

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

## 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 fundamenten 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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 terugwerkende 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 strafrechtsstelsels. 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.<sup>4</sup> 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, 'zoovels zoovele harer zusteren, met dat recht [het Romeinse recht, JGHA] alleen de Latijnsche taal gemeen'.<sup>5</sup> 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'.<sup>6</sup> Naar heersende opvatting kan in het Romeinse recht, noch in het recht van de Middeleeuwen, het legaliteitsbeginsel worden gevonden zoals wij dat nu verstaan.<sup>7</sup>

In de Klassieke Oudheid zijn uitgangspunten waarneembaar die, indien gezien 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> zowel in de tijd van de Republiek als het Romeinse Keizerrijk.<sup>11</sup> Daarnaast kon het verbod van terugwerkende kracht door de wetgever opzij worden geschoven, hoewel daarvan uit de praktijk slechts weinig voorbeelden voorhanden zijn.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Van een analogieverbod of algemene grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid was niettemin vooralsnog geen sprake.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

---

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 machtsverdeling

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 fundamentele principes 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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'.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> Welke van die staatsvormen het beste is, is volgens Montesquieu afhankelijk van een veelheid aan omgevingsfactoren, bijvoorbeeld het klimaat.<sup>25</sup> 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,<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> 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'.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Ook het tegengaan van willekeur, volgens Melai de belangrijkste drijfveer van Montesquieu, is een onderdeel van het streven naar politieke vrijheid.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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.'<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> Sowieso werden in het contractsdenken van Rousseau en Beccaria de wetten beschouwd als door mensen gemaakt:<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> De uitspraak van de rechter mag volgens Montesquieu niets anders behelzen dan wat letterlijk in de wet staat.<sup>45</sup> Het wetspositivisme was bij Beccaria nog zichtbaarder: alleen de wetten kunnen straffen bepalen.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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.'<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> Ook Montesquieu staat noodzakelijk voor heldere wetten, omdat daarmee de willekeur en eigen macht van rechters wordt beperkt.<sup>51</sup> Waar hij het heeft over binding van de rechter aan de wet, komt terloops aan de orde dat het gaat om 'nauwkeurig geformuleerde' wetten.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> Groenhuijsen vindt voor die opvatting steun bij Schönfeld.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> Daarbij zou Montesquieu zich heel goed bewust zijn van de noodzaak tot interpreteren, het is voor hem niettemin een politiek streven.<sup>58</sup>

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.<sup>59</sup> 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'.<sup>60</sup> De argumenten daarvoor vond hij in de leer van machtenscheiding die hij van Montesquieu had overgenomen.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup>

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 machtenscheiding: 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 prominentere 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.<sup>63</sup> Zij kunnen immers nooit een *tranquilité 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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> Dit wetsbegrip wordt gedeeld door Rousseau en Beccaria.<sup>66</sup> Als een regel wordt geformuleerd die van toepassing is op zaken uit het verleden, zijn feit en subject niet meer herhaalbaar en verwisselbaar.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup>

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).<sup>73</sup> Op deze beginselen kunnen geen uitzonderingen worden gemaakt.<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup>

---

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.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Het werd nog steeds gezien als dienstig aan het verwezenlijken van vrijheid en de rechtsstaat,<sup>81</sup> maar daarnaast werd soms verwezen naar het schuldbeginsel als grondslag.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup> De geschreven wet werd volgens Schreiber niettemin als superieur beschouwd.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup> 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.'<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup>

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<sup>e</sup> 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.<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup> 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?'<sup>96</sup> Met name de eerste preadviseur, Hooykaas, beantwoordde deze volmondig bevestigend. De kritiek op het legaliteitsbeginsel is echter geenszins onweersproken gebleven.<sup>97</sup>

De tweede oorzaak voor een hernieuwde discussie over het legaliteitsbeginsel was de opkomst van sociaaleconomische wetgeving.<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup>

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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

Niettemin wakkerde de oorlog ook sentimenten tegen het legaliteitsbeginsel aan.<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> 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 beschaafde volken worden erkend' worden uitgezonderd van het eerste lid. Daarmee werd beoogd de naoorlogse rechtspleging te legitimeren.<sup>107</sup>

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.<sup>108</sup> Drie belangrijke pijlers kunnen daaruit worden gededtillieerd: 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 verworden 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 fundamenteën.

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.<sup>109</sup> Vage randen van het strafrecht perken de vrijheid van burgers verder in dan strikt noodzakelijk.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup> 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.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup> Om de vrijheid en autonomie van burgers te waarborgen, moet het recht burgers beschermen tegen 'excessieve machtsuitoefening door de overheid'.<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup>

Door het bieden van rechtszekerheid en door het verdelen van macht kan het legaliteitsbeginsel bijdragen aan het verwezenlijken van vrijheid en autonomie van burgers.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> 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 fundamenten worden herleid tot de rechtszekerheidsgedachte.<sup>122</sup> 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 machtenscheiding 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.<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup> Objectieve rechtszekerheid is een voorwaarde voor subjectieve rechtszekerheid, die zowel door Loth als Brouwer voorop wordt gesteld.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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.<sup>127</sup>

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.<sup>128</sup> 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.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> 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.<sup>131</sup>

---

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.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> 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.<sup>134</sup> 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.<sup>135</sup> 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.<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup> Bovendien brengt hij in stelling dat de macht ook verticaal zou worden verdeeld, waardoor machtsconcentratie nog verder wordt bemoeilijkt.<sup>140</sup>

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.<sup>141</sup> 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.<sup>142</sup> 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 RECHTSPPOSITIVISTISCHE 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.<sup>143</sup> Deze twee concepties komen grofweg overeen met een continentale of Romaans-Germaanse versus een *common law* of Angelsaksische benadering van legaliteit.<sup>144</sup> De rechtenconceptie is aanvankelijk geformuleerd als aanvulling op de rechtspositivistische conceptie, en niet zozeer als alternatief daarvoor.<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup> 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.'<sup>147</sup> 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*).<sup>148</sup> Als het ideaal van de *rights conception* wordt bereikt, dan is de samenleving ook rechtvaardig, omdat het legaliteitsbeginsel het waarborgen van rechten veronderstelt.<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup> 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.<sup>151</sup>

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.<sup>152</sup> 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.<sup>153</sup> 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.<sup>154</sup>

#### 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.<sup>155</sup> Hij heeft tevens de ideeën van Dworkin vertaald naar de context van het materiële strafrecht.<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup> 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.<sup>158</sup> 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.'<sup>159</sup>

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.<sup>160</sup> 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.<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup> 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 poogde haar te verkrachten.<sup>163</sup> 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).'<sup>164</sup>

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.<sup>165</sup> 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.<sup>166</sup> 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.<sup>167</sup> 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.<sup>168</sup> 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.<sup>169</sup> 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.<sup>170</sup> 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.<sup>171</sup> 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.<sup>172</sup>

#### 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.<sup>173</sup> 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',<sup>174</sup> volgens 't Hart gaat het om een afweging van het instrumentele en rechtsbeschermende aspect van het strafrecht.<sup>175</sup> 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.<sup>176</sup> 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).<sup>177</sup> 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-

---

<sup>176</sup> Expliciet in die zin Peristeridou 2015, p. 166.

<sup>177</sup> Brouwer 2008b, p. 259.

de regels in het leven worden geroepen door een daartoe bevoegde autoriteit.<sup>178</sup>

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.<sup>179</sup> 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.'<sup>180</sup> 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.'<sup>181</sup> 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.<sup>182</sup> 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 inroepen. 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.

