

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

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 ontfeggen, 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 minimeisen 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 wetswijzigingen 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.