

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

Samenvatting

Dit boek gaat over het legaliteitsbeginsel (*nullum crimen sine lege*) in het Europees strafrecht. Het bestudeert de wijze waarop het legaliteitsbeginsel wordt geïnterpreteerd door de Europese en Nederlandse wetgever en rechter, en de implicaties van die invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en machtsverdeling.

Het legaliteitsbeginsel brengt voorwaarden tot uitdrukking onder welke de overheid haar recht tot straffen (het *ius puniendi*) mag uitoefenen, één van de meest ingrijpende bevoegdheden die de overheid tot haar beschikking heeft. Het legaliteitsbeginsel zoals vervat in artikel 1 Sr houdt naar Nederlands recht in dat (i) strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend kan worden gevestigd in geschreven strafbepalingen (*lex scripta*), (ii) dat strafbaarstellingen zo precies mogelijk moeten worden geformuleerd (*lex certa*), (iii) dat de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet door de rechter mag worden uitgebreid (grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid), en (iv) dat strafbepalingen geen terugwerkende kracht mogen hebben, behalve (v) indien de wet wordt gewijzigd in voor de verdachte gunstige zin (*lex mitior*). Deze deelbeginselen normeren het handelen van de Nederlandse wetgever en rechter. Het legaliteitsbeginsel dient de rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling, en uiteindelijk individuele vrijheid en autonomie.

Het legaliteitsbeginsel is een product van de Verlichting en doordacht voor de context van de soevereine natiestaat. Die context is ingrijpend veranderd door de oprichting van eerst de Europese Gemeenschappen en later de Europese Unie, en die verandering heeft consequenties voor de invulling van het legaliteitsbeginsel in de lidstaten. Strafwetgeving en strafrechtspraak, eens exclusieve prerogatieven van soevereine staten, worden in toenemende mate genormeerd door het Europees recht. Het recht van de Europese Unie oefent zowel rechtstreeks (door rechtstreekse werking) als middellijk (door implementatie in Nederlands recht of door conforme interpretatie) invloed uit op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de lidstaten. Tegelijkertijd stelt het legaliteitsbeginsel grenzen aan deze doorwerking van het Europees recht in het materiële strafrecht.

Dit boek analyseert de rol van het legaliteitsbeginsel in deze nieuwe, meerlagige context van het 'Europees strafrecht', een term die in dit boek verwijst naar het meerlagige rechtsgebied (bestaande uit meerdere autonome rechtsordes, geen rechtsorde op zichzelf) dat wordt gekenmerkt door de beïnvloeding van

nationaal strafrecht door Europees recht. Deze analyse geschiedt aan de hand van een zelfstandige bestudering van vijf deelnormen van het legaliteitsbeginsel: (i) bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid; (ii) het bepaaldheidsgebod; (iii) grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid; (iv) het verbod van terugwerkende kracht; en (v) het mildheidsgebod. Het onderzoek vindt plaats aan de hand van twee onderzoeksvragen, waarvan de eerste is onderverdeeld in drie deelvragen:

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

Het doel van het boek is inzicht te bieden in de wijze waarop rechtszekerheid en machtsverdeling kunnen worden gewaarborgd in het Europees strafrecht. Daarnaast beoogt het boek bij te dragen aan een beter begrip van de interactie tussen Europees recht en nationaal strafrecht, en de interactie tussen rechtssystemen in bredere zin.

In het tweede en derde hoofdstuk worden het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van het Europees recht in het nationale materiële strafrecht geïntroduceerd. *Hoofdstuk twee*, 'Het legaliteitsbeginsel', zet uiteen wat in dit boek onder het legaliteitsbeginsel en de fundamenteen daarvan wordt verstaan. Het hoofdstuk schetst de ontwikkeling van het beginsel in de ideeëngeschiedenis, met nadruk op het legaliteitsbeginsel als product van Verlichtingsdenken. De conceptie van het legaliteitsbeginsel zoals die tijdens de Verlichting tot stand kwam, is gebaseerd op het rechtspositivisme inhoudende dat het recht door mensen is gemaakt ('geponeerd'). Naast het rechtspositivisme werd ook wetspositivisme verondersteld, de gedachte dat alleen geschreven wetten strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen vestigen. Deze ideeën zijn historisch gezien de uitzondering, terwijl zowel daarvoor als daarna vaker is verondersteld dat het legaliteitsbeginsel slechts van belang is voor het 'geponeerde' recht, en niet voor regels die hun gelding ontleen aan hun inhoud. Dat neemt niet weg dat de Verlichting nog steeds belangrijk is voor het moderne denken

over het legaliteitsbeginsel: alle deelnormen die in dit onderzoek zijn opgenomen zijn expliciet dan wel impliciet herleidbaar tot het werk van Beccaria en Montesquieu.

In het tweede hoofdstuk wordt tevens een analytisch en normatief kader geschetst voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag naar rechtszekerheid en machtsverdeling. *Rechtszekerheid* is aangeduid als het primaire fundament van het legaliteitsbeginsel. Voor de analyse van de uitleg van het rechtszekerheidsbegrip door het Hof van Justitie zijn drie aspecten onderscheiden: (i) verwijst het begrip naar rechtszekerheid in subjectieve zin (zekerheid over de individuele rechtspositie, een kenmerk van het rechtssubject) of mede naar rechtszekerheid in objectieve zin (de kenmerken van het recht die subjectieve rechtszekerheid mogelijk maken)?; (ii) stelt het rechtszekerheidsbeginsel altijd dezelfde eisen aan het recht, of zijn die eisen contextueel bepaald aan de hand van de aard van de rechtsbetrekking, de aard van de norm of de normadressaat?; en (iii) heeft alleen de verdachte een aanspraak op rechtszekerheid, of vergt het rechtszekerheidsbeginsel een afweging van de diverse met het strafrecht gemoeide belangen, bijvoorbeeld van slachtoffers of de samenleving als geheel? Naast rechtszekerheid wordt *machtsverdeling* gezien als fundament van het legaliteitsbeginsel. De reden voor die keuze is dat machtsverdeling bijzonder relevant is in het Europees strafrecht, omdat bevoegdheden niet alleen horizontaal verdeeld zijn over de wetgever en de rechter, maar ook verticaal over de Europese en Nederlandse actoren. Voor de analyse van de staatkundige machtsverdeling wordt daarom gekeken naar hoe relevante bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn verdeeld over de verschillende niveaus en actoren.

Naast vanuit het perspectief van rechtszekerheid en machtsverdeling wordt de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht in dit boek bestudeerd vanuit het perspectief van de rechtspositivistische respectievelijk de rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel. Dit begrippenpaar werd oorspronkelijk door Dworkin omschreven als de regel- en rechtenconceptie, en later door onder meer Rozemond, Claes en Brouwer toegepast op het strafrecht. In navolging van Brouwer onderscheid ik de rechtspositivistische (in plaats van de regelconceptie) naast de rechtenconceptie, om te benadrukken dat de kern van het onderscheid in mijn optiek ligt in de verschillende theorieën over de aard van het recht die daaraan ten grondslag liggen: een strikt rechtspositivistische versus natuurrechtsleer. Het onderscheid heeft gevolgen voor de praktijk. De rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel vraagt van de wetgever en rechter dat hij een afweging maakt waarin niet alleen de verdachte een aanspraak heeft op rechtszekerheid, maar ook het slachtoffer (en waarin eventueel ook nog andere belangen kunnen worden meegewogen). Volgens de rechtspositivistische conceptie vraagt het legaliteitsbeginsel uitsluitend om rechtszekerheid voor de verdachte. Het is duidelijk dat beide concepties dus ook een andere invulling van het rechtszekerheidsbeginsel met zich brengen. Dit onderscheid speelt voornamelijk een rol in het hoofdstuk over het bepaald-

heidsgebod (hoofdstuk 5) en het hoofdstuk over rechterlijke interpretatievrijheid (hoofdstuk 6), en wordt aldaar nader uitgewerkt in het licht van de specifieke deelnorm.

Waar in het boek normatieve keuzes worden verdedigd, zijn deze gebaseerd op een rechtszekerheidsbegrip waarin het belang van objectieve rechtszekerheid wordt benadrukt. Bovendien is het standpunt ingenomen dat rechtszekerheid uitsluitend betrekking heeft op de (potentiële) verdachte, en niet op het slachtoffer. Voor de normatieve analyse van machtsverdeling geldt als uitgangspunt dat de toedeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden transparant en rationeel moet zijn. Normatieve standpunten zijn tot slot gebaseerd op het perspectief van de rechtspositivistische conceptie van het legaliteitsbeginsel.

Hoofdstuk drie, 'Doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht', beschrijft de wijze waarop het Europees recht het materiële strafrecht van de lidstaten beïnvloedt. De keuzes die in dat hoofdstuk worden gemaakt zijn bepalend voor de latere hoofdstukken. Ten eerste is ervoor gekozen de verhouding tussen de Europese en nationale rechtsordes te beschouwen vanuit de theorie van het *constitutioneel pluralisme*. De keuze voor de theorie van het constitutioneel pluralisme is gebaseerd op de overweging dat constitutioneel pluralisme de meest adequate beschrijving vormt voor de huidige verhouding tussen de Europese Unie en de lidstaten. De theorie wordt niet gezien als rechtvaardiging voor de stand van zaken. Voor het onderzoek heeft de keuze voor het constitutioneel pluralisme met name tot gevolg dat de doorwerking van Europees recht in het Nederlands recht niet alleen vanuit Europees, maar ook vanuit Nederlands perspectief wordt bestudeerd.

Bepalend voor de invloed van Europees recht op het strafrecht is de omvang van de bevoegdheid van de Europese Unie op het terrein van het materiële strafrecht. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 is een belangrijke vraag of die bevoegdheid exclusief en uitputtend is geregeld in artikel 83 VWEU. Hoewel tot op heden geen strafrechtelijke wetgeving is uitgevaardigd op een andere rechtsgrondslag, meen ik dat het waarschijnlijk is dat dit in de toekomst wel zal gebeuren. Niet alleen voor harmonisatie, zelfs voor unificatie van materieel strafrecht in een verordening kan een rechtsgrondslag worden gevonden. Een tweede vraag is of richtlijnen totale harmonisatie kunnen voorschrijven. In hoofdstuk drie argumenteer ik dat totale harmonisatie niet is uitgesloten: of er ruimte bestaat voor het creëren van ruimere strafbepalingen, zal per richtlijn moeten worden beoordeeld.

Europees recht beïnvloedt het nationale strafrecht met name door middel van de voorrang die leidt tot het buiten toepassing laten van strijdige nationale bepalingen, door rechtstreekse werking en door conforme interpretatie. Deze concepten en mechanismes zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie in de context van de Europese Gemeenschappen. De toepassing ervan op het strafrecht is niet vanzelfsprekend: de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt

gekenmerkt door een inherente spanning tussen effectiviteit van Europees recht en de bescherming van grondrechten. In de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt geregeld een verplichting gecreëerd tot repressief optreden door de lidstaten (bijv. de strafbaarstelling van een gedraging). Doorwerking van die verplichtingen kan de rechtszekerheid onder druk zetten. De spanning tussen effectiviteit en rechtsbescherming komt tot uitdrukking in de doorwerking van Europees recht en de begrenzing daarvan op grond van het legaliteitsbeginsel.

In hoofdstuk vier tot en met hoofdstuk acht worden achtereenvolgens de deelnormen bestudeerd. In *hoofdstuk vier*, 'Bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht', wordt onderzocht wat de bronnen zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen het type bronnen en de herkomst van die bronnen. De vraag naar het type bronnen ziet op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen in geschreven wetten kan worden gevestigd (zoals in gesloten rechtsordes die het *lex scripta*-beginsel en dus een formeel rechtsbegrip hanteren), of bijvoorbeeld ook in rechtspraak (zoals in rechtsordes die een materieel rechtsbegrip hanteren). De vraag naar de herkomst van die bronnen ziet op de vraag of strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend in het nationale recht kan worden gevestigd, of ook in rechtstreeks toepasselijke bepalingen van Europees recht. Tegen de achtergrond van het constitutioneel pluralisme worden deze vragen zowel vanuit Europees, als vanuit Nederlands perspectief beantwoord.

Vanuit Europees perspectief is het type bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Europees strafrecht niet in formele zin afgebakend. Het wetsbegrip in artikel 49 Hv omvat zowel geschreven als ongeschreven recht, mits dat recht kenbaar en voorzienbaar is. Het Hof van Justitie hanteert dus in navolging van het EHRM een materieel rechtsbegrip. Dit heeft met name gevolgen voor het mededingingsrecht, aangezien het mededingingsrecht deels op Europees niveau wordt gehandhaafd. Voor de lidstaten heeft het materiële rechtsbegrip weinig consequenties, aangezien zij verplicht zijn aan verplichtingen tot strafbaarstelling gevolg te geven door middel van wettelijke strafbepalingen, ook wanneer hun eigen rechtssysteem ook rechtspraak als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid aanvaardt.

Beperkingen aan de herkomst van de bronnen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn er vanuit Europees perspectief evenmin, hoewel tot op heden strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend in het nationale recht wordt gevestigd. Richtlijnen zijn naar hun aard ongeschikt om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen – zij moeten immers worden omgezet en kunnen slechts onder strikte voorwaarden rechtstreeks werken. Verordeningen zijn, anders dan richtlijnen, in theorie wel geschikt om rechtstreeks strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen. Tot op heden is het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niettemin exclusief voorbehouden aan de lidstaten. De voor het strafrecht relevante verordeningen bevatten uitsluitend gedragsnormen.

De strafbaarstelling, alsmede de sanctienorm, is steeds gelegen in het nationale recht. Indien een verordening wel alle elementen van een strafbepaling zou bevatten, zou deze rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten. De behoefte daaraan lijkt echter tot op heden niet te worden gevoeld.

Na de bespreking van het Europees perspectief, verschuift de focus naar het Nederlands recht. Het type bronnen dat wordt erkend is beperkt tot geschreven strafbepalingen: artikel 1 Sr behelst het *lex scripta*-beginsel. Of daaronder ook geschreven strafbepalingen uit het internationale recht kunnen worden geschaard, is lastig te bepalen: de herkomst is dus minder duidelijk. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 1 Sr een *Nederlandse* strafbepaling vereist. Het gebruik van een Europese verordening als bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid lijkt daarmee uitgesloten, ware het niet dat de Hoge Raad ook heeft aanvaard dat het Europees recht doorwerkt in het Nederlands recht op grond van het Europees recht zelf. Gezien de belangrijke ontwikkelingen die zowel de internationale en Europese rechtsordes als het denken over de verhouding tussen de Nederlandse en internationale rechtsordes hebben doorgemaakt, zou een hernieuwd en principieel debat over de wenselijkheid van rechtstreeks werkende strafbepalingen wenselijk zijn. De democratische legitimatie van dergelijke strafbaarstellingen zou in dat debat één van de centrale discussiepunten moeten zijn.

Over de bronnen van Europees strafrecht kan worden geconcludeerd dat wetgeving het primaat heeft en het Nederlandse *lex scripta*-beginsel niet onder druk staat, ondanks het feit dat andere bronnen van strafrecht niet formeel uitgesloten zijn. Ten tweede is wetgeving vooralsnog nationaal: zonder actie van de nationale wetgever zijn gedragingen niet strafbaar. Vanuit Europees perspectief is het gebruik van strafbepalingen met een Europese herkomst echter niet uitgesloten.

Hoofdstuk vijf, 'Het bepaaldheidsgebod in het Europees strafrecht', gaat onder andere over de vraag welke gevolgen onduidelijkheid van Europees recht heeft voor de duidelijkheid van nationaal recht en, in verbinding daarmee, of en hoe Europese regelgeving aan het bepaaldheidsgebod is of zou moeten zijn gebonden. Om deze vragen te beantwoorden zijn twee vormen van onduidelijkheid onderscheiden: semantische onduidelijkheid, die zich voordoet indien de tekst van de wet onduidelijk is; en systematische onduidelijkheid, die zich voordoet indien de wet onduidelijk is in relatie tot andere wetten. De belangrijkste verschijningsvorm van semantische onduidelijkheid is vaagheid. Vaagheid kan weer worden onderscheiden in criteriale en graduele vaagheid. Van criteriale vaagheid is sprake indien onduidelijk is welke criteria gelden om onder de reikwijdte van een bepaald predicaat te worden geschaard, bijvoorbeeld een 'goed'; en van graduele vaagheid is sprake indien onduidelijk is welk deel van een continuüm wordt bestreken door een term, bijvoorbeeld een 'grote hoeveelheid' drugs. Wetssystematische onduidelijkheid is nader onderscheiden in inconsistenties en complexiteit.

Zowel semantische als systematische onduidelijkheid doet zich veelvuldig voor in het Europees recht. Dit leidt tot de vraag of de geldigheid of toepasbaarheid van richtlijnen en verordeningen aan het bepaaldheidsgebod kan worden getoetst, en door wie. Wanneer verordeningen worden gebruikt als gedragsomschrijving in een nationale strafzaak, moet de nationale rechter beoordelen of de bepalingen van de verordening voldoende helder zijn om aldus te worden toegepast. Het Hof van Justitie heeft een minimum geformuleerd voor die toets, inhoudende dat voorzienbaar moet zijn, eventueel met hulp van eerder gegeven interpretaties van de norm, welke gedragingen zullen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Van richtlijnen heeft het Hof van Justitie bepaald dat deze in beginsel zijn gebonden aan het bepaaldheidsgebod. Echter, in alle zaken die tot nu toe aan het Hof zijn voorgelegd, oordeelde het Hof dat de richtlijn het bepaaldheidsgebod niet schond omdat daarin geen strafrechtelijke aansprakelijkheid werd gevestigd. Het is derhalve aan de nationale wetgever om ervoor te zorgen dat nationale strafbepalingen die ter omzetting van de richtlijn worden uitgevaardigd, aan het bepaaldheidsgebod voldoen. In beginsel kunnen lidstaten kiezen voor een woordelijke omzetting of voor een omzetting die de richtlijn inpast in het nationale recht, maar wanneer de richtlijn te vaag is, vloeit uit het Europees recht de plicht voort richtlijnen te concretiseren in het nationale recht. De verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het bepaaldheidsgebod ligt dus bij de lidstaten. Een vergelijking met het mededingingsrecht laat zien dat in het mededingingsrecht het bepaaldheidsgebod minder strikt wordt geïnterpreteerd. In het mededingingsrecht wordt de behoefte aan rechtszekerheid afhankelijk gemaakt van de context, en worden verschillende belangen tegen elkaar afgewogen – niet alleen het belang van rechtszekerheid voor de verdachte. In het mededingingsrecht heeft de benadering meer het karakter van de rechtenconceptie, in het strafrecht krijgt het bepaaldheidsgebod een meer door de rechtspositivistische conceptie gekleurde invulling.

Hiervoor werd vastgesteld dat op dit moment Europese wetgeving niet op Europees niveau aan het bepaaldheidsgebod wordt getoetst, aangezien Europees recht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt. Hoe moet die situatie worden gewaardeerd? Enerzijds zijn veel richtlijnen en kaderbesluiten die tot harmonisatie van materieel strafrecht strekken bekritiseerd vanwege hun vaagheid. Aan die kritiek ligt de veronderstelling ten grondslag dat vage formuleringen in Europees recht zullen leiden tot vage strafbepalingen op nationaal niveau. Anderzijds wordt die vaagheid verdedigd met het oog op wenselijk geachte beleidsvrijheid voor lidstaten bij de omzetting ervan. In het vijfde hoofdstuk is betoogd dat in deze laatste opvatting criteriale vaagheid te veel wordt vereenzelvigd met beleidsvrijheid. Criteriale vaagheid kan het juist onmogelijk maken voor nationale wetgevers om te bepalen of en hoeveel beleidsruimte ze hebben bij de omzetting van richtlijnen. Dat blijkt uit de observatie dat enkele bekritiseerde vage formuleringen uit richtlijnen woordelijk in het Nederlands recht zijn overgenomen, en dus juist niet zijn geconcreti-

seerd. Terwijl criteriale vaagheid tot problemen heeft geleid, zijn in de onderzochte gevallen waarin sprake was van graduele vaagheid de formuleringen wel geconcretiseerd in het Nederlands recht. Dit impliceert dat criteriale vaagheid problematischer is in het Europees recht dan graduele vaagheid. Vanwege het verband dat zich kan voordoen tussen vaagheid op Europees niveau en vaagheid op nationaal niveau wordt in hoofdstuk vijf beargumenteerd dat uit het bepaaldheidsgebod wel degelijk ook verplichtingen kunnen worden afgeleid voor de Europese wetgever, al zijn die minder direct dan de verplichtingen van de nationale wetgever. Het bepaaldheidsgebod eist van de Europese wetgever dat de voorwaarden worden geschapen waaronder nationale wetgevers helder afgebakende strafbepalingen kunnen formuleren. Dat betekent dat lidstaten de omvang van hun verplichtingen moeten kennen en dat duidelijk moet zijn of zij bij de uitvoering daarvan beleidsvrijheid hebben.

Semantische onduidelijkheid en wetssystematische onduidelijkheid leiden niet alleen tot uitdagingen voor de nationale wetgever, maar ook voor de nationale rechter. Hoewel meermalen is gesteld dat de complexiteit van het Europees strafrecht problematisch is in het licht van het bepaaldheidsgebod, speelt wetssystematische onduidelijkheid geen rol van betekenis in de jurisprudentie. Alle onderzochte rechtspraak gaat over semantische onduidelijkheid. Net als in zuiver nationale zaken wordt een beroep op het bepaaldheidsgebod zeer zelden gehonoreerd. Dat ligt mede aan het feit dat veel onderzochte zaken betrekking hadden op het ordeningsrecht, en de rechter in die context aanvaardt dat strafbepalingen soms algemeen en/of vaag geformuleerd zijn. Tot slot is onderzocht of de verontschuldigbare rechtsdwaling of rechterlijk overgangsrecht in dit verband wellicht een compenserende functie vervullen, maar dat blijkt niet het geval te zijn. Een opvallend onderzoeksresultaat is tot slot dat de nationale rechter, wanneer hij toetst aan het bepaaldheidsgebod, verwijst naar artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM, maar niet naar artikel 49 Hv, terwijl op omzettingwetgeving ook het Handvest van toepassing is.

Hoofdstuk zes, 'Grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid in het Europees strafrecht', verkent de grenzen aan de rechterlijke interpretatie- en toepassingsvrijheid van de Europese en nationale rechter in het Europees strafrecht. Een kernvraag in dit hoofdstuk is: hoe verhoudt de verplichting tot conforme interpretatie voor de nationale rechter zich tot de grenzen van diens interpretatievrijheid? Om die vraag adequaat te kunnen beantwoorden, is een onderscheid gemaakt tussen drie wijzen waarop de rechterlijke interpretatievrijheid kan worden 'begrensd' (in wezen gaat het om eisen die worden gesteld aan de wijze waarop de rechter zijn uitleg verantwoordt in het vonnis). De typologie van begrenzingswijzen is deels gebaseerd op de proces-productambigüiteit van het begrip interpretatie: interpretatie kan zowel verwijzen naar een activiteit (het proces), als naar het resultaat (het product) van die activiteit. Grenzen aan de interpretatievrijheid kunnen daarom ook betrekking hebben op het

proces van interpretatie (althans, de verantwoording daarvan) door grenzen te stellen aan de interpretatiemethoden die de rechter mag toepassen (voorbeeld: geen analogische interpretatie); of aan de onderlinge rangorde van die interpretatiemethoden (voorbeeld: geen interpretatie die in strijd is met de tekst van de wet). Daarnaast kunnen grenzen worden gesteld aan het product van interpretatie (voorbeeld: geen interpretatie die de rechtszekerheid van individuen schendt). Tot slot kunnen aan de toepassing in het concrete geval grenzen worden gesteld (voorbeeld: geen terugwerkende kracht van een extensieve interpretatie).

Net als het bepaaldheidsgebod worden de grenzen aan de rechterlijke interpretatievrijheid tot op heden niet toegepast op Europees niveau, omdat op dat niveau geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd. De nationale rechter moet bepalen of voor de verdachte voorzienbaar was dat hij strafrechtelijk aansprakelijk zou worden gehouden voor zijn handelen. Het Hof wil bij de uitleg van Europees recht geen rekening houden met het rechtsgebied waarin een richtlijn of verordening is geïmplementeerd in een bepaalde lidstaat. In de praktijk acht het Hof van Justitie zich bij de uitleg van Europees secundair recht wel begrensd door de tekst van de wet en de gebruikelijke betekenis daarvan, met name daar waar het gaat om bepalingen die rechtstreeks worden gehandhaafd met punitieve sancties. Deze restrictieve interpretaties worden niet gemotiveerd met een verwijzing naar het legaliteitsbeginsel, maar dat zou in de toekomst kunnen veranderen.

Belangrijk voor het zesde hoofdstuk is, zoals zojuist aangegeven, de plicht voor de nationale rechter om strafbepalingen die vallen onder de reikwijdte van het Europees recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van het Europees recht: de plicht tot conforme interpretatie. Deze plicht kan leiden tot spanning met het legaliteitsbeginsel wanneer inconsistenties bestaan tussen een richtlijn die verplicht tot strafbaarstelling van bepaalde gedragingen, en een nationale strafbepaling die die gedragingen deels, maar niet geheel, strafbaar stelt. Het blijkt dat de interpretatievrijheid van de rechter in die gevallen strikt begrensd wordt door de tekst van het nationale recht: conforme interpretatie mag nooit leiden tot het vestigen of uitbreiden van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder basis in het nationale recht. In termen van de zojuist geïntroduceerde typologie laat hoofdstuk zes zien dat de grenzen die het Hof formuleert betrekking hebben op het proces van interpretatie (grammaticale interpretatie staat voorop) en het product van interpretatie (geen uitbreiding van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid), maar niet op de toepassing ervan in het concrete geval. In vergelijking met de grenzen die het EHRM stelt aan de uitleg van strafbepalingen is het Hof van Justitie strikter, aangezien het EHRM juist grenzen stelt aan de toepassing van interpretaties in het concrete geval. Het verschil is dat de rechtspraak van het EHRM een voortschrijdende uitbreiding van aansprakelijkheid in de rechtspraak toelaat, zij het dat die niet altijd ook mag worden toegepast in het concrete geval. De rechtspraak van het Hof van Justitie verzet zich tegen

het überhaupt bereiken van een dergelijke uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit betekent dat wanneer conforme interpretatie in een concreet geval niet mogelijk is, de wet zal moeten worden gewijzigd.

Gezien de invulling van de conforme-interpretatieplicht door het Hof van Justitie is het niet waarschijnlijk dat de Nederlandse strafrechter wordt gedwongen de grenzen van zijn interpretatievrijheid naar nationaal recht te overschrijden. Dat is eens te meer het geval daar het Hof stelt dat de rechter conform moet interpreteren voor zover zijn bevoegdheden naar nationaal recht dat toelaten. Dat wil niet zeggen dat de horizontale machtsverdeling volledig onberoerd blijft. De strafrechter wordt gedwongen een zelfstandige positie in te nemen ten opzichte van de nationale wetgever en nationale wetgeving kritisch te beschouwen. Autonomer wordt hij daarmee niet, aangezien de daardoor ontstane vrijheid volledig ten dienste van het Europees recht moet worden gesteld: de strafrechter verkrijgt een strikt hiërarchische positie ten opzichte van de Europese wetgever.

Hoofdstuk zes bevat tot slot een analyse van de wijze waarop de Nederlandse rechter invulling geeft aan de conforme-interpretatieplicht en zijn plicht daarbij het legaliteitsbeginsel te waarborgen. In het privaatrecht heeft de Hoge Raad enkele standaardarresten gewezen waarin een interpretatie wordt gegeven van de plichten van de rechter. Daarin hanteert de Hoge Raad een sterk productgerichte benadering: de rechter moet zich afvragen of het nationale recht een uitleg in overeenstemming met de Europeesrechtelijke norm onmogelijk maakt. Dat is uitsluitend zo wanneer de wettekst evident in strijd is met de Europese norm: een uitleg die tegen de uitlatingen van de wetgever in de wetsgeschiedenis ingaat kan niet worden geweigerd met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel. Voor het strafrecht zijn dergelijke arresten niet voorhanden. Vaak is niet precies duidelijk welke invloed het Europees recht precies op de uitleg heeft gehad, waardoor over de benadering van de Hoge Raad geen harde conclusies kunnen worden getrokken. De feitenrechter zoekt soms de grenzen van de conforme-interpretatieplicht op. Wanneer dat geschiedt in het voordeel van de verdachte, is dat vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel weinig problematisch. Een enkele keer leidt conforme interpretatie tot een extensieve uitleg van het nationale recht. Tot slot lijkt de strafrechter geneigd terughoudend te zijn met conforme interpretatie wanneer het Europees recht beleidsvrijheid laat tot het stellen van strengere regels, ongeacht de vraag of de wetgever van die beleidsvrijheid gebruik heeft gemaakt. In het zesde hoofdstuk is betoogd dat indien de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van die beleidsvrijheid, de gebruikelijke presumptie geldt dat de wetgever heeft beoogd eenzelfde reikwijdte te geven aan het nationale recht als in het Europees recht. Slechts indien helder blijkt dat de wetgever gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid, is een conforme interpretatie niet verplicht.

Hoofdstuk zeven, 'Het verbod van terugwerkende kracht in het Europees strafrecht', is een kort hoofdstuk. In het Europees recht wordt geen strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd en hebben bepalingen in beginsel geen terugwerkende kracht. Daarop zijn uitzonderingen mogelijk, maar die gelden niet voor rechtshandelingen van de EU die mede ten grondslag kunnen worden gelegd aan een strafrechtelijke veroordeling (bijvoorbeeld de plaatsing van een persoon op een terrorismelijst).

Het verbod van terugwerkende kracht leidt er tevens toe dat het Europees recht lidstaten nooit verplicht tot het strafbaarstellen van een gedraging met terugwerkende kracht. Europese richtlijnen en verordeningen kunnen zelf terugwerkende kracht hebben, maar strafrechtelijke omzettingwetgeving die daarop is gebaseerd moet het retroactiviteitsverbod respecteren. Ook wanneer nationale strafbepalingen verwijzen naar verordeningen, mag dit Europees recht geen terugwerkende kracht hebben. Het verbod van terugwerkende kracht geldt dus voor alle normen die de grondslag kunnen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De invloed van het Europees recht heeft voor Nederland geen gevolgen voor de toepassing van het verbod van terugwerkende kracht.

Hoofdstuk acht, 'Het mildheidsgebod in het Europees strafrecht' bevat een deelnorm die in mijn optiek strikt genomen geen deelnorm is van het legaliteitsbeginsel, aangezien deze een andere ratio heeft. Het wordt niettemin in verband gebracht met het legaliteitsbeginsel aangezien het een belangrijke norm van overgangsrecht bevat, en als zodanig een tandem vormt met het verbod van terugwerkende kracht. Daar komt bij dat de toepassing van het mildheidsgebod in het Europees strafrecht fascinerend is vanuit het perspectief van de interactie tussen rechtssystemen: het kan leiden tot de toepassing van een richtlijn met terugwerkende kracht, en kan tot die toepassing mogelijk zelfs *verplichten*. Het mildheidsgebod vormt met andere woorden geen begrenzing van de doorwerking, maar juist een grondslag daarvoor. Over het Europees mildheidsgebod is echter nog maar weinig bekend. Om die redenen maakt het mildheidsgebod toch deel uit van het onderhavige onderzoek.

In hoofdstuk acht wordt een analytisch kader geformuleerd voor de bestudering van verschillende concepties van het mildheidsgebod. Concepties daarvan kunnen op drie punten verschillen: de reikwijdte, de ratio en de status. De reikwijdte verwijst naar de soorten wetswijzigingen waarop het mildheidsgebod van toepassing is: op alle wijzigingen binnen en buiten het strafrecht (de materiële leer), alleen op wijzigingen in het strafrecht zelf (de formele leer), of alleen op wijzigingen in het sanctierecht (de sanctieleer). Aan de terugwerkende kracht van wetswijzigingen kunnen naast formele beperkingen ook inhoudelijke voorwaarden worden gesteld, zoals de voorwaarde dat de wetswijziging niet uitsluitend is ingegeven door gewijzigde omstandigheden. Het tweede punt waarop rechtsordes onderling verschillen is wat wordt gezien als de ratio van het mildheidsgebod: is het mildheidsgebod gebaseerd op

overwegingen van louter clementie, de drang tot rechtsvernieuwing of het beginsel van proportionaliteit van straffen? Ten derde varieert de status van het beginsel van grondrecht, dat kan worden ingeroepen tegen de wens van de wetgever in, tot beleidsbeginsel dat door de wetgever vrijelijk kan worden toegepast.

De analyse van het Europese mildheidsgebod wordt bemoeilijkt door het feit dat daarover weinig richtinggevende jurisprudentie voorhanden is. Het beginsel is erkend in de rechtspraak en later gecodificeerd in artikel 49 lid 1 van het Handvest. De reikwijdte van het gebod is onzeker, maar strekt zich – zo is in dit boek betoogd – in ieder geval uit tot alle wijzigingen in het strafrecht, mogelijk zelfs tot alle wijzigingen, ook buiten het strafrecht (waaraan mogelijk inhoudelijke eisen worden gesteld, maar ook dat is onzeker). Over de ratio heeft het Hof van Justitie zich niet expliciet uitgelaten, maar het heeft wel impliciet de suggestie verworpen dat het gaat om rechtsvernieuwing. Gezien het supranationale karakter van het beginsel en gezien de overige rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt het beginsel van proportionaliteit van straffen de meest adequate onderbouwing van de huidige jurisprudentie van het Hof. De status is wel duidelijk: het betreft een algemeen beginsel van Unierecht waarvan lidstaten slechts kunnen afwijken in overeenstemming met artikel 52 lid 1 Hv.

Het Nederlandse mildheidsgebod kent geen formele beperkingen aan de reikwijdte, maar wel een inhoudelijke: veranderingen in de wetgeving kunnen slechts met terugwerkende kracht worden toegepast indien die veranderingen voortvloeien uit een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van de gedraging (de beperkt materiële leer). Knigge heeft aandacht gevraagd voor het feit dat de Nederlandse uitwerking van het mildheidsgebod, dat de status van beleidsbeginsel heeft, niet verenigbaar is met een supranationaal grondrecht, dat juist tegen de wetgever moet kunnen worden ingeroepen. Onder invloed van met name de erkenning van het gebod door het EHRM is de Nederlandse jurisprudentie aldus aangepast dat wijzigingen in het sanctierecht zonder toets aan het gewijzigd inzicht van de wetgever met terugwerkende kracht worden toegepast, uiteraard mits zij gunstig zijn voor de verdachte. Deze aanpassing is gebaseerd op de – discutabele – veronderstelling van de Hoge Raad dat het mildheidsgebod, zoals dat deel uitmaakt van het EVRM en het Europees recht, in reikwijdte beperkt is tot het sanctierecht. Voor wijzigingen buiten het sanctierecht past de Nederlandse rechter nog altijd de toets van het gewijzigd inzicht toe.

Artikel 1 lid 2 Sr wordt door nationale rechters in het Europees recht echter op uiteenlopende wijze toegepast, hetgeen wellicht verklaard kan worden door het feit dat het geen instructies bevat voor de toepassing in een meerlagige context. Twee vragen moeten door de nationale rechter worden beantwoord: 1) kunnen Europese bepalingen met terugwerkende kracht worden toegepast om strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten?; en 2) wanneer de rechter moet beoordelen of de wijziging van het nationale recht voortvloeit uit een

gewijzigd inzicht omtrent de strafwaardigheid van de gedraging, moet dan het inzicht van de nationale of de Europese wetgever leidend zijn? Een analyse van Nederlandse rechtspraak laat grote verschillen zien tussen rechters en ook binnen rechterlijke colleges. De Hoge Raad heeft, zij het zeer impliciet, geaccepteerd dat bepalingen van Europees recht in beginsel wel terugwerkende kracht kunnen krijgen over de band van artikel 1 lid 2 Sr. Toch zijn er aanwijzingen dat bepalingen in de context van het Europees recht minder snel terugwerkende kracht kunnen krijgen dan zuiver nationale bepalingen. Dat heeft te maken met de tweede vraag, de beoordeling van het gewijzigd inzicht. De Hoge Raad heeft in een belangrijk arrest geoordeeld dat de totstandkoming of wijziging van wetgeving ter implementatie van Europees recht niet voortvloeide uit een gewijzigd inzicht, omdat het verplichte wetgevingshandelingen in het kader van harmonisatie betrof. Kennelijk was in dat geval de wijziging en het inzicht op Nederlands niveau relevant. In de lagere rechtspraak komt men gevallen tegen waarin de Hoge Raad wordt gevolgd in die zin dat omzettingswetgeving niet voortvloeit uit een gewijzigd inzicht maar uit Europeesrechtelijke verplichtingen, maar waarin vervolgens wordt gekeken of de wetswijziging op Europees niveau wellicht is ingegeven door een gewijzigd inzicht van de *Europese* wetgever. De strekking van artikel 1 lid 2 Sr vraagt volgens die rechter om een onderzoek naar de motieven achter de wetswijziging zowel op nationaal als op Europees niveau. Deze laatste benadering acht ik de wenselijke benadering, omdat het in een toenemend aantal gevallen de Europese wetgever is wiens strafwaardigheidsoordeel bepalend is voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Naast een analyse van de Nederlandse jurisprudentie, bevat hoofdstuk acht enkele aanbevelingen voor een Europeesrecht-georiënteerde en realistische toepassing van het mildheidsgebod.

In *Hoofdstuk negen*, de conclusie, worden de belangrijkste conclusies uit de eerdere hoofdstukken gerecapituleerd, en worden de onderzoeksvragen beantwoord op geaggregeerd niveau – dus los van de afzonderlijke deelnormen.

De eerste onderzoeksvraag luidde: Op welke wijze geven Europese en Nederlandse actoren invulling aan het legaliteitsbeginsel in het Europees strafrecht? Omdat op Europees niveau geen rechtstreeks toepasselijke strafbepalingen worden uitgevaardigd en toegepast, achten de Europese actoren het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel tot op heden niet rechtstreeks van toepassing op hun eigen handelen. Het legaliteitsbeginsel moet worden verwezenlijkt door de nationale actoren. Het Hof van Justitie heeft op basis van het legaliteitsbeginsel wel strikte grenzen geformuleerd aan de doorwerking van Europees recht in het materiële strafrecht. Lidstaten zijn verplicht een anterieure en duidelijke wettelijke basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren in het nationale recht, en de rechter is bij de uitleg daarvan strikt begrensd in zijn vrijheid: indien de nationale wet geen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, mag de rechter niet tot een veroordeling komen, ook niet door middel

van een Europeesrechtconforme interpretatie. Lidstaten zijn in beginsel ook verplicht bij verandering van wetgeving in voor de verdachte gunstige zin, de mildste strafwet toe te passen. Spanningen tussen effectiviteit en rechtsbescherming worden in het geval van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel steeds in het voordeel van rechtsbescherming beslecht. Desondanks is de toepassing van het legaliteitsbeginsel voor nationale actoren niet altijd vanzelfsprekend of eenvoudig. Vooral bij de nationale wetgever is zichtbaar dat de reikwijdte van zijn discretionaire bevoegdheid vaak onzeker is. De strafrechter lijkt de taak zorg te dragen voor effectieve doorwerking van Europees recht soms beter voor ogen te hebben dan de taak het legaliteitsbeginsel te waarborgen. Dat wordt geïllustreerd door het feit dat de strafrechter doorgaans slechts verwijst naar het legaliteitsbeginsel zoals dat besloten ligt in artikel 1 Sr en 7 EVRM, en geen aandacht schenkt aan het feit dat het legaliteitsbeginsel eveneens deel uitmaakt van het recht van de Europese Unie, door bijvoorbeeld ook te verwijzen naar artikel 49 Hv.

Over het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van Europees recht kan worden geconcludeerd dat het tot doel heeft het beschermen van de rechtszekerheid van de verdachte, waarmee wordt bedoeld dat verdachten niet strafrechtelijk aansprakelijk mogen worden gesteld indien dat voor hen niet voorzienbaar was. Of aansprakelijkstelling voorzienbaar was, wordt in belangrijke mate bepaald door de context: wie zich uit hoofde van beroep of bedrijf bewust begeeft in een sterk gereguleerde context, wordt al snel geacht te kunnen voorzien welke gedragingen tot bestraffing kunnen leiden. Het Europees strafrecht wordt in navolging van de jurisprudentie van het EHRM gekenmerkt door een sterke oriëntatie op subjectieve rechtszekerheid. Het voorkomen van willekeur en de verdeling van macht over de wetgever en rechter spelen geen rol.

Hoewel de uitleg van rechtszekerheid alleen betrekking heeft op voorzienbaarheid voor de verdachte in het individuele geval en sterk contextueel wordt ingekleurd, is het rechtszekerheidsbeginsel wel een sterk beginsel: wanneer de doorwerking van het Europees recht in een spanningsverhouding staat tot de rechtszekerheid van (potentiële) verdachten, prevaleert het belang van rechtszekerheid structureel boven de effectiviteit van het Europees recht. Aan deze voorrang van rechtszekerheid gaat geen belangenafweging vooraf. De verplichtingen die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeien voor de lidstaten wanneer zij uitvoering geven aan het Europees recht – situaties waarin de meerlagigheid van het Europees strafrecht zich manifesteert – vertonen aldus meer karakteristieken van de rechtspositivistische conceptie. Dat is een opvallende conclusie, aangezien de correspondentie tussen artikel 49 Hv en artikel 7 EVRM de verwachting wekt dat het Hof van Justitie het EHRM zal volgen, dat een rechtenconceptie hanteert. Dat doet het Hof van Justitie wel bij de uitleg van het legaliteitsbeginsel in het punitief bestuursrecht: die is zeer sterk geïnspireerd op de uitleg van artikel 7 EVRM door het EHRM. Het Hof heeft dus voor een andere, striktere uitleg van het legaliteitsbeginsel gekozen voor

situaties waarin het legaliteitsbeginsel de doorwerking van Europees recht in het strafrecht bepaalt. Die strikte interpretatie ten aanzien van verplichtingen voor lidstaten wordt in hoofdstuk negen verklaard vanuit de wens de legitimiteit van Europese invloed op het materiële strafrecht te bewaren en het zo transparant mogelijk houden van het Europees strafrecht, mede om toezicht te kunnen houden op de naleving ervan.

In hoofdstuk negen is tevens het antwoord op de tweede onderzoeksvraag geschetst, die luidde: Welke implicaties heeft de huidige invulling van het legaliteitsbeginsel voor rechtszekerheid en staatkundige machtsverdeling? De strikte invulling van het legaliteitsbeginsel wekt wellicht de verwachting dat rechtszekerheid en machtsverdeling adequaat gewaarborgd zijn, maar toch kunnen de nodige problemen worden waargenomen. Rechtsonzekerheid is in het Europees strafrecht een veelvoorkomend en hardnekkig probleem. Die rechtsonzekerheid heeft meerdere verschijningsvormen. De eerste is vaagheid, een vorm van semantische onduidelijkheid. Vaagheid van Europees recht is met name problematisch wanneer dit zich vertaalt in vage nationale strafbepalingen, en dat blijkt in de praktijk ook te gebeuren. De tweede is dat de reikwijdte van het nationale strafrecht onduidelijk wordt indien er sprake is van inconsistenties tussen Europees en nationaal recht, een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Ook dit doet zich veelvuldig voor in het Europees strafrecht. Ten derde is het Europees strafrecht complex, eveneens een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Het probleem van rechtsonzekerheid in het Europees strafrecht is dus niet alleen gelegen in vage Europese regelgeving, maar juist ook in het samenspel van de Europese en de nationale rechtsorde. Rechtsonzekerheid in de vorm van inconsistenties is in het bijzonder problematisch, omdat de conflictnormen in het Europees recht vaak geen voorspelbare uitkomst dicteren. Dat geldt met name voor de plicht tot conforme interpretatie, die bij gebrek aan rechtstreekse werking ten nadele van de verdachte een belangrijke rol speelt in het Europees strafrecht, maar waarbij vaak niet voorzienbaar is of de rechter een conforme interpretatie van het nationale recht mogelijk zal achten. Deze onzekerheid komt bovenop onzekerheid over het overgangsrecht (met name het mildheidsgebod), die eveneens leidt tot onzekerheid over de toepasbaarheid van strafbepalingen. De toepasbaarheid van strafbepalingen kan derhalve vaak worden betwist, hetgeen de reikwijdte van het strafrecht onzeker maakt.

Hiervoor is reeds aangegeven dat de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van het legaliteitsbeginsel bij de nationale rechter wordt gelegd. Bij de strafrechter heeft een beroep op het legaliteitsbeginsel zelden het door de verdachte gewenste effect. Net als in het nationale strafrecht komt de strafrechter in het Europees strafrecht al snel tot het oordeel dat aansprakelijkstelling voor de individuele verdachte voorzienbaar was, waardoor een beroep op het bepaaldheidsgebod of op afwezigheid van alle schuld wegens verontschuldgbare rechtsdwaling zelden slaagt. Die bevinding is beïnvloed door het gegeven dat het Europees strafrecht vaak een ordeningsrechtelijk karakter heeft.

In die context worden van professionele marktdeelnemers verwacht dat zij zich oriënteren op de regels die betrekking hebben op hun handelen.

De rechtsonzekerheid wordt mede veroorzaakt door een soms weinig transparante en niet altijd rationele machtsverdeling tussen Europese en nationale actoren. In dit boek is betoogd dat de Europese wetgever de verantwoordelijkheid voor het creëren van voldoende heldere wetgeving niet volledig kan afschuiven op de nationale wetgever. De kwaliteit van Europese wetgeving is bepalend voor de kwaliteit van nationale wetgeving. Op Europees niveau moet worden gestreefd naar wetgeving die in ieder geval voor lidstaten de omvang van hun verplichtingen duidelijk maakt: lidstaten moeten weten welke gedragingen zij minimaal moeten en/of maximaal mogen criminaliseren, en hoeveel beleidsruimte ze hebben bij de omzetting van richtlijnen. Nationale wetgevers moeten vervolgen, indien hun verplichtingen onduidelijk zijn, hun problemen niet afwentelen op de burger en de strafrechter, maar zelf verantwoordelijkheid nemen voor de kwaliteit van nationale wetgeving. De nationale wetgever heeft echter niet altijd de mogelijkheid die wetgeving naar eigen goeddunken op te stellen.

Tot slot zijn in de conclusie enkele aanbevelingen gedaan voor de diverse bij het Europees strafrecht betrokken actoren. Naast meer concrete aanbevelingen beogen die met name bij te dragen aan bewustwording van het gegeven dat het garanderen van het legaliteitsbeginsel in een meerlagige rechtsorde een extra inspanning vergt en dat meer aandacht zou moeten worden besteed aan objectieve rechtszekerheid. Respect voor de burger als autonoom individu vereist dat strafrechtelijke aansprakelijkstelling voorzienbaar is, ook voor degenen die niet aan strafvorderlijk optreden worden onderworpen of voor degenen die strafvorderlijk moeten optreden. Concreet betekent dit dat helderheid van de normstelling hoge prioriteit moet krijgen, en dat de verantwoordelijkheid voor rechtszekerheid slechts in beperkte mate mag worden afgewenteld op de nationale strafrechter.