

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

7 | Het verbod van terugwerkende kracht in het Europees strafrecht

7.1 INLEIDING

Artikel 1 Sr brengt het verbod van terugwerkende kracht tot uitdrukking. Dit verbod is relevant zowel voor de wetgever als voor de rechter. Een strafbepaling mag alleen worden toegepast op feiten die zich hebben voorgedaan na het bekendmaken en in werking treden van de strafbepaling. Aan anterieure feiten mogen voor de burger geen negatieve strafrechtelijke consequenties worden verbonden. Het retroactiviteitsverbod kan worden gerelateerd zowel aan het rechtszekerheidsbeginsel als aan staatkundige machtsverdeling. Ten eerste moeten burgers op de wet kunnen vertrouwen en daaraan een redelijke mate van zekerheid kunnen ontlenuen over welke gedragingen strafbaar zijn en welke niet. Op die manier wordt de individuele autonomie gewaarborgd.¹ Daarnaast kan worden gewezen op de machtsverdeling: de wetgever heeft tot taak het stellen van algemene regels, de rechter moet ze toepassen. Een regel die wordt toegepast op anterieure feiten bevat, zoals Groenhuijsen en Melai het formuleren, een 'onvoorwaardelijk rechtsoordeel in concreto'.² Een concrete gedraging die reeds heeft plaatsgevonden wordt dan *ex post facto* een strafbaar feit.

Het retroactiviteitsverbod staat niet wezenlijk ter discussie en is daarom voor dit onderzoek niet de meest interessante norm. In paragraaf 7.2 komt de vraag aan de orde wat in het strafrecht de hoofdregel is ter zake van het bepalen van het relevante recht: is dat het recht zoals het gold ten tijde van het plegen van het delict, of zoals het gold ten tijde van de berechting? Het antwoord op die vraag heeft gevolgen voor de verhouding tussen het verbod van terugwerkende kracht en het in het volgende hoofdstuk te bespreken mildheidsgebod, dat kan leiden tot toepassing met terugwerkende kracht van een *mildere* strafwet. Bovendien wordt uiteengezet welke vragen moeten worden beantwoord bij toepassing van het verbod van terugwerkende kracht.

In paragraaf 7.3 kijk ik naar de toepassing van het verbod van terugwerkende kracht op normen van Europees recht en op omzettingswetgeving. Daarnaast komt de relevante rechtspraak van het EHRM aan de orde. De wijze waarop Nederland omgaat met deze Europese normen komt niet apart aan

1 Ashworth & Horder 2013, p. 57.

2 Melai 1969, p. 12; Groenhuijsen 2002, p. 37.

bod in dit hoofdstuk, aangezien er in de literatuur noch jurisprudentie aanwijzingen zijn dat de meerlagigheid van het Europees strafrecht op dit punt vragen oproept. Omzettingwetgeving wordt niet toegepast op feiten vóór de inwerkingtreding daarvan gepleegd.

Het hoofdstuk sluit af met een deelconclusie in paragraaf 7.4.

7.2 HET VERBOD VAN TERUGWERKENDE KRACHT NADER BESCHOUWD

In deze paragraaf zal eerst in algemene zin de verhouding tussen de verschillende normen van strafrechtelijk overgangsrecht worden besproken. Op die verhouding bestaan twee contrasterende visies. In de tweede subparagraaf wordt besproken wanneer sprake is van terugwerkende kracht van strafbepalingen.

7.2.1 Wat is regel en wat is uitzondering in het strafrechtelijk overgangsrecht?

Het verbod van terugwerkende kracht verbiedt bestraffing wegens een gedraging die ten tijde van het begaan ervan niet strafbaar was. Het mildheidsgebod bepaalt (voor zover hier relevant) dat veranderingen in de wetgeving posterieur aan het begaan van de gedraging met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast, voor zover ze voor de verdachte gunstig zijn. Schröder beschrijft twee mogelijke visies op het strafrechtelijk overgangsrecht, die leiden tot verschillende opvattingen over de verhouding tussen het retroactiviteitsverbod en het mildheidsgebod. De eerste visie gaat ervan uit dat in het strafrecht, net zoals in de meeste rechtsgebieden, zaken beoordeeld worden op basis van het *ten tijde van de uitspraak* geldende recht. In dat geval vormt het retroactiviteitsverbod een afwijking van het uitgangspunt. In de andere visie is de veronderstelling dat in het strafrecht het geldende recht *ten tijde van het plegen* centraal moet staan.³ In dat geval is toepassing van een latere, mildere wet een afwijking van de standaard. De eerste opvatting wordt door een minderheid van auteurs verdedigd. Deze visie heeft volgens Schröder tot gevolg dat alle wetwijzigingen die sinds het begaan van de gedraging plaats hebben gevonden automatisch worden betrokken in de beoordeling van het geval. Iedere wetwijziging die maar gunstig kan zijn voor de verdachte, wordt als vanzelfsprekend meegenomen in de beoordeling, want de rechter neemt de ten tijde van de uitspraak geldende stand van het recht tot uitgangspunt. Een rechter kan het oude recht niet meer toepassen, omdat het nieuwe recht ervoor in de plaats is gekomen. Het mildheidsgebod is daar strikt genomen niet eens

3 Schröder 2002, p. 254-260.

meer voor nodig.⁴ Een uitzondering daarop zijn striktere strafwetten, die alleen kunnen worden toegepast op na hun inwerkingtreding begane gedragingen. Het retroactiviteitsverbod is in deze visie uitzondering op de regel. Het meerderheidsstandpunt in de Duitse literatuur is evenwel dat het moment waarop de gedraging is begaan bepalend is voor het toepasselijke recht. In dat geval is het mildheidsgebod een uitzondering op dat uitgangspunt.⁵ Aan die uitzondering kunnen voorwaarden worden verbonden. Het mildheidsgebod is daarmee voorwerp van een rechtsvindingsvraagstuk.⁶ Deze visie hangt niet noodzakelijk samen met een bepaalde reikwijdte van het mildheidsgebod.⁷

Deze verschillende opvattingen zijn ook in de Nederlandse literatuur te herkennen. Keijzer stelt dat het criterium van het gewijzigd inzicht worden losgelaten ten gunste van een standaardtoepassing van de nieuwe wet. De burger moet bij zijn berechting vertrouwen kunnen stellen op de dan geldende wet, zeker als daar voor hem aanspraken uit voortvloeien. Uitzondering op de regel is niet het mildheidsgebod, maar juist het verbod van terugwerkende kracht. Het verbod van terugwerkende kracht stelt een aanvullende eis, namelijk dat de strafbepaling óók al bestond ten tijde van het plegen van het feit.⁸ De Hullu hangt de tegengestelde visie aan. Volgens hem zag de wetgever het mildheidsgebod als een uitzondering op de regel dat strafrechtelijke bepalingen geen terugwerkende kracht kunnen hebben.⁹ Hij signaleert dat de wetgever ook bij het tot stand komen van het wetboek al geen absolute toepassing van artikel 1 lid 2 Sr voorstond.¹⁰ De Hullu pleit voor afschaffing van de algemene regel van overgangsrecht en stelt dat uitzonderingen door de wetgever moeten worden geformuleerd in overgangsrechtelijke bepalingen. Het uitgangspunt moet volgens hem zijn dat het recht wordt toegepast zoals het gold ten tijde van het begaan van de gedragingen.¹¹ De Hoge Raad heeft expliciet gesteld dat het uitgangspunt is dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt bepaald door het recht zoals het gold ten tijde van het plegen van het feit.¹² Daarmee biedt hij volgens Schröder veel ruimte aan inperkingen van de terugwerkende kracht van voor de verdachte gunstige wetswijzigingen, omdat die uitzondering op de regel is.

4 Schröder 2002, p. 257.

5 Zie voor een voorbeeld daarvan Satzger 2014, p. 407.

6 Schröder 2002, p. 259; Knigge 1984, p. 482-484; en ook De Hullu gebruikt die typering voor het rechterlijk oordeel over de terugwerkende kracht, De Hullu 2015, p. 135.

7 Zie over diverse opvattingen over de reikwijdte van het mildheidsgebod paragraaf 8.2.1.

8 Keijzer in zijn annotatie bij HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78.

9 De Hullu 2015, p. 130; Zo ook Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1987, p. 416-417; Kelk/de Jong 2013, p. 136.

10 De Hullu 2015, p. 131.

11 De Hullu 2015, p. 135-137.

12 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.2. In die zin ook Spronken & Peristeridou 2009; Gross 2005, p. 373; Schröder 2002, p. 254-255.

De visie van de Hoge Raad is mijns inziens de juiste. De rechtszekerheids-gedachte die aan het legaliteitsbeginsel en aan het overgangsrecht ten grondslag ligt, duidt er mijns inziens op dat de gedraging moet worden beoordeeld aan de hand van het op het moment van die gedraging geldende recht. Het belang van rechtszekerheid is, zo is besproken in hoofdstuk 2, gelegen in het waarborgen van en het respect voor de vrijheid van individuen. Individuen moeten daarom hun gedragingen kunnen afstemmen op de strafwet. Datzelfde volgt uit het verbod van willekeur. Wanneer twee mensen gelijktijdig een vergelijkbare gedraging begaan, moet de strafbaarheid daarvan niet afhankelijk zijn van de voortvarendheid van de strafprocedure waarin deze centraal staat. Dat maakt dat op grond van het rechtszekerheidsbeginsel een beoordeling van het geldende recht ten tijde van de gedraging het meest zuiver is als uitgangspunt voor het overgangsrecht. De term ‘verbod van terugwerkende kracht’ is dan in wezen te ruim: het betreft slechts een verbod strafbepalingen toe te passen op gedragingen die ten tijde van het begaan ervan niet strafbaar waren, niet een algemeen verbod op retroactieve toepassing van strafbepalingen. Knigge wijst erop dat artikel 1 lid 2 Sr eerder moet worden gezien als een aanvulling en een herhaling dan als een uitzondering op dit uitgangspunt.¹³ Het mildheidsgebod staat namelijk nooit toepassing van een norm toe terwijl dit in strijd met het verbod op terugwerkende kracht is. Op het moment dat de gedraging ten tijde van het plegen strafbaar was, en de wet gewijzigd is ten tijde van de berechting, komen twee normen in aanmerking voor toepassing, die in geen van beide gevallen leidt tot schending van het verbod van terugwerkende kracht. Het mildheidsgebod is in die situatie een conflictnorm die aanwijst welke van deze twee normen zal worden toegepast.

7.2.2 De toepassing van het verbod van terugwerkende kracht

Bij de toepassing van het verbod van terugwerkende kracht moet een aantal vragen worden beantwoord, die door Peristeridou helder zijn beschreven.¹⁴ De eerste is op welk moment het feit gepleegd wordt. Dat is met name bij voortdurende delicten van belang: het iemand wederrechtelijk van zijn vrijheid beroofd houden (art. 282 lid 1 Sr) kan bijvoorbeeld jaren duren, en in dat geval is de vraag of de wet zoals die gold bij aanvang van de vrijheidsberoving, of de wet zoals die gold bij het beëindigen daarvan moet worden toegepast. Enkele van de geharmoniseerde delicten, zoals witwassen en mensenhandel, kunnen voortdurende delicten zijn. De tweede vraag is vanaf wanneer een wet in werking is getreden. Hiervoor zijn relevant de normen omtrent publicatie van wetgeving. De derde vraag is op welke normen het verbod van terug-

13 Knigge 1984, p. 313-314, 407-409; Knigge 1986, p. 171, hierin gevolgd door Kooijmans, Kooijmans 2006, p. 990. In die zin ook Dannecker 2006, p. 314, met verdere verwijzingen.

14 Peristeridou 2015, p. 190-195.

werkende kracht van toepassing is. Hierbij kan net als ten aanzien van het mildheidsgebod een formele en een materiële leer worden onderscheiden. In een formele leer is het retroactiviteitsverbod alleen van toepassing op strafbepalingen, terwijl in een materiële leer alle normen die de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid beïnvloeden onder het verbod vallen. In de volgende paragraaf zal worden onderzocht hoe deze vragen worden beantwoord in het Europees recht.

7.3 HET VERBOD VAN TERUGWERKENDE KRACHT IN HET EUROPEES RECHT

Ten aanzien van het verbod van terugwerkende kracht moet worden onderscheiden tussen de vraag of EU-wetgeving zelf terugwerkende kracht kan hebben, en of omzettingwetgeving dat kan hebben. Beide vragen worden in deze paragraaf beantwoord. Bovendien komt kort de EVRM-rechtspraak aan de orde. Die is met name relevant omdat daarin een kader wordt geschetst voor de mogelijke toepassing met terugwerkende kracht van strafbepalingen op voortdurende delicten, een thema dat door het Hof van Justitie nog niet is geregeld.

7.3.1 Terugwerkende kracht van Europese regelgeving

De regel in het Europees recht is dat wetgevingshandelingen kunnen worden toegepast op feiten en situaties die zich hebben voorgedaan na de dag dat zij in werking zijn getreden. Het Europees recht kan pas worden ingeroepen nadat het is gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie, en wel in de officiële taal van de lidstaat van de adressaat.¹⁵ Doorgaans bevatten richtlijnen en verordeningen zelf een bepaling met de datum van inwerkingtreding. Waar dat niet zo is, treden ze in werking op de twintigste dag na publicatie.¹⁶ Het aanknopingspunt voor een 'voorafgegane strafbepaling' is in het Europees recht dus de datum van inwerkingtreding zoals voorzien in de wetgevingshandeling zelf of zoals bepaald in artikel 297 van het werkingsverdrag. Richtlijnen zijn volgens vaste rechtspraak wel ook van toepassing op onder de oude regeling ontstane situaties, tenzij ze nadelige gevolgen hebben voor individuen.¹⁷ In het strafprocesrecht geldt dit evenzo.¹⁸

15 HvJ EG 11 december 2007, C-161/06, ECLI:EU:C:2007:773 (*Skoma-Lux*), r.o. 32-38.

16 Art. 297 lid 1 VWEU.

17 HvJ EG 29 januari 2002, C-162/00, ECLI:EU:C:2002:57 (*Pokrzeptowicz-Meyer*), r.o. 50; HvJ EU 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08, ECLI:EU:C:2010:329 (*Bruno*), r.o. 53; HvJ EU 1 maart 2012, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110 (*O'Brien*), r.o. 25.

Hoewel in het Europees recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, is het verbod van terugwerkende kracht in strafzaken toch van betekenis. Volgens het Hof van Justitie treft dit verbod namelijk niet alleen strafbepalingen zelf, maar ook andere rechtshandelingen die mede ten grondslag kunnen worden gelegd aan een strafrechtelijke veroordeling. Daarvoor geldt niet de maatstaf van het gerechtvaardigd vertrouwen, maar geldt het verbod van terugwerkende kracht ongeclausuleerd. Een voorbeeld daarvan is het arrest *Strafzaken tegen E en F*, waarin het niet ging om terugwerkende kracht van een strafbepaling zelf, maar van een besluit van de Raad.¹⁹ In dit geval was dat een besluit tot plaatsing van een organisatie op een lijst van bij terroristische daden betrokken personen, groepen en entiteiten op grond van Verordening 2580/2001.²⁰ Het besluit was aanvankelijk genomen zonder motivering en daarom in beginsel ongeldig (hoewel de geldigheid niet daadwerkelijk was aangevochten en het besluit dus in stand was gebleven). Later werd een tweede besluit vastgesteld waarin wel een motivering werd gegeven voor de plaatsing, en de vraag was of dit besluit kon bijdragen aan de vervolging van de verdachten over de periode voorafgaand aan het uitvaardigen ervan. Volgens het Hof is dit in strijd met 'het beginsel van niet-terugwerkende kracht van bepalingen die de grondslag kunnen vormen voor een [...] strafrechtelijke vervolging.'²¹ Deze formulering is algemeen, en bovendien duidelijk ruimer dan die in de oudere rechtspraak waarin het Hof sprak van de terugwerkende kracht van *strafbepalingen*.²² Ten aanzien van de reikwijdte van het verbod van terugwerkende kracht geldt dus een *materiële leer*: niet alleen strafbaarstellingen zelf, maar ook andere bepalingen die de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid beïnvloeden, mogen niet met terugwerkende kracht worden toegepast. In de meeste gevallen is terugwerkende kracht van Europees recht in zichzelf wel toelaatbaar, zolang dit niet leidt tot aansprakelijkstelling met terugwerkende kracht. Verordeningen en richtlijnen die niet zelfstandig de basis vormen voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling kunnen

18 In het arrest *Kadzoev* bepaalde het Hof van Justitie dat de Terugkeerrichtlijn direct na het verlopen van de omzettingsdeadline moest worden toegepast op alle inbewaringstellingen, ook als die waren aangevangen voor het verlopen van de deadline, zie HvJ EG 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741 (*Kadzoev*). In HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3791 verwijst de Hoge Raad niet naar dit arrest, maar casseert hij in lijn daarmee een arrest van het hof omdat niet aan de Terugkeerrichtlijn was voldaan, terwijl op het moment dat het hof arrest wees de omzettingstermijn nog niet was verstreken. In Nederland kunnen immers wetswijzigingen tot in cassatie nog leiden tot een andere beoordeling van de zaak, zie HR 26 juni 1962, NJ 1963/12, m.nt. W.P.J. Pompe (*Kousen en sokken*); HR 6 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7463, NJ 1980/475, m.nt. Th.W. Van Veen.

19 HvJ EU 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*Strafzaken tegen E en F*), r.o. 60.

20 Verordening (EG) 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme.

21 HvJ EU 29 juni 2010, C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382 (*Strafzaken tegen E en F*), r.o. 59.

22 Vgl. het hieronder te bespreken arrest HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*).

daarom wel terugwerkende kracht krijgen, maar zij kunnen niet de terugwerkende kracht van omzettingwetgeving rechtvaardigen.

Buiten het strafrecht zijn op de regel van vooruitwerkende kracht de nodige uitzonderingen geformuleerd.²³ De voorwaarde daarvoor is steeds dat het Europees recht gerechtvaardigd vertrouwen moet beschermen. Aanvankelijk ging het daarbij om onmiddellijke toepassing van regels op onder het oude recht ontstane, en onder het nieuwe recht voortdurende situaties.²⁴ Later werd ook daadwerkelijke terugwerkende kracht geaccepteerd, onder voorwaarde dat dit noodzakelijk is en dat gerechtvaardigd vertrouwen wordt gerespecteerd.²⁵

Ten aanzien van de legaliteit van sancties in het punitief bestuursrecht legt het Hof ook de maatstaf van gerechtvaardigd vertrouwen aan. Al in paragraaf 3.5.3 is gesignaleerd dat het Hof weinig waarde hecht aan de voorzienbaarheid van de hoogte van de sanctie. Dat blijkt uit het arrest *Dansk røring*, waarin het Hof de vraag moest beantwoorden of een gewijzigde berekening van boetes op grond van verordening 17/62/EEG voorzienbaar was. De berekening was *ex post facto* gewijzigd, maar bevond zich nog steeds binnen het boeteplafond van de verordening. Het Hof erkende dat de richtsnoeren waarin de berekening wordt vastgelegd deel uitmaken van het 'recht' en daarom het verbod van terugwerkende kracht kunnen schenden. De maatstaf daarvoor is – anders dan in het strafrecht – gerechtvaardigd vertrouwen. De berekening moet, aldus het Hof, 'op elk moment' kunnen worden aangepast aan het beleid, en daarom kan daaraan geen gerechtvaardigd vertrouwen worden ontleend.²⁶ Het verbod van terugwerkende kracht was niet geschonden. De eerdere opmerkingen van het Hof over het rechtskarakter van de richtsnoeren van de Commissie, en de vaststelling dat deze het verbod van terugwerkende kracht kunnen schenden, lijken daarmee van weinig betekenis: er is nauwelijks een situatie denkbaar waarin een verandering van de richtsnoeren – mits die binnen de grenzen van de verordening blijft – wel kan leiden tot een schending van het verbod van terugwerkende kracht. Deze rechtspraak heeft echter vermoedelijk geen gevolgen voor het strafrecht, aangezien deze zo duidelijk wordt gebaseerd op het financiële karakter van het mededingingsrecht.

23 Bernitz 2000.

24 Lamoureux 1983, p. 271 e.v.

25 HvJ EG 25 januari 1979, 98/78, ECLI:EU:C:1979:14 (*Racke*), r.o. 20.; HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 45.

26 HvJ EG 28 juni 2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 (*Dansk Røring*), r.o. 227-232.

7.3.2 Terugwerkende kracht van omzettingwetgeving

Het Hof van Justitie laat er geen twijfel over bestaan dat terugwerkende kracht in het strafrecht van de lidstaten bij de omzetting of uitvoering van Europees recht niet toegestaan is.²⁷ Het eerste arrest van het Hof van Justitie waarin het legaliteitsbeginsel een expliciete begrenzende rol speelde voor de plichten van de lidstaten was het arrest *Kirk*.²⁸ Vanwege het belang van dit arrest voor de ontwikkeling van latere rechtspraak, komt dit arrest hier als eerste aan de orde. De vervolging werd uitgelokt door de Deense Europarlementariër Kirk, die op 6 januari 1983 opzettelijk een Britse visserijwet overtrad om de geldigheid naar Europees recht daarvan te kunnen betwisten.²⁹ In Europa werden visserijregels geharmoniseerd om de visbestanden te beschermen. Groot-Brittannië maakte gebruik van de mogelijkheid discriminatoire regelingen te handhaven gedurende een overgangperiode van tien jaar, eindigend op 31 december 1982, om zo lokale gemeenschappen die traditioneel leefden van de visserij te beschermen. In het bijzonder Deense visvaartuigen was het verboden te vissen in de twaalfmijlszone bij Groot-Brittannië. Het lukte de Raad echter niet om voor het aflopen van de overgangperiode nieuwe regels te creëren, waarop werd besloten tot een goedkeuringsprocedure waarbij de lidstaten hun regelgeving met betrekking tot de instandhouding van de visbestanden moesten voorleggen aan de Commissie. Groot-Brittannië deed dit met een viertal regels. Op 26 januari 1983 werd de regelgeving goedgekeurd voor de periode van 1 januari 1983 tot 31 december 1992. De Commissie was van mening dat de bepalingen konden worden toegepast op de gedragingen van Kirk, begaan op 6 januari 1983, omdat aan de voorwaarden voor terugwerkende kracht was voldaan. De verordening stond terugwerkende kracht expliciet toe, die terugwerkende kracht was noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken en er kon niet gerechtvaardigd op worden vertrouwd dat overtredingen begaan tussen 1 en 26 januari 1983 niet bestraft zouden worden. Het Hof oordeelt echter dat een verordening nooit kan leiden tot 'rechtvaardiging achteraf van nationale maatregelen van strafrechtelijke aard, die sancties opleggen voor een handeling die niet strafbaar was op het ogenblik waarop zij werd verricht'.³⁰ De nationale maatregel was immers op het tijdstip van plegen ongeldig wegens strijd met het Gemeenschapsrecht. De maatstaf is dus strikter dan het gerechtvaardigd vertrouwen. Het 'beginsel dat strafbepalingen geen terugwerkende kracht mogen hebben', zoals het Hof het omschrijft, is een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht en bovendien gewaarborgd

27 HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 41-45; Craig & De Búrca 2011, p. 533-535; Bernitz 2000, p. 52-53; Prechal 2005a, p. 29.

28 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*).

29 Zie voor het feitenrelaas de concl. van A-G M. Darmon van 3 april 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:141 (*Kirk*).

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

in artikel 7 EVRM.³¹ Terugwerkende kracht van de verordening zelf wordt door het Hof niet geproblematiseerd, maar deze kan geen terugwerkende kracht van nationale strafbepalingen rechtvaardigen.

Eenzelfde redenering is later toegepast op richtlijnen. In het arrest *Fedesa* stonden de verplichtingen van lidstaten op grond van de richtlijn 88/146 centraal.³² Die moest een nietig verklaarde richtlijn vervangen.³³ Richtlijn 88/146 bevatte dezelfde implementatiedeadline als richtlijn 85/649, welke deadline al verstreken was op het moment dat richtlijn 88/146 in werking trad. Die implementatiedeadline kon echter volgens het Hof van Justitie niet tot gevolg hebben dat lidstaten verplicht zijn het verbod op terugwerkende kracht te schenden. Ook kan de omzettingwetgeving van de oude richtlijn niet met terugwerkende kracht worden gebaseerd op de nieuwe richtlijn.³⁴

Tot slot nog een zaak die niet gemakkelijk is te plaatsen in de sleutel van een van de deelnormen van het legaliteitsbeginsel, maar die niettemin relevante overgangsrechtelijke kwesties aan de orde stelt: het arrest *Filev en Osmani*.³⁵ De zaak heeft betrekking op de terugkeer van illegaal op het grondgebied van Duitsland verblijvende derdelanders. De terugkeerrichtlijn bepaalt onder andere dat inreisverboden kunnen worden afgegeven voor een duur van maximaal vijf jaar.³⁶ Dit geldt ook voor reeds onder het oude recht uitgevaardigde inreisverboden: sinds het verstrijken van de omzettingstermijn kunnen inreisverboden die meer dan vijf jaar geleden zijn uitgevaardigd niet langer leiden tot het opleggen van strafrechtelijke sancties.³⁷ De richtlijn voldoet aan de vereisten voor rechtstreekse werking en kan dus na het verstrijken van de omzettingstermijn worden ingeroepen voor de nationale rechters. De richtlijn biedt in artikel 2 lid 2 lidstaten wel de mogelijkheid toepassing van de richtlijn uit te zonderen voor derdelanders die verplicht zijn tot terugkeer wegens het plegen van strafbare feiten.

Duitsland heeft de richtlijn pas na het verstrijken van de omzettingstermijn omgezet in nationaal strafrecht, en daarbij toepassing van de regels uitgezonderd voor derdelanders die strafbare feiten hebben gepleegd. Tegen *Filev* en *Osmani* waren meer dan vijf jaar voor het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn verwijderingsmaatregelen uitgevaardigd voor onbepaalde tijd wegens het plegen van strafbare feiten. Zij konden dus, in de periode tussen

31 HvJ EG 10 juli 1984, 63/83, ECLI:EU:C:1984:255 (*Kirk*), r.o. 22.

32 Richtlijn 88/146/EEG van de Raad van 7 maart 1988 tot instelling van een verbod op het gebruik van bepaalde stoffen met hormonale werking in de veehouderij.

33 Richtlijn 85/649/EEG van de Raad van 31 december 1985 tot instelling van een verbod op het gebruik van bepaalde stoffen met hormonale werking in de veehouderij.

34 HvJ EG 13 november 1990, 331/88, ECLI:EU:C:1990:391 (*Fedesa*), r.o. 44.

35 HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*). Zie over dit arrest verder Hörich & Bergmann 2014.

36 Eerder opgelegde verwijderingsmaatregelen hebben te gelden als inreisverboden.

37 HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*), r.o. 45.

het verstrijken van de omzettingstermijn en de wijziging van het Duitse recht, een rechtstreeks beroep doen op de richtlijn. Op het moment dat de verdachten werden aangehouden bij het opnieuw betreden van Duits grondgebied, was de richtlijn reeds omgezet in nationaal recht. De vraag was nu of zij zich konden beroepen op de richtlijn, of dat de toepassing daarvan op hun situatie rechtsgeldig was uitgezonderd. Het Hof van Justitie oordeelde echter dat uitzondering van toepassing van de richtlijn voor *Filev en Osmani*, nu zij zich al rechtstreeks op de richtlijn konden beroepen, een verslechtering van hun situatie zou betekenen en daarom niet was toegestaan. Zij konden namelijk tussen het verstrijken van de omzettingstermijn en de daadwerkelijke omzetting niet langer bestraft worden omdat het inreisverbod langer dan vijf jaar daarvoor was uitgevaardigd. Datzelfde inreisverbod kan niet later alsnog de grondslag vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, aldus het Hof.³⁸ De uitzondering kan derhalve niet worden toegepast.

Het Hof geeft niet nader aan waarom het tot dit oordeel komt. Van daadwerkelijke terugwerkende kracht is geen sprake. De Duitse strafbepaling is ongewijzigd gebleven, de zaak draait om de vraag of er sprake was van een inreisverbod dat is overtreden. Volgens de regels die golden op het moment van de tenlastegelegde gedraging, was dit in beginsel het geval. Deze regels zijn niet gewijzigd tussen het begaan van de gedraging en de berechting ervan. Reeds vóór het begaan van de gedraging is de geldigheid aan het inreisverbod komen te ontvallen. Het Hof staat niet toe dat Duitsland de geldigheid van dit inreisverbod laat 'herleven' en op grond van datzelfde inreisverbod tot bestraffing komt.

Het verbod van terugwerkende kracht geldt in het Europees strafrecht, zo is gebleken, absoluut.³⁹ Anders dan in het punitieve bestuursrecht vindt er geen toetsing plaats op basis van gerechtvaardigd vertrouwen. Evenmin vindt er een afweging plaats tussen de vooruitwerkende kracht en andere relevante belangen. Het verbod op terugwerkende kracht in het materiële strafrecht wordt door het Hof van Justitie geplaatst in de sleutel van het legaliteitsbeginsel. Het is niet alleen van toepassing op strafbepalingen, maar ook op andere normen die bepalend zijn voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die ruime opvatting van het verbod van terugwerkende kracht geldt voor het Europees recht zelf, maar ook voor de lidstaten.

7.3.3 Terugwerkende kracht in het EVRM

Anders dan in EU-verband is bij het EHRM veel gediscussieerd over het verbod van terugwerkende kracht. Veel van deze jurisprudentie kan echter niet

38 HvJ EU 19 september 2013, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 (*Filev en Osmani*), r.o. 50-56.

39 In die zin ook *Tridimas* 2006, p. 252-253.

worden geabstraheerd van het karakter van de gedragingen en de buitengewone omstandigheden waaronder deze zijn begaan. Ten eerste heeft het EHRM een aantal belangwekkende arresten gewezen in zaken die te maken hadden met gedragingen begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog.⁴⁰ Datzelfde geldt voor de belangrijke arresten gewezen over terugwerkende toepassing van bepalingen gepleegd tijdens de Hongaarse opstand⁴¹ of voor de eenwording van Duitsland.⁴² De problematiek die daar centraal staat is van een andere orde dan de temporele werking van een ordeningsrechtelijke strafbepaling.

Het voor het onderhavige onderzoek meest relevante arrest is *Rohlana/Tsjechië*, dat ging over de vraag of terugwerkende kracht bij strafbaarstelling van een voortgezet delict is toegestaan.⁴³ Uit het arrest blijkt dat het inderdaad is toegestaan strafbepalingen toe te passen op voortgezette handelingen die zijn aangevangen onder het oude recht, maar slechts onder strikte voorwaarden.⁴⁴ Die behelzen onder meer dat alle gedragingen die tot de voortgezette handeling worden gerekend reeds strafbaar waren op het moment van het begaan ervan. Het arrest heeft tot gevolg dat niet de precieze kwalificatie, maar wel de strafbaarheid van de gedraging vast moet staan op het moment van het begaan van de gedraging. Bovendien moet op dat moment reeds duidelijk zijn dat de gedragingen later kunnen worden gekwalificeerd als voortgezette handeling en dat daardoor de mogelijkheid bestaat tot toepassing van een nieuwe strafbepaling, indien de verdachte zijn gedrag doorzet tot na inwerkingtreding van die nieuwe strafbepaling.⁴⁵ Opvallend is dat de Straatsburgse rechter opnieuw verwijst naar de aard van het delict en de doelstellingen van het EVRM: 'In addition, by reinforcing the national legal protection against domestic violence [...] it also conforms to the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and freedom.'⁴⁶ Deze overwegingen zijn echter geplaatst na de conclusie dat artikel 7 EVRM niet is geschonden, en hebben dus de uitkomst van de zaak niet beïnvloed.

40 Bijv. EHRM 22 maart 2001, 37201/97 (*K.-H.W./Duitsland*); EHRM 12 juli 2007, 74613/01 (*Jorgic/Duitsland*); EHRM 17 mei 2010, 36376/04 (*Kononov/Letland*).

41 EHRM 19 september 2008, 9174/02, NJ 2010/65, m.nt. J.M. Reijntjes (*Korbely/Hongarije*).

42 EHRM 22 maart 2001, zaken 34044/96, 35532/97 en 44801/98 (*Streletz, Kressler en Krenz/Duitsland*).

43 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman.

44 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman.

45 Timmerman in zijn annotatie bij EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.n. punt 7-8.

46 EHRM 27 januari 2013, 59552/08 (*Rohlana/Tsjechische Republiek*), EHRC 2015/5, m.nt. M.A.P. Timmerman, r.o. 71, met verdere verwijzingen.

7.4 DEELCONCLUSIE

De inwerkingtreding van Europese wetgevingshandelingen is geregeld in het werkingsverdrag van de Europese Unie. In beginsel heeft Europese wetgeving geen terugwerkende kracht, maar op dat uitgangspunt kunnen uitzonderingen worden gemaakt. Buiten het strafrecht is de vooruitwerkende kracht namelijk gebaseerd op gerechtvaardigd vertrouwen, en waar dat niet geschaad wordt kan een bepaling indien noodzakelijk terugwerkende kracht hebben. In het Europees recht wordt geen strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd, dat geldt zowel voor richtlijnen als voor verordeningen. Het Hof van Justitie kan daarom niet zelf strafbepalingen al dan niet met terugwerkende kracht toepassen. Niettemin mogen ook rechtshandelingen van de EU die mede ten grondslag kunnen worden gelegd aan een strafrechtelijke veroordeling, geen terugwerkende kracht hebben. Dit betreft bijvoorbeeld de plaatsing van een persoon op terrorismelijsten.⁴⁷

Het Europees recht bevat de plicht voor lidstaten om het verbod op terugwerkende kracht te handhaven. Daarom bevat het Europees recht nooit de verplichting om gedragingen met terugwerkende kracht te criminaliseren. Europese richtlijnen en verordeningen kunnen zelf terugwerkende kracht hebben, maar strafrechtelijke omzettingswetgeving die daarop is gebaseerd moet het retroactiviteitsverbod respecteren. Ook wanneer nationale strafbepalingen verwijzen naar verordeningen, mag dit Europees recht geen terugwerkende kracht hebben. Het verbod van terugwerkende kracht geldt dus voor alle normen die de grondslag kunnen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er vindt bij de toepassing van het retroactiviteitsverbod geen afweging plaats. Deze benadering past goed bij de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel.⁴⁸

Voor het Nederlandse recht levert deze rechtspraak geen problemen op. Ook naar nationaal recht is het verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen onbetwist. Als gezegd biedt de Europese jurisprudentie geen inzicht in de vraag of strafbepalingen met terugwerkende kracht mogen worden toegepast op voortgezette handelingen. Het EHRM staat dit onder strikte voorwaarden toe. Aangezien in het Europees recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, is dit vooralsnog een vraag van nationaal recht. Dat zou anders zijn indien het Hof van Justitie zich daarover zou uitlaten, hetgeen vooralsnog niet is gebeurd. Buiten het strafrecht is wel duidelijk dat nieuwe regels gevolgen kunnen hebben voor reeds ontstane situaties die voortduren, dus het valt te verwachten dat het Hof van Justitie het EHRM zal volgen.

47 Zie paragraaf 7.3.1.

48 Zie paragraaf 7.3.2-7.3.3.