisch voor de rechtenconceptie. Tegelijkertijd is zojuist geconstateerd dat er ook veel rechtspraak is waarin het Hof van Justitie een veel striktere interpretatie lijkt te kiezen, die meer lijkt aan te sluiten bij de rechtspositivistische conceptie. In de jurisprudentie van het Hof zelf zijn dus beide legaliteitsconcepties waarneembaar, welke waarneming om een verklaring vraagt.

Het verschil correspondeert met de context waarin het legaliteitsbeginsel wordt toegepast. Het Hof van Justitie sluit vooral aan bij het EHRM in diens rechtspraak over het punitief bestuursrecht. In de mededingingsrechtelijke jurisprudentie heeft het Hof aangesloten bij het materiële rechtsbegrip, op grond waarvan niet alleen geschreven bepalingen deel uitmaken van het recht maar ook rechtersrecht, en zelfs beleidsregels van de Commissie.³³ Daarnaast hanteert het Hof in het punitief bestuursrecht een contextueel bepaald rechts-

32 Zie paragraaf 8.3.5.

33 Zie paragraaf 4.3.2.

zekerheidsbegrip en staat het een afweging toe tussen bepaaldheid van de sanctie en andere overwegingen, zoals de doelmatigheid ervan.³⁴ Ook ten aanzien van de reikwijdte van de rechterlijke interpretatievrijheid oriënteert het Hof zich op de rechtspraak van het EHRM, en staat het de geleidelijke ontwikkeling van rechtsregels in rechterlijke uitspraken toe.³⁵ Het Hof lijkt soms nog verder te gaan dan het EHRM in de – vanuit rechtspositivistisch oogpunt – relativering van het legaliteitsbeginsel, maar benadrukt daarbij wel dat die uitleg niet zonder meer toepasbaar is in de context van het strafrecht.³⁶ Waar echter het Hof moet oordelen over de interactie tussen het Europees recht en de nationale rechtsordes, dus in situaties van meerlagigheid, kiest het voor een striktere interpretatie van het legaliteitsbeginsel dan in het mededingingsrecht.

In hoofdstuk 3 heb ik de verwachting uitgesproken dat het Hof van Justitie zou aansluiten bij de jurisprudentie van het EHRM, en dus het legaliteitsbeginsel zou benaderen vanuit de rechtenconceptie.³⁷ Dat ligt mijns inziens voor de hand gezien de correspondentie tussen artikel 7 EVRM en artikel 49 Hv, en past bovendien goed bij de structuur van het Europees recht, waarin wetgeving vaak open is en het Hof een belangrijke rechtsvormende taak heeft. Het is dus vooral de strikte interpretatie van het legaliteitsbeginsel in het kader van de doorwerking die verklaring behoeft. Ik zie twee met elkaar samenhangende mogelijke verklaringen.

Ten eerste bevordert de huidige rechtspraak van het Hof door de nadruk op geschreven recht en een strikte toepassing daarvan de transparantie van het Europees recht. Op die manier wordt immers grote overeenstemming tussen de wettelijke strafbepalingen en de strafrechtspraktijk vereist, terwijl jurisprudentiële ontwikkelingen van buitenaf ongrijpbaarder zijn. Veel van de jurisprudentie over doorwerking lijkt niet alleen te zijn ingegeven door de wens rechtszekerheid te waarborgen, maar ook door de wens toezicht mogelijk te maken op de omzetting en uitvoering van Europees recht in de lidstaten.³⁸ Voor de Commissie is gemakkelijker na te gaan of een richtlijn is omgezet indien een wettelijke strafbepaling voorhanden is, dan wanneer de lidstaat stelt dat met een aanpassing in de rechtspraak aan de omzettingsverplichting is voldaan. Deze strikte uitleg van het legaliteitsbeginsel maakt het derhalve gemakkelijker voor de Commissie, en uiteindelijk ook het Hof van Justitie, om te controleren of lidstaten hun verplichtingen zijn nagekomen. Zo bezien past een strikte interpretatie van het legaliteitsbeginsel ook goed

34 Zie paragraaf 5.5.2.

35 Zie paragraaf 6.4.4.

36 Zie paragraaf 3.5.3.

37 Zie paragraaf 3.5.1.

38 Zie paragraaf 4.3.4 en 5.5.3.

bij een complex meerlagig rechtsgebied dat bestaat uit autonome en elkaar overlappende rechtsordes.

Ten tweede lijkt een strikte begrenzing van de doorwerking een veilige keuze met het oog op de legitimiteit van Europese beïnvloeding van het materiële strafrecht. Door strafrechtjuristen wordt doorwerking van Europees recht, met name door middel van conforme interpretatie, met argusogen bekeken. Het Hof hanteert een klassieke, niet-controversiële uitleg van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel die in weinig lidstaten als aanstootgevend zal worden beschouwd. Had de doorwerking van Europees recht geleid tot een doorbreking van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel, dan was de legitimiteit van het handelen op strafrechtelijk terrein door de EU nog veel meer onder druk komen te staan dan nu al het geval is.

9.4 RECHTSZEKERHEID EN MACHTSVERDELING IN HET EUROPEES STRAFRECHT

In deze paragraaf worden de implicaties geschetst van de bevindingen in het kader van de eerste onderzoeksvraag voor rechtszekerheid en machtsverdeling. Het Hof van Justitie hanteert in de basis een rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel, maar wanneer het gaat om de begrenzing van doorwerking wordt het legaliteitsbeginsel juist zeer strikt toegepast. De strikte invulling die het Hof van Justitie geeft aan het legaliteitsbeginsel wekt wellicht de verwachting dat rechtszekerheid en machtsverdeling goed worden gewaarborgd in het Europees recht. Toch kan het aan dit boek ten grondslag liggende onderzoek die conclusie niet dragen. Rechtsonzekerheid is wel degelijk een probleem in het Europees strafrecht. In deze paragraaf komen de verschillende verschijningsvormen van rechtsonzekerheid aan de orde, met bijzondere aandacht voor het probleem van inconsistenties tussen het Europese en nationale recht. Rechtsbescherming tegen vaagheid, complexiteit en inconsistenties moet met name worden geboden door de nationale strafrechter. Aan het einde van de paragraaf komt aan de orde hoe rechtsonzekerheid mede wordt veroorzaakt door een suboptimale verdeling van bevoegdheden en taken in het Europees recht, met name tussen actoren op Europees en nationaal niveau. Tot slot ga ik nader in op de positie van de nationale strafrechter in het Europees strafrecht ten opzichte van zowel de Europese als de nationale wetgever.

9.4.1 De belangrijkste vormen van rechtsonzekerheid in het Europees strafrecht

Rechtsonzekerheid heeft in het Europees strafrecht meerdere verschijningsvormen. De eerste is vaagheid, een vorm van semantische onduidelijkheid. Vaagheid van Europees recht is met name problematisch wanneer dit zich vertaalt in vage nationale strafbepalingen, en dat blijkt in de praktijk ook te gebeuren. De reikwijdte van het

ationale strafrecht wordt ook onduidelijk door inconsistenties tussen Europees en nationaal recht, een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Ook die doen zich veelvuldig voor in het Europees strafrecht. Tot slot is het Europees strafrecht complex, eveneens een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Het probleem van rechtsonzekerheid in het Europees strafrecht is dus niet alleen gelegen in vage Europese regelgeving, maar juist ook in het samenspel van de Europese en de nationale rechtsorde.

In het kader van het bepaaldheidsgebod is semantische onduidelijkheid het probleem dat het meest in het oog springt, maar het is niet het enige probleem, zeker niet in het Europees strafrecht. Rechtsonzekerheid komt in het Europees strafrecht voor in drie varianten: 1) semantische onduidelijkheid in de vorm van vaagheid; 2) wetssystematische onduidelijkheid in de vorm van inconsistenties; en 3) wetssystematische onduidelijkheid in de vorm van complexiteit.³⁹

De kaderbesluiten en richtlijnen die in het kader van de harmonisatie van materieel strafrecht tot stand zijn gebracht zijn ten eerste vaak op onderdelen vaag. Zowel criteriale als graduele vaagheid komt voor, maar met name *criteriale vaagheid* bergt het risico in zich om tot rechtsonzekerheid te leiden. Of dat daadwerkelijk gebeurt heeft te maken met de omzetting ervan: onduidelijkheid van het Europees recht leidt pas tot rechtsonzekerheid in geval ook het nationale strafrecht onduidelijk is. Gradueel vage Europese bepalingen lijken voor de Nederlandse wetgever gemakkelijker om te zetten dan criteriaal vage bepalingen. Van criteriaal vage richtlijnen en kaderbesluiten is het lastig te beoordelen of en zo ja hoeveel ruimte lidstaten hebben om keuzes te maken bij de omzetting zonder dat dit leidt tot een ontoelaatbare afwijking van het Europees recht.⁴⁰ Dat de discretionaire ruimte van lidstaten om strengere strafbepalingen te creëren verschilt per richtlijn, maakt het beoordelen van de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid bepaald niet gemakkelijker.⁴¹

In het Europees strafrecht is ten tweede wetssystematische onduidelijkheid een groot probleem, met name waar het *inconsistenties* tussen het Europees en nationaal recht betreft. In dit boek zijn veel voorbeelden aan de orde geweest waarin nationale strafbepalingen ten minste in een zekere spanningsverhouding tot het Europees recht staan. Lidstaten voldoen niet altijd tijdig en volledig aan hun Europeesrechtelijke omzettingsverplichtingen. Ook kunnen strafbepalingen die niet zijn uitgevaardigd ter omzetting van Europees recht in strijd komen met primair of secundair recht. Van belang daarbij is dat dit probleem zich veel meer dan semantische onduidelijkheid uitstrekt tot het gehele Europees recht. Nationaal recht kan ook in strijd zijn met verordenin-

39 Zie voor een toelichting op de verschillende manieren waarop het recht onduidelijk kan zijn paragraaf 5.2.

40 Zie paragraaf 5.6.2 en 5.6.3.

41 Zie paragraaf 3.3.4.

gen, de verdragen of het Handvest.⁴² Het probleem, en derhalve ook de oplossing ervan, strekt zich uit tot het gehele Europees recht. In subparagraaf 9.4.2 wordt dieper ingegaan op het probleem van inconsistenties.

Wetssystematische onduidelijkheid wordt ten derde veroorzaakt door *complexiteit* van het Europees strafrecht. Een richtlijn moet worden omgezet in nationaal recht om (repressief) effect te kunnen hebben, maar bepaalt niettemin goeddeels hoe die regel van nationaal recht moet worden uitgelegd en toegepast. De Europeesrechtelijke herkomst van een strafbepaling is voor een leek echter niet altijd gemakkelijk te achterhalen. Strafbepalingen liggen daarnaast soms verspreid over nationale bepalingen en verordeningen. Gelede normstelling doet zich zowel op Europees als op nationaal niveau voor waardoor op één gedraging meerdere verordeningen, kaderrichtlijnen, richtlijnen, nationale strafbepalingen, ministeriële regelingen et cetera van toepassing kunnen zijn. De grootste complexiteit manifesteert zich in het strafrecht met een meer ordeningsrechtelijk karakter, dat wordt toegepast op professionele marktdeelnemers, hetgeen het probleem evenwel iets minder prangend maakt.

Vaagheid, complexiteit en inconsistenties komen uiteraard ook voor in het Nederlandse strafrecht. Toch rechtvaardigt het onderhavige onderzoek de stelling dat het Europees strafrecht ervoor zorgt dat het recht vaker onduidelijk is. Met 'het recht' wordt in dit verband bedoeld op het geheel van normen die gezamenlijk het Europees strafrecht uitmaken, en die de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in Nederland afgrenzen. Die conclusie sluit aan bij de teneur van de literatuur over het Europees strafrecht. Die rechtsonzekerheid is deels inherent aan de meerlagigheid van dat rechtsgebied, en wordt deels veroorzaakt door de wijze waarop het Europees strafrecht vorm heeft gekregen. Tekstuele onduidelijkheid in het Europees recht wordt mede veroorzaakt door de wijze van totstandkoming van Europese besluitvorming en het politieke karakter daarvan. Daarnaast brengt de meerlagigheid van het strafrecht per definitie een vergroting van de complexiteit met zich mee: het bestaan van een tweede laag wetgeving die direct en indirect de toepasbaarheid en reikwijdte van nationale normen kan bepalen, maakt het normstelsel als zodanig meer complex. Dat geldt in bijzondere mate wanneer tussen die twee lagen inconsistenties bestaan. Het risico op inconsistenties is, gezien de veelvuldige tekstuele onduidelijkheid van het Europees recht en gezien de omvang van het totale Europees recht, groot. Op die manier versterken de drie varianten van onzekerheid elkaar.

42 Zie paragraaf 3.3.2.

9.4.2 Het probleem van inconsistenties: onduidelijke conflictnormen

In het Europees strafrecht kan onduidelijkheid bestaan over de vraag óf er een normconflict bestaat en zo ja, hoe dit moet worden opgelost. De toepasbaarheid van strafbepalingen kan daardoor vaak worden betwist. Conflicten worden weliswaar niet opgelost ten nadele van de individuele verdachte, deze onzekerheid over inconsistenties maakt de reikwijdte van het strafrecht wel onzeker.

Inconsistenties tussen Europees en nationaal recht zijn problematisch, omdat ze verwarring zaaien over het toepasselijke recht, en daarmee over de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Nu is in het Europees strafrecht lang niet altijd duidelijk óf er überhaupt sprake is van inconsistentie. Onzekerheid daarover bestaat bijvoorbeeld ingeval het Europees recht vaag is. Die vaagheid maakt het moeilijk om te beoordelen of de nationale strafbepaling met dat vage Europees recht in overeenstemming is. De strafrechter kan dan het Hof van Justitie verzoeken om opheldering in een prejudiciële procedure, als ten minste een strafzaak aan hem wordt voorgelegd waarin die vraag relevant is. Daarnaast zijn de regels aan de hand waarvan de rechter moet bepalen of een beperking op het vrij verkeer van personen, goederen, diensten of kapitaal toelaatbaar is, niet eenvoudig.⁴³

Het ontbreken van helder algemeen overgangsrecht zorgt eveneens voor onzekerheid in geval van inconsistenties. Er valt geen algemeen beeld te schetsen over de omstandigheden waarin met succes een beroep op het mildheidsgebod kan worden gedaan, anders dan in gevallen vergelijkbaar met het *Berlusconi*-arrest. Met name wordt door de Nederlandse rechter uiteenlopend gereageerd in de situatie dat na het begaan van de gedraging de strafbaarheid ontvalt aan die gedraging, omdat de strafbepaling in strijd is met een bepaling van Europees recht (primair recht, een verordening of een richtlijn waarvan de omzettingstermijn is verstreken).⁴⁴

Ook staat met de vaststelling dat er sprake is van een normconflict de oplossing van dat conflict nog niet vast, met name niet wanneer de rechter moet proberen het nationale recht Europeesrechtconform uit te leggen. De belangrijkste instrumenten die de nationale rechter heeft gekregen voor de omgang met inconsistenties zijn voorrang, rechtstreekse werking en conforme interpretatie. De aard van die instrumenten en hun onderlinge verhouding zijn op zichzelf al voorwerp van discussie geweest, maar voor toepassing in het strafrecht zijn ze redelijk uitgekristalliseerd. De rechter moet in eerste instantie proberen het normconflict op te lossen door middel van conforme interpretatie, maar of het mogelijk is om daarmee een Europeesrechtconform resultaat te bereiken kan in een individueel geval niet goed worden voorspeld. Soms zal het lukken het conflict op te lossen, maar soms ook niet en dan zal

⁴³ Zie paragraaf 5.4.2.

⁴⁴ Zie paragraaf 8.4.3-8.4.5.

het conflict op een andere manier moeten worden opgelost. Die oplossing kan liggen in het buiten toepassing laten van de nationale bepaling, maar ook tot het tegenovergestelde: toepassing van de met het Europees recht strijdige norm. Daarmee verschilt conforme interpretatie van meer eenvoudige conflictregels zoals voorrang van hoger recht, *lex posterior derogat legi priori* en dergelijke, die wel garantie bieden op een oplossing van het conflict en waarbij die oplossing leidt tot een voorspelbare uitkomst. Conforme interpretatie als uitdrukking van een 'heterarchische' structuur⁴⁵ of 'interlegality'⁴⁶ leidt niet tot meer duidelijkheid en voorspelbaarheid, maar eerder tot onzekerheid over het toepasselijke recht.

Onduidelijkheid over het bestaan van normconflicten en onduidelijkheid over de oplossing ervan zorgen ervoor dat de toepasbaarheid van strafbepalingen in veel gevallen kan worden betwist. Dat hoeft niet noodzakelijk als een probleem te worden beschouwd. Normconflicten moeten doorgaans in het voordeel van de verdachte worden opgelost, met uitzondering van een zeer beperkte mogelijkheid tot conforme interpretatie in het nadeel van de verdachte. Dat betekent dat de subjectieve rechtszekerheid in het geval van daadwerkelijke normconflicten steeds kan worden gewaarborgd. Toch heeft deze stand van zaken aanzienlijke nadelen. Vage strafbepalingen zorgen bij individuen voor onzekerheid over de toelaatbaarheid van een voorgenomen gedraging. Indien voor de verdachte duidelijk was dat zijn gedraging *mogelijk* strafbaar zou zijn, neemt de Nederlandse strafrechter niet aan dat verontschuldigbaar is gedwaald ten aanzien van de wederrechtelijkheid, aangezien de verdachte kennelijk bewust het risico heeft genomen dat zijn gedraging strafbaar zou zijn.⁴⁷ Zeker in de context van het orderingsrecht kan dit een *chilling effect* hebben en als zodanig de vrijheid verder dan hoogst noodzakelijk beperken. Dit is in strijd met de autonomiegedachte die ten grondslag ligt aan het legaliteitsbeginsel. Dat het waarborgen van rechtszekerheid vooral aan de strafrechter wordt overgelaten, heeft bovendien het nadeel dat duidelijkheid over het geldende recht pas over langere tijd, op casuïstische basis, tot stand komt. Opnieuw blijkt dat het waarborgen van subjectieve rechtszekerheid niet voldoende is.

9.4.3 Rechtsbescherming tegen rechtsonzekerheid

Bij de strafrechter heeft een beroep op het legaliteitsbeginsel zelden het door de verdachte gewenste effect. Net als in het nationale strafrecht komt de strafrechter in het Europees strafrecht al snel tot het oordeel dat aansprakelijkstelling voor de individuele

⁴⁵ Huomo-Kettunen 2013.

⁴⁶ Amstutz 2005.

⁴⁷ Zie paragraaf 5.7.3.

verdachte voorzienbaar was. Tot grote problemen heeft dit nog niet geleid, maar de strafrechter moet zich wel bewust zijn van zijn verantwoordelijkheid, en van het feit dat de rechtszekerheid in het Europees strafrecht niet vanzelfsprekend gewaarborgd is.

Europese wetgeving wordt tot op heden door het Hof van Justitie niet getoetst aan het bepaaldheidsgebod, omdat strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd in het nationale recht. Waar richtlijnen worden omgezet in nationale strafbepalingen, heeft de nationale wetgever de verantwoordelijkheid deze te concretiseren. De nationale rechter zal moeten toetsen aan artikel 49 Hv of dat genoegzaam is geschied, en zal moeten beoordelen of de norm voldoende duidelijk is om in het concrete geval te worden toegepast. Waar verordeningen rechtstreeks worden toegepast in een strafzaak, heeft de nationale strafrechter de verantwoordelijkheid te beoordelen of toepassing van de daarin neergelegde norm toelaatbaar is in het licht van artikel 49 Hv. De strafrechter heeft de taak bij de gedecentraliseerde handhaving van Europees recht niet alleen de effectieve werking van het Europees recht, maar ook de handhaving van het Europeesrechtelijke legaliteitsbeginsel te garanderen. Kortom: de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel rust in het Europees strafrecht voor een belangrijk deel op de schouders van de nationale rechter.

Wat doet de Nederlandse rechter vervolgens met de spanning tussen doorwerking en legaliteit? Een geslaagd beroep op het bepaaldheidsgebod is in het Nederlandse recht zeldzaam, en dat is in de context van het Europees strafrecht niet anders. De contextuele en subjectieve benadering van rechtszekerheid spelen daarbij een belangrijke rol, omdat de meeste problemen zich voordoen in een orderingsrechtelijke context, en omdat de rechter al snel tot het oordeel komt dat in het concrete geval aansprakelijkstelling wel voorzienbaar was.⁴⁸ Ook een beroep op avas in de vorm van verontschuldigbare rechtsdwaling slaagt niet snel.⁴⁹ Bij interpretatie in het licht van het Europees recht besteedt de strafrechter wel aandacht aan de grenzen van zijn plichten en bevoegdheden, op grond waarvan een conforme interpretatie meer dan eens niet mogelijk blijkt, maar waar soms de grenzen ook wel ruim worden getrokken.⁵⁰ Het legaliteitsbeginsel krijgt dus zeker aandacht in de nationale rechtspraak, maar van een specifiek op de meerlagige context betrokken benadering geeft de rechtspraak geen blijk. Bovendien gaat de Nederlandse strafrechter niet in op het feit dat het legaliteitsbeginsel ook in het recht van de Europese Unie ligt besloten: voor de doelstellingen van de strafwetgeving wordt verwezen naar het Europees recht, voor de rechtsbescherming op grond van het legaliteitsbeginsel wordt verwezen naar het Nederlandse

48 Zie paragraaf 5.7.2.

49 Zie paragraaf 5.7.3.

50 Zie paragraaf 6.6.3.

legaliteitsbeginsel, naar het EVRM en soms zelfs naar het IVBPR, maar niet naar het Handvest.

Het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid krijgt op dit moment een uitwerking in de jurisprudentie (in navolging van het EHRM) die niet helemaal verenigbaar is met de uitgangspunten van dat concept. Contextueel bepaalde rechtszekerheid veronderstelt dat de behoefte aan en noodzaak van rechtszekerheid kan verschillen per situatie. In de Nederlandse jurisprudentie speelt de professionele hoedanigheid van de normadressaat vaak een doorslaggevende rol: uit hoofde van die hoedanigheid wordt de professionele marktdeelnemer geacht het geldende recht te kennen, ook als dit complex is. Bovendien stelt de strafrechter dat de formulering van ordeningsrecht naar zijn technische aard vaak minder helder is. Op basis daarvan stelt de Nederlandse rechter lagere eisen aan ordeningsrechtelijke normen op grond van het bepaaldheidsgebod. Die redenering volgt niet noodzakelijk uit het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid, en is daar zelfs deels mee in strijd. Uit de aard van de norm, een technische ordeningsmaatregel, kan namelijk ook of juist worden afgeleid dat bepaaldheid ervan hoogste prioriteit moet hebben, want anders dan aan veel commune delicten kan een hoge gedragsleidende functie worden toegeschreven aan ordeningsrechtelijke normen. Bovendien kan de professionele hoedanigheid van de normadressaat de stelling dragen dat het recht complexer mag zijn, maar niet dat het ook vaag mag zijn. Die vaagheid kan immers niet worden opgelost door de justitiabele zelf. Op basis van het concept van contextueel bepaalde rechtszekerheid moeten dus eerder hogere dan minder hoge eisen worden gesteld aan de bepaaldheid van de wet, zij het dat grotere complexiteit kan worden geaccepteerd dan in het commune strafrecht.

9.4.4 Hoe een probleem van de lidstaten het probleem van de burger kan worden

Europees recht is politieke besluitvorming in 24 talen; het is geen strafwetgeving. Dat betekent evenwel niet dat de Europese wetgever alle verantwoordelijkheid op de nationale actoren kan schuiven: de kwaliteit van Europese wetgeving is bepalend voor de kwaliteit van nationale wetgeving. Op Europees niveau moet worden gestreefd naar wetgeving die in ieder geval voor lidstaten de omvang van hun verplichtingen duidelijk maakt: lidstaten moeten weten welke gedragingen zij minimaal moeten en/of maximaal mogen criminaliseren, en hoeveel beleidsruimte ze hebben bij de omzetting van richtlijnen. Nationale wetgevers moeten vervolgens, indien hun verplichtingen onduidelijk zijn, hun problemen niet afwentelen op de burger en de strafrechter, maar zelf verantwoordelijkheid nemen voor de kwaliteit van nationale wetgeving. De nationale wetgever heeft echter niet altijd de mogelijkheid die wetgeving naar eigen goeddunken op te stellen. Het waarborgen van rechtszekerheid in het Europees strafrecht vergt kortom een extra inspanning van alle betrokkenen.

Het legaliteitsbeginsel wordt door alle bij het Europees strafrecht betrokken actoren genoemd als een belangrijke waarde die moet worden beschermd. Tegelijkertijd blijkt uit dit onderzoek dat verscheidene structurele kenmerken van de Europese rechtsorde – de meerlagigheid, meertaligheid, het wetgevingsproces op Europees niveau – desondanks zorgen voor het bestaan van een aanzienlijke mate van rechtsonzekerheid.

Voor vaagheid in het Europees recht is een veelheid aan oorzaken aan te wijzen, die voornamelijk te maken hebben met het wetgevingsproces dat compromissen vereist tussen de vele betrokken actoren, alsmede het politieke karakter van Europese wetgeving. Daarnaast is het moeilijk voor Europese regelgeving om in alle talen, voor alle rechtsordes even duidelijk te zijn.⁵¹ Dit zijn oorzaken die inherent zijn aan het Europees recht en die derhalve binnen het huidige kader niet goed kunnen worden weggenomen. Bovendien ligt het voor de hand dat – zolang Europees recht op nationaal niveau wordt gehandhaafd – de verantwoordelijkheid voor adequate rechtsbescherming ten minste ook bij de nationale actoren wordt gelegd. Dat neemt niet weg dat alle bij het Europese wetgevingsproces betrokken actoren mede verantwoordelijkheid dragen voor het bestaan van vaagheid. De Europese wetgever ziet de afbakening van strafrechtelijke normen als een exclusieve taak voor de nationale wetgever en geeft duidelijkheid geen grote prioriteit, sterker nog: de voortvarendheid van het wetgevingsproces lijkt juist vaak gebaat te zijn bij constructieve ambiguïteit. In de praktijk blijkt die ambiguïteit echter lang niet altijd zo constructief te zijn: ambiguïteit van Europese wetgeving heeft consequenties voor de kwaliteit van nationale wetgeving. Op Europees niveau hoeft niet per definitie te worden gestreefd naar het formuleren van bepalingen die kunnen dienen als strafbepalingen, maar wel naar het bieden van heldere instructies voor de lidstaten. Daarvoor is van belang dat duidelijk is hoeveel beleidsvrijheid die lidstaten hebben, en dat zij worden aangespoord tot het creëren van voldoende afgebakende wetgeving. De nationale wetgever moet er op zijn beurt zorg voor dragen dat als het Europees recht onverhoopt toch onduidelijk is, deze onduidelijkheid niet tot het probleem van de burger wordt gemaakt. Als lidstaten hun verplichtingen niet kunnen kennen, dan is dit een probleem tussen de Europese Unie en de lidstaten. Deze relatie wordt beheerst door het staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel. Wanneer lidstaten uit onzekerheid onduidelijke bepalingen overnemen in het nationale recht, wordt het probleem doorgeschoven naar de rechter en de burger.

Ten aanzien van verordeningen die strafrechtelijk (moeten) worden gehandhaafd, zijn de mogelijkheden die de nationale rechter heeft om te zorgen voor verduidelijking in het nationale recht aanzienlijk beperkter. De omschrijving van de strafbare gedraging in verordeningen is rechtstreeks toepasselijk, mits een nationale strafbaarstelling voorhanden is. De wetgever kan niet, met het oog op het legaliteitsbeginsel, oordelen dat de gedraging door de Europese

51 Deze oorzaken van onduidelijkheid zijn besproken in paragraaf 5.4.1.

wetgever te ruim is omschreven en daarom de reikwijdte inperken of de bepaling verduidelijken. De wetgever heeft evenwel onverminderd de taak zorg te dragen voor de kwaliteit van Nederlandse wetgeving. Hier ontstaat voor de wetgever dus een situatie waarin hij niet tegelijkertijd het Europees recht adequaat kan uitvoeren en het Europese en Nederlandse legaliteitsbeginsel kan waarborgen. Voor dit type situaties zijn de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de nationale wetgever niet goed op elkaar afgestemd.

In de relatie tussen de burger en de lidstaat kunnen deze problemen, nu zij hun oorsprong in wezen op een hoger niveau vinden, niet goed worden opgelost door de nationale rechter. Diens instrumentarium is immers gericht op het afdoen van concrete zaken. Het niveau van wetgeving is grotendeels aan het oordeel van de rechter onttrokken, hij laat zelden wetten buiten toepassing laten wegens strijd met het bepaaldheidsgebod, en ook het aannemen van de schulduitsluitingsgrond avas in de vorm van de verontschuldigbare rechtsdwaling wordt spaarzaam ingezet.

De meerlagigheid van het Europees strafrecht maakt het niet eenvoudig om objectieve rechtszekerheid te garanderen. Dit gegeven noopt tot extra inspanningen van alle betrokkenen om hetzelfde niveau van rechtszekerheid te garanderen als in het nationale recht.

9.4.5 De positie van de Nederlandse strafrechter ten opzichte van de Europese en de nationale wetgever

In de context van het Europees strafrecht krijgt de nationale rechter een zelfstandiger positie ten opzichte van de nationale wetgever. Tegelijkertijd wordt hij strikt gebonden aan het Europees recht. Er is dus nog steeds sprake van een strikte functionele machtsverdeling tussen de wetgevende en rechtsprekende macht, maar de gebondenheid van de nationale rechter verschuift van de nationale wetgever naar de Europese wetgever.

Volgens advocaat-generaal Léger is de nationale rechter vanwege zijn rol in het Europees recht niet langer *bouche de la loi*.⁵² Léger doelt daarbij met name op de kritische functie die de rechter heeft ten opzichte van zijn nationale wetgever: hij moet het nationale recht toetsen aan het Europees recht en, indien het niet aan de eisen voldoet, conform interpreteren of buiten toepassing laten, eventueel met toepassing van de Europese regel.

Ook in het strafrecht speelt de rechter een belangrijke rol. Die rol noopt hem tot het nemen van meer afstand van het nationale recht dan in zuiver nationale situaties gebruikelijk is. Dat wordt vooral goed zichtbaar waar het de plicht tot conforme interpretatie betreft. Waar wetshistorische interpretatie

52 Concl. A-G P. Léger bij HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punt 59, besproken in paragraaf 6.6.5.

in het Nederlandse strafrecht de boventoon voert, kan de rechter in het kader van conforme interpretatie vooral waarde hechten aan het bestaan van een abstracte wens tot omzetting van het Europees recht.⁵³ Meer algemeen draagt het Europees recht de rechter op nationale wetgeving voortdurend te toetsen aan het Europees recht. Daar komt nog bij dat de rechter ook wordt geconfronteerd met onvoorziene vragen, waarop het recht geen helder antwoord biedt. Dat is vooral het geval bij de toepassing van het mildheidsgebod in het Europees strafrecht. Het gebrek aan heldere richtlijnen voor de omgang daarmee dwingt de rechter om zelf een overgangsrechtelijke praktijk te vestigen.⁵⁴

Bij die vrijheid van de rechter is wel de kanttekening op zijn plaats dat in het Europees strafrecht het primaat van de nationale wetgever is gehandhaafd. De mogelijkheden van de rechter om omzettingsgebreken te repareren is in het strafrecht beperkt in vergelijking tot in andere rechtsgebieden. De rechter heeft zijn bevoegdheden immers voornamelijk gekregen om ervoor te zorgen dat burgers hun rechten kunnen effectueren, ook als de nationale wetgever geen (adequate) actie heeft ondernomen. In de interne markt valt het garanderen van rechten vaak op gerieflijke wijze samen met het waarborgen van de effectiviteit van het Europees recht. In de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is dat anders, omdat daar het Europees recht vooral repressief optreden legitimeert. De asymmetrische verhouding tussen burger en overheid in het strafrecht rechtvaardigt dat de lidstaat zijn eigen nalatigheid bij het repressieve optreden (door het niet in het leven roepen van een adequate strafbaarstelling) niet tegen de burger kan invoeren. Bij doorwerking van Europees recht in het strafrecht is het uitgangspunt dat het in beginsel de burger is die het Europees recht kan invoeren tegen zijn overheid en niet andersom goeddeels gehandhaafd.

Niet alleen bij de conforme interpretatie, ook bij de beoordeling van een beroep op het mildheidsgebod wordt de rechter geconfronteerd met twee wetgevers. Wanneer het Nederlands mildheidsgebod vraagt om een onderzoek naar de inzichten van de wetgever, dan is voor de strafrechter onduidelijk of hij daarbij naast of in plaats van de inzichten van de Nederlandse wetgever die van de Europese wetgever dient te beoordelen. Uit de voorrang van het Europees recht volgt dat wanneer het strafwaardigheidsoordeel bij de Europese wetgever ligt, ook de terugwerkende kracht moet worden beoordeeld aan de hand van het inzicht van de Europese wetgever. Ook daar moet de rechter dus afstand nemen van de Nederlandse wetgever, en wordt duidelijk dat de positie van de nationale wetgever in sommige situaties behoorlijk is gemarginaliseerd.

Echt autonoom is de rechter al met al niet geworden. Het Europees recht geeft immers gedetailleerde instructies aan de rechter hoe hij met zijn verworven zelfstandigheid moet omgaan. De vrijheid die hij heeft ten opzichte van

53 Zie daarover paragraaf 6.5.

54 Zie paragraaf 8.4.

het nationale recht, moet worden ingezet ten dienste van het Europees recht. De binding van de rechter aan het nationale recht is ten dele vervangen door een binding aan het Europees recht, waarbij die laatste binding minder vrijheid lijkt te bieden dan die aan het nationale recht. Rechtsvinding wordt in die context eerder heteronomer dan autonoom. Dat neemt niet weg dat de rechter zijn Europese opdracht kan gebruiken om een kritischer houding ten opzichte van het nationale recht in te nemen dan hij in een zuiver nationale situatie gepast zou achten.

9.5 AANBEVELINGEN

Uit de conclusies blijkt dat het bestaan van rechtsonzekerheid in het Europees recht voor een groot deel wordt veroorzaakt door de meerlagige structuur daarvan en de wijze waarop bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn verdeeld. Niettemin is ook meermalen gesteld dat de verschillende actoren, ook binnen die bestaande structuur, zouden kunnen bijdragen aan het vergroten van de rechtszekerheid. Twee algemene uitgangspunten zijn wat mij betreft cruciaal om dat doel te kunnen bereiken.

Het eerste uitgangspunt is dat de diverse actoren zich bewust moeten worden van het gegeven dat het creëren van rechtszekerheid in een meerlagige rechtsorde geen geringe uitdaging is. Het is een uitdaging die van alle betrokken actoren een extra inspanning vergt. De attitude van de verschillende actoren moet zijn dat zij alle hun ter beschikking staande middelen inzetten tot het vergroten van rechtszekerheid, zelfs al kunnen zij daarop niet rechtstreeks worden aangesproken. Dat vereist dat de actoren kennis hebben van de consequenties die hun handelen heeft voor de rechtszekerheid, en daarmee voor de autonomie en vrijheid van Unieburgers. Dit boek beoogt een bijdrage te leveren aan het vormen van die kennis.

Het tweede uitgangspunt is dat alle actoren rechtszekerheid ruimer zouden moeten interpreteren dan nu het geval is. De nadelige gevolgen van semantische en systematische onduidelijkheid kunnen niet volledig worden weggenomen door in concrete strafzaken de subjectieve rechtszekerheid te waarborgen. Het legaliteitsbeginsel beoogt immers ook willekeur in het overheidsoptreden tegen te gaan. Respect voor de burger als autonoom individu vereist bovendien dat strafrechtelijke aansprakelijkstelling voorzienbaar is, ook voor degenen die niet aan strafvorderlijk optreden worden onderworpen of voor degenen die zelf strafvorderlijk moeten optreden. Daarom moet het streven voortdurend gericht zijn op het creëren van een zo duidelijk mogelijk stelsel van strafrechtelijke normen, teneinde op die manier ook objectieve rechtszekerheid te kunnen bieden.

De Europese wetgever

De Europese wetgever kan invloed uitoefenen op de rechtszekerheid van burgers door de kwaliteit van wetgevingshandelingen te vergroten. Uiteraard creëert de Europese wetgever zelf geen strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar zijn wetgeving beïnvloedt wel de kwaliteit van nationale strafwetgeving. Daarom kan de Europese wetgever zichzelf niet geheel ontslaan van de verantwoordelijkheid om wetgeving te creëren die bijdraagt aan het verwezenlijken van het legaliteitsbeginsel. Het nemen van die verantwoordelijkheid past binnen de karakterisering van de Europese Unie als een 'rechtsgemeenschap'.⁵⁵ Daaruit volgt immers ten minste de verplichting duidelijkheid te generen vis-à-vis de *lidstaten*: lidstaten moeten weten wat de reikwijdte van hun plichten is en hoeveel discretionaire ruimte zij hebben bij de omzetting van richtlijnen in het nationale recht. Uit het *strafrechtelijk* bepaaldheidsgebod volgt daarnaast dat criteriaal vage richtlijnen zoveel mogelijk moeten worden vermeden, aangezien zij tot vage strafbaarstellingen kunnen leiden. Meningsverschillen zouden zoveel mogelijk moeten worden uitonderhandeld tot gradueel vage bepalingen of gebonden keuzevrijheid bij de omzetting. Rechtstreeks toepasselijke verordeningen die strafrechtelijk worden gehandhaafd moeten voor wat betreft de daarin besloten liggende gedragsomschrijving zonder meer voldoen aan het bepaaldheidsgebod.

Grotere transparantie van het wetgevingsproces zou ten tweede bij kunnen dragen aan meer inzicht in de achtergronden van de uiteindelijke wetgevingshandelingen. Er worden weliswaar meer dan voorheen documenten uit de voorbereidende fase gepubliceerd, maar de inhoud van de trilogie, de onderhandelingen tussen Commissie, Parlement en Raad die plaatsvinden na een eerste standpuntbepaling van die laatste twee, is geheim. Die heimelijkheid kan uiteraard het bereik van compromissen vergemakkelijken (en openbaarheid van de trilogie zou tot gevolg kunnen hebben dat een ander niet-openbaar onderhandelingsproces tot stand komt), maar heeft zijn prijs. Er zijn daardoor minder bronnen beschikbaar die iets kunnen zeggen over de bedoeling van de wetgever met een bepaalde wetgevingshandeling. Bovendien is transparantie van het wetgevingsproces vanuit het perspectief van democratische controle wenselijk. Op dit punt is verbetering van het Europese wetgevingsproces mijns inziens een reële mogelijkheid.

Een relatief eenvoudig te bewerkstelligen verandering is ten derde de lidstaten vaker op te dragen voorgenomen wetgeving ter goedkeuring voor te leggen aan de Commissie. Richtlijnen verplichten de lidstaten aan de Commissie de tekst van hun omzettingsmaatregelen mede te delen. Als deze omzettingsbepalingen niet adequaat blijken, kan de Commissie de lidstaat daarvan op de hoogte stellen. Dit heeft tot gevolg dat de lidstaat reeds aange-

55 HvJ EG 23 april 1986, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts*), r.o. 23, besproken in paragraaf 5.4.

nomen en in werking getreden wetgeving moet wijzigen. Het is op dit moment al mogelijk lidstaten te verplichten mededeling te doen van voorgenomen omzettingsmaatregelen aan de Commissie.⁵⁶ Dit zou lidstaten de mogelijkheid bieden om nog tijdens het omzettingsproces meer inzicht te verkrijgen in de reikwijdte van hun discretionaire bevoegdheid, aangezien onzekerheid daaromtrent in belangrijke mate bijdraagt aan het bestaan van onduidelijke strafbaarstellingen in het nationale recht. Lidstaten kunnen dan hun discretionaire vrijheid optimaal gebruiken om vage richtlijnen te concretiseren in heldere nationale strafbepalingen. Wanneer de adviezen van de Commissie bovendien openbaar zijn, kunnen andere lidstaten reeds tijdens het wetgevingsproces daarvan profiteren. Een dergelijk stelsel zou de – volgens sommigen onontbeerlijke – vrijheid voor lidstaten om supranationaal recht in te passen in hun nationale rechtstraditie onaangetast laten. Het nadeel van een dergelijke procedure zou zijn dat het toch al trage wetgevingsproces in niet onaanzienlijke mate zou worden verlengd, omdat bij het vaststellen van de omzettingstermijn rekening moet worden gehouden met deze extra stap in de procedure.

Het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie ziet tot op heden geen rol weggelegd voor zichzelf bij het waarborgen van het legaliteitsbeginsel, omdat het niet zelf strafrechtelijke veroordelingen uitspreekt. Ook hier acht ik het mogelijk dat het Hof meer verantwoordelijkheid op zich neemt. Ten eerste zou het Hof bij het uitleggen van bepalingen die in alle lidstaten strafrechtelijk worden gehandhaafd rekening moeten houden met het legaliteitsbeginsel. Bij de interpretatie van verordeningen die rechtstreeks worden toegepast in het strafrecht, zou het Hof rekening kunnen houden met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Datzelfde geldt voor richtlijnen die in alle lidstaten in het strafrecht moeten worden omgezet. Het is waar dat de nationale rechter verantwoordelijk is voor de uitleg van het nationale recht. Wanneer een richtlijn echter woordelijk is omgezet in een lidstaat, zal de rechter op basis van de huidige rechtspraak moeilijk onder een conforme interpretatie uit kunnen komen, en zal de uitleg van de richtlijn door het Hof van Justitie invloed uitoefenen op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in die lidstaat. Het Hof kan rekening houden met de strafrechtelijke grenzen aan de interpretatievrijheid en daarmee de nationale rechter niet 'verleiden' tot een uitleg van het nationale recht die de rechtszekerheid mogelijk aantast. Waar het Hof desondanks meent tot een ruime uitleg van de gedragsomschrijving te moeten komen, is van belang dat het Hof – zoals het nu soms ook al doet – benadrukt dat de nationale rechter moet beoordelen of die uitleg niet leidt tot een onvoorziene strafrechtelijke aansprakelijkstelling.

56 Prechal 2005a, p. 45.

Ten tweede kan het Hof van Justitie terughoudendheid betrachten bij het beoordelen van de omzetting van vaag Europees recht. Het Hof kan er aldus, samen met de Commissie, voor zorgen dat legaliteitsproblemen die zich voordoen in de relatie tussen de EU en de lidstaten niet worden afgewenteld op de burger. In het geval dat een onduidelijke richtlijn is geconcretiseerd in het nationale recht, moet terughoudendheid worden betracht bij de beoordeling of het Europees recht adequaat is omgezet.⁵⁷ Tussen de EU en de lidstaten geldt net als tussen lidstaten en hun burgers dat het recht het mogelijk moet maken om met voldoende zekerheid de omvang van verplichtingen te bepalen. De Commissie zou daarom geen inbreukprocedures moeten starten, en als inbreukprocedures bij het Hof komen zou het Hof geen schending moeten vaststellen, indien het Europees recht onvoldoende zekerheid gaf aan de lidstaten. Wanneer lidstaten die richtlijnen concretiseren worden geconfronteerd met frequente inbreukprocedures, zullen zij immers voor de toekomst worden afgeschrikt om af te wijken van de bewoordingen van de richtlijn.

De Nederlandse wetgever

De belangrijkste aanbeveling voor de Nederlandse wetgever is vanzelfsprekend: bij de omzetting van richtlijnen moeten strafbepalingen zoveel mogelijk worden geconcretiseerd. Bovendien moet de wetgever expliciet aangeven of en zo ja op welke wijze gebruik is gemaakt van beleidsvrijheid bij de omzetting. Waar onduidelijk is of er ruimte is voor nadere afbakening van de bepaling, kan de wetgever toch kiezen voor nadere afbakening en eventuele daaruit voortvloeiende problemen beschouwen als een probleem tussen de EU en de lidstaat. Nederland kan zich dan jegens de EU beroepen op het algemene legaliteitsbeginsel zoals dat wordt geëerbiedigd in het Europees recht. Dat voorkomt dat rechtsonzekerheid op Europees niveau wordt gereproduceerd op nationaal niveau. Ook bij het nemen van uitvoeringsmaatregelen in verband met het handhaven van verordeningen zou de wetgever bij de keuze van het handhavingsmechanisme rekening moeten houden met de vraag of de verordening voldoet aan de Nederlandse maatstaven van bepaaldheid. Waar dat niet het geval is, moet voor regulering van de gedraging in een ander rechtsgebied worden gekozen. Dit geldt uiteraard alleen voor die gevallen waarin de wetgever ook daadwerkelijk een keuze heeft voor andere dan strafrechtelijke handhaving. De wetgever zou zich bij strafbaarstelling van handelen in strijd met een verordening er expliciet van moeten vergewissen dat de gedragsomschrijving in die verordening voldoende bepaald is.

De wetgever zou er bovendien verstandig aan doen in omzettingswetgeving geschreven overgangsbepalingen op te nemen indien hij wil voorkomen dat een beroep kan worden gedaan op het mildheidsgebod. Het Handvest laat

⁵⁷ In die zin ook Asp 2012, p. 171-175.

immers alleen geschreven beperkingen van grondrechten toe, en het is onduidelijk over welke wetswijzigingen het Handvest zich uitstrekt.

De Nederlandse strafrechter

De Nederlandse strafrechter, tot slot, zou zich ervan bewust moeten zijn dat hij de beste mogelijkheden heeft subjectieve rechtszekerheid te waarborgen, en dat die taak – op grond van het Europees recht – moet prevaleren boven de doorwerking van Europees recht. De strafrechter moet daarbij bovendien het *Europeesrechtelijk* legaliteitsbeginsel handhaven, en dus verwijzen naar artikel 49 Hv en de uitleg daarvan in de jurisprudentie van het Hof. De nationale rechter kan een voorbeeld nemen aan de Deense hoogste rechter die na de beantwoording van prejudiciële vragen in de zaak *Grøngaard & Bang* met een beroep op zijn Europeesrechtelijke plicht het rechtszekerheidsbeginsel te waarborgen, koos voor een ruime uitleg van een bijzondere rechtvaardigingsgrond.⁵⁸

De rechter heeft meerdere mogelijkheden om zijn belangrijke rol gestalte te geven. De weg van het onverbindend verklaren van Europese of nationale regelgeving staat meestal niet open. Voor het overige laat het Europees strafrecht hem vrij in de keuze voor een rechtsgevolg. In de jurisprudentie van zowel het EVRM als het Hof van Justitie is het bepaaldheidsgebod een gedeelde verantwoordelijkheid van de wetgever en rechter. Onheldere wetgeving kan worden verduidelijkt in de jurisprudentie. Dit betekent dat het Europees legaliteitsbeginsel de rechter wegvoert van een abstracte toets van de wetgeving aan het bepaaldheidsgebod, naar een concreet oordeel of aansprakelijkstelling kon worden voorzien. Dat laat de Nederlandse jurisprudentie ook al zien onder invloed van het EVRM.⁵⁹ De rechter zal dus in concreto moeten toetsen of aansprakelijkstelling in strijd is met artikel 49 lid 1 Hv, en indien dat zo is, kan hij de strafbepaling buiten toepassing laten en de verdachte ontslaan van alle rechtsvolging. Eventueel kan hij bij de uitleg van het nationale recht, indien het Europees recht zijns inziens noopt tot een extensieve uitleg, overgangsrecht formuleren om te voorkomen dat een nieuwe interpretatie met terugwerkende kracht aan de verdachte wordt tegengeworpen. Tot slot zou hij de schulduitsluitingsgrond avas in de vorm van dwaling ten aanzien van het recht kunnen aannemen, indien de verdachte zich wel heeft georiënteerd op het recht, maar daaruit geen zekerheid over zijn rechtspositie heeft kunnen verkrijgen.

⁵⁸ Højesteret 14 mei 2009, 219/2008, besproken in paragraaf 6.4.4.

⁵⁹ Zie paragraaf 5.7.2.

9.6 TOT BESLUIT

Het legaliteitsbeginsel vormt één van de pijlers onder de westerse strafrechtstelsels, en dat is in het Europees strafrecht niet anders. De grote waarde van rechtszekerheid wordt door de diverse actoren in het Europees strafrecht erkend. Het legaliteitsbeginsel dient in het Europees strafrecht met name het belang te kunnen voorzien welke gedragingen strafbaar zijn, maar minder het belang niet te worden onderworpen aan willekeurig overheidsoptreden of het belang van een adequate verdeling van bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden over verschillende overheidsinstanties. Hoewel de EU onder strafrechtjuristen de naam heeft effectiviteit structureel te laten prevaleren boven rechtsbescherming, vereist het Europees recht van de lidstaten dat voor burgers iedere strafrechtelijke aansprakelijkstelling voorzienbaar was ten tijde van het begaan van de gedraging. Het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel prevaleert derhalve in het Europees strafrecht boven de effectiviteit. De subjectieve rechtszekerheid zou daarmee in ieder geval gewaarborgd moeten zijn.

Toch is het leven, net als in veel nationale strafrechtstelsels, sterker dan de leer van het legaliteitsbeginsel. Het Europees strafrecht is een complex rechtsgebied. Het veelvuldig gebruik van hybride en gelede normstellingen, het gebruik van vage normen, inconsistenties tussen nationaal en Europees recht en onvoorspelbare uitkomsten van normconflicten maken dat het voor justitiabelen niet gemakkelijk is om vooraf te bepalen welke gedragingen kunnen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkstelling en welke niet. Deze uitkomsten zijn niet verrassend. Ze sluiten aan bij de teneur van vele kritische publicaties die de afgelopen jaren zijn verschenen over het Europees strafrecht. Dit boek heeft een bijdrage willen leveren aan het beter begrijpen van die rechtsonzekerheid, door te laten zien welke verschijningsvormen rechtsonzekerheid heeft, welke oorzaken hieraan ten grondslag liggen, op welk niveau het speelt en hoe onzekerheid in het Europees recht zich verhoudt tot onzekerheid in het Nederlandse strafrecht.

De boodschap die dit boek daarnaast heeft willen uitdragen is dat het huidige Europees strafrecht mogelijkheden biedt, met name aan de nationale rechter, om in individuele gevallen de rechtszekerheid van verdachten voorrang te geven boven de doorwerking van Europees recht. De strafrechter kan daarmee voorkomen dat rechtsonzekerheid nadelige consequenties heeft voor verdachten. Daarbij past wel een kanttekening: de invloedssfeer van de rechter beperkt zich tot de concrete gevallen die hem worden voorgelegd. Het gebrek aan objectieve rechtszekerheid, dus de rechtsstatelijke kwaliteit van het geheel van rechtsnormen, kan door de rechter niet worden opgelost. De nationale strafrechter kan slechts voorkomen dat legaliteitsproblemen worden afgewenteld op individuen. Deze nadruk op subjectieve rechtszekerheid miskent dat strafbepalingen niet alleen relevant zijn in concrete strafzaken, maar dat zij ook daarbuiten het handelen van natuurlijke en rechtspersonen beïnvloeden. In het Europees strafrecht verdwijnt de bescherming tegen willekeur, die ook

een component is van de rechtszekerheid, naar de achtergrond. Zelfs wanneer van de mogelijkheden de subjectieve rechtszekerheid te waarborgen optimaal gebruik wordt gemaakt, wordt de objectieve rechtszekerheid onvoldoende gewaarborgd.

Toekomstperspectieven voor het Europees strafrecht

In het voorgaande is niet alleen de interpretatie van het legaliteitsbeginsel, maar ook de structuur van het Europees strafrecht kritisch beschouwd. De vraag rijst derhalve of het niet wenselijk zou zijn de structuur van het Europees recht op punten te heroverwegen, of in ieder geval alternatieve toekomstscenario's te doordenken. Uiteraard omvat die afweging veel meer belangen dan rechtszekerheid en machtsverdeling. Algehele afschaffing van de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht zou bijvoorbeeld weliswaar tot grotere rechtszekerheid leiden, maar het zou het ook de lidstaten wel erg gemakkelijk maken zand in de machine te strooien en de feitelijke integratie te belemmeren.

Een structuurverandering die in het verlengde ligt van het huidige systeem zou een Europees strafrecht met rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen kunnen zijn, zoals voorgesteld in het *Corpus Juris*-project.⁶⁰ Dat project had betrekking op de bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Europese Unie schaadt, maar zou op termijn ook kunnen worden uitgebreid naar andere delicten. Dit strafrecht kan nog steeds gehandhaafd worden door de lidstaten. Het Hof van Justitie kan middels prejudiciële vragen de rechtseenheid bevorderen. Het *Corpus Juris*-voorstel ontsproot mede aan de constatering dat harmonisatie, door de omzetting van Europees recht in nationaal recht, niet zonder meer leidt tot gelijkvormige bepalingen in de lidstaten.⁶¹ De gevolgen van het optuigen van een dergelijk systeem, hoewel dit onvermijdelijk gepaard gaat met soevereiniteitsoverdracht, lijken voor het nationale systeem geringer te zijn dan de huidige plicht tot het verwerken van Europees recht in het nationale strafrecht.⁶² Het voorstel voor rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen moet gezien worden in samenhang met de voorgenomen oprichting van een Europees Openbaar Ministerie, dat ook deel uitmaakte van het *Corpus Juris*-voorstel. De oprichting van een Europees Openbaar Ministerie moet het Europees recht voor de handhaving minder afhankelijk maken van inspanningen van de lidstaten en daarmee de bestrijding van fraude met EU-middelen tegengaan. Volgens de huidige plannen wordt de materiële bevoegdheid van het Europees OM afgebakend in de Richtlijn strafrechtelijke bestrijding van fraude.⁶³ Deze richtlijn zal moeten worden omgezet in nationale strafbepalin-

60 Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001.

61 Geelhoed 2013, p. 269-271; Delmas-Marty 1998, p. 110-115.

62 Spencer 2002, p. 50-53.

63 Voorstel voor het bestrijden van fraude met EU-gelden middels strafrecht, COM(2012) 363.

gen, als gevolg waarvan de materiële bevoegdheid van het Europees OM per lidstaat uiteen zal kunnen lopen. Indien de strafbepalingen zouden worden neergelegd in een verordening op basis van artikel 86 VWEU, zou dat omzettingprobleem verdwijnen.⁶⁴ Vervaele noemt als mogelijkheid dat lidstaten die strafbepalingen incorporeren in het nationale strafrecht.⁶⁵ De nadelen van meerlagigheid zouden daarmee in belangrijke mate worden weggenomen. Niettemin is ook een dergelijk stelsel – zo het al politiek haalbaar zou zijn – geen panacee. Een rechtstreeks toepasselijke strafbepaling kan nooit in één keer voor alle lidstaten voor helderheid zorgen, omdat zelfs heldere begrippen verschillende connotaties hebben in verschillende rechtssystemen. Ook verschillen in concepties van de belangrijkste leerstukken uit het algemeen deel zullen niet snel verdwenen zijn.⁶⁶ Het zal dus zeker jaren, mogelijk decennia duren voordat op Europees niveau een ‘eigen’ conceptie van het algemeen deel ontwikkeld zal zijn – net zoals het nu al enkele decennia duurt om tot een Europese legaliteitsconceptie te komen. Wel zijn inmiddels belangrijke stappen gezet voor de ontwikkeling van een Europees algemeen deel, waaronder een legaliteitsbeginsel, in het Maastrichtse onderzoeksproject *Towards a General Part of Criminal Law for the EU*.⁶⁷

Een echt radicale verandering zou zijn het optuigen van een volledig parallel Europees strafrechtstelsel, waarbij opsporing, vervolging en berechting geheel plaats vinden door Europese actoren. Ook van dit systeem is gesteld, door Klip, dat het een geringere inbreuk op het nationaal strafrecht oplevert dan het huidige.⁶⁸ Een nadeel van dit systeem is dat, zelfs wanneer heldere afbakeningscriteria worden geformuleerd zoals Klip dat heeft gedaan,⁶⁹ toch verwacht kan worden dat competentiegeschillen zullen ontstaan.⁷⁰ Tot slot wijst Barents erop dat een dergelijke federalisering moeilijk tot stilstand te brengen zal zijn, vanwege ‘[d]e aan elke overheidsmacht inherente tendens tot centralisatie en bevoegdheidsuitbreiding.’ Op de lange termijn valt dus te betwijfelen of hierdoor het nationale strafrecht inderdaad minder beïnvloed zou worden dan door het huidige systeem van wederzijdse erkenning en harmonisatie.⁷¹

Vanuit het oogpunt van het Nederlandse recht zou een structuurverandering kunnen bestaan in het opnemen van geharmoniseerde delicten in een

⁶⁴ Klip 2016, p. 513-514; Vervaele 2014b.

⁶⁵ Vervaele 2014b, p. 98.

⁶⁶ Ambos 2005.

⁶⁷ Zie voor de belangrijkste uitkomsten van dat project Klip 2011; Blomsma 2012; Keiler 2013; Peristeridou 2015.

⁶⁸ Klip 2005, p. 13.

⁶⁹ Klip formuleert drie cumulatieve criteria: een grensoverschrijdend karakter van het strafbare feit, toegevoegde waarde van voorkoming, opsporing en berechting op Europees niveau ten opzichte van nationaal niveau, en een relatie tot een Europees beleidsterrein. Klip 2005, p. 12.

⁷⁰ Barents 2006, p. 366-367.

⁷¹ Barents 2006, p. 367.

aparte Europese strafwet, zoals bepleit door Van Kempen.⁷² Daarmee zou in ieder geval de Europeesrechtelijke herkomst van bepalingen, die nu niet altijd herkenbaar is, zichtbaar zijn. Dat biedt aan degenen die ermee te maken hebben (burgers, maar ook handhavende instanties en de rechter) een signaal dat voor de uitleg ervan het Europees recht zal moeten worden geraadpleegd. Dat biedt echter in mindere mate een oplossing voor problemen samenhangend met de meerlagigheid van het strafrecht.

Alle voor- en nadelen van de verschillende oplossingen nog daargelaten, is de politieke haalbaarheid van structurele hervormingen op dit moment gering. De Europese Unie is door de opeenvolging van een financiële en een humanitaire crisis in onzekere tijden beland. Het optuigen van nieuwe instellingen, op dit moment in de eerste plaats een Europees Openbaar Ministerie, stuit op zeer veel weerstand. De grootste invloed op de kwaliteit van het strafrecht en het waarborgen van een strikte toepassing van het legaliteitsbeginsel hebben daarom nog altijd de Nederlandse wetgever, en de Nederlandse strafrechter.

Toekomstperspectieven voor wetenschappelijk onderzoek

Het onderhavige onderzoek biedt aanknopingspunten voor drie toekomstige lijnen van onderzoek. De eerste heeft betrekking op het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht. In 2013 publiceerde het *Utrecht Law Review* een bijzonder nummer over *General Principles for Transnational Criminal Justice*, waarin wordt gezocht naar beginselen die ervoor kunnen zorgen dat ook in transnationale zaken verdedigingsrechten adequaat worden beschermd.⁷³ Ten aanzien van het legaliteitsbeginsel wordt in dat kader met name betoogd dat de regels inzake forumkeuze voorzienbaar zouden moeten maken op grond van welke strafrechtsorde een bepaalde gedraging zal worden beoordeeld.⁷⁴ Daarnaast zou mijns inziens moeten worden doordacht hoe moet worden omgegaan met het gegeven dat lidstaten in de praktijk het Europees recht, ook wanneer dat in verordeningen is neergelegd, niet eenvormig uitleggen en toepassen. Het is onzeker hoe met onderlinge interpretatieverschillen tussen lidstaten moet worden omgegaan, of met onjuiste interpretaties van de autoriteiten van één van de lidstaten.⁷⁵ Een antwoord daarop vereist een afweging van het belang om gerechtvaardigd te kunnen vertrouwen op nationale autoriteiten tegen het belang van de eenheid van het Europees recht. Die belangenafweging is uiteraard geen exclusief strafrechtelijk probleem. Een oplossing voor deze problematiek moet daarom wel mede toepassing kunnen krijgen in strafzaken, maar vereist een kijk op het Europees recht die abstraheert van de verschillen-

⁷² Van Kempen 2003.

⁷³ Gless & Vervaele 2013.

⁷⁴ Zie Luchtman 2013b en paragraaf 1.2.

⁷⁵ Zie de rechtspraak besproken in paragraaf 5.7.2 en 5.7.3.

de traditionele rechtsgebieden – ook omdat lidstaten niet zelden kiezen voor verschillende handhavingsregimes. Een oplossing voor de zojuist geschetste problemen vereist ook een Europees begrip van de verhouding tussen het legaliteitsbeginsel en de rechtsdwaling. Er zijn indicaties dat die verhouding in continentale stelsels verschilt van die in Angelsaksische stelsels, maar de implicaties daarvan zijn onduidelijk.⁷⁶ Naast onderhavige studie over de werking van het Europees legaliteitsbeginsel in een *meerlagige* context, bestaat er daarom behoefte aan onderzoek naar de werking ervan in *transnationale* context.

Een tweede lijn van onderzoek zou voortbouwen op de toegevoegde waarde van taalwetenschappelijke inzichten voor de rechtswetenschap. In hoofdstuk 5 is met behulp van de semiotiek getracht gedetailleerder dan voorheen te onderzoeken of onduidelijke Europese wetgeving kan leiden tot onduidelijke nationale wetgeving. Uit dat hoofdstuk blijkt echter ook dat inzichten over taal in het algemeen niet zonder meer geldig zijn voor rechtstaal, en daarom niet onmiddellijk bruikbaar voor de rechtswetenschap.⁷⁷ Het is daarom van belang dat vanuit rechtswetenschappelijk perspectief wordt onderzocht hoe inzichten uit de taal- en cognitiewetenschap kunnen worden ingezet bij de bestudering van het recht. Dat geldt ten aanzien van het legaliteitsbeginsel in het bijzonder voor het onderzoek naar het bepaaldheidsgebod en grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid, en ten aanzien van het Europees recht voor het onderzoek naar meertaligheid.

Een derde lijn van onderzoek kan voortborduren op de interactie tussen rechtssystemen in een meerlagige rechtsorde. Het onderhavige onderzoek heeft betrekking op de interactie tussen Europees en Nederlands recht en de sturende rol die het legaliteitsbeginsel speelt voor die interactie. Door middel van onderzoek naar de interactie tussen rechtssystemen in andere meerlagige contexten zou inzicht kunnen worden verkregen in welke oorzaken van rechtsonzekerheid in het Europees strafrecht specifiek te maken hebben met het Europees recht, en welke een noodzakelijk gevolg zijn van de meerlagigheid van dat rechtsgebied. Dat biedt uiteindelijk inzicht in de wijze waarop rechtssystemen die deel uitmaken van een meerlagige rechtsorde elkaar beïnvloeden.

76 Zie paragraaf 5.7.3.

77 Zie paragraaf 5.2.

Samenvatting

Dit boek gaat over het legaliteitsbeginsel (*nullum crimen sine lege*) in het Europees strafrecht. Het bestudeert de wijze waarop het legaliteitsbeginsel wordt geïnterpreteerd door de Europese en Nederlandse wetgever en rechter, en de implicaties van die invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en machtsverdeling.

Het legaliteitsbeginsel brengt voorwaarden tot uitdrukking onder welke de overheid haar recht tot straffen (het *ius puniendi*) mag uitoefenen, één van de meest ingrijpende bevoegdheden die de overheid tot haar beschikking heeft. Het legaliteitsbeginsel zoals vervat in artikel 1 Sr houdt naar Nederlands recht in dat (i) strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend kan worden gevestigd in geschreven strafbepalingen (*lex scripta*), (ii) dat strafbaarstellingen zo precies mogelijk moeten worden geformuleerd (*lex certa*), (iii) dat de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet door de rechter mag worden uitgebreid (grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid), en (iv) dat strafbepalingen geen terugwerkende kracht mogen hebben, behalve (v) indien de wet wordt gewijzigd in voor de verdachte gunstige zin (*lex mitior*). Deze deelbeginselen normeren het handelen van de Nederlandse wetgever en rechter. Het legaliteitsbeginsel dient de rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling, en uiteindelijk individuele vrijheid en autonomie.

Het legaliteitsbeginsel is een product van de Verlichting en doordacht voor de context van de soevereine natiestaat. Die context is ingrijpend veranderd door de oprichting van eerst de Europese Gemeenschappen en later de Europese Unie, en die verandering heeft consequenties voor de invulling van het legaliteitsbeginsel in de lidstaten. Strafwetgeving en strafrechtspraak, eens exclusieve prerogatieven van soevereine staten, worden in toenemende mate genormeerd door het Europees recht. Het recht van de Europese Unie oefent zowel rechtstreeks (door rechtstreekse werking) als middellijk (door implementatie in Nederlands recht of door conforme interpretatie) invloed uit op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de lidstaten. Tegelijkertijd stelt het legaliteitsbeginsel grenzen aan deze doorwerking van het Europees recht in het materiële strafrecht.

Dit boek analyseert de rol van het legaliteitsbeginsel in deze nieuwe, meerlagige context van het 'Europees strafrecht', een term die in dit boek verwijst naar het meerlagige rechtsgebied (bestaande uit meerdere autonome rechtsordes, geen rechtsorde op zichzelf) dat wordt gekenmerkt door de beïnvloeding van

nationaal strafrecht door Europees recht. Deze analyse geschiedt aan de hand van een zelfstandige bestudering van vijf deelnormen van het legaliteitsbeginsel: (i) bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid; (ii) het bepaaldheidsgebod; (iii) grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid; (iv) het verbod van terugwerkende kracht; en (v) het mildheidsgebod. Het onderzoek vindt plaats aan de hand van twee onderzoeksvragen, waarvan de eerste is onderverdeeld in drie deelvragen:

1. Op welke wijze geven Europese en Nederlandse actoren invulling aan het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht?
 - a. Achten de Europese wetgever en het Hof van Justitie zich gebonden aan het Europese legaliteitsbeginsel en zo ja, op welke wijze geven zij daaraan invulling?
 - b. Welke verplichtingen vloeien voort uit het Europese legaliteitsbeginsel voor de Nederlandse wetgever en rechter, en hoe begrenst en stuurt het Europese legaliteitsbeginsel de doorwerking van het Europees recht in het strafrecht?
 - c. Op welke wijze geven Nederlandse actoren vorm aan het Europese en Nederlandse legaliteitsbeginsel in de context van het Europees strafrecht?
2. Welke implicaties heeft de huidige invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling?

Het doel van het boek is inzicht te bieden in de wijze waarop rechtszekerheid en machtsverdeling kunnen worden gewaarborgd in het Europees strafrecht. Daarnaast beoogt het boek bij te dragen aan een beter begrip van de interactie tussen Europees recht en nationaal strafrecht, en de interactie tussen rechtssystemen in bredere zin.

In het tweede en derde hoofdstuk worden het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van het Europees recht in het nationale materiële strafrecht geïntroduceerd. *Hoofdstuk twee*, 'Het legaliteitsbeginsel', zet uiteen wat in dit boek onder het legaliteitsbeginsel en de fundamenteën daarvan wordt verstaan. Het hoofdstuk schetst de ontwikkeling van het beginsel in de ideeëngeschiedenis, met nadruk op het legaliteitsbeginsel als product van Verlichtingsdenken. De conceptie van het legaliteitsbeginsel zoals die tijdens de Verlichting tot stand kwam, is gebaseerd op het rechtspositivisme inhoudende dat het recht door mensen is gemaakt ('geponeerd'). Naast het rechtspositivisme werd ook wetspositivisme verondersteld, de gedachte dat alleen geschreven wetten strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen vestigen. Deze ideeën zijn historisch gezien de uitzondering, terwijl zowel daarvoor als daarna vaker is verondersteld dat het legaliteitsbeginsel slechts van belang is voor het 'geponeerde' recht, en niet voor regels die hun gelding ontleen aan hun inhoud. Dat neemt niet weg dat de Verlichting nog steeds belangrijk is voor het moderne denken

over het legaliteitsbeginsel: alle deelnormen die in dit onderzoek zijn opgenomen zijn expliciet dan wel impliciet herleidbaar tot het werk van Beccaria en Montesquieu.

In het tweede hoofdstuk wordt tevens een analytisch en normatief kader geschetst voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag naar rechtszekerheid en machtsverdeling. *Rechtszekerheid* is aangeduid als het primaire fundament van het legaliteitsbeginsel. Voor de analyse van de uitleg van het rechtszekerheidsbegrip door het Hof van Justitie zijn drie aspecten onderscheiden: (i) verwijst het begrip naar rechtszekerheid in subjectieve zin (zekerheid over de individuele rechtspositie, een kenmerk van het rechtssubject) of mede naar rechtszekerheid in objectieve zin (de kenmerken van het recht die subjectieve rechtszekerheid mogelijk maken)?; (ii) stelt het rechtszekerheidsbeginsel altijd dezelfde eisen aan het recht, of zijn die eisen contextueel bepaald aan de hand van de aard van de rechtsbetrekking, de aard van de norm of de normadressaat?; en (iii) heeft alleen de verdachte een aanspraak op rechtszekerheid, of vergt het rechtszekerheidsbeginsel een afweging van de diverse met het strafrecht gemoeide belangen, bijvoorbeeld van slachtoffers of de samenleving als geheel? Naast rechtszekerheid wordt *machtsverdeling* gezien als fundament van het legaliteitsbeginsel. De reden voor die keuze is dat machtsverdeling bijzonder relevant is in het Europees strafrecht, omdat bevoegdheden niet alleen horizontaal verdeeld zijn over de wetgever en de rechter, maar ook verticaal over de Europese en Nederlandse actoren. Voor de analyse van de staatkundige machtsverdeling wordt daarom gekeken naar hoe relevante bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn verdeeld over de verschillende niveaus en actoren.

Naast vanuit het perspectief van rechtszekerheid en machtsverdeling wordt de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht in dit boek bestudeerd vanuit het perspectief van de rechtspositivistische respectievelijk de rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel. Dit begrippenpaar werd oorspronkelijk door Dworkin omschreven als de regel- en rechtenconceptie, en later door onder meer Rozemond, Claes en Brouwer toegepast op het strafrecht. In navolging van Brouwer onderscheid ik de rechtspositivistische (in plaats van de regelconceptie) naast de rechtenconceptie, om te benadrukken dat de kern van het onderscheid in mijn optiek ligt in de verschillende theorieën over de aard van het recht die daaraan ten grondslag liggen: een strikt rechtspositivistische versus natuurrechtsleer. Het onderscheid heeft gevolgen voor de praktijk. De rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel vraagt van de wetgever en rechter dat hij een afweging maakt waarin niet alleen de verdachte een aanspraak heeft op rechtszekerheid, maar ook het slachtoffer (en waarin eventueel ook nog andere belangen kunnen worden meegewogen). Volgens de rechtspositivistische conceptie vraagt het legaliteitsbeginsel uitsluitend om rechtszekerheid voor de verdachte. Het is duidelijk dat beide concepties dus ook een andere invulling van het rechtszekerheidsbeginsel met zich brengen. Dit onderscheid speelt voornamelijk een rol in het hoofdstuk over het bepaald-

heidsgebod (hoofdstuk 5) en het hoofdstuk over rechterlijke interpretatievrijheid (hoofdstuk 6), en wordt aldaar nader uitgewerkt in het licht van de specifieke deelnorm.

Waar in het boek normatieve keuzes worden verdedigd, zijn deze gebaseerd op een rechtszekerheidsbegrip waarin het belang van objectieve rechtszekerheid wordt benadrukt. Bovendien is het standpunt ingenomen dat rechtszekerheid uitsluitend betrekking heeft op de (potentiële) verdachte, en niet op het slachtoffer. Voor de normatieve analyse van machtsverdeling geldt als uitgangspunt dat de toedeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden transparant en rationeel moet zijn. Normatieve standpunten zijn tot slot gebaseerd op het perspectief van de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel.

Hoofdstuk drie, 'Doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht', beschrijft de wijze waarop het Europees recht het materiële strafrecht van de lidstaten beïnvloedt. De keuzes die in dat hoofdstuk worden gemaakt zijn bepalend voor de latere hoofdstukken. Ten eerste is ervoor gekozen de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes te beschouwen vanuit de theorie van het *constitutioneel pluralisme*. De keuze voor de theorie van het constitutioneel pluralisme is gebaseerd op de overweging dat constitutioneel pluralisme de meest adequate beschrijving vormt voor de huidige verhouding tussen de Europese Unie en de lidstaten. De theorie wordt niet gezien als rechtvaardiging voor de stand van zaken. Voor het onderzoek heeft de keuze voor het constitutioneel pluralisme met name tot gevolg dat de doorwerking van Europees recht in het Nederlands recht niet alleen vanuit Europees, maar ook vanuit Nederlands perspectief wordt bestudeerd.

Bepalend voor de invloed van Europees recht op het strafrecht is de omvang van de bevoegdheid van de Europese Unie op het terrein van het materiële strafrecht. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 is een belangrijke vraag of die bevoegdheid exclusief en uitputtend is geregeld in artikel 83 VWEU. Hoewel tot op heden geen strafrechtelijke wetgeving is uitgevaardigd op een andere rechtsgrondslag, meen ik dat het waarschijnlijk is dat dit in de toekomst wel zal gebeuren. Niet alleen voor harmonisatie, zelfs voor unificatie van materieel strafrecht in een verordening kan een rechtsgrondslag worden gevonden. Een tweede vraag is of richtlijnen totale harmonisatie kunnen voorschrijven. In hoofdstuk drie argumenteer ik dat totale harmonisatie niet is uitgesloten: of er ruimte bestaat voor het creëren van ruimere strafbepalingen, zal per richtlijn moeten worden beoordeeld.

Europees recht beïnvloedt het nationale strafrecht met name door middel van de voorrang die leidt tot het buiten toepassing laten van strijdige nationale bepalingen, door rechtstreekse werking en door conforme interpretatie. Deze concepten en mechanismes zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie in de context van de Europese Gemeenschappen. De toepassing ervan op het strafrecht is niet vanzelfsprekend: de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt

gekenmerkt door een inherente spanning tussen effectiviteit van Europees recht en de bescherming van grondrechten. In de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt geregeld een verplichting gecreëerd tot repressief optreden door de lidstaten (bijv. de strafbaarstelling van een gedraging). Doorwerking van die verplichtingen kan de rechtszekerheid onder druk zetten. De spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming komt tot uitdrukking in de doorwerking van Europees recht en de begrenzing daarvan op grond van het legaliteitsbeginsel.

In hoofdstuk vier tot en met hoofdstuk acht worden achtereenvolgens de deelnormen bestudeerd. In *hoofdstuk vier*, 'Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht', wordt onderzocht wat de bronnen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen het type bronnen en de herkomst van die bronnen. De vraag naar het type bronnen ziet op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen in geschreven wetten kan worden gevestigd (zoals in gesloten rechtsordes die het *lex scripta*-beginsel en dus een formeel rechtsbegrip hanteren), of bijvoorbeeld ook in rechtspraak (zoals in rechtsordes die een materieel rechtsbegrip hanteren). De vraag naar de herkomst van die bronnen ziet op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend in het nationale recht kan worden gevestigd, of ook in rechtstreeks toepasselijke bepalingen van Europees recht. Tegen de achtergrond van het constitutioneel pluralisme worden deze vragen zowel vanuit Europees, als vanuit Nederlands perspectief beantwoord.

Vanuit Europees perspectief is het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht niet in formele zin afgebakend. Het wetsbegrip in artikel 49 Hv omvat zowel geschreven als ongeschreven recht, mits dat recht kenbaar en voorzienbaar is. Het Hof van Justitie hanteert dus in navolging van het EHRM een materieel rechtsbegrip. Dit heeft met name gevolgen voor het mededingingsrecht, aangezien het mededingingsrecht deels op Europees niveau wordt gehandhaafd. Voor de lidstaten heeft het materiële rechtsbegrip weinig consequenties, aangezien zij verplicht zijn aan verplichtingen tot strafbaarstelling gevolg te geven door middel van wettelijke strafbepalingen, ook wanneer hun eigen rechtssysteem ook rechtspraak als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid aanvaardt.

Beperkingen aan de herkomst van de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn er vanuit Europees perspectief evenmin, hoewel tot op heden strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend in het nationale recht wordt gevestigd. Richtlijnen zijn naar hun aard ongeschikt om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen – zij moeten immers worden omgezet en kunnen slechts onder strikte voorwaarden rechtstreeks werken. Verordeningen zijn, anders dan richtlijnen, in theorie wel geschikt om rechtstreeks strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen. Tot op heden is het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niettemin exclusief voorbehouden aan de lidstaten. De voor het strafrecht relevante verordeningen bevatten uitsluitend gedragsnormen.

De strafbaarstelling, alsmede de sanctienorm, is steeds gelegen in het nationale recht. Indien een verordening wel alle elementen van een strafbepaling zou bevatten, zou deze rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten. De behoefte daaraan lijkt echter tot op heden niet te worden gevoeld.

Na de bespreking van het Europees perspectief, verschuift de focus naar het Nederlands recht. Het type bronnen dat wordt erkend is beperkt tot geschreven strafbepalingen: artikel 1 Sr behelst het *lex scripta*-beginsel. Of daaronder ook geschreven strafbepalingen uit het internationale recht kunnen worden geschaard, is lastig te bepalen: de herkomst is dus minder duidelijk. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 1 Sr een *Nederlandse* strafbepaling vereist. Het gebruik van een Europese verordening als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid lijkt daarmee uitgesloten, ware het niet dat de Hoge Raad ook heeft aanvaard dat het Europees recht doorwerkt in het Nederlands recht op grond van het Europees recht zelf. Gezien de belangrijke ontwikkelingen die zowel de internationale en Europese rechtsordes als het denken over de verhouding tussen de Nederlandse en internationale rechtsordes hebben doorgemaakt, zou een hernieuwd en principieel debat over de wenselijkheid van rechtstreeks werkende strafbepalingen wenselijk zijn. De democratische legitimatie van dergelijke strafbaarstellingen zou in dat debat één van de centrale discussiepunten moeten zijn.

Over de bronnen van Europees strafrecht kan worden geconcludeerd dat wetgeving het primaat heeft en het Nederlandse *lex scripta*-beginsel niet onder druk staat, ondanks het feit dat andere bronnen van strafrecht niet formeel uitgesloten zijn. Ten tweede is wetgeving vooralsnog nationaal: zonder actie van de nationale wetgever zijn gedragingen niet strafbaar. Vanuit Europees perspectief is het gebruik van strafbepalingen met een Europese herkomst echter niet uitgesloten.

Hoofdstuk vijf, 'Het bepaaldheidsgebod in het Europees strafrecht', gaat onder andere over de vraag welke gevolgen onduidelijkheid van Europees recht heeft voor de duidelijkheid van nationaal recht en, in verbinding daarmee, of en hoe Europese regelgeving aan het bepaaldheidsgebod is of zou moeten zijn gebonden. Om deze vragen te beantwoorden zijn twee vormen van onduidelijkheid onderscheiden: semantische onduidelijkheid, die zich voordoet indien de tekst van de wet onduidelijk is; en systematische onduidelijkheid, die zich voordoet indien de wet onduidelijk is in relatie tot andere wetten. De belangrijkste verschijningsvorm van semantische onduidelijkheid is vaagheid. Vaagheid kan weer worden onderscheiden in criteriale en graduele vaagheid. Van criteriale vaagheid is sprake indien onduidelijk is welke criteria gelden om onder de reikwijdte van een bepaald predicaat te worden geschaard, bijvoorbeeld een 'goed'; en van graduele vaagheid is sprake indien onduidelijk is welk deel van een continuüm wordt bestreken door een term, bijvoorbeeld een 'grote hoeveelheid' drugs. Wetssystematische onduidelijkheid is nader onderscheiden in inconsistenties en complexiteit.

Zowel semantische als systematische onduidelijkheid doet zich veelvuldig voor in het Europees recht. Dit leidt tot de vraag of de geldigheid of toepasbaarheid van richtlijnen en verordeningen aan het bepaaldheidsgebod kan worden getoetst, en door wie. Wanneer verordeningen worden gebruikt als gedragsomschrijving in een nationale strafzaak, moet de nationale rechter beoordelen of de bepalingen van de verordening voldoende helder zijn om aldus te worden toegepast. Het Hof van Justitie heeft een minimum geformuleerd voor die toets, inhoudende dat voorzienbaar moet zijn, eventueel met hulp van eerder gegeven interpretaties van de norm, welke gedragingen zullen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Van richtlijnen heeft het Hof van Justitie bepaald dat deze in beginsel zijn gebonden aan het bepaaldheidsgebod. Echter, in alle zaken die tot nu toe aan het Hof zijn voorgelegd, oordeelde het Hof dat de richtlijn het bepaaldheidsgebod niet schond omdat daarin geen strafrechtelijke aansprakelijkheid werd gevestigd. Het is derhalve aan de nationale wetgever om ervoor te zorgen dat nationale strafbepalingen die ter omzetting van de richtlijn worden uitgevaardigd, aan het bepaaldheidsgebod voldoen. In beginsel kunnen lidstaten kiezen voor een woordelijke omzetting of voor een omzetting die de richtlijn inpast in het nationale recht, maar wanneer de richtlijn te vaag is, vloeit uit het Europees recht de plicht voort richtlijnen te concretiseren in het nationale recht. De verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het bepaaldheidsgebod ligt dus bij de lidstaten. Een vergelijking met het mededingingsrecht laat zien dat in het mededingingsrecht het bepaaldheidsgebod minder strikt wordt geïnterpreteerd. In het mededingingsrecht wordt de behoefte aan rechtszekerheid afhankelijk gemaakt van de context, en worden verschillende belangen tegen elkaar afgewogen – niet alleen het belang van rechtszekerheid voor de verdachte. In het mededingingsrecht heeft de benadering meer het karakter van de rechtenconceptie, in het strafrecht krijgt het bepaaldheidsgebod een meer door de rechtspositivistische conceptie gekleurde invulling.

Hiervoor werd vastgesteld dat op dit moment Europese wetgeving niet op Europees niveau aan het bepaaldheidsgebod wordt getoetst, aangezien Europees recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt. Hoe moet die situatie worden gewaardeerd? Enerzijds zijn veel richtlijnen en kaderbesluiten die tot harmonisatie van materieel strafrecht strekken bekritiseerd vanwege hun vaagheid. Aan die kritiek ligt de veronderstelling ten grondslag dat vage formuleringen in Europees recht zullen leiden tot vage strafbepalingen op nationaal niveau. Anderzijds wordt die vaagheid verdedigd met het oog op wenselijk geachte beleidsvrijheid voor lidstaten bij de omzetting ervan. In het vijfde hoofdstuk is betoogd dat in deze laatste opvatting criteriale vaagheid te veel wordt vereenzelvigd met beleidsvrijheid. Criteriale vaagheid kan het juist onmogelijk maken voor nationale wetgevers om te bepalen of en hoeveel beleidsruimte ze hebben bij de omzetting van richtlijnen. Dat blijkt uit de observatie dat enkele bekritiseerde vage formuleringen uit richtlijnen woordelijk in het Nederlands recht zijn overgenomen, en dus juist niet zijn geconcreti-

seerd. Terwijl criteriale vaagheid tot problemen heeft geleid, zijn in de onderzochte gevallen waarin sprake was van graduele vaagheid de formuleringen wel geconcretiseerd in het Nederlands recht. Dit impliceert dat criteriale vaagheid problematischer is in het Europees recht dan graduele vaagheid. Vanwege het verband dat zich kan voordoen tussen vaagheid op Europees niveau en vaagheid op nationaal niveau wordt in hoofdstuk vijf beargumenteerd dat uit het bepaaldheidsgebod wel degelijk ook verplichtingen kunnen worden afgeleid voor de Europese wetgever, al zijn die minder direct dan de verplichtingen van de nationale wetgever. Het bepaaldheidsgebod eist van de Europese wetgever dat de voorwaarden worden geschapen waaronder nationale wetgevers helder afgebakende strafbepalingen kunnen formuleren. Dat betekent dat lidstaten de omvang van hun verplichtingen moeten kennen en dat duidelijk moet zijn of zij bij de uitvoering daarvan beleidsvrijheid hebben.

Semantische onduidelijkheid en wetssystematische onduidelijkheid leiden niet alleen tot uitdagingen voor de nationale wetgever, maar ook voor de nationale rechter. Hoewel meermalen is gesteld dat de complexiteit van het Europees strafrecht problematisch is in het licht van het bepaaldheidsgebod, speelt wetssystematische onduidelijkheid geen rol van betekenis in de jurisprudentie. Alle onderzochte rechtspraak gaat over semantische onduidelijkheid. Net als in zuiver nationale zaken wordt een beroep op het bepaaldheidsgebod zeer zelden gehonoreerd. Dat ligt mede aan het feit dat veel onderzochte zaken betrekking hadden op het ordeningsrecht, en de rechter in die context aanvaardt dat strafbepalingen soms algemeen en/of vaag geformuleerd zijn. Tot slot is onderzocht of de verontschuldigbare rechtsdwaling of rechterlijk overgangsrecht in dit verband wellicht een compenserende functie vervullen, maar dat blijkt niet het geval te zijn. Een opvallend onderzoeksresultaat is tot slot dat de nationale rechter, wanneer hij toetst aan het bepaaldheidsgebod, verwijst naar artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM, maar niet naar artikel 49 Hv, terwijl op omzettingswetgeving ook het Handvest van toepassing is.

Hoofdstuk zes, 'Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid in het Europees strafrecht', verkent de grenzen aan de rechterlijke interpretatie- en toepassingsvrijheid van de Europese en nationale rechter in het Europees strafrecht. Een kernvraag in dit hoofdstuk is: hoe verhoudt de verplichting tot conforme interpretatie voor de nationale rechter zich tot de grenzen van diens interpretatievrijheid? Om die vraag adequaat te kunnen beantwoorden, is een onderscheid gemaakt tussen drie wijzen waarop de rechterlijke interpretatievrijheid kan worden 'begrensd' (in wezen gaat het om eisen die worden gesteld aan de wijze waarop de rechter zijn uitleg verantwoordt in het vonnis). De typologie van begrenzungen is deels gebaseerd op de proces-productambigüiteit van het begrip interpretatie: interpretatie kan zowel verwijzen naar een activiteit (het proces), als naar het resultaat (het product) van die activiteit. Grenzen aan de interpretatievrijheid kunnen daarom ook betrekking hebben op het

proces van interpretatie (althans, de verantwoording daarvan) door grenzen te stellen aan de interpretatiemethoden die de rechter mag toepassen (voorbeeld: geen analogische interpretatie); of aan de onderlinge rangorde van die interpretatiemethoden (voorbeeld: geen interpretatie die in strijd is met de tekst van de wet). Daarnaast kunnen grenzen worden gesteld aan het product van interpretatie (voorbeeld: geen interpretatie die de rechtszekerheid van individuen schendt). Tot slot kunnen aan de toepassing in het concrete geval grenzen worden gesteld (voorbeeld: geen terugwerkende kracht van een extensieve interpretatie).

Net als het bepaaldheidsgebod worden de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid tot op heden niet toegepast op Europees niveau, omdat op dat niveau geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd. De nationale rechter moet bepalen of voor de verdachte voorzienbaar was dat hij strafrechtelijk aansprakelijk zou worden gehouden voor zijn handelen. Het Hof wil bij de uitleg van Europees recht geen rekening houden met het rechtsgebied waarin een richtlijn of verordening is geïmplementeerd in een bepaalde lidstaat. In de praktijk acht het Hof van Justitie zich bij de uitleg van Europees secundair recht wel begrensd door de tekst van de wet en de gebruikelijke betekenis daarvan, met name daar waar het gaat om bepalingen die rechtstreeks worden gehandhaafd met punitieve sancties. Deze restrictieve interpretaties worden niet gemotiveerd met een verwijzing naar het legaliteitsbeginsel, maar dat zou in de toekomst kunnen veranderen.

Belangrijk voor het zesde hoofdstuk is, zoals zojuist aangegeven, de plicht voor de nationale rechter om strafbepalingen die vallen onder de reikwijdte van het Europees recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van het Europees recht: de plicht tot conforme interpretatie. Deze plicht kan leiden tot spanning met het legaliteitsbeginsel wanneer inconsistenties bestaan tussen een richtlijn die verplicht tot strafbaarstelling van bepaalde gedragingen, en een nationale strafbepaling die die gedragingen deels, maar niet geheel, strafbaar stelt. Het blijkt dat de interpretatievrijheid van de rechter in die gevallen strikt begrensd wordt door de tekst van het nationale recht: conforme interpretatie mag nooit leiden tot het vestigen of uitbreiden van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder basis in het nationale recht. In termen van de zojuist geïntroduceerde typologie laat hoofdstuk zes zien dat de grenzen die het Hof formuleert betrekking hebben op het proces van interpretatie (grammaticale interpretatie staat voorop) en het product van interpretatie (geen uitbreiding van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid), maar niet op de toepassing ervan in het concrete geval. In vergelijking met de grenzen die het EHRM stelt aan de uitleg van strafbepalingen is het Hof van Justitie strikter, aangezien het EHRM juist grenzen stelt aan de toepassing van interpretaties in het concrete geval. Het verschil is dat de rechtspraak van het EHRM een voortschrijdende uitbreiding van aansprakelijkheid in de rechtspraak toelaat, zij het dat die niet altijd ook mag worden toegepast in het concrete geval. De rechtspraak van het Hof van Justitie verzet zich tegen

het überhaupt bereiken van een dergelijke uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit betekent dat wanneer conforme interpretatie in een concreet geval niet mogelijk is, de wet zal moeten worden gewijzigd.

Gezien de invulling van de conforme-interpretatieplicht door het Hof van Justitie is het niet waarschijnlijk dat de Nederlandse strafrechter wordt gedwongen de grenzen van zijn interpretatievrijheid naar nationaal recht te overschrijden. Dat is eens te meer het geval daar het Hof stelt dat de rechter conform moet interpreteren voor zover zijn bevoegdheden naar nationaal recht dat toelaten. Dat wil niet zeggen dat de horizontale machtsverdeling volledig onberoerd blijft. De strafrechter wordt gedwongen een zelfstandige positie in te nemen ten opzichte van de nationale wetgever en nationale wetgeving kritisch te beschouwen. Autonomer wordt hij daarmee niet, aangezien de daardoor ontstane vrijheid volledig ten dienste van het Europees recht moet worden gesteld: de strafrechter verkrijgt een strikt hiërarchische positie ten opzichte van de Europese wetgever.

Hoofdstuk zes bevat tot slot een analyse van de wijze waarop de Nederlandse rechter invulling geeft aan de conforme-interpretatieplicht en zijn plicht daarbij het legaliteitsbeginsel te waarborgen. In het privaatrecht heeft de Hoge Raad enkele standaardarresten gewezen waarin een interpretatie wordt gegeven van de plichten van de rechter. Daarin hanteert de Hoge Raad een sterk productgerichte benadering: de rechter moet zich afvragen of het nationale recht een uitleg in overeenstemming met de Europeesrechtelijke norm onmogelijk maakt. Dat is uitsluitend zo wanneer de wettekst evident in strijd is met de Europese norm: een uitleg die tegen de uitlatingen van de wetgever in de wetsgeschiedenis ingaat kan niet worden geweigerd met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel. Voor het strafrecht zijn dergelijke arresten niet voorhanden. Vaak is niet precies duidelijk welke invloed het Europees recht precies op de uitleg heeft gehad, waardoor over de benadering van de Hoge Raad geen harde conclusies kunnen worden getrokken. De feitenrechter zoekt soms de grenzen van de conforme-interpretatieplicht op. Wanneer dat geschiedt in het voordeel van de verdachte, is dat vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel weinig problematisch. Een enkele keer leidt conforme interpretatie tot een extensieve uitleg van het nationale recht. Tot slot lijkt de strafrechter geneigd terughoudend te zijn met conforme interpretatie wanneer het Europees recht beleidsvrijheid laat tot het stellen van strengere regels, ongeacht de vraag of de wetgever van die beleidsvrijheid gebruik heeft gemaakt. In het zesde hoofdstuk is betoogd dat indien de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van die beleidsvrijheid, de gebruikelijke presumptie geldt dat de wetgever heeft beoogd eenzelfde reikwijdte te geven aan het nationale recht als in het Europees recht. Slechts indien helder blijkt dat de wetgever gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid, is een conforme interpretatie niet verplicht.

Hoofdstuk zeven, 'Het verbod van terugwerkende kracht in het Europees strafrecht', is een kort hoofdstuk. In het Europees recht wordt geen strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd en hebben bepalingen in beginsel geen terugwerkende kracht. Daarop zijn uitzonderingen mogelijk, maar die gelden niet voor rechtshandelingen van de EU die mede ten grondslag kunnen worden gelegd aan een strafrechtelijke veroordeling (bijvoorbeeld de plaatsing van een persoon op een terrorismelijst).

Het verbod van terugwerkende kracht leidt er tevens toe dat het Europees recht lidstaten nooit verplicht tot het strafbaarstellen van een gedraging met terugwerkende kracht. Europese richtlijnen en verordeningen kunnen zelf terugwerkende kracht hebben, maar strafrechtelijke omzettingswetgeving die daarop is gebaseerd moet het retroactiviteitsverbod respecteren. Ook wanneer nationale strafbepalingen verwijzen naar verordeningen, mag dit Europees recht geen terugwerkende kracht hebben. Het verbod van terugwerkende kracht geldt dus voor alle normen die de grondslag kunnen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De invloed van het Europees recht heeft voor Nederland geen gevolgen voor de toepassing van het verbod van terugwerkende kracht.

Hoofdstuk acht, 'Het mildheidsgebod in het Europees strafrecht' bevat een deelnorm die in mijn optiek strikt genomen geen deelnorm is van het legaliteitsbeginsel, aangezien deze een andere ratio heeft. Het wordt niettemin in verband gebracht met het legaliteitsbeginsel aangezien het een belangrijke norm van overgangsrecht bevat, en als zodanig een tandem vormt met het verbod van terugwerkende kracht. Daar komt bij dat de toepassing van het mildheidsgebod in het Europees strafrecht fascinerend is vanuit het perspectief van de interactie tussen rechtssystemen: het kan leiden tot de toepassing van een richtlijn met terugwerkende kracht, en kan tot die toepassing mogelijk zelfs *verplichten*. Het mildheidsgebod vormt met andere woorden geen begrenzing van de doorwerking, maar juist een grondslag daarvoor. Over het Europees mildheidsgebod is echter nog maar weinig bekend. Om die redenen maakt het mildheidsgebod toch deel uit van het onderhavige onderzoek.

In hoofdstuk acht wordt een analytisch kader geformuleerd voor de bestudering van verschillende concepties van het mildheidsgebod. Concepties daarvan kunnen op drie punten verschillen: de reikwijdte, de ratio en de status. De reikwijdte verwijst naar de soorten wetswijzigingen waarop het mildheidsgebod van toepassing is: op alle wijzigingen binnen en buiten het strafrecht (de materiële leer), alleen op wijzigingen in het strafrecht zelf (de formele leer), of alleen op wijzigingen in het sanctierecht (de sanctieleer). Aan de terugwerkende kracht van wetswijzigingen kunnen naast formele beperkingen ook inhoudelijke voorwaarden worden gesteld, zoals de voorwaarde dat de wetswijziging niet uitsluitend is ingegeven door gewijzigde omstandigheden. Het tweede punt waarop rechtsordes onderling verschillen is wat wordt gezien als de ratio van het mildheidsgebod: is het mildheidsgebod gebaseerd op

overwegingen van louter clementie, de drang tot rechtsvernieuwing of het beginsel van proportionaliteit van straffen? Ten derde varieert de status van het beginsel van grondrecht, dat kan worden ingeroepen tegen de wens van de wetgever in, tot beleidsbeginsel dat door de wetgever vrijelijk kan worden toegepast.

De analyse van het Europese mildheidsgebod wordt bemoeilijkt door het feit dat daarover weinig richtinggevende jurisprudentie voorhanden is. Het beginsel is erkend in de rechtspraak en later gecodificeerd in artikel 49 lid 1 van het Handvest. De reikwijdte van het gebod is onzeker, maar strekt zich – zo is in dit boek betoogd – in ieder geval uit tot alle wijzigingen in het strafrecht, mogelijk zelfs tot alle wijzigingen, ook buiten het strafrecht (waaraan mogelijk inhoudelijke eisen worden gesteld, maar ook dat is onzeker). Over de ratio heeft het Hof van Justitie zich niet expliciet uitgelaten, maar het heeft wel impliciet de suggestie verworpen dat het gaat om rechtsvernieuwing. Gezien het supranationale karakter van het beginsel en gezien de overige rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt het beginsel van proportionaliteit van straffen de meest adequate onderbouwing van de huidige jurisprudentie van het Hof. De status is wel duidelijk: het betreft een algemeen beginsel van Unierecht waarvan lidstaten slechts kunnen afwijken in overeenstemming met artikel 52 lid 1 Hv.

Het Nederlandse mildheidsgebod kent geen formele beperkingen aan de reikwijdte, maar wel een inhoudelijke: veranderingen in de wetgeving kunnen slechts met terugwerkende kracht worden toegepast indien die veranderingen voortvloeien uit een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van de gedraging (de beperkt materiële leer). Knigge heeft aandacht gevraagd voor het feit dat de Nederlandse uitwerking van het mildheidsgebod, dat de status van beleidsbeginsel heeft, niet verenigbaar is met een supranationaal grondrecht, dat juist tegen de wetgever moet kunnen worden ingeroepen. Onder invloed van met name de erkenning van het gebod door het EHRM is de Nederlandse jurisprudentie aldus aangepast dat wijzigingen in het sanctierecht zonder toets aan het gewijzigd inzicht van de wetgever met terugwerkende kracht worden toegepast, uiteraard mits zij gunstig zijn voor de verdachte. Deze aanpassing is gebaseerd op de – discutabele – veronderstelling van de Hoge Raad dat het mildheidsgebod, zoals dat deel uitmaakt van het EVRM en het Europees recht, in reikwijdte beperkt is tot het sanctierecht. Voor wijzigingen buiten het sanctierecht past de Nederlandse rechter nog altijd de toets van het gewijzigd inzicht toe.

Artikel 1 lid 2 Sr wordt door nationale rechters in het Europees recht echter op uiteenlopende wijze toegepast, hetgeen wellicht verklaard kan worden door het feit dat het geen instructies bevat voor de toepassing in een meerlagige context. Twee vragen moeten door de nationale rechter worden beantwoord: 1) kunnen Europese bepalingen met terugwerkende kracht worden toegepast om strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten?; en 2) wanneer de rechter moet beoordelen of de wijziging van het nationale recht voortvloeit uit een

gewijzigd inzicht omtrent de strafwaardigheid van de gedraging, moet dan het inzicht van de nationale of de Europese wetgever leidend zijn? Een analyse van Nederlandse rechtspraak laat grote verschillen zien tussen rechters en ook binnen rechterlijke colleges. De Hoge Raad heeft, zij het zeer impliciet, geaccepteerd dat bepalingen van Europees recht in beginsel wel terugwerkende kracht kunnen krijgen over de band van artikel 1 lid 2 Sr. Toch zijn er aanwijzingen dat bepalingen in de context van het Europees recht minder snel terugwerkende kracht kunnen krijgen dan zuiver nationale bepalingen. Dat heeft te maken met de tweede vraag, de beoordeling van het gewijzigd inzicht. De Hoge Raad heeft in een belangrijk arrest geoordeeld dat de totstandkoming of wijziging van wetgeving ter implementatie van Europees recht niet voortvloeide uit een gewijzigd inzicht, omdat het verplichte wetgevingshandelingen in het kader van harmonisatie betrof. Kennelijk was in dat geval de wijziging en het inzicht op Nederlands niveau relevant. In de lagere rechtspraak komt men gevallen tegen waarin de Hoge Raad wordt gevolgd in die zin dat omzettingswetgeving niet voortvloeit uit een gewijzigd inzicht maar uit Europees-rechtelijke verplichtingen, maar waarin vervolgens wordt gekeken of de wetswijziging op Europees niveau wellicht is ingegeven door een gewijzigd inzicht van de *Europese* wetgever. De strekking van artikel 1 lid 2 Sr vraagt volgens die rechter om een onderzoek naar de motieven achter de wetswijziging zowel op nationaal als op Europees niveau. Deze laatste benadering acht ik de wenselijke benadering, omdat het in een toenemend aantal gevallen de Europese wetgever is wiens strafwaardigheidsoordeel bepalend is voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Naast een analyse van de Nederlandse jurisprudentie, bevat hoofdstuk acht enkele aanbevelingen voor een Europeesrecht-georiënteerde en realistische toepassing van het mildheidsgebod.

In *Hoofdstuk negen*, de conclusie, worden de belangrijkste conclusies uit de eerdere hoofdstukken gerecapituleerd, en worden de onderzoeksvragen beantwoord op geaggregeerd niveau – dus los van de afzonderlijke deelnormen.

De eerste onderzoeksvraag luidde: Op welke wijze geven Europese en Nederlandse actoren invulling aan het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht? Omdat op Europees niveau geen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen worden uitgevaardigd en toegepast, achten de Europese actoren het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel tot op heden niet rechtstreeks van toepassing op hun eigen handelen. Het legaliteitsbeginsel moet worden verwezenlijkt door de nationale actoren. Het Hof van Justitie heeft op basis van het legaliteitsbeginsel wel strikte grenzen geformuleerd aan de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht. Lidstaten zijn verplicht een anterieure en duidelijke wettelijke basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren in het nationale recht, en de rechter is bij de uitleg daarvan strikt begrensd in zijn vrijheid: indien de nationale wet geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, mag de rechter niet tot een veroordeling komen, ook niet door middel

van een Europeesrechtconforme interpretatie. Lidstaten zijn in beginsel ook verplicht bij verandering van wetgeving in voor de verdachte gunstige zin, de mildste strafwet toe te passen. Spanningen tussen effectiviteit en rechtsbescherming worden in het geval van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel steeds in het voordeel van rechtsbescherming beslecht. Desondanks is de toepassing van het legaliteitsbeginsel voor nationale actoren niet altijd vanzelfsprekend of eenvoudig. Vooral bij de nationale wetgever is zichtbaar dat de reikwijdte van zijn discretionaire bevoegdheid vaak onzeker is. De strafrechter lijkt de taak zorg te dragen voor effectieve doorwerking van Europees recht soms beter voor ogen te hebben dan de taak het legaliteitsbeginsel te waarborgen. Dat wordt geïllustreerd door het feit dat de strafrechter doorgaans slechts verwijst naar het legaliteitsbeginsel zoals dat besloten ligt in artikel 1 Sr en 7 EVRM, en geen aandacht schenkt aan het feit dat het legaliteitsbeginsel eveneens deel uitmaakt van het recht van de Europese Unie, door bijvoorbeeld ook te verwijzen naar artikel 49 Hv.

Over het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van Europees recht kan worden geconcludeerd dat het tot doel heeft het beschermen van de rechtszekerheid van de verdachte, waarmee wordt bedoeld dat verdachten niet strafrechtelijk aansprakelijk mogen worden gesteld indien dat voor hen niet voorzienbaar was. Of aansprakelijkheid voorzienbaar was, wordt in belangrijke mate bepaald door de context: wie zich uit hoofde van beroep of bedrijf bewust begeeft in een sterk gereguleerde context, wordt al snel geacht te kunnen voorzien welke gedragingen tot bestraffing kunnen leiden. Het Europees strafrecht wordt in navolging van de jurisprudentie van het EHRM gekenmerkt door een sterke oriëntatie op subjectieve rechtszekerheid. Het voorkomen van willekeur en de verdeling van macht over de wetgever en rechter spelen geen rol.

Hoewel de uitleg van rechtszekerheid alleen betrekking heeft op voorzienbaarheid voor de verdachte in het individuele geval en sterk contextueel wordt ingekleurd, is het rechtszekerheidsbeginsel wel een sterk beginsel: wanneer de doorwerking van het Europees recht in een spanningsverhouding staat tot de rechtszekerheid van (potentiële) verdachten, prevaleert het belang van rechtszekerheid structureel boven de effectiviteit van het Europees recht. Aan deze voorrang van rechtszekerheid gaat geen belangenafweging vooraf. De verplichtingen die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien voor de lidstaten wanneer zij uitvoering geven aan het Europees recht – situaties waarin de meerlagigheid van het Europees strafrecht zich manifesteert – vertonen aldus meer karakteristieken van de rechtspositivistische conceptie. Dat is een opvallende conclusie, aangezien de correspondentie tussen artikel 49 Hv en artikel 7 EVRM de verwachting wekt dat het Hof van Justitie het EHRM zal volgen, dat een rechtenconceptie hanteert. Dat doet het Hof van Justitie wel bij de uitleg van het legaliteitsbeginsel in het punitief bestuursrecht: die is zeer sterk geïnspireerd op de uitleg van artikel 7 EVRM door het EHRM. Het Hof heeft dus voor een andere, striktere uitleg van het legaliteitsbeginsel gekozen voor

situaties waarin het legaliteitsbeginsel de doorwerking van Europees recht in het strafrecht bepaalt. Die strikte interpretatie ten aanzien van verplichtingen voor lidstaten wordt in hoofdstuk negen verklaard vanuit de wens de legitimiteit van Europese invloed op het materiële strafrecht te bewaren en het zo transparant mogelijk houden van het Europees strafrecht, mede om toezicht te kunnen houden op de naleving ervan.

In hoofdstuk negen is tevens het antwoord op de tweede onderzoeksvraag geschetst, die luidde: Welke implicaties heeft de huidige invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling? De strikte invulling van het legaliteitsbeginsel wekt wellicht de verwachting dat rechtszekerheid en machtsverdeling adequaat gewaarborgd zijn, maar toch kunnen de nodige problemen worden waargenomen. Rechtsonzekerheid is in het Europees strafrecht een veelvoorkomend en hardnekkig probleem. Die rechtsonzekerheid heeft meerdere verschijningsvormen. De eerste is vaagheid, een vorm van semantische onduidelijkheid. Vaagheid van Europees recht is met name problematisch wanneer dit zich vertaalt in vage nationale strafbepalingen, en dat blijkt in de praktijk ook te gebeuren. De tweede is dat de reikwijdte van het nationale strafrecht onduidelijk wordt indien er sprake is van inconsistenties tussen Europees en nationaal recht, een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Ook dit doet zich veelvuldig voor in het Europees strafrecht. Ten derde is het Europees strafrecht complex, eveneens een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Het probleem van rechtsonzekerheid in het Europees strafrecht is dus niet alleen gelegen in vage Europese regelgeving, maar juist ook in het samenspel van de Europese en de nationale rechtsorde. Rechtsonzekerheid in de vorm van inconsistenties is in het bijzonder problematisch, omdat de conflictnormen in het Europees recht vaak geen voorspelbare uitkomst dicteren. Dat geldt met name voor de plicht tot conforme interpretatie, die bij gebrek aan rechtstreekse werking ten nadele van de verdachte een belangrijke rol speelt in het Europees strafrecht, maar waarbij vaak niet voorzienbaar is of de rechter een conforme interpretatie van het nationale recht mogelijk zal achten. Deze onzekerheid komt bovenop onzekerheid over het overgangsrecht (met name het mildheidsgebod), die eveneens leidt tot onzekerheid over de toepasbaarheid van strafbepalingen. De toepasbaarheid van strafbepalingen kan derhalve vaak worden betwist, hetgeen de reikwijdte van het strafrecht onzeker maakt.

Hiervoor is reeds aangegeven dat de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel bij de nationale rechter wordt gelegd. Bij de strafrechter heeft een beroep op het legaliteitsbeginsel zelden het door de verdachte gewenste effect. Net als in het nationale strafrecht komt de strafrechter in het Europees strafrecht al snel tot het oordeel dat aansprakelijkstelling voor de individuele verdachte voorzienbaar was, waardoor een beroep op het bepaaldheidsgebod of op afwezigheid van alle schuld wegens verontschuldgbare rechtsdwaling zelden slaagt. Die bevinding is beïnvloed door het gegeven dat het Europees strafrecht vaak een ordeningsrechtelijk karakter heeft.

In die context worden van professionele marktdeelnemers verwacht dat zij zich oriënteren op de regels die betrekking hebben op hun handelen.

De rechtsonzekerheid wordt mede veroorzaakt door een soms weinig transparante en niet altijd rationele machtsverdeling tussen Europese en nationale actoren. In dit boek is betoogd dat de Europese wetgever de verantwoordelijkheid voor het creëren van voldoende heldere wetgeving niet volledig kan afschuiven op de nationale wetgever. De kwaliteit van Europese wetgeving is bepalend voor de kwaliteit van nationale wetgeving. Op Europees niveau moet worden gestreefd naar wetgeving die in ieder geval voor lidstaten de omvang van hun verplichtingen duidelijk maakt: lidstaten moeten weten welke gedragingen zij minimaal moeten en/of maximaal mogen criminaliseren, en hoeveel beleidsruimte ze hebben bij de omzetting van richtlijnen. Nationale wetgevers moeten vervolgen, indien hun verplichtingen onduidelijk zijn, hun problemen niet afwentelen op de burger en de strafrechter, maar zelf verantwoordelijkheid nemen voor de kwaliteit van nationale wetgeving. De nationale wetgever heeft echter niet altijd de mogelijkheid die wetgeving naar eigen goeddunken op te stellen.

Tot slot zijn in de conclusie enkele aanbevelingen gedaan voor de diverse bij het Europees strafrecht betrokken actoren. Naast meer concrete aanbevelingen beogen die met name bij te dragen aan bewustwording van het gegeven dat het garanderen van het legaliteitsbeginsel in een meerlagige rechtsorde een extra inspanning vergt en dat meer aandacht zou moeten worden besteed aan objectieve rechtszekerheid. Respect voor de burger als autonoom individu vereist dat strafrechtelijke aansprakelijkstelling voorzienbaar is, ook voor degenen die niet aan strafvorderlijk optreden worden onderworpen of voor degenen die strafvorderlijk moeten optreden. Concreet betekent dit dat helderheid van de normstelling hoge prioriteit moet krijgen, en dat de verantwoordelijkheid voor rechtszekerheid slechts in beperkte mate mag worden afgewenteld op de nationale strafrechter.

Summary

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE EFFECTS OF EUROPEAN LAW ON DUTCH SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW

This study concerns the principle of legality (*nullum crimen sine lege*) in the field of European Union criminal law. It analyses the way in which the principle of legality is interpreted by European and Dutch legislatures and judges, and how this interpretation affects legal certainty and the distribution of powers.

The legality principle expresses conditions for the exercise of the state's right to punish (*jus puniendi*), one of the most intrusive powers of the state. The legality principle as enshrined in article 1 of the Dutch Penal Code (DPC) entails that (i) only written laws can establish criminal liability (the *lex scripta* principle), that (ii) these laws must be clearly drafted (the *lex certa* principle), that (iii) courts may not extend the scope of the criminal law (the limits to judicial interpretation, often referred to as the prohibition of analogy), and that (iv) laws may not have retroactive effect, unless (v) this is favorable to the accused (the *lex mitior* principle). The legality principle governs legislation and adjudication, and demands that these activities are carried out with utmost regard for legal certainty and distribution of powers, and ultimately for individual liberty and autonomy.

The legality principle was first formulated during the Enlightenment in the context of the sovereign nation state. During the second half of the twentieth century, however, the formation of the European Community – later the European Union – profoundly changed the European landscape. This new situation has had consequences for the functioning of the principle of legality in the member states. Whereas enactment of criminal legislation and adjudication of criminal cases were once exclusive prerogatives of the sovereign state, these legal actions are increasingly being governed by European Union law. Indeed, European Union law exercises influence on the scope of criminal liability in the national legal orders, both directly (through the mechanism of direct effect) and indirectly (through obligations to criminalize certain conduct and through the duty of consistent interpretation). At the same time, the legality principle constrains the ways in which European law can affect national substantive criminal law.

This study analyzes the role of the legality principle within the context of 'European criminal law', a core notion which for the purpose of this book refers to the multilevel legal field (composed of several autonomous legal orders, not a legal order in itself), in which European Union law has influence on national criminal law. The analysis covers five elements or components which the legality principle entails: (i) the demarcation of sources of criminal liability; (ii) the *lex certa* principle; (iii) the limits to judicial interpretation; (iv) the prohibition of retroactivity; and (v) the *lex mitior* principle. Two research questions guide the analysis, the first of which is broken down into three sub-questions. The research questions read:

1. How do European and Dutch legal actors apply the principle of legality in the field of European criminal law?
 - a. Do the European legislature and the Court of Justice consider their activities to be governed by the legality principle, and if so, how do they apply the principle?
 - b. Which obligations does the European principle of legality entail for the Dutch legislature and criminal courts, and how does this principle limit the ways in which European law can impact national substantive criminal law?
 - c. How do Dutch legal actors apply the European and the Dutch principle of legality in the context of European criminal law?
2. How does the way in which the legality principle is applied affect legal certainty and the distribution of powers in the field of European criminal law?

The overall aim of the book is to better understand how the aims of the principle of legality can be realized within the pluralistic context of European criminal law. Also, the book aims to promote understanding of the interaction between European law and national criminal law, and between legal systems more generally.

Chapters two and three introduce the principle of legality and the effects of European law on national substantive criminal law. *Chapter two*, 'The Principle of Legality', presents a view on the principle of legality and its foundations. The chapter outlines the history of the principle within the history of ideas, with a focus on the Enlightenment conception of legality. The Enlightenment conception of legality took the theory of legal positivism as a point of departure and maintained that all laws are man-made ('posited'). Related to that point of departure, this conception of legality required that all laws establishing criminal liability must be written. Historically, this view has rather been the exception than the rule, however. Both before and after the Enlightenment, it has been more common to assert that the legality principle applies only to offences that are 'posited' (such as tax fraud), and not to offences that are part

of natural law (such as murder). Even though the Enlightenment conception was a historical exception, modern thought on the principle of legality has been heavily influenced by it. Chapter two illustrates this by showing how all five components of the modern legality principle which are included in this research can be deduced from the writings of Beccaria and Montesquieu.

In chapter two I also develop an analytical and normative framework for the subsequent chapters. This is done by describing and defining the concepts of legal certainty and distribution of powers. *Legal certainty* is seen as the prime foundation of the legality principle, and the analysis of its conceptualization in European criminal law focuses on three issues. The first concerns the question whether legal certainty is mainly understood as subjective legal certainty (i.e. the certainty of the individual about his or her legal position, which is a trait of the legal subject), or as objective legal certainty (i.e. the conditions within the law itself that enable subjective legal certainty, which is a trait of the law itself). Second, I ask whether the demands posed by the principle of legal certainty are defined by context or not: is the need for legal certainty dependent upon the nature of the legal relationship, the nature of the rule, and/or the addressee? The third issue is whether legal certainty applies to the individual as an accused person, or whether other persons, such as (potential) victims are also entitled to legal certainty, i.e. the certainty that the law protects them against other individuals. In addition to legal certainty, the *distribution of powers* is studied in this book as a foundation of the principle of legality. The reason behind this choice is that the distribution of powers is of particular relevance to European criminal law, since powers are not only distributed horizontally between legislatures and courts, but also vertically between the European Union and its member states. This situation necessitates an analysis of how competences and responsibilities are distributed among the different actors, and between the European and national level.

In order to complete the analytical framework, chapter two furthermore introduces the distinction between the legal positivist and the rights conception of legality and develops this distinction into a tool for describing and analyzing the European criminal law conception of legality. The legal positivist and rights conception of legality were originally described as the rule book and the rights conception by Dworkin, and have subsequently been applied to criminal law by – amongst others – Rozemond, Claes, and Brouwer. Following Brouwer, I refer to the two conceptions as the legal positivist conception (rather than the rule book conception) and the rights conception of legality, because in my view, the core of the distinction lies in different theories of law underpinning the two conceptions, legal positivism and natural law. This difference between the legal positivist and rights conception has practical consequences. The rights conception requires of the legislature and the courts that they balance the interests of the suspect with other interests, mainly those of the (potential) victims – and this balancing act takes place *within* the principle of legality. In a legal positivist understanding, by contrast, the principle of legality always

pulls decisions in the direction of more legal certainty for the accused. The conceptions of legality also lead to different understandings of the concept of legal certainty. The distinction between the two conceptions of legality is used mainly in chapter five on *lex certa* and in chapter six on the limits to judicial interpretation, and it is explained in more depth in those chapters.

Whenever normative views on legal certainty are defended throughout the book, these are based on the assumption that legal certainty is best understood as objective legal certainty. Besides, the demand for legal certainty should not be contextually defined, and should only refer to accused persons only and not to victims. This view on legal certainty is underpinned by the legal positivist theory of law. The normative analysis of the vertical distribution of powers is based on the viewpoint that vertical distribution of powers must be transparent and rational. These normative considerations align with the legal positivist conception of the principle of legality.

Chapter three, 'The Effects of European Law on Substantive Criminal Law', describes how European law influences substantive criminal law in the member states. The choices made in this chapter define the scope of the analysis in subsequent chapters. The relation between the European and national legal order is discussed from the perspective of *constitutional pluralism*. This theoretical framework is chosen because it provides the most accurate description of the current relationship between the different legal orders in the European Union. This is not to say, however, that the theory of constitutional pluralism serves as a justification for the current state of affairs. In the context of this book, the use of constitutional pluralism simply implies that not only the European perspective on the interaction between European and national law is worth studying, but also the Dutch perspective.

One factor that determines the possible effects of European law on national criminal law is the scope of legislative competences of the European Union regarding substantive criminal law. Since the entry into force of the Treaty of Lisbon in 2009, an important question in this regard has been whether the legislative competence of the European Union concerning substantive criminal law is limited to the legal basis provided by article 83 TFEU. I argue that while not yet the case, harmonization of substantive criminal law on other legal bases is likely to occur in the future, and that even unification of substantive criminal law using regulations cannot be ruled out as a future possibility. A second question is whether directives can prescribe full harmonization of criminal offences. It is argued in chapter three that it must be ascertained for each directive separately whether and how much discretionary leeway it leaves to the member states. Total harmonization cannot not be ruled out as a possibility.

European law affects national substantive criminal law through primacy leading to the disapplication of national law, direct effect, and consistent interpretation. These concepts and mechanisms were developed by the Court

of Justice in the context of the European Communities. How these must be applied to criminal law is not self-evident: the Area of Freedom, Security and Justice is marked by an inherent tension between effectiveness and the protection of fundamental rights. In the context of the Area of Freedom, Security and Justice, European law often requires member states to take repressive measures (e.g. the criminalization of certain types of conduct). Direct and indirect effects of these measures may thus come at the expense of individual rights, most prominently the right to legal certainty. The tension between effectiveness and the protection of fundamental rights manifests itself in the case law of the European Court of Justice on the applicability and boundaries of primacy, direct effect, and consistent interpretation in the field of substantive criminal law.

In chapters four through eight, the concrete norms of the legality principle are analyzed in turn.

Chapter four, 'Sources of Criminal Liability in European Criminal Law', aims at clarifying the type and origin of norms that can establish criminal liability. The type of sources refers to the question whether only written laws may establish criminal liability (as in systems recognizing the *lex scripta* principle), or whether also other sources, for example case law, may do so (as in systems using a substantive definition of 'law'). The origin of sources refers to the question whether criminal liability must have a basis in the national law, or whether European norms may be used directly as base for establishing criminal liability – that is, without implementation in the national legal order. Against the backdrop of constitutional pluralism, these questions are discussed and answered both from a European and a Dutch perspective.

From the European perspective, European law sets no formal limit on the types of legal sources that can establish criminal liability. The concept of 'law' in article 49 of the Charter can refer to both written and unwritten sources of criminal law, as long as these meet the criteria of accessibility and foreseeability. Hence, the Court of Justice uses substantive criteria for the demarcation of 'law', thereby following the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). This is particularly relevant for the field of competition law, as competition rules are interpreted and applied at the European level. For the criminal law systems of the member states, however, the concept of law used in the Charter is of rather limited importance, because member states are obliged to transpose directives leading to the criminalization of certain conduct into written (national) criminal provisions. They may not use policy guidelines or case law to widen the scope of criminal liability in accordance with the directive, even if their national system allows the development of criminal law through case law.

Limits to the origin of sources emanating from European law were not found either, even though at present there are no directly applicable criminal provisions in place at the European level. Directives are unable to serve as

such because of their nature – they need to be transposed and can only produce direct effect under limited circumstances. Regulations, on the contrary, are in principle able to produce the effect of establishing criminal liability. However, thus far, establishing criminal liability has been an exclusive power of the member states. The regulations currently in place only contain the constituent elements of the offence, but no criminalization, nor a sanction. The criminalization of the offence, as well as the sanction, is always part of national law. Neither the case law of the European Court of Justice, nor the Treaties, contain formal barriers to establishing criminal liability in directly applicable regulations. *If* a regulation were to provide not only the constituent elements of the offence, but also a criminalization and a sanction, these would be directly applicable in national criminal courts. However, the need for establishing criminal liability in directly applicable regulations does not seem to be widely felt.

After discussing the European point of view, the chapter shifts focus to the Dutch perspective. Regarding the type of sources, article 1 of the Dutch Penal Code enshrines the *lex scripta* principle. Hence, only written laws are accepted as a source of criminal liability. The origin of laws that establish criminal liability are more diffuse. The Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) has ruled that article 1 DPC requires a written provision in *Dutch* criminal law. This rules out the use of European regulations as a source of criminal liability. However, the Supreme Court has also accepted that European law itself defines the ways in which it can affect national law. In my opinion, the major shifts that have taken place both in the development of the international and European legal order, as well as in the Dutch understanding of those legal orders and their relationship with national law, warrant a renewed debate on the origin of sources of criminal liability, primarily in the light of democratic legitimization of criminal provisions.

To sum up: at this moment, legislation has primacy over other sources of criminal law from a European perspective, which means that the Dutch *lex scripta* principle is not currently under pressure. Other types of sources are not formally ruled out by European law, but their practical significance is limited, and mainly confined to competition law. National legislation is pivotal to European criminal law, as thus far a national criminal provision is *always* needed in order to establish criminal liability. There is however nothing that necessitates this from a European perspective.

Chapter five, 'The Lex Certa Principle in European Criminal Law', discusses whether vague legislation at the EU level leads to vague legislation at the national level, and, related to this question, whether EU legislation is and should be bound by the *lex certa* principle. In order to answer these questions, two types of uncertainty are distinguished: semantic uncertainty, which occurs when the text of the law itself is unclear; and systematic uncertainty, which occurs when a law is unclear as a result of its relation to other laws. The most

important form of semantic uncertainty is vagueness, which can be further dissected into criterial vagueness and gradual vagueness. Criterial vagueness exists when it is unknown which necessary and sufficient conditions must be met in order for an phenomenon to fall under the scope of a predicate, e.g. 'an item of property'; and gradual vagueness exists when it is unknown which part of a scale is covered by a predicate, e.g. 'large quantities'. The category of systematic uncertainty is broken down into the types of inconsistency and complexity.

Both semantic and systematic uncertainty are widespread in European law. This gives rise to the following questions: may the validity or applicability of directives and regulations be reviewed in light of the *lex certa* principle? If so, by whom? Whenever regulations are used in a national criminal case as the description of the constituent elements of the offence, the national court must determine whether its provisions are clear enough to be used as such. The Court of Justice has formulated a minimum standard for this review, which is that individuals must be able to foresee, if necessary with the help of relevant case law, which acts will lead to criminal liability. The Court of Justice has ruled that directives are, in principle, subject to review by the Court of Justice on grounds of *lex certa*. However, in all cases so far, the Court found that the directives in question do not violate the *lex certa* principle, because they do not establish criminal liability. This means that it is the duty of the national legislatures to make sure that the national criminal provisions transposing the directive are sufficiently clear. Usually, member states can choose between transposing a directive *verbatim*, or adapting the formulations of the directive to their national legal system, but if the directive is too vague, European law requires member states to make their national law more concrete. The responsibility for safeguarding legal certainty is thus imposed on the national legislature and national courts. Here, a comparison with competition law is illustrative, as the demands imposed on member states in criminal law are formulated more strictly than those imposed on European actors in the context of competition law. In competition law, the requirements of clarity and precision are interpreted differently according to the contextually defined need for legal certainty, and the Court of Justice engages in balancing several interests involved in the case – not only the need for legal certainty of the suspect. Hence, in core criminal cases, the *lex certa* principle is constructed in a manner consistent with the legal positivist conception of legal certainty, whereas in competition law cases, the approach is inspired by the rights conception of the principle.

The previous paragraph concluded that the *lex certa* principle is currently not applied directly to European law – at least not at the European level, as European law contains no directly applicable criminal provisions. But how is this situation to be appreciated? On the one hand, many of the directives and framework decisions aiming at the harmonization of substantive criminal law have been heavily criticized for being vague. The vague formulations in

directives and framework decisions, it is assumed, will translate into vague criminal provisions at the national level. On the other hand, vagueness on the European level has been defended with reference to the desirable margin of discretion such vagueness creates for member states when transposing these measures. The fifth chapter maintains that such a defense mistakes criterial vagueness for discretion. Indeed, the effect of criterial vagueness can be the exact opposite of what proponents have argued, as criterial vagueness often makes it impossible for member states to discern whether and how much discretion they have. This statement is based on the observation that several of the heavily criticized, criterially vague formulations have been transposed word for word into national law, including Dutch law, rather than being made more concrete. Whereas criterial vagueness clearly poses problems, the examined instances of gradual vagueness in directive and framework decisions have been clarified in Dutch law. This implies that criterial vagueness is the more problematic of the two types, whereas gradual vagueness can more easily be resolved. Based on this relation between criterial vagueness of European law and criterial vagueness of Dutch law, this chapter argues that the *lex certa* principle is not only relevant on the national level, but can also be seen as relevant to the European legislature, even though it cannot function in such a clear-cut manner as it does for the national legislature. The *lex certa* principle compels the European legislature to create the circumstances that enable the national legislature to enact clear and precise criminal provisions. One of these circumstances is that member states can know their obligations and are not confronted with uncertainty regarding the existence and scope of their margin of discretion.

The lack of certainty in European law, in the form of both semantic and systematic uncertainty, not only poses challenges to national legislatures, but also to criminal courts. Even so, all Dutch case law revolves around semantic uncertainty. Much of this case law concerns the regulation of professional activities using criminal law. As in the European Convention on Human Rights (ECHR) and in EU law, a contextually defined understanding of legal certainty leads to lower standards of clarity. Complaints about vagueness only very rarely lead to the disapplication of a national provision. The chapter concludes with an examination of whether other mechanisms, such as the mistake of law exception or prospective (over)ruling, are used to compensate for this rather lenient review, but no such effect could be found. One last observation from the analysis of Dutch case law is that when Dutch criminal courts refer to the *lex certa* principle, they refer to its codification in article 1 DPC and article 7 ECHR, but not to article 49 of the Charter.

Chapter six, 'The Limits to Judicial Interpretation in European Criminal Law', explores the limits to judicial interpretation of both the European Court of Justice and the national criminal courts. A core question in this chapter is: how does the Court of Justice delineate the duty of consistent interpretation imposed

on national criminal courts in light of the legality principle? To help answer this question, I develop a typology of three manners in which judicial discretion can be 'limited' (the word 'limiting' should not be taken too literally, as the way in which judges reach a decision cannot really be limited or governed by norms; rather it is the justification of choices as laid down in the judgment which is subject to norms and which can hence be limited). This typology is in part based on the well-known observation that the concept 'interpretation' suffers from process-product ambiguity: interpretation can both refer to an activity (the process) and to the result (the product) of that activity. In a similar fashion, limits to the judicial function can refer both to the process and to the product of interpretation, as well as to the application of a norm in a concrete case. The process of interpretation (again: in reality the justification of the outcome) can first be limited by stating that courts are bound to use (or may not use) certain methods of interpretation (for example: ruling out analogical interpretation as a method), or by establishing a formal hierarchy of methods (for example: the outcome may never be in contradiction with the text of the law). Second, limits can relate to the product of interpretation (for example: an interpretation may not violate legal certainty). Third, the application of an interpretation in an individual case may be subject to limits (for example: an extensive interpretation may not be applied retroactively).

Similar to the *lex certa* principle, the Court of Justice has thus far not applied the limits to judicial interpretation to adjudication at the European level, as no criminal liability is established at this level. It is up to the national criminal court to decide whether it was foreseeable for the accused that he would be held liable for his actions. The interpretation of a provision by the Court of Justice does not depend on the way in which it is enforced in the member states. The Court does, however, respect the limits set by the text of secondary legislation and its 'natural and usual meaning'. This is especially the case when European legislation is enforced directly, using punitive sanctions. However, restrictive interpretations are not explicitly motivated by the principle of legality. This may change in the future with the growing significance of European law for substantive criminal law.

As stated above, an important issue in chapter six is the duty imposed upon national courts to interpret national law that falls under the scope of European law in light of the wording and the purpose of the relevant European instrument. This obligation may lead to tension with the legality principle whenever inconsistencies exist between a directive requiring criminalization of certain acts or omissions, and a national provision criminalizing some, but not all of those acts (or omissions). According to the Court of Justice, the duty of consistent interpretation is limited in a strict manner by the wording of the national provision, especially in the field of substantive criminal law: a consistent interpretation may not lead to determining or aggravating criminal liability without a proper basis in national criminal law. Using the typology of 'limits to interpretation' introduced above, chapter six shows that the limits

to judicial interpretation posed by European law relate to both the *process* of interpretation (grammatical interpretation takes primacy over other interpretive methods) and to the *product* of interpretation (aggravating criminal liability is prohibited), but not to the *application* of interpretations. When compared to the limits flowing from article 7 ECHR, it appears that the Court of Justice is stricter than the European Court of Human Rights, as in the case law of the latter only the *application* of a certain interpretation is seen to violate the principle of legality. The ECtHR does not oppose a gradual extension through case law as such, but only states that an extensive interpretation may not always be applied in the concrete case. The Court of Justice opposes reaching an extensive result at all, which implies that whenever a consistent interpretation cannot be reached in an individual case, the national legislature will have to amend its legislation.

Because of the strict limitations, the duty of consistent interpretation does not force national courts to transgress the interpretive leeway they usually enjoy in the Dutch legal culture. This is all the more so because the Court of Justice explicitly states that courts must exercise their duty of consistent interpretation in accordance with their discretion under national law. However, the horizontal distribution of powers is not untouched by the duty of consistent interpretation. Dutch criminal courts can be forced to overrule contrary interpretations given by the legislature in preparatory works, and hence must take a critical stance towards their national legislature and national law. This does not, however, make interpretation by national courts more autonomous, as they must use their discretion completely at the service of European law. The relationship between the national court and the national legislature is loosened; but the relationship with the European legislature that comes in its place is a strict hierarchical one.

Chapter six furthermore contains a study of the way in which Dutch courts deal with their obligation of consistent interpretation – and their duty to safeguard the principle of legality while doing so. The Dutch Supreme Court has given some rather doctrinal judgments in private law and tax law cases, in which it interprets and explains the European case law regarding conforming interpretation. In these judgments, a product-oriented approach is prescribed: courts must determine whether national law *precludes* reaching a consistent result. This is the case only when the text of national law contravenes European law, but not when an historical interpretation points in another direction than a consistent interpretation. No such standard ruling has been given in a criminal case. In criminal law, the role which European law plays for the interpretation of national law often remains doubtful, and therefore no hard conclusions can be drawn yet about whether the duty of interpretation has different implications for criminal law than for private law. Lower courts sometimes seem compelled to steer close to the limits to their judicial discretion and opt for a consistent interpretation in order to resolve discrepancies between national and European law. In some cases, they use the mechanism of consist-

ent interpretation whereas the disapplication of national law would actually seem more appropriate; however, in these cases only the method, but not the outcome is problematic. In other cases, a consistent interpretation arguably equals an extensive interpretation. This could lead to a violation of European law, as safeguarding the principle of legality is one of national courts' duties under European law. A final conclusion that could be drawn from the case law is that criminal courts are very reluctant to interpret national law in light of European law when a directive leaves discretion to the member states, irrespective of whether this discretion has actually been used by the legislature. It is contended in chapter six that it is only the legislature who is granted discretion when transposing a directive. When this discretion is not explicitly used to pose stricter norms, the presumption of the legislature wanting to transpose correctly leads to the presumption that the Dutch offence has the same scope as the offence as prescribed in the directive. In other words: discretion stands in the way of a consistent interpretation only when used explicitly by the legislature.

Chapter seven, 'The Prohibition of Retroactivity in European Criminal Law', is a concise one. This is because European norms do not establish criminal liability, and, as a rule, only apply to future situations. There are exceptions to this rule, but these do not apply to instruments that may form the basis for a conviction in a criminal case – such as the inclusion of an organization or a group on a list of terrorist groups. Also, because of the prohibition of retroactivity, European law never requires member states to criminalize conduct retroactively. All legislation transposing and implementing European law (both directives and regulations) must respect the prohibition of retroactivity, which thus applies to all norms possibly influencing the scope of criminal liability. This is in accordance with the Dutch understanding of the legality principle.

Chapter eight, 'The Lex Mitior Principle in European Criminal Law', deals with the possibility of granting retroactive effects to changes in legislation that benefit the defendant. In my view, this principle is, strictly speaking, not a part of the principle of legality, as it has a different rationale. However, it is often associated with the principle of legality as it forms the main principle governing changes of the criminal law and as such forms a tandem with the prohibition of retroactivity. Furthermore, the application of the *lex mitior* principle in European law is fascinating from the perspective of interaction between legal systems: it may lead to direct retroactive effect being given to directives, and in some cases it can possibly even *require* retroactive effect. In other words, the *lex mitior* principle is not a constraint to the impact of European law, but a legal basis for it. Little is known about when and under what conditions the principle of *lex mitior* applies and what it entails. For all these reasons, it is included in the scope of this book.

Because the *lex mitior* principle is different from the other principles studied, chapter eight contains a tailor-made analytical framework for studying different conceptions of the *lex mitior* principle. *Lex mitior* principles in different legal orders differ on roughly three points: their scope, their rationale, and their status. The scope of the principle refers to the changes in legislation that may be given retroactive effect. The scope can include all legislative changes that directly or indirectly change the scope of criminal liability or the sanction (the content doctrine, or *materiële leer*); or it can include only changes in the criminal law (the formal doctrine); or be restricted to only changes regarding sanctions (the sanctions doctrine). Next to these formal criteria, substantive criteria can be used to restrict the scope of the *lex mitior* principle; for example, the principle may allow retroactive effect of changes in legislation only if they were brought about because of a revised opinion on the part of the legislature, but not if they were caused by a change in circumstances. Second, the rationale of the principle can be understood as being based in (i) clemency; (ii) a revised assessment regarding culpability of the conduct (i.e. a change in opinion regarding whether certain conduct is deserving of punishment); or (iii) the principle of proportionality of sanctions. Third, the status of the principle varies greatly between different legal orders: it can be a fundamental right that can be invoked against the will of the legislature, or it can be a policy principle that can be used at will by the legislature.

The analysis of the European *lex mitior* principle is hampered by a lack of sound data. The principle has been recognized in case law of the European Court of Justice, and was later codified in article 49(1) of the Charter of Fundamental Rights. The scope of this principle is highly uncertain, but there are good reasons to believe that it applies at least to changes in sanctions and changes in the constituent elements of the offence (the formal doctrine) – and possibly even to all legislative changes (the content doctrine). The case law contains some indications that substantive restrictions apply as well, but so far these restrictions are highly unclear. As to the rationale of the principle, the Court of Justice has not explicitly justified why the *lex mitior* principle is a fundamental principle of European law, but it has implicitly renounced the suggestion that the assessment of culpability should be leading. Considering the supranational character of the principle, it seems most consistent to see the proportionality of sanctions as the foundation for granting legislative changes retroactive effect in the context of European criminal law. What is clear, is its status: the principle is recognized as a fundamental principle of European law which must be observed by national authorities. Exceptions are only possible if they meet the criteria set in article 52(1) of the Charter.

The Dutch *lex mitior* principle has traditionally known no formal restrictions of its scope, but it has been limited in a substantive manner, as it is applied only to legislative changes stemming from a revised opinion regarding culpability (*gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van de gedraging*). Knigge has drawn attention to the fact that, when understood like this, the Dutch *lex mitior*

principle may be in conflict with supranational obligations. This is so because while the Dutch principle is a policy principle to be used at the discretion of the legislature, supranational rights may be invoked *against* the national legislature. Recognition of the *lex mitior* principle in supranational contexts, mainly article 7 ECHR, has led the Dutch Supreme Court (instigated by advocate general Knigge) to modify its settled case law. Changes regarding sanctions that are beneficial to the defendant need no longer stem from a revised opinion regarding culpability, but are applied indiscriminately to all pending cases. This change in the Supreme Court's case law is based upon the – questionable – assumption that supranational renderings of the *lex mitior* principle are all limited in scope to changes regarding sanctions (the sanctions doctrine). For all other changes in the criminal code or otherwise, the Supreme Court has maintained its criterion of a revised legislative opinion regarding culpability.

Case law of Dutch courts shows differences amongst courts in their approach to the *lex mitior* principle in the context of European law. This can be explained by the fact that article 1(2) DPC provides no clear-cut instructions as to the application of the principle in a multilayered context. In the current situation, courts must take a stance on two different issues in every case. First, courts must decide whether European directives may or must lead to the disapplication of national law in retrospect, before there was direct effect or before they even entered into force. Second, courts must decide whose opinion regarding the culpability of the conduct they accept as decisive: that of the European or the national legislature? An examination of case law shows that criminal courts are highly divided. Retroactive effects of European law have, albeit rather implicitly, been accepted by the Supreme Court as a possibility. It is nevertheless likely that changes in provisions forming part of European criminal law are more seldom applied retroactively compared to changes in purely national provisions. This is so because the answer of the Supreme Court to the second question listed above. In an important case, the Supreme Court did not consider the later (more lenient) provision to be applicable, as the provision was amended with the purpose of harmonizing legislation upon its entry into force. That reasoning has the potential of being applied to many other cases of transposing legislation. Lower courts have several times complemented this argument with an examination of the reasons behind the legislative change *at the European level as well*. The purposes of article 1(2) DPC call for an inquiry into the motives behind legislative changes at both the European and Dutch level. This approach, I argue, is more in line with the fact that where the European Union has legislative competence, it is the assessment of the European legislature that is decisive for the scope of criminal liability at the national level. The chapter includes a set of recommendations for Dutch criminal courts that should result in a European law-oriented, realistic approach to these matters.

Chapter nine, the conclusion, recapitulates the findings of chapters four through eight, in order to answer the research questions at an aggregated level that goes beyond the level of the five elements of the principle of legality discussed throughout the book.

The first research question was: how is the legality principle applied by European and Dutch legal actors (legislatures and courts)? As no criminal offences are enacted or applied at the European level, European actors currently do not deem their actions to be governed by the legality principle. It is at the national level that this principle is safeguarded. The Court of Justice has articulated strict limits to the effect European law can have in national substantive criminal law because of the legality principle: member states must create an anterior, clear, and precise legal basis for criminal liability in national written law, and courts are bound by these written offences and may not extend criminal liability beyond the written law. Under some circumstances, national authorities can be obliged to apply changes in legislation retroactively. Even though the tension between effectiveness and the protection of the legality principle is resolved by granting primacy to the legality principle, national actors are still confronted with many uncertainties relating to their duties under European law. The Dutch legislature struggles with uncertainty vis-à-vis the latitude of their discretionary powers when transposing directives. Dutch criminal courts, in turn, seem increasingly aware of their mandate to give full effect to European law, but are less aware of their mandate to protect the legality principle – which is just as much their duty under European law. When referring to the legality principle, they refer to article 1 DPC and article 7 ECHR, but not to article 49 of the Charter.

Regarding the application of the legality principle in European criminal law, the general conclusion can be drawn that it is mainly aimed at protecting the legal certainty of accused persons. This means that individuals may not be held liable if liability was not foreseeable at the time they committed the act. Whether criminal liability was indeed foreseeable, depends heavily on the context: persons engaging in professional activities which are usually strictly regulated, are required and deemed able to assess which rules apply to their activities. Similar to the ECHR context, the concept of legal certainty which is used in European Union criminal law focuses on subjective legal certainty. Preventing arbitrary convictions plays no significant role in the case law of the Court of Justice. The same holds true for the distribution of powers.

Even though this application of legal certainty is rather narrow, protecting legal certainty is a powerful obligation for member states. Whenever tension exists between the effectiveness of European law and legal certainty of suspected persons, legal certainty must prevail. The Court of Justice formulates these obligations without legal certainty being weighed against effectiveness; there is no balancing act. Obligations deriving from the legality principle for member states, which they must observe when they implement European law – hence, whenever the multilayeredness of European criminal law manifests

itself – thus display characteristics of the legal positivist conception of legality. This is remarkable, as one would expect the application of the legality principle to be in line with that of the corresponding article 7 ECHR, which is characterized by the rights conception of legality. When looking at the case law of the European Court of Justice on the legality principle in competition law, the Court seems to be guided much more by the ECtHR case law. Apparently, it chose a different approach for its case law on the legality principle whenever the legality principle functions as a limit to the effects of European law on national substantive criminal law. This difference is speculatively explained in chapter nine by the wish of the Court of Justice to promote the legitimacy of European criminal law and by the need for transparency in the field, so that effective supervision of member states' compliance can be carried out by European institutions.

The conclusion also provides an answer to the second research question: how does the way in which the legality principle is applied affect legal certainty and the distribution of powers in the field of European criminal law? It would seem that the strict conception of the legality principle used by the Court of Justice ensures that no problems arise regarding legal certainty and the distribution of powers, but this is not the case. In fact, legal uncertainty is a widespread and pervasive problem for European criminal law that manifests itself in three different manners. First, it occurs often in the form of vagueness, a type of semantic uncertainty. Criterial vagueness of European law becomes problematic when it leads to vague national criminal provisions, and this indeed appears to happen in practice. Second, the scope of criminal liability can become obscured by inconsistencies between European and national law; we are then dealing with systematic uncertainty. This too occurs frequently. Third, European criminal law is complex, which forms the second manifestation of systematic uncertainty. Hence, legal uncertainty does not only appear in the form of vague European legislation, but also, or perhaps even primarily, as a result of the interplay between the European and national legal orders. To phrase it differently: systematic uncertainty may pose a bigger challenge to legal certainty in European criminal law than semantic uncertainty, even though the latter is the more easily recognized and better known form of legal uncertainty. Looking at the two forms of systematic uncertainty, it appears that in particular inconsistencies are problematic in the field of European criminal law as the rules of conflict governing inconsistencies in European law do not produce foreseeable outcomes. This is mainly true of consistent interpretation, the main mechanism of decentralized enforcement when direct effect is ruled out – which it often is in the field of substantive criminal law. The outcome of a case in which courts are called upon to interpret national law in conformity with European law in order to overcome minor discrepancies between the two is not easily predicted. This uncertainty adds to the lack of a clear conception of the *lex mitior* principle, which leads to uncertainty about when changes in legislation favorable to the accused may or must be applied

retroactively. As a result of all of this, the applicability and scope of national criminal provisions is often subject to doubt, a fact leading to an uncertain scope of criminal liability.

It was emphasized above that the responsibility for safeguarding the legality principle is put almost exclusively in the hands of national courts. However, invoking the principle of legality before a Dutch criminal court is hardly ever successful from the perspective of the suspect. Similar to strictly national cases, the court will usually be of the opinion that criminal liability was indeed foreseeable for the defendant. Hence, the provisions were not too vague to be applied and there was no excusable mistake of law on the side of the defendant. This finding is influenced by the fact that an important share of European criminal law lies not at the core of criminal law, but concerns criminal regulation of economic affairs. In that context, persons carrying out professional activities are expected to carefully assess the rules regulating their activities.

Legal uncertainty is caused in part by an opaque and at times not fully rational distribution of powers between European and national actors. I argue that the responsibility for the quality of criminal legislation should not lie exclusively at the national level, as well-drafted European legislation is of paramount importance to the drafting of clear criminal provisions at the national level. The European legislature should at least strive to fully demarcate the scope of obligations vis-à-vis the member states. Member states must be able to discern which acts must be or may not be criminalized, and if and to what extent they are allowed to make autonomous policy choices when implementing European legislation into the national legal order. National legislatures, in turn, must not pass uncertainty on to their citizens and their criminal courts; they must take full responsibility for the quality of national legislation. They are, however, at times hampered in this effort by their limited discretion. Hence, ensuring that criminal provisions live up to the standards of the legality principle requires extra efforts on the parts of all actors involved.

The conclusion proceeds to offer recommendations for the different actors involved in European criminal law. Most of these recommendations aim primarily at creating awareness of the fact that in order to ensure that criminal provisions live up to the standards of the legality principle, extra efforts of all actors involved are required. Related to this awareness is a plea for viewing legal certainty not only as a trait of legal subjects, but as an objective trait of the law in place – hence, a plea for a greater emphasis on objective legal certainty. Respecting citizens as autonomous individuals necessitates foreseeability of the possible attribution of criminal liability, also for those who are not subjected to criminal law enforcement. This means that drafting clear criminal provisions remains a high priority, and that the responsibility for safeguarding legal certainty may only to a limited extent be passed on to national criminal courts.

Literatuur

Adams & Witteveen 2011

M. Adams & W. Witteveen, 'Gedaantewisselingen van het recht', (86) *NJB* 2011-9, p. 540-546.

Albrecht & Braum 1999

P.-A. Albrecht & S. Braum, 'Deficiencies in the Development of European Criminal Law', (5) *European Law Journal* 1999-3, p. 293-310.

Altena 2013

J.G.H. Altena, 'De reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie in het strafrecht tegen de achtergrond van de verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde', *Ars Aequi* 2013-7/8, p. 552-561.

Ambos 2005

K. Ambos, 'Is the development of a common substantive criminal law for Europe Possible? Some preliminary reflections', (12) *Maastricht Journal* 2005-2, p. 173-191.

Amstutz 2005

M. Amstutz, 'In-between worlds: *Marleasing* and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning', (11) *European Law Journal* 2005-6, p. 766-784.

Arnulf 2002

A. Arnulf, 'The Rule of Law in the European Union', in: A. Arnulf & D. Wincott, *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Ashworth & Horder 2013

A. Ashworth & J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Asp 2002

P. Asp, *EU & Straffrätten: studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten* (diss. Uppsala), Uppsala: Iustus Forlag 2002.

Asp e.a. 2009

P. Asp e.a., 'A Manifesto on European Criminal Policy', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009-12, p. 707-716.

Asp 2012

P. Asp, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet 2012.

Avbelj 2011

M. Avbelj, 'Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?', (17) *European Law Journal* 2011-6, p. 744-763.

Avbelj & Komárek 2012

M. Avbelj & J. Komárek, 'Introduction', in: Avbelj & Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 1-15.

Baker 2015

E. Baker, 'The Court of Justice of the EU and the "New" Lisbon Treaty Environment Five Years On', (23) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2015-1, p. 1-10.

Baldinger 1980

K. Baldinger, *Semantic Theory. Towards a Modern Semantics*, Oxford: Blackwell 1980.

Baquero Cruz 2008

J. Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', (14) *European Law Journal* 2008-4, p. 389-422.

Baquero Cruz 2012

J. Baquero Cruz, 'Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union', in: M. Avbelj & J. Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 249-267.

Barber 2006

N.W. Barber, 'Legal Pluralism and the European Union', (12) *European Law Journal* 2006-3, p. 306-329.

Barbier de La Serre & Winckler 2011

É. Barbier de La Serre & C. Winckler, 'A Survey of Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings (2010)', (2) *Journal of European Competition Law & Practice* 2011-4, p. 356-370.

Barents 2006

R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht', *SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2006-10, p. 358-374.

Barents 2009

R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2009-2, p. 44-53.

Barents 2013

R. Barents, 'Enkele kanttekeningen bij de autonomie van de nationale rechter in het Unierecht', *Trema* 2013-4, p. 128-132.

Barents & Brinkhorst 2012

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004

T. Barkhuysen, H.M. Griffioen, & W.J.M. Voermans, 'Artikel 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *Nederlands Juristenblad* 2004-44, p. 2289-2290.

Barletta 2012

A. Barletta, 'Le contrôle de la répartition des compétences en matière pénale: la recherche de l'équilibre institutionnel', in: G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda & J. Tricot, *Cour de Justice et justice pénale en Europe*, Parijs: Société de Législation Comparée 2012, p. 111-133.

Bartha 2013

P. Bartha, 'Analogy and Analogical Reasoning', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/reasoning-analogy> 2013.

Baumbach 2011

T. Baumbach, 'The Notion of Criminal Penalty and the *Lex Mitior* Principle in the *Scoppola v. Italy* Case', (80) *Nordic Journal of International Law* 2011-2, p. 125-142.

Beccaria (1764) 1982

C. Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982 (*Dei delitti e delle pene* 1764, vertaald door J.M. Michiels, met voorwoord van J.M. van Bemmelen).

Van Bemmelen 1982

J.M. van Bemmelen, 'Voorwoord', in: C. Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982 (*Dei delitti e delle pene* 1764, vertaald door J.M. Michiels), p. 7-16.

Van Bemmelen/Van Veen 1982

J.M. van Bemmelen/Th.W. van Veen, *Ons strafrecht. 1: Het materiële strafrecht: algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982.

Bernitz 2000

U. Bernitz, 'Retroactive Legislation in a European Perspective – On the Importance of General Principles of Law', *Scandinavian Studies in Law* 2000, p. 43-58.

Betlem 2002

G. Betlem, 'The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty', (22) *Oxford Journal of Legal Studies* 2002-3, p. 397-418.

Betlem 2007

G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 97-132.

Betlem & Nollkaemper 2003

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

Biondi & Mastroianni 2006

A. Biondi & R. Mastroianni, 'Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, *Berlusconi and others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 May 2005, not yet reported', (43) *Common Market Law Review* 2006-2, p. 553-569.

Bix 1991

B.H. Bix, 'H.L.A. Hart and the "Open Texture" of Language', (10) *Law and Philosophy* 1991-1, p. 51-72.

Bix 2003

B.H. Bix, 'Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?', (16) *Ratio Juris* 2003-3, p. 281-295.

Bix 2012

B.H. Bix, 'Legal Interpretation and the Philosophy of Language', in: P. M. Tiersma & L. M. Solan, *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 145-155.

Blomsma 2012

J.H. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law* (diss. Maastricht), 2012.

Bohlander 2011

M. Bohlander, 'Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law: The Lex Mitior Principle and the Impact of Scoppola v Italy No. 2.', *Criminal law review* 2011-8, p. 627-641.

Boot 2002

M. Boot, *Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court* (diss. Tilburg), Antwerpen: Intersentia 2002.

Borgers 2003

M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-69.

Borgers 2006

M.J. Borgers, 'Europese normen voor de implementatie van kaderbesluiten', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 5-37.

Borgers 2011

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter. Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011.

Borgers 2013

M.J. Borgers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen', (43) *Delikt en Delinkwent* 2013-5, p. 361-370.

Bossuyt 1987

M.J. Bossuyt, *Guide to the 'Travaux Préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1987.

Bracke 1996

N.E. Bracke, *Voorwaarden voor goede EG-wetgeving. Een onderzoek naar de kwaliteit van Europese wetgeving* (diss. Amsterdam UvA), Sdu Uitgevers: Den Haag 1996.

Braum 2003

S. Braum, *Europäische Strafgesetzmäßigkeit* (hab. Frankfurt am Main), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2003.

Brechmann 1994

W. Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie* (diss. München), München: Beck 1994.

Bronkhorst 1993

H.J. Bronkhorst, *Deugdelijkheid van EG-regelgeving, in het bijzonder op het gebied van gemeenschappelijk landbouwbeleid* (Preadvies voor de Vereniging van Agrarisch Recht Advocaten), Deventer: Kluwer 1993.

Brouwer 1979

P.W. Brouwer, 'Openheid van en in rechtsordes', (8) *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1979-2, p. 128-149.

Brouwer 2008a

P.W. Brouwer, 'Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?', in: A.M. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 177-204.

Brouwer 2008b

P.W. Brouwer, 'Beginselen van legaliteit', in: A.M. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 241-267.

Brouwer 2008c

P.W. Brouwer, 'Rechtspositivisme', in: A.M. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 131-167.

Buisman 2013

S.S. Buisman, 'Witwassen – het enkele verwerven en voorhanden hebben en richtlijnconforme interpretatie', (43) *Delikt & Delinkwent* 2013-7, p. 501-521.

Buruma 1990

Y. Buruma, 'Het naderend einde van het souvereine strafrecht: een tendens in het zicht van 1992', in: J.L.M. Boek e.a., *Grensoverschrijdend strafrecht. Een bundel opstellen geschreven door medewerkers van de Afdeling Straff(proces)recht, Rijksuniversiteit te Leiden*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 23-46.

Calderoni 2008

F. Calderoni, 'A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime', (16) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2008-3, p. 265-282.

Canaris 2002

C.-W. Canaris, 'Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre', in: H. Koziol & P. Rummel (red.), *Im Dienste der Gerechtigkeit* (Bydlinski-bundel), Wenen: Springer Verlag 2002, p. 47-103.

Chalmers, Davies & Monti 2010

D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union law: cases and materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Claes 2003

E. Claes, *Legaliteit en rechtsoinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Claes 2004

E. Claes, 'Legaliteit, rechtszekerheid en democratie in het strafrecht', in: M. Adams & P. Popelier, *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 381-422.

Claes 2006

M.L.H.K. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (diss. Maastricht), Oxford: Hart Publishing 2006.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: SDU 2008, p. 285-306.

Cleiren 2014

C.P.M. Cleiren, 'Artikel 1 Sr', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Conway 2012

G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Corstens 2000

G.J.M. Corstens, 'Europees strafrecht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht* (Keijzer-bundel), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 11-25.

Corstens 2004

G.J.M. Corstens, 'Europeanisering van het strafrecht. De invloed van de EU', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 328-341.

Craig & De Búrca 2011

P.P. Craig & G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Dannecker 1996

G. Dannecker, 'Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft – Eine Herausforderung für Strafrechtsdogmatik, Kriminologie und Verfassungsrecht', (51) *Juristen-Zeitung* 1996, p. 869-880.

Dannecker 2006

G. Dannecker, 'Der zeitliche Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts', (1) *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2006-7, p. 309-317.

Dannecker & Bülte 2014

G. Dannecker & J. Bülte, 'Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts unter dem Einfluss des Europarechts', in: H.-B. Wabnitz & T. Janovsky (red.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München: Beck 2014.

Dannecker & Müller 2014

G. Dannecker & N. Müller, 'Strafgerichtsbarkeit', in: H.-W. Rengeling / A. Middeke / M. Gellermann (red.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, München: Beck 2014.

Dänzer-Vanotti 1991

W. Dänzer-Vanotti, 'Die richtlinienkonforme Auslegung deutschen Rechts hat keinen rechtlichen Vorrang. Zugleich eine Erwiderung auf den Beitrag von Spetzler, RIW 1991 S. 579', *Recht der internationalen Wirtschaft* 1991-9, p. 754-755.

Delmas-Marty 1998

M. Delmas-Marty, 'The European Union and Penal Law', (4) *European Law Journal* 1998-1, p. 87-115.

Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001

M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the member states. Penal provisions for the protection of European finances*, Antwerpen: Intersentia 2000-2001.

Derlén 2009

M. Derlén, *Multilingual Interpretation of European Union Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009.

Derlén 2015

M. Derlén, 'Boekbespreking' (bespreking van: E. Paunio, *Legal Certainty in Multilingual EU Law. Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, Aldershot: Ashgate 2013), (52) *Common Market Law Review* 2015-2, p. 598-599.

Desportes & Le Gunhec 2007

F. Desportes & F. le Gunhec, *Droit Pénal Général*, Parijs: Economica 2007.

Devos 2004

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

Dhondt & Geursen 2008

N.M.L. Dhondt & W.W. Geursen, 'Over gedeelde bevoegdheden en hiërarchie in interpretatiemethoden', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2008-10, p. 276-284.

Van der Donk 1935

W.A. van der Donk, 'Rondom den regel "Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali"', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1935, p. 337-399.

Doorenbos 2007

D.R. Doorenbos, 'Ongekend gevaarlijk – strafbare marktmanipulatie', in: *Bouwen en bezinning. Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht* (Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2007, p. 63-80.

Doorenbos 1992

D.R. Doorenbos, 'EG-recht en strafwetgeving', (22) *Delikt en Delinkwent* 1992-10, p. 1041-1057.

Doorenbos 1993

D.R. Doorenbos, 'EG-richtlijnen en verandering van wetgeving', (23) *Delikt en Delinkwent* 1993-7, p. 671-675.

Dougan 2012

M. Dougan, 'From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law', in: M. Cremona, *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 74-131.

Drake 2005

S. Drake, 'Twenty years after Von Colson: the impact of "indirect effect" on the protection of the individual's community rights', (30) *European Law Review* 2005-3, p. 329-348.

Dupont 1979

L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Antwerpen: Kluwer / Arnhem: Gouda Quint 1979.

Dupont & Verstraeten 1990

L. Dupont & R. Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven/Amersfoort: Acco 1990.

Duttge 2001

G. Duttge, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001.

Dworkin 1985

R.M. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press 1985.

Dworkin 1986

R.M. Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana Press 1986.

Dworkin 1997

R.M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen/New York: Bloomsbury 1997.

Ehricke 1995

U. Ehricke, 'Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts. Ein Beitrag zu ihren Grundlagen und zu ihrer Bedeutung für die Verwirklichung eines "europäischen Privatrechts"', (59) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1995, p. 598-644.

Eijsbouts 2006

W.T. Eijsbouts, *Een kleine filosofie van de bal*, Amsterdam: Prometheus 2006.

Elholm 2007

T. Elholm, 'EU-konform fortolkning af national strafferet', in: *Jurist uden omsvøb* (Toftegaard Nielsen-bundel), Kopenhagen: Christian Ejlers' Forlag 2007, p. 97-116.

Elholm 2009

T. Elholm, 'Hemmelig viden', *Advokaten* 2009-7.

Van Emmerik 2008

M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *Themis* 2008-4, p. 135-151.

Eser 2014

A. Eser, 'Justizielle Rechte: artikel 47 bis 50', in: J. Meyer (red.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2014.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2014

L.B. Esser & C. Dettmeijer-Vermeulen, 'Mensenhandel op een tweesprong. De omgang van rechters met de ruim geformuleerde mensenhandelgedraging in de delictomschrijving van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr', *Delikt en Delinkwent* 2014-7, p. 512-528.

Ferdinandusse 2001

W.N. Ferdinandusse, 'Verdragsrechtelijke strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde. Over directe werking en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel', *Themis* 2001, p. 275-281.

Ferdinandusse, Kleffner & Nollkaemper 2002

W.N. Ferdinandusse, J.K. Kleffner, & P.A. Nollkaemper, 'Origineel of reproductie? Internationale strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde', *Nederlands Juristenblad* 2002-8, p. 341-349.

Von Feuerbach/Mittelmaier 1847

P.J.A. von Feuerbach/C.J.A. Mittelmaier, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, Giessen: Georg Friedrich Heyers' Verlag 1847.

Fletcher, Löf & Gilmore 2008

M. Fletcher, R. Löf & B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice*, Cheltenham: Edward Elgar 2008.

Fleuren 2004

F.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Fockema Andreae 1922

J.P. Fockema Andreae, 'De analogische toepassing van strafbepalingen', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1922, p. 344-370.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint / Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Foucault (1975) 1989

M. Foucault, *Discipline, toezicht en straf. De geboorte van de gevangenis*, Groningen: Historische Uitgeverij 1989 (*Surveiller et punir: naissance de la prison* 1975).

Frände 1989

D. Frände, *Den Straffrättsliga legalitetsprincipen* (diss. Helsinki), Ekenäs: Juridiska föreningen i Finland 1989.

Frege 1892

G. Frege, 'Über Sinn und Bedeutung', *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* 1892, p. 25-50.

Fuller 1969

L.L. Fuller, *The morality of law*, New Haven: Yale University Press 1969.

Geelhoed 2009

W. Geelhoed, 'Omzetting van het kaderbesluit slachtofferzorg in beleidsregels van het Openbaar Ministerie of in formele wetgeving', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2009-10, p. 328-334.

Geelhoed 2013

W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van straffoorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeïseerde rechtsorde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Geelhoed 2014

W. Geelhoed, 'Meineed', in: C.P.M. Cleiren & J.H. Crijns (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en rechtstoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

Van Gestel 2006

R. van Gestel, '102 praktijkvragen over de implementatie van Europees recht', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 205-241.

Gless & Vervaele 2013

S. Gless & J.A.E. Vervaele, 'Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice', (9) *Utrecht Law Review* 2013-4, p. 1-10.

Greve 1993

V. Greve, *Træk af den Danske strafferet i EF-perspektiv I. Ansvarslærens almindelige del*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1993.

Groenhuijsen 1987

M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Groenhuijsen 1993

M.S. Groenhuijsen, 'De Tilburgse wapenhandelaar en De ongehoorzame militair', (42) *Ars Aequi* 1993-4, p. 303-309.

Groenhuijsen 1996

M.S. Groenhuijsen, 'Enige ideeën binnen de Historische School omtrent het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', in: R. van den Berg & O.E. Tellegen-Couperus (red.), *Tussen recht en geschiedenis: bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw, studiedag Tilburg 1995*, Tilburg: Tilburg University Press 1996, p. 87-100.

Groenhuijsen 2000

M.S. Groenhuijsen, 'Het Besluit Buitengewoon Strafrecht (1943) en het legaliteitsbeginsel in strafzaken', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht* (Keijzer-bundel), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 153-170.

Groenhuijsen 2002

M.S. Groenhuijsen, 'Enkele centrale denkbeelden van Montesquieu en van Beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken', in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht* ('t Hart-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 21-47.

Groenhuijsen 2003

M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en 'prospective overruling' in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 185-202.

Groenhuijsen & Kristen 2001

M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', (31) *Delikt en Delinkwent* 2001-3, p. 330-346.

Groenhuijsen & Wiemans 1989

M.S. Groenhuijsen & F.P.E. Wiemans, *Van electriciteit naar computercriminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Gröning 2007

L. Gröning, 'Nulla Poena Sine Lege Parlamentaria? Democratic Legitimacy and European Penal Law', in: L.J. Wintgens & P. Thion (red.) *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate 2007, p. 187-205.

Gross 2005

I. Gross, 'Keine Strafverfolgung wegen Bilanzfälschung auf Grund einer Richtlinie – Berlusconi', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005-12, p. 369-373.

Haak 2000

W.E. Haak, 'Nederlandse Rijnvaartovertradingen onder de Akte van Mannheim', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht* (Keijzer-bundel), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 41-53.

Haentjes & Swart 1997

R. Haentjes & B. Swart, 'Substantive Criminal Law', in: B. Swart & A.H. Klip (red.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg im Bresgau: Edition Iuscrim 1997, p. 21-47.

Hall 1937

J. Hall, 'Nulla Poena Sine Lege', (47) *Yale Law Journal* 1937-2, p. 165-193.

Hamilton, Madison & Jay 2008

A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The Federalist Papers*, Oxford: Oxford University Press 2008.

't Hart 1983

A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Hart 1961

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1961.

Van Harten 2011

H. Van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Hazewinkel-Suringa 1937

D. Hazewinkel-Suringa, 'Het debet en credit van art. 1, 2de lid van het Wetboek van Strafrecht', (44) *Tijdschrift voor Strafrecht* 1937, p. 1-50.

Hazewinkel-Suringa 1968

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1968.

Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1987

D. Hazewinkel-Suringa/J. Rommelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987.

Hecker 2012

B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin/Heidelberg: Springer 2012.

Heijder 1979

A. Heijder, 'Nullum crimen sine lege?', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 137-153.

Herlin-Karnell 2012

E. Herlin-Karnell, *The Constitutional Dimension of EU Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2012.

Herlin-Karnell 2013

E. Herlin-Karnell, 'European Criminal Law as an Exercise in EU 'Experimental' Constitutional Law', (20) *Maastricht Journal* 2013-4, p. 442-464.

Heukels e.a. 1996

T. Heukels e.a., *Kwaliteit communautaire regelgeving*, Den Haag: SO & A/WKB 1996.

Hilson & Downes 1999

C. Hilson & T.A. Downes, 'Making sense of rights: Community rights in E.C. law', (24) *European Law Review* 1999-2, p. 121-138.

Hol & Gribnau 1999

A.M. Hol & J.L.M. Gribnau, 'De relativiteit van rechtszekerheid', (28) *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1999-3, p. 174-187.

Hooykaas 1934

I.P. Hooykaas, 'Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1934-1*, Den Haag: Belinfante 1934, p. 1-158.

Hörich & Bergmann 2014

C. Hörich & M. Bergmann, 'Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, Einreiseverbot, Befristung EZAR NF 52 nr. 9', *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2014-3, p. 128-133.

De Hullu 1996

J. de Hullu, 'Het legaliteitsbeginsel in Straatsburgs perspectief', (45) *Ars Aequi* 1996-7/8, p. 508-514.

De Hullu 1997

J. de Hullu, 'Naar een ander strafrechtelijk overgangsrecht?', *Nederlands Juristenblad* 1997-6, p. 243-248.

De Hullu 2000

J. de Hullu, 'Internationale invloeden op het materiële strafrecht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht* (Keijzer-bundel), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 323-341.

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Hullu & Verheijen 2002

J. de Hullu & E.A.M. Verheijen, 'De beoordeling van Eurostrafrecht. Enkele opmerkingen over strafrecht als ultimum remedium, minimumstraffen en de wenselijkheid van een Europese aanpak van vraagstukken van materieel strafrecht in het licht van de bestrijding van terrorisme', (32) *Delikt en Delinkwent* 2002-7, p. 689-711.

Huomo-Kettunen 2013

M. Huomo-Kettunen, 'Heterarchical Constitutional Structures in the European Legal Space', (6) *European Journal of Legal Studies* 2013-1, p. 47-65.

Husabø & Bruce 2009

E.J. Husabø & I. Bruce, *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation. Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2009.

Jacobs 1992

F.G. Jacobs, 'Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?', in: D.F. Curtin & D. O'keeffe (red.), *Constitutional adjudication in European Community and national law* (O'Higgins-bundel), Dublin: Butterworth 1992, p. 25-32.

Jacobsen 2009

J.R.T. Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen: Fakkbokforlaget 2009.

Jacque 2011

J.P. Jacque, 'The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms', (48) *Common Market Law Review* 2011-4, p. 995-1023.

Jansen 2006

C.J.H. Jansen, 'Enige beschouwingen over het 'nieuwe' strafrechtsdenken in de jaren dertig van de 20e eeuw aan de hand van het legaliteitsbeginsel', (36) *Delikt en Delinkwent* 2006-4, p. 415-431.

Jaremba 2012

U. Jaremba, *Polish Civil Judges as European Union Law Judges: Knowledge, Experiences and Attitudes* (diss. Rotterdam), 2012.

Jaremba 2013

U. Jaremba, 'At the Crossroads of National and European Union Law. Experiences of National Judges in a Multi-level Legal Order', (6) *Erasmus Law Review* 2013-3/4, p. 191-203.

De Jong 1999

D.H. de Jong, 'Naar een *common law*-conceptie van legaliteit?', (29) *Delikt en Delinkwent* 1999-8, p. 687-691.

Juratowitch 2008

B. Juratowitch, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford: Hart Publishing 2008.

Kaiser 2010

A.J. Kaiser, 'Richtlinienkonforme rechtsfortbildung. Unionsrechtliche und nationale Methodik der Rechtsfindung', (13) *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2010-2, p. 219-240.

Keiler 2013

J. Keiler, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law*, Cambridge: Intersentia 2013.

Kelk/de Jong 2013

C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Kempen 2003

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht. Over de bedreiging van het Nederlandse materieelstrafrechtelijke systeem, een Europees 'Algemeen Deel' en een speciale nationale wet voor het strafrecht uit de Europese Unie', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 247-266.

Van Kempen 2006

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Communautaire doorwerking en straf(proces)recht. Over toepassing van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid in strafzaken en het belang bij ruimere implementatiemarges.', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 73-104.

Van Kempen & Feodorova 2015,

P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Feodorova, 'Foreign terrorist fighters': strafbaarstelling van verblijf op een terroristisch grondgebied? Een toetsing aan materieel strafrecht-

- telijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Klamert 2006
M. Klamert, 'Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting the dots', (43) *CML Review* 2006-5, p. 1251-1275.
- Klamert 2008
M. Klamert, 'Richtlijnenkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlijnen in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte', (130) *Juristische Blätter* 2008-3, p. 158-170.
- Klamert 2014
M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.
- Van Klink 2001
B. van Klink, 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht', (31) *Delikt en Delinkwent* 2001-7, p. 685-710.
- Klip 1996
A.H. Klip, 'Uniestrafrecht is op hol geslagen', *Nederlands Juristenblad* 1996-15, p. 663-670.
- Klip 2002
A.H. Klip, 'Definitions of harmonisation', in: A.H. Klip & H. van der Wilt (red.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam: Royal Academy of Arts and Sciences 2002, p. 23-29.
- Klip 2005
A.H. Klip, *Uniestrafrecht* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2005.
- Klip 2006
A.H. Klip, 'Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht', in: *Europese integratie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-1), Deventer: Kluwer 2006, p. 105-154.
- Klip 2009
A.H. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerpen: Intersentia 2009.
- Klip 2011
A.H. Klip, *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen: Maklu 2011.
- Klip 2014
A.H. Klip, 'Contra Legem', (22) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2014-2, p. 105-113.
- Klip 2016
A.H. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerpen: Intersentia 2016.
- Kloosterhuis 2002
H.T.M. Kloosterhuis, *Van overeenkomstige toepassing. De pragma-dialectische reconstructie van analogie-argumentatie in rechterlijke uitspraken* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Thela Thesis 2002.
- Knigge 1984
G. Knigge, *Verandering van wetgeving. Beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr.* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984.

Knigge 1986

G. Knigge, 'Van gewijzigd inzicht; de ontwikkeling van het strafrechtelijk overgangsrecht', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 171-188.

Knigge 2011

G. Knigge, interventie, in: *Verslag van de op 10 juni 2011 te Utrecht gehouden algemene vergadering over: Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-2), Deventer: Kluwer 2011, p. 37-39.

Koekkoek 2000

A.K. Koekkoek, *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Kooijmans 2006

T. Kooijmans, 'De toepasselijkheid van artikel 1 lid 2 Sr bij wijzigingen in het sanctiestelsel', (67) *Delikt en Delinkwent* 2006-9, p. 987.

Koopmans/Bleichrodt, Verbaan & Verbeek 2013

F.A.J. Koopmans/F.W. Bleichrodt, J.H.J. Verbaan & R.J. Verbeek, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2013.

Koopmans 1970

T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven. Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 221-235.

Krey 1983

V. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege'*, Berlin / New York: Walter de Gruyter 1983.

Kristen 2003

F.G.H. Kristen, 'Hoe Europa de strafrechter dirigeert. Over de betekenis van de richtlijnconforme interpretatie voor het strafrecht en de uitbreiding daarvan tot kaderbesluit en kaderwet.', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 387-409.

Kristen 2004

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* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kristen 2010

F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', (59) *Ars Aequi* 2010-09, p. 641-645.

Kristen 2011

F.G.H. Kristen, 'Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, p. 313-347.

Kroll-Ludwigs & Ludwigs 2009

K. Kroll-Ludwigs & M. Ludwigs, 'Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen', (2) *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2009-2, p. 123-130.

Kumm 2005

M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', (11) *European Law Journal* 2005-3, p. 262-307.

Lamoureux 1983

F. Lamoureux, 'The Retroactivity of Community Acts in the case law of the Court of Justice', (20) *Common Market Law Review* 1983-2, p. 269-296.

De Lamy 2012

B. de Lamy, 'Discussion. Pour un regard vigilant sur le principe de la légalité criminelle apres le Traité de Lisbonne', in: G. Giudicelli-Delage & C. Lazerges (red.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Parijs: Société de législation comparée 2012, p. 99-109.

Langemeijer 1937

G.E. Langemeijer, 'Prae-advies van Mr. G.E. Langemeijer', in: *Analogische toepassing van strafbepalingen* (Prae-adviezen voor de Vereeniging voor Strafrechtspraak), Leiden: E.J. Brill 1937, p. 35-62.

Van Leeuwen 2011

D. van Leeuwen, 'Witwassen naar Nederlands recht. Over voorhanden hebben en het bewijs van witwassen', (23) *Delikt en Delinkwent* 2011-3, p. 297-326.

Loth 1984

M.A. Loth, *Recht en taal. Een kleine methodologie*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Loth 2000

M.A. Loth, 'Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Nijmegen: Gouda Quint 2000, p. 79-95.

Loth 2014

M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2014.

Loth & Tjong Tjin Tai 2014

M.A. Loth & T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Wat niet weet, dat niet deert? Over de reikwijdte van het beginsel 'eenieder wordt geacht de wet te kennen' in het hedendaagse recht', in: *Preadviezen 2014 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

Luchtman 2012

M.J.J.P. Luchtman, 'Strafrechtelijke forumkeuze en de kenbaarheid van rechtsmacht – Over de positie van de Unieburger in de Europese rechtsruimte', in: R.S.B. Kool & F. de Jong (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 45-75.

Luchtman 2013a

M.J.J.P. Luchtman, 'Choice of forum and the prosecution of cross-border crime in the European Union – What role for the legality principle?', in: M.J.J.P. Luchtman (red.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*, Den Haag: Eleven 2013, p. 3-61.

Luchtman 2013b

M.J.J.P. Luchtman, 'Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU's Area of Freedom, Security and Justice?', (9) *Utrecht Law Review* 2013-4, p. 11-33.

Lutter 1992

M. Lutter, 'Die Auslegung angeglichenen Rechts', *JuristenZeitung* 1992-12, p. 593-607.

MacCormick 1995

N. MacCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', *European Law Journal* 1995.

MacCormick 1999

N. MacCormick, *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Macrory, Madner & Mayr 2013

R. Macrory, V. Madner & S. Mayr, 'Consistent Interpretation of EU Environmental Law', in: J.H. Jans, R. Macrory & A.-M. Morena Molina (red.), *National Courts and EU Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2013, p. 37-49.

Maduro 2003

M.P. Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in: N. Walker (red.), *Sovereignty in transition*, Oxford: Hart 2003, p. 501-537.

Maduro 2007

M.P. Maduro, 'Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism', (1) *European Journal of Legal Studies* 2007-2.

Mariniello 2013

T. Mariniello, 'The 'Nuremberg Clause' and Beyond: The Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudence', (82) *Nordic Journal of International Law* 2013-2, p. 221-248.

Marx 1934

A.J. Marx, 'Komt bij de bescherming van de individueele vrijheid in ons huidig strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1934, p. 11-56.

Melai 1968

A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint / Brouwer 1968.

Melai 1969

A.L. Melai, *Het strafrecht en de cirkel van de abstractie* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint / Brouwer 1969.

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Nijmegen: Gouda Quint 2000, p. 1-34.

Miettinen 2013a

S.M. Miettinen, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Londen / New York: Routledge 2013.

Miettinen 2013b

S.M. Miettinen, 'Implied ancillary criminal law competence after Lisbon', (3) *European Criminal Law Review* 2013-2, p. 194-219.

Miettinen 2015a

S.M. Miettinen, 'Criminal competence and the choice of legal basis: space in the margins?', (5) *European Criminal Law Review* 2015-2, p. 222-242.

Miettinen 2015b

S.M. Miettinen, *The Europeanization of Criminal Law. Competence and its Control in the Lisbon Era* (diss. Helsinki) 2015.

Mitsilegas 2014a

V. Mitsilegas, 'From Overcriminalisation to Decriminalisation. The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law', (5) *New Journal of European Criminal Law* 2014-3, p. 416-424.

Mitsilegas 2014b

V. Mitsilegas, 'Article 49', in: S. Peers e.a., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1351-1371.

Montesquieu (1748) 2006

C.-L. de Secondat Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom 2006 (*De l'Esprit des loix* 1748, vertaald door J. Holierhoek).

Mulder 1987

G.E. Mulder, 'Vage normen; beschouwingen over het 'Lex certa' beginsel', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Rommeling-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.

Muñoz de Morales Romero 2011

M. Muñoz de Morales Romero, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Cizur Menor: Civitas 2011.

Muñoz de Morales Romero 2012

M. Muñoz de Morales Romero, 'In Pursuit Of Basics For A New Principle Of Legal Reserve In Supranational Criminal Law', (2) *European Criminal Law Review* 2012-3, p. 252-275.

Murphy 2009

C.C. Murphy, 'The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR', *European Human Rights Law Review* 2010 (digitaal geraadpleegd via SSRN, SSRN ID 1513623).

Murphy 2012

C.C. Murphy, *EU counter-terrorism law: pre-emption and the rule of law*, Oxford: Hart Publishing 2012.

Nan 2011

J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011.

Nilsson 2011

H.G. Nilsson, 'How to Combine Minimum Rules with Maximum Legal Certainty?', *Europarättslig Tidskrift* 2011-4, p. 665-677.

Nilsson 2012

H.G. Nilsson, '25 Years of Criminal Justice in Europe', (2) *European Law Review* 2012-2, p. 106-122.

Oppermann 2009

B.H. Oppermann, 'Consistent Interpretation in Europe between Public Law and Private Law', in: *International legal studies*, Halle an der Saale: Halle-Wittenberg University Press 2009, p. 133-150.

Paeffgen 2006

H.-U. Paeffgen, 'Haus ohne Hüter? Die Justizgrundrechte im Mehr-Ebenen-System von EG-/EU-Vertrag, EMRK und Europäischem Verfassungsvertrags-Entwurf', (118) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2006-2, p. 275-357.

Paunio 2011

E. Paunio, 'Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order', (10) *German Law Journal* 2011-11, p. 1469-1494.

Paunio 2013

E. Paunio, *Legal Certainty in Multilingual EU Law. Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, Farnham: Ashgate 2013.

Paunio & Lindroos-Hovinheimo 2010

E. Paunio & S. Lindroos-Hovinheimo, 'Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law', (16) *European Law Journal* 2010-4, p. 395-416.

Pech 2009

L. Pech, 'The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union', *Jean Monnet Working Paper Series* 2009-04.

Pech 2010

L. Pech, 'A Union Founded on the Rule of Law': Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law', (6) *European Constitutional Law Review* 2010-3, p. 359-396.

Pelser 1995

C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, Arnhem / Utrecht: Gouda Quint / Willem Pompe Instituut 1995.

Peristeridou 2011

C. Peristeridou, 'The Principle of Lex Certa in National Law and European Perspectives', in: A.H. Klip (red.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen: Maklu 2011, p. 69-95.

Peristeridou 2015

C. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law* (diss. Maastricht) 2015.

Peters 1972

A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.

Popelier 2008

P. Popelier, 'Five Paradoxes of Legal Certainty and the Lawmaker', (2) *Legisprudence* 2008-1, p. 47-66.

Prechal 1991

A. Prechal, 'Richtlijnconforme uitleg: Alice in Wonderland', *Weekblad Fiscaal Recht* 1991-5984, p. 1596-1604.

Prechal 2005a

A. Prechal, *Directives in EC law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Prechal 2005b

A. Prechal, 'Joined Cases C-397/01 to C-403/01, Bernhard Pfeiffer et al., judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 October 2004, nyr', (42) *Common Market Law Review* 2005-5, p. 1445-1463.

Prechal 2006

A. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006.

Prechal & Van den Brink 2010

A. Prechal & A. van den Brink, *Methoden van omzetting van EU-recht in Nederlandse recht. Onderzoeksrapport ten behoeve van de Raad van State*, 2010.

Prechal & Van Ooik 2005

A. Prechal & R.H. van Ooik, 'Gevoegde zaken C-387/02; C-391/02; C-403/02 (*Berlusconi e.a.*)', *SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2005-10, p. 443-447.

Prinssen 2004

J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2004.

Radbruch (1950) 1973

G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1973.

Raitio 2008a

J. Raitio, 'The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law', in: U. Bernitz, J. Nergelius & C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 45-73.

Raitio 2008b

J. Raitio, 'Legal Certainty, Non-Retroactivity and Periods of Limitation in EU Law', (2) *Legisprudence* 2008-1, p. 1-24.

Rasmussen 1992

H. Rasmussen, 'Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law', (33) *University of Chicago Legal Forum* 1992, p. 135-178.

Riesenhuber & Domröse 2005

K. Riesenhuber & R. Domröse, 'Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre', *Recht der internationalen Wirtschaft* 2005-1, p. 47-54.

Van Rijn van Alkemade & Uzman 2011

J.M.M. Van Rijn van Alkemade & J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Röcker 2013

I. Röcker, *Die Pflicht Zur Rahmenbeschlusskonformen Auslegung Nationalen Rechts: zur Begründung und Reichweite der Konformauslegungspflicht im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen* (diss. Heidelberg), Heidelberg: Springer 2013.

Van Roermund 1995

B. van Roermund, 'Inleiding. Jean-Jacques Rousseau en zijn politieke filosofie', in: J.-J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag, of Beginselen der staatsinrichting*, Amsterdam: Boom 1995 (*Du contract social ou Principe du droit politique* 1762, vertaald door S. van den Braak en G. van Roermund), p. 9-33.

De Roos 1987

Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten: een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Rosch 1978

E. Rosch, 'Principles of Categorization', in: E. Rosch & B.B. Lloyd (red.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, New Jersey: Lawrence Erlbaum 1978, p. 27-48.

Rousseau (1762) 1995

J.-J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag, of Beginselen der staatsinrichting*, Amsterdam: Boom 1995 (*Du contract social ou Principe du droit politique* 1762, vertaald door S. van den Braak en G. van Roermund).

Rozemond 1999

N. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *Themis* 1999-4, p. 117-130.

Rozemond 2000

N. Rozemond, 'Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam: Sanders Instituut 2000, p. 37-64.

Rozemond 2011

N. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Rozie 2013

J. Rozie, 'Beklaagde Alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het *lex certa*-principe in strafzaken', (76) *Rechtskundig Weekblad* 2013-21, p. 802-817.

Von Savigny 1840

C.F. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Deel I*, Berlin: Veit 1840.

Satzger 2001

H. Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts: eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht* (hab. Passau), Keulen: Heymann 2001.

Satzger 2004

H. Satzger, 'Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz', *Juristische Schulung* 2004-11, p. 943-948.

Satzger 2012a

H. Satzger, *International and European Criminal Law*, München: C.H. Beck 2012.

Satzger 2012b

H. Satzger, 'Le principe de légalité', in: G. Giudicelli-Delage & C. Lazerges (red.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris: Société de législation comparée 2012, p. 85-97.

Satzger 2014

H. Satzger, 'Der europarechtlich bedingte Bedeutungszuwachs der Meistbegünstigungsklausel (§ 2 Abs. 3 StGB)', in: M. Heger, B. Kelker & E. Schramm (red.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2014, p. 407-416.

De Savornin Lohman 2011

B.C. de Savornin Lohman, 'Het Rijnvaarthof en de competentie van de Rijnvaart-gerechten', *Trema* 2011-7, p. 257-260.

Schauer 2009

F. Schauer, *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2009.

Schauer 2011

F. Schauer, 'On the Open Texture of Law', *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Working Paper Series* 2011-35.

Schmidt 1995

M. Schmidt, 'Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden', (59) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1995, p. 569-597.

Scholten 1974

G.J. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Schönfeld 1979

K. M. Schönfeld, *Montesquieu en 'la bouche de la loi'* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979.

Schreiber 1976

H.-L. Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag 1976.

Schröder 2002

C. Schröder, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht. Eine Untersuchung über den Einfluss europäischer Richtlinien gemäss Art. 249 Abs. 3 EGV auf das deutsche Strafrecht* (hab. Osnabrück), Berlin: Walter de Gruyter 2002.

Schünemann 1978

B. Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, Berlin/New York: de Gruyter 1978.

Schutgens 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Schütze 2014

R. Schütze, 'Constitutionalism and the European Union', in: C. Barnard & S. Peers (red.), *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 71-96.

Simons/Pompe 1937

D. Simons/W.P.J. Pompe, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht. Eerste deel: algemeene leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1937.

Smidt & Smidt 1891

H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. (eerste deel)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1891.

Smidt & Smidt 1901

H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. (vijfde deel)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1901.

Smith 2009

C.E. Smith, 'Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding', *Themis* 2009-2, p. 61-71.

Smits & Van Schagen 2009

J.M. Smits & E.A. van Schagen, 'De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 79-88.

Soeteman 1999

A. Soeteman, 'Juridische interpretatie', in: P.W. Brouwer e.a. (red.), *Drie dimensies van recht. Rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 171-184.

Solum 1987

L.B. Solum, 'On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma', (54) *University of Chicago Law Review* 1987, p. 462-503.

Solum 2010

L.B. Solum, 'The interpretation-construction distinction', (27) *Constitutional Commentary* 2010, p. 95-118.

Solum 2015

L.B. Solum, 'The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning', (91) *Notre Dame Law Review* 2015-1, p. 1-78.

Sørensen 2008

K. Engsig Sørensen, 'Pligten til EU-konform fortolkning', in: B. Englund Olsen & K. Engsig Sørensen (red.), *Europæisering af dansk ret*, København: Jurist- og Økonomforbundet 2008, p. 303-336.

Spencer 2002

J.R. Spencer, 'Why is the harmonisation of penal law necessary?', in: A.H. Klip & H. van der Wilt (red.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam: Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences 2002, p. 43-53.

Spencer 2014

J.R. Spencer, 'EU criminal law', in: C. Barnard & S. Peers (red.), *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 751-776.

Spronken & Peristeridou 2009

T.N.B.M. Spronken & C. Peristeridou, 'EHRM 17 september 2009 (*Scoppola tegen Italië*)', *European Human Rights Cases* 2009-12, p. 1351-1397.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht: een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

Stokhof 2012

M. Stokhof, *Taal en betekenis. Een inleiding in de taalfilosofie*, Amsterdam: Boom 2012.

Stolwijk 1986

S.A.M. Stolwijk, 'Artikel 1, eerste lid en het legaliteitsbeginsel', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 159-170.

Strijards 2000

G.A.M. Strijards, 'Neerlands dualisme en zijn strafmacht', *Nederlands Juristenblad* 2000-44, p. 2113-2119.

Suhr 2011

J. Suhr, *Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht und nationale Auslegungsmethodik* (diss. Bucerius Hamburg), Baden-Baden: Nomos 2011.

Suominen 2014

A. Suominen, 'What Role for Legal Certainty in Criminal Law Within the Area of Freedom, Security and Justice in the EU?', (2) *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2014-1, p. 1-31.

Tamanaha 2004

B.Z. Tamanaha, *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Termorshuizen-Arts 2003

M. Termorshuizen-Arts, *Juridische semantiek. Een bijdrage tot de methodologie van de rechtsvergelijking, de rechtsvinding en het juridisch vertalen* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

Tridimas 2006

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Veldt-Foglia 2006

M.I. Veldt-Foglia, 'Berlusconi en het verbod van terugwerkende kracht van een strafbepaling', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2006-4, p. 90-94.

Verheijen 2006

E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie. Naar een beoordelingsschema ter waarborging van karakteristieken van materieel strafrecht in de Europese rechtsruimte* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Verhoeven 2010

M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Preadviezen Jonge VAR), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Vervaele 2006

J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste pijler?', *Delikt en Delinkwent* 2006-6, p. 637-668.

Vervaele 2008

J.A.E. Vervaele, 'The European Community and harmonization of the criminal law enforcement of community policy: ignoti nulla capido?', in: U. Sieber e.a.

- (red.), *Strafrecht und Wirtschaftsrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen* (Tiedemann-bundel), Keulen: Carl Heymans Verlag 2008, p. 1355-1384.
- Vervaele 2011
J.A.E. Vervaele, 'Historische ontwikkeling van het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht: strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 9-38.
- Vervaele 2014a
J.A.E. Vervaele, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento: Università degli Studi di Trento 2014.
- Vervaele 2014b
J.A.E. Vervaele, 'The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?', (15) *Era Forum* 2014-1, p. 85-99.
- Visser 2001
M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.
- Vlemminx & Boekhorst 2000
F.M.C. Vlemminx & M.G. Boekhorst, 'Artikel 93', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 455-465.
- Voermans 2011
W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 3-101.
- Voermans 2009
W.J.M. Voermans, 'De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest', (58) *Ars Aequi* 2009-9, p. 597-600.
- Voermans e.a. 2000
W. J. M. Voermans e.a., *Kwaliteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Een onderzoek naar de kwaliteit van EG-regels en de gevolgen daarvan voor de uitvoering en handhaving binnen Nederland*, Brabant: Onderzoeksschool voor Wetgevingsvraagstukken KUB, i.o.v. het Ministerie van Justitie 2000.
- De Waele 2010
H.C.F.J.A. de Waele, 'The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment', (6) *Hanse Law Review* 2010-1, p. 3-26.
- De Waele & Kieft 2010
H.C.F.J.A. de Waele & I. Kieft, 'De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. De stand van zaken na het arrest Küçükdeveci', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2010-5, p. 170-178.
- Waismann 1945
F. Waismann, 'Verifiability', (19) *Proceedings of the Aristotelian Society* 1945, p. 119-150.
- Waldron 1994
J. Waldron, 'Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues', (82) *California Law Review* 1994, p. 509-540.

Walker 2002

N. Walker, 'The idea of constitutional pluralism', (65) *Modern Law Review* 2002-3, p. 317-359.

Walker 2003

N. Walker, 'Late Sovereignty in the European Union', in: N. Walker (red.), *Sovereignty in transition*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 3-32.

Walz 2010

C. Walz, 'Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien', *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2010-4, p. 482-490.

Weatherill 2011

S. Weatherill, 'The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"', (12) *German Law Journal* 2011-3, p. 827-864.

Wegener & Lock 2005

B.W. Wegener & T. Lock, 'Die Kleinen "hängt" man, die Grossen lässt man laufen? Berlusconi und Niselli – Ungleiche vor dem EuGH', *Europarecht* 2005-6, p. 802-808.

Welzel 1967

H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter 1967.

Weyembergh 2013

A. Weyembergh, 'Approximation of substantive criminal law: The new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors', in: A. Weyembergh & F. Galli (red.), *Approximation of substantive criminal law in the EU: The way forward*, Brussel: Editions de l'Université de Bruxelles 2013, p. 9-33.

Wiarda/Koopmans 1999

J. Wiarda/F.A.J. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding. Vierde druk, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door Mr. T. Koopmans*, Deventer: Kluwer 1999.

Van der Wilt 2002

H. van der Wilt, 'Harmonisatie van strafrecht in Europa: gewogen en te licht bevonden', (77) *Nederlands Juristenblad* 2002-15, p. 747-752.

Van der Wilt 2006

H. van der Wilt, 'Court of Justice of the European Communities. Judgment of 3 May 2005 (*Silvio Berlusconi and Others*), Joint Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02', (2) *European Constitutional Law Review* 2006-2, p. 303-309.

Wintgens 2010

L.J. Wintgens, *Legisprudentie. Opstellen over Recht en Wetgeving*, Brussel: Larcier 2010.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van den Wyngaert, De Smet & Vandromme 2011

C. van den Wyngaert, B. de Smet & S. Vandromme, *Strafrecht & Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2011.

Zimmermann 2015

F. Zimmermann, 'Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union', (3) *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2015-1, p. 1-21.

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen / Europese Unie

- HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*)
- HvJ EG 15 juli 1963, 25/62, ECLI:EU:C:1963:17 (*Plaumann*)
- HvJ EG 15 juni 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*)
- HvJ EG 12 november 1969, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 (*Stauder*)
- HvJ EG 17 december 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 (*Internationale Handelsgesellschaft*)
- HvJ EG 21 maart 1972, 82/71, ECLI:EU:C:1972:20 (*S.A.I.L.*)
- HvJ EG 10 oktober 1973, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Variola*)
- HvJ EG 11 juli 1974, 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*)
- HvJ EG 4 december 1974, 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (*Van Duyn*)
- HvJ EG 8 april 1976, 48/75, ECLI:EU:C:1976:57 (*Royer*)
- HvJ EG 15 december 1976, 41/76, ECLI:EU:C:1976:182 (*Donckerwolcke*)
- HvJ EG 3 maart 1977, 80/76, ECLI:EU:C:1977:39 (*Kerry Milk*)
- HvJ EG 14 juli 1977, 8/77, ECLI:EU:C:1977:131 (*Sagulo*)
- HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmmenthal II*)
- HvJ EG 23 november 1978, 7/78, ECLI:EU:C:1978:209 (*Thompson*)
- HvJ EG 25 januari 1979, 98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*)
- HvJ EG 7 februari 1979, 136/78, ECLI:EU:C:1979:34 (*Auer*)
- HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*)
- HvJ EG 5 april 1979, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (*Ratti*)
- HvJ EG 6 mei 1980, 102/79, ECLI:EU:C:1980:120 (*Commissie/België*)
- HvJ EG 9 juli 1981, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171 (*Gondrand en Garancini*)
- HvJ EG 19 januari 1982, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*)
- HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*)
- HvJ EG 1 maart 1983, 300/81, ECLI:EU:C:1983:50 (*Commissie/Italië*)
- HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*)
- HvJ EG 17 mei 1984, 83/83, ECLI:EU:C:1984:185 (*Estel/Commissie*)
- HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*)
- HvJ EG 25 september 1984, 117/83, ECLI:EU:C:1984:288 (*Könecke*)
- HvJ EG 29 januari 1985, 234/83, ECLI:EU:C:1985:30 (*Gesamthochschule Duisburg*)
- HvJ EG 30 januari 1985, 143/83, ECLI:EU:C:1985:34 (*Commissie/Denemarken*)
- HvJ EG 23 mei 1985, 29/84, ECLI:EU:C:1985:229 (*Commissie/Duitsland*)
- HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*)
- HvJ EG 27 februari 1986, 238/84, ECLI:EU:C:1986:88 (*Röser*)
- HvJ EG 23 april 1986, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts*)
- HvJ EG 9 april 1987, 363/85, ECLI:EU:C:1987:196 (*Commissie/Italië*)

- HvJ EG 11 juni 1987, 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*)
- HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*)
- HvJ EG 22 oktober 1987, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 (*Foto-Frost*)
- HvJ EG 27 januari 1988, 349/85, ECLI:EU:C:1988:34 (*Denemarken/Commissie*)
- HvJ EG 4 februari 1988, 157/86, ECLI:EU:C:1988:62 (*Murphy and others*)
- HvJ EG 13 juli 1989, 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 (*Wachauf*)
- HvJ EG 12 september 1989, 68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (*Griekse mais*)
- HvJ EG 27 maart 1990, 372/88, ECLI:EU:C:1990:140 (*Cricket St. Thomas*)
- HvJ EG 17 mei 1990, 262/88, ECLI:EU:C:1990:209 (*Barber*)
- HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*)
- HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*)
- HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*)
- HvJ EG 12 december 1990, C-172/89, ECLI:EU:C:1990:457 (*Vandemoortele*)
- HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*)
- HvJ EG 2 augustus 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marshall II*)
- HvJ EG 2 augustus 1993, C-366/89, ECLI:EU:C:1993:330 (*Commissie/Italië*)
- HvJ EG 12 oktober 1993, C-37/92, ECLI:EU:C:1993:836 (*Vanacker en Lesage*)
- HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*)
- HvJ EG 3 maart 1994, C-316/93, ECLI:EU:C:1994:82 (*Vaneetveld*)
- HvJ EG 23 februari 1995, C-358/93 en C-416/93, ECLI:EU:C:1995:54 (*Bordessa*)
- HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*)
- HvJ EG 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, ECLI:EU:C:1995:451 (*Sanz de Lera*)
- HvJ EG 29 februari 1996, C-193/94, ECLI:EU:C:1996:70 (*Skanavi en Chrysanthakopoulos*)
- HvJ EG 26 september 1996, C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*)
- HvJ EG 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*)
- HvJ EG 17 oktober 1996, C-64/95, ECLI:EU:C:1996:388 (*Lubella*)
- HvJ EG 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*)
- HvJ EG 12 december 1996, C-74/95 en C-129-95, ECLI:EU:C:1996:491 (*Procura della Repubblica/X*)
- HvJ EG 25 juni 1997, C-304/94, C-330/94, C-342/94 en C-24/95, ECLI:EU:C:1997:314 (*Tombesi*)
- HvJ EG 18 december 1997, C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 (*Inter-environnement Wallonie*)
- HvJ EG 2 april 1998, C-296/95, ECLI:EU:C:1998:152 (*EMU Tabac*)
- HvJ EG 1 oktober 1998, C-209/96, ECLI:EU:C:1998:448 (*Verenigd Koninkrijk/Commissie*)
- HvJ EG 29 oktober 1998, C-230/97, ECLI:EU:C:1998:521 (*Awoyemi*)
- HvJ EG 1 juni 1999, C-319/97, ECLI:EU:C:1999:272 (*Kortas*)
- HvJ EG 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 (*Arblade en Leloup*)
- HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (*Commissie/Nederland*)
- HvJ EG 29 januari 2002, C-162/00, ECLI:EU:C:2002:57 (*Pokrzepowicz-Meyer*)
- HvJ EG 19 september 2002, C-187/01 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87 (*Gözütok en Brüggge*)
- HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*)

- HvJ EG 23 oktober 2003, C-40/02, ECLI:EU:C:2003:584 (*Scherndl*)
- HvJ EG 23 oktober 2003, C-408/01, ECLI:EU:C:2003:582 (*Adidas-Salomon*)
- HvJ EG 7 januari 2004, C-60/02, ECLI:EU:C:2004:10 (*Rolex*)
- HvJ EG 15 januari 2004, C-235/02, ECLI:EU:C:2004:26 (*Saetti en Frediani*)
- HvJ EG 19 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla Fruktindustrier*)
- HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 tot C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*)
- HvJ EG 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707 (*Niselli*)
- HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*)
- HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*)
- HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Rørindustri*)
- HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (*Commissie/Raad: milieustrafrecht*)
- HvJ EG 22 november 2005, C-384/02, ECLI:EU:C:2005:708 (*Grøngaard & Bang*)
- HvJ EG 10 januari 2006, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 (*IATA en ELFAA*)
- HvJ EG 5 mei 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 en C-473/03, ECLI:EU:C:2006:285 (*Mulliez*)
- HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*)
- HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261 (*Advocaten voor de Wereld*)
- HvJ EG 10 mei 2007, C-391/04, ECLI:EU:C:2007:272, NJ 2007/418, m.nt. M.R. Mok (*Georgakis*)
- HvJ EG 7 juni 2007, C-335/05, ECLI:EU:C:2007:321 (*Øízení Letového Provozu*)
- HvJ EG 21 juni 2007, C-259-05, ECLI:EU:C:2007:363 (*Omni Metal Service*)
- HvJ EG 28 juni 2007, C-467/05, ECLI:EU:C:2007:395 (*Dell'Orto*)
- HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*)
- HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625 (*Commissie/Raad: scheepsverontreiniging*)
- HvJ EG 11 december 2007, C-161/06, ECLI:EU:C:2007:773 (*Skoma-Lux*)
- HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*)
- HvJ EG 15 april 2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*)
- HvJ EG 22 mei 2008, C-266/06 P, ECLI:EU:C:2008:295 (*Evonik Degussa/ Commissie en Raad*)
- HvJ EG 3 juni 2008, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*)
- HvJ EG 17 juli 2008, C-66/08, ECLI:EU:C:2008:437 (*Kozłowski*)
- HvJ EG 16 december 2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy*)
- HvJ EG 10 maart 2009, C-345/06, ECLI:EU:C:2009:140 (*Heinrich*)
- HvJ EG 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244 (*VTB-VAB*)
- HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 tot en met C-380/07, ECLI:EU:C:2009:250 (*Angelidaki*)
- HvJ EG 16 juli 2009, C-12/08, ECLI:EU:C:2009:466 (*Mono Car Styling*)
- HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*)
- HvJ EG 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741 (*Kadzoev*)
- HvJ EU 23 december 2009, C-45/08, ECLI:EU:C:2009:806 (*Spector Photo Group*)
- HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Küçükdeveci*)

- HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08, ECLI:EU:C:2010:329 (*Bruno*)
- HvJ EU 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*Strafzaken tegen E en F*)
- HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503 (*Winner Wetten*)
- HvJ EU 29 maart 2011, C-201/09 en C-216/09, ECLI:EU:C:2011:190 (*ArcelorMittal*)
- HvJ EU 29 maart 2011, C-352/09 P, ECLI:EU:C:2011:191 (*ThyssenKrupp Nirosta/Commissie*)
- HvJ EU 31 maart 2011, C-546/09, ECLI:EU:C:2011:199 (*Aurubis Balgaria*)
- HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 (*McCarthy*)
- HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, ECLI:EU:C:2011:583 (*Gueye*)
- HvJ EU 10 november 2011, C-405/10, ECLI:EU:C:2011:722 (*Özlem Garenfeld*)
- HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*)
- HvJ EU 1 maart 2012, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110 (*O'Brien*)
- HvJ EU 26 april 2012, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244 (*DR en TV2 Danmark*)
- HvJ EU 14 juni 2012, C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348 (*ANAFE*)
- HvJ EU 12 juli 2012, C-79/11, ECLI:EU:C:2012:448 (*Maurizio Giovanardi*)
- HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*)
- HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*)
- HvJ EU 14 maart 2013, C-240/12, ECLI:EU:C:2013:173 (*EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais*)
- HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*)
- HvJ EU 3 oktober 2013, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 (*INUIT*)
- HvJ EU 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*)
- HvJ EU 8 april 2014, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*)
- HvJ EU 6 mei 2014, C-43/12, ECLI:EU:C:2014:298 (*Commissie/Parlement en Raad*)
- HvJ EU 10 juli 2014, C-358/13 en C-181/14, ECLI:EU:C:2014:2060 (*Markus D. en G.*)
- HvJ EU 18 december 2014, C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462 (*Somvao*)
- HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 (*Advies over ontwerpakkkoord toetreding tot het EVRM*)
- HvJ EU 12 februari 2015, C-369/13, ECLI:EU:C:2015:85 (*Gielen*)
- HvJ EU 14 april 2015, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 (*Raad/Commissie*)
- HvJ EU 8 september 2015, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*)
- HvJ EU 19 april 2016, C-411/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*)

Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen

- GvEA EG 5 april 2006, T-279/02, ECLI:EU:T:2006:103 (*Evonik Degussa/Commissie*)
- GvEA EG 12 december 2007, T-101/05 en T-111/05, ECLI:EU:T:2007:380 (*BASF en UCB/Commissie*)
- GvEA EG 8 juli 2008, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256 (*AC Treuhand AG/Commissie*)
- GvEA EG 8 oktober 2008, T-69/04, ECLI:EU:T:2008:415 (*Schunk en Schunk Kohlenstoff-Technik/Commissie*)

Gerecht

- Gerecht EU 28 april 2010, T-456/05, ECLI:EU:T:2010:168 (*Gütermann en Zwicky/Commissie*)
- Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, ECLI:EU:T:2012:325 (*Bolloré/Commissie*)
- Gerecht EU 16 september 2013, T-373/10, ECLI:EU:T:2013:455 (*Villeroy & Boch e.a./Commissie*)
- Gerecht EU 27 februari 2014, T-256/11, ECLI:EU:T:2014:93 (*Ezz e.a./Raad*)
- Gerecht EU 11 juli 2014, T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628 (*Sasol/Commissie*)
- Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, ECLI:EU:T:2014:1033 (*Lucchini SpA*)
- Gerecht EU 9 december 2014, T-472/09 en T-55/10, ECLI:EU:T:2014:1040 (*SP/Commissie*)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 8 juni 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, ECLI:NL:XX:1976:AC5818, NJ 1978/224, m.nt. D.H.M. Meuwissen (*Engel/Nederland*)
- EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*)
- EHRM 18 december 1986, 9697/82 (*Johnston en anderen t. Ierland*)
- EHRM 28 maart 1990, 10890/84 (*Groppera Radio/Zwitserland*)
- EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis/Griekenland*)
- EHRM 22 november 1995, 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 11 november 1996, 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*)
- EHRM 25 november 1997, 24348/94 (*Grigoriades/Griekenland*)
- EHRM 22 juni 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (*Coëme e.a./België*)
- EHRM 22 maart 2001, 37201/97 (*K.-H.W./Duitsland*)
- EHRM 22 maart 2001, 34044/96, 35532/97 en 44801/98 (*Streletz, Kessler en Krenz/Duitsland*)
- EHRM 24 januari 2006, 14685/04 (*Penart/Estland*)
- EHRM 10 oktober 2006, 40403/02 (*Pessino/Frankrijk*)
- EHRM 23 november 2006, 73053/01 (*Jussila/Finland*)
- EHRM 3 mei 2007, 11843/03, 11847/03 en 11849/03 (*Custers/Denemarken*)
- EHRM 24 mei 2007, 77193/01 en 77196/01 (*Dragotoni/Roemenië*)
- EHRM 12 juli 2007, 74613/01 (*Jorgic/Duitsland*)
- EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*)
- EHRM 19 september 2008, 9174/02, NJ 2010/65, m.nt. J.M. Reijntjes (*Korbely/Hongarije*)
- EHRM 17 september 2009, 10249/03 (*Scoppola/Italië 2*)
- EHRM 17 mei 2010, 36376/04 (*Kononov/Letland*)
- EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlena/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman
- EHRM 21 oktober 2013, 42750/09 (*Del Río Prada/Spanje*)
- EHRM 16 september 2014, 1660/03 (*Plechkov/Roemenië*)
- EHRM 14 april 2015, 66655/13 (*Contrada/Italië*)

Hoge Raad

- HR 13 januari 1879, W 4330 (*Meerenberg*)
- HR 3 december 1906, W 8468 (*Venlose koppelaarster*)
- HR 23 mei 1921, NJ 1921/564, m.nt. B.M. Taverne (*Diefstal van elektriciteit*)
- HR 6 januari 1936, ECLI:NL:HR:1936:BG9444, NJ 1936/312, m.nt. W.P.J. Pompe (*Landbouwcrisis*)
- HR 28 juni 1960, NJ 1961/196, m.nt. B.V.A. Röling
- HR 26 juni 1962, NJ 1963/12, m.nt. W.P.J. Pompe (*Kousen en sokken*)
- HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, NJ 1980/266
- HR 6 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7463, NJ 1980/475, m.nt. Th.W. Van Veen
- HR 2 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB7967, NJ 1985/796 (*Onbehoorlijk gedrag*)
- HR 30 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9507, NJ 1987/299, m.nt. Th.W. Van Veen
- HR 20 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC1755, NJ 1992/322, m.nt. G. Knigge (*Tilburgse wapenhandelaar*)
- HR 3 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:AB8369, NJ 1992/556 (*Chinese Konijnebouten*)
- HR 19 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9192, NJ 1993/532 (*Rijden zonder Nederlands (maar wel met een Duits) rijbewijs*)
- HR 8 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AC0279, NJ 1994/412 (*Rechter mag formele wet niet toetsen aan Grondwet / lex certa*)
- HR 18 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1297, NJ 1994/743, m.nt. A.H.J. Swart en K.J.M. Mortelmans
- HR 20 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2491, NJ 1996/503, m.nt. G. Knigge
- HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte controles aan de binnengrenzen*)
- HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649, m.nt. D.W.F. Verkade (*Pink Floyd/Rigu Sound*)
- HR 10 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0590, NJ 1997/223
- HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0773, NJ 1998/70, m.nt. A.C. 't Hart
- HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1030, NJ 1998/782, m.nt. A.C. 't Hart
- HR 2 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1313, NJ 1999/554, m.nt. T.M. Schalken
- HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1150, NJ 2000/129
- HR 11 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1900, NJ 2000/606 (*Vernielen vogelnesten*)
- HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Krulsla*)
- HR 10 juli 2001, NJ 2002/482, m.nt. G. Knigge
- HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471, NJ 2002/559, m.nt. J.M. Reijntjes, AAe 2002/99, m.nt. Y. Buruma (*Decembermoorden*)
- HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7737, NJ 2002/569
- HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1336, NJ 2002/627
- HR 23 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL4343
- HR 2 november 2004, NJ 2005/80, m.nt. E.A. Alkema (*Verplichte rusttijden*)
- HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4900, JM 2005/48, m.nt. J.R.C. Tieman

- HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6579, *JM* 2005/37, m.nt. F.A.J. Koopmans
- HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435
- HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, *NJ* 2005/458
- HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3643
- HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9224, *NJ* 2008/207, m.nt. P.A.M. Mevis
- HR 21 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3477
- HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4087, *NJ* 2007/95
- HR 6 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY6713, *NJ* 2008/467, m.nt. F.G.H. Kristen (*Cardio Control*)
- HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, *AB* 2007/291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Vierdaagse*)
- HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7923, *NJ* 2008/16
- HR 4 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5377
- HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3139, *AB* 2008/214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven
- HR 16 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8651, *NJ* 2008/512
- HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301
- HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7097 / ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), *NJ* 2010/598, m.nt. Y. Buruma
- HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, *NJ* 2010/655, m.nt. N. Keijzer
- HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN9287, *NJ* 2012/62, m.nt. N. Keijzer
- HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2620
- HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2551, *JOR* 2011/294, m.nt. G.T.J. Hoff
- HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, *NJ* 2012/78, m.nt. N. Keijzer
- HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP7858, *NJ* 2012/46
- HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1481
- HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988
- HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5178, *NJ* 2012/656, 657 en 658, m.nt. N. Keijzer bij *NJ* 2012/658
- HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3332, *NJ* 2013/51, m.nt. P.A.M. Mevis, *AB* 2012/360, m.nt. R. Ortlep
- HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, *AB* 2012/367, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Thuiskopie*)
- HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, *NJ* 2013/266, m.nt. M.J. Borgers
- HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *NJ* 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron*)
- HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3791
- HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:6, *JOR* 2013/179, m.nt. J. Italianer
- HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, *NJ* 2015/443, m.nt. A.H. Klip
- HR 9 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2012:BX4096, *NBSTRAF* 2012/388, m.nt. T.J. Kelder
- HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1564
- HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1571
- HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, *NJ* 2014/268, m.nt. T.M. Schalken

- HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, *NJ* 2014/303, m.nt. N. Keijzer
- HR 7 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2913, *NJ* 2014/500, m.nt. N. Keijzer

Gerechtshoven

- Hof Den Haag 3 februari 1989, ECLI:NL:GHSGR:1989:AB8303, *NJ* 1989/541
- Hof Den Bosch 1 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU2846
- Hof Amsterdam 12 juli 2005, *JOR* 2005, 298, m.nt. M. Nelemans (*Cardio Control*)
- Hof Den Haag 14 december 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU8804
- Hof Arnhem 14 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AX5876
- Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC7973, *JOR* 2008/199, m.nt. F.G.H. Kristen (*Landis*)
- Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC9108
- Hof Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH1789, *NJ* 2010/443, m.nt. J.M. Reijntjes
- Hof Den Haag 17 juli 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL2281
- Hof Den Haag 22 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0298
- Hof Arnhem 4 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM7073, 2010/31, m.nt. red.
- Hof Den Bosch 17 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7215 (*Chinese horeca*)
- Hof Den Bosch 8 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3510 / ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3514 / ECLI:NL:GHSHE:2011:BP3516
- Hof Arnhem 24 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ5789
- Hof Arnhem 11 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW4397
- Hof Amsterdam 29 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4352
- Hof Den Haag 21 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:868 / ECLI:NL:GHSHE:2014:880 / ECLI:NL:GHSHE:2014:884
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3361

Rechtbanken

- Rb Breda 1 oktober 1985, ECLI:NL:RBBRE:1985:AB7740, *NJ* 1986/114
- Rb Arnhem 28 juli 1987, ECLI:NL:RBARN:1987:AC9950, *NJ* 1988/736
- Rb Rotterdam 10 maart 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA5069
- Rb Haarlem 28 augustus 2002, ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6898 en ECLI:NL:RBHAA:2002:AE6899
- Rb Maastricht 4 december 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9731 / ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9763 / ECLI:NL:RBMAA:2003:AN9779, *JAF* 2003/77
- Rb Amsterdam 3 december 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AR6884 en ECLI:NL:RBAMS:2004:AR6888, *JOR* 2005/13
- Rb Amsterdam 11 februari 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AS5811, *JOR* 2005/74, m.nt. F.G.H. Kristen
- Rb Amsterdam 19 januari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AU9945
- Rb Amsterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX6429 / ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3111

- Rb Den Bosch 7 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3893 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3896 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3897 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3903 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3905 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3934 / ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ3935, JGR 2007/1 en 2007/2, m.nt. M. Claessens
- Rb Rotterdam 6 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2696
- Rb Rotterdam 20 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC0861, JOR 2008/46, m.nt. M. Nelemans
- Rb Amsterdam 31 oktober 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG4853
- Rb Amsterdam 3 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI0007, JOR 2009/167, m.nt. M. Nelemans & V.S.Y. Liem
- Rb Amsterdam 3 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI0034
- Rb Rotterdam 10 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM4602
- Rb Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985
- Rb Rotterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0161
- Rb Rotterdam 7 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4360
- Rb Haarlem 10 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW4887
- Rb Maastricht 22 maart 2012, ECLI:NL:RBMAAS:2012:BV9705
- Rb Rotterdam 4 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5680, NJ 2012/371
- Rb Arnhem 24 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW6709
- Rb Arnhem 24 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW6488
- Rb Arnhem 24 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW6504
- Rb Rotterdam 29 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY4960
- Rb Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679
- Rb Limburg 14 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1324
- Rb Zeeland West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911
- Rb Rotterdam 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8831

Bundesverfassungsgericht (Duitsland)

- BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*)
- BVerfG 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*)
- BVerfG 12 oktober 1993, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*)
- BVerfG 30 juni 2009, BVerfGE 2, 08 (*Lissabon*)

Bundesgerichtshof (Duitsland)

- BGH 1 februari 1962, NJW 1963/748 (*EURATOM-Geheimnisse als Gegenstand verräterische Beziehungen*)
- BGH 7 november 1983, NJW 1984/657 (*Nicht geringe Menge von Betäubungsmitteln*)

Højesteret (Denemarken)

- Højesteret 14 mei 2009, 219/2008

Curriculum vitae

Judit Altena-Davidsen (Leiden, 1984) studeerde Religiewetenschappen en Nederlands Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. In 2009 stapte zij over naar de Universiteit Leiden voor de master Rechtsgeleerdheid, afstudeer-richting straf- en strafprocesrecht. Vanaf september 2010 was zij als promovendus verbonden aan de afdeling straf- en strafprocesrecht van de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid. In het kader van haar promotieonderzoek verbleef zij enige tijd als gastonderzoeker aan de Universiteit van Bergen (Noorwegen). Sinds april 2016 is zij werkzaam in Leiden als universitair docent straf- en strafprocesrecht.

Judit Altena-Davidsen is sinds 2011 lid van de deelredactie Europees Strafrecht van *Delikt & Delinkwent* en verzorgt in die hoedanigheid tweemaal per jaar de Rubriek Europees Strafrecht.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2015 en 2016 verschenen:

- MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2015, ISBN 978 94 6290 031 8
- MI-241 A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, ISBN 978 90 1312 911 3
- MI-242 F.G. Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014
- MI-243 C. Wang, *Essays on trends in income distribution and redistribution in affluent countries and China* (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6108 895 6
- MI-244 J. Been, *Pensions, Retirement, and the Financial Position of the Elderly*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2014, ISBN 978 94 6108 942 7
- MI-245 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *De meerpartijenovereenkomst*, BWKJ nr. 29, Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 9013 13 106 2
- MI-246 C. Vernooij, *Levenslang en de strafrechter. Een onderzoek naar de invloed van het Nederlandse gratiebeleid op de oplegging van de levenslange gevangenisstraf door de strafrechter* (Jongbloed scriptieprijs 2014), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9001 563 2
- MI-247 N. Tezcan, *Legal constraints on EU member states as primary law makers. A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey's Accession*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 828 8
- MI-248 S. Thewissen, *Growing apart. The comparative political economy of income inequality and social policy development in affluent countries*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6233 031 3
- MI-249 W.H. van Boom, *'Door meten tot weten'. Over rechtswetenschap als kruispunt*, (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2015, ISBN 978 94 6290 132 2
- MI-250 G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: BoxPress 2015, ISBN 978 94 6295 285 0
- MI-251 S.C. Huis, *Islamic Courts and Women's Divorce Rights in Indonesia. The Cases of Cianjur and Bulukumba*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 865 3
- MI-252 A.E.M. Leijten, *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 864 6
- MI-253 O.A. Haazen, *Between a Right and a Wrong. Ordinary Cases, Civil Procedure, and Democracy*, (oratie Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, ISBN 978 90 8555 099 0
- MI-254 A. Marrone, *The Governance of Complementary Global Regimes and the Pursuit of Human Security. The interaction between the United Nations and the International Criminal Court*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015
- MI-255 M. Dubelaar, R. van Leusden, J. ten Voorde & S. van Wingerden, *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro-formazittingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 156 8
- MI-256 Y. Li, *Inter-creditor Equity in Sovereign Debt Restructuring. Towards the Establishment of a Multilateral Legal Framework*, (diss. Leiden) Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, ISBN 978 90 8555 103 4
- MI-257 M.A.K. Klaassen, *The right to family unification. Between migration control and human rights* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 945 2
- MI-258 J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 973 5
- MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0

- MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 670 1
- MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 725 5
- MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, ISBN 978 94 6290 235 0
- MI-263 W. Wels, *Dead body management in armed conflict: paradoxes in trying to do justice to the dead*, (Jongbloed scriptieprijs 2015), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9003 825 9
- MI-264 E.A. Fredericks, *Contractual Capacity in Private International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-265 J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality*, Research Report, Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 687 9
- MI-266 B.E.E.M. Cooreman, *Addressing global environmental concerns through trade measures: Extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016
- MI-267 J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), [z.p.]: [z.u.] 2016, ISBN 978 90 8219 685 6
- MI-268 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 885 6

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek