



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Begrip en beheersing van het bijzonder strafrecht: een kenmerk-georiënteerde benadering

Cnossen, J.; Ölçer, F.P.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Cnossen, J., & Ölçer, F. P. (2021). Begrip en beheersing van het bijzonder strafrecht: een kenmerk-georiënteerde benadering. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 171-191). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464077>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464077>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

BEGRIIP EN BEHEERSING VAN HET BIJZONDER STRAFRECHT

Een kenmerk-georiënteerde benadering

Jelle Cnossen en Pınar Ölçer

1 INLEIDING

In de afgelopen decennia heeft Tineke Cleiren in haar publicaties geregeld aandacht gevraagd voor het belang van ordening en samenhang in het straf- en strafprocesrecht. Niet zelden hanteert zij in haar wetenschappelijk werk een – haar kenmerkende – systematische benadering, met oog voor wisselwerking en samenhang tussen verschillende wetenschappelijke disciplines, verschillende rechtsgebieden of deelgebieden binnen het straf- en strafprocesrecht. Wij leggen in onze bijdrage voor deze bundel graag de focus op de verhouding tussen twee deelgebieden: het commune straf(proces)recht en het bijzondere straf(proces)recht – in de hoop bij te dragen aan nadere gedachtenvorming over deze belangrijke, maar vertroebelde verhouding.

2 HET CODIFICATIEBEGINSEL: CONSTITUTIONELE BASIS VOOR EEN GEORDEND STRAF(PROCES)RECHT

In het Nederlandse strafrecht is op het eerste gezicht een heldere en eenvoudige afbakening tussen het algemeen en het bijzonder straf- en strafprocesrecht aangebracht. Artikel 107 lid 1 van de Grondwet bevat het codificatiebeginsel en bepaalt dat de wet het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken regelt, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten. Daaruit volgt de systematische taxonomie dat het straf- en strafprocesrecht binnen de wetboeken als algemeen of gemeen dient te worden beschouwd, terwijl alle straf(proces)rechtelijke regelingen daarbuiten – als exceptie – het domein van het bijzondere vertegenwoordigen.¹ Dit domein is (inmiddels) een breed (deel)terrein van het vigerende straf-

1 Zie onder meer: F.G.H. Kristen e.a., 'Inleiding', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019,

en strafprocesrecht geworden, met omvangrijke en voor de strafrechtspraktijk uiterst relevante onderdelen als de Wet op de economische delicten (WED, groot en veelomvattend genoeg om ook als autonome deelcodificatie te kunnen worden opgevat),² de Opiumwet, de Wet wapens en munitie (WWM), de Wegenverkeerswet, het Wetboek van Militair Strafrecht (WMS, een eigen codificatie) en de Algemene wet inzake rijksbelastingen (de delen daarvan die het fiscale straf- en strafprocesrecht regelen).³

De vraag kan gesteld worden in hoeverre het van belang is of een regeling in een bijzondere wet geplaatst wordt of binnen het wetboek; straf(proces)recht is straf(proces)recht, zou men kunnen stellen. Maar (het duiden van) de juiste verhouding tussen het commune en bijzondere straf(proces)recht is vanuit systematisch perspectief juist essentieel. Uit het grondwettelijk codificatiebeginsel⁴ volgt immers, minst genomen, dat het commune straf(proces)recht dient te worden opgevat als algemeen ideaal en het bijzondere straf(proces)recht als beperkt te houden uitzondering. Van een uitzondering is sprake indien daartoe een situationele, contextuele noodzaak bestaat, waardoor een regeling in een bijzondere wet gerechtvaardigd is. Zodra er nieuwe straf(proces)rechtelijke regelingen getroffen worden dan gebeurt dat bij voorkeur binnen de codificatie, in aansluiting op de daar aangebrachte systematiek en uitgangspunten. Indien het noodzakelijk is om daarvan af te wijken dan wordt gekozen voor een bijzondere regeling. Zodoende worden de wetboeken gevrijwaard van excepties die de algemene systematiek en uitgangspunten zouden kunnen corrumperen.⁵

Deze eenvoudige, vanuit *normatief* gezichtspunt getekende gebruiksaanwijzing geeft echter niet (meer) goed de werkelijke verhouding binnen de strafwetgeving weer. Wanneer meer *descriptief* wordt gekeken naar deze systematiek dan blijken de grenzen tussen het algemene en het bijzondere namelijk te zijn vervaagd. Niet alle onderdelen van de wetboeken sluiten naadloos aan bij de algemene systematiek en uitgangspunten, waardoor niet zomaar gezegd is dat het strafrecht in de wetboeken automatisch als ‘algemeen’ kan worden beschouwd (en wellicht eerder als ‘bijzonder’ kan worden opgevat). In de literatuur is in het verlengde hiervan eerder reeds de vraag gesteld wat nu precies onder ‘bijzonder strafrecht’ moet worden geschaard. Zo stellen Kristen e.a., kijkend vanuit een handhavingsper-

p. 18 en R.M.I. Lamp e.a., ‘Algemeen’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 57.

2 D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 14-15.

3 Bedacht moet worden dat naast en achter de genoemde bijzondere wetten vaak nog tal van andere wetten bestaan, die daarmee (deels) onderdeel zijn van het strafrecht. Zodoende is het nagenoeg onmogelijk een uitputtend overzicht te maken van het strafrecht buiten het wetboek. Hierom noemen wij hier alleen de wetten die op zichzelf een deel terrein van het bijzonder strafrecht vertegenwoordigen.

4 Dit beginsel is geen ‘dode letter’; het werd in 1983 nog door de wetgever bekrachtigd: *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, 3.

5 Zie over de ‘in het codificatieartikel belichaamde voorkeur voor systematisering’: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Kluwer 2018, p. 26-27.

spectief, dat het ‘sociaal-economisch strafrecht’ het strafrecht is dat voorziet in een direct aan het orderingsrecht gekoppelde strafrechtelijke handhaving. Aan de hand van dat criterium komen zij voor dit terrein niet alleen uit op het strafrecht in de (bijzondere) WED en de AWR, maar ook het strafrecht (en de handhaving daarvan) in een groep commune delicten, te weten vermogens- en fraudedelicten.⁶

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat de descriptieve legislatieve werkelijkheid, en in het bijzonder de praktische toepassing daarvan – met vergaande mogelijkheden voor overlap tussen bijzondere en commune delictsomschrijvingen als handavingsgrondslagen, vooral in de context van ‘intuïtief’ als ‘bijzonder’ op te vatten feitencomplexen, maar ook in ogenschijnlijk meer commune casusposities – niet altijd overeenstemt met het normatieve codificatie-ideaal (dat immers een duidelijk onderscheid veronderstelt tussen het wetboek en de bijzondere wetten). Hiermee hangt samen dat de in de strafrechtspraktijk gangbare onderverdeling tussen ‘commune’ en ‘bijzondere’ zaken ook niet altijd het vanuit het codificatie-ideaal aangebrachte onderscheid tussen het wetboek en de bijzondere wetten volgt. Hierop komen wij hieronder nog terug.

Nader illustratief voor de vervaging van grenzen tussen de twee domeinen is voorts de in de literatuur eerder gesignaleerde beweging waarbij figuren die als exceptie op de algemene systematiek geplaatst waren in een bijzondere wet, in de afgelopen decennia zijn overgeheveld naar de wetboeken. Deze veralgemenisering van excepties geeft bij tijd en wijle aanleiding tot de vraag of er niet sprake is van convergentie eerder dan divergentie in de verhouding tussen de wetboeken en de bijzondere wetten.⁷ In het verlengde van deze convergentie ligt de samensmelting tussen het bestuursrecht en het strafrecht – die zich juist binnen de bijzondere wetten voltrekt en die tot verdere overlap in handavingsgrondslagen leidt.⁸ Van een strikte scheiding tussen het bestuursrecht en het strafrecht is zodoende geen sprake (meer).⁹

6 Kristen e.a. 2019, p. 18.

7 P.A.H. Bos, ‘Osmose tussen het economische en commune strafrecht’, *SEW* 1976(7/8), p. 381-387; M. Wladimiroff, ‘Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie’, in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196.

8 In de literatuur wordt in dit verband wel gewezen op een sfeercumulatie tussen beide rechtsgebieden, zie hierover onder meer: M.J.J.P. Luchtman, ‘Sfeercumulatie in het verkeersrecht en het fiscale recht’, *DD* 2007/53 en, over dit fenomeen op decentraal niveau: R. Salet & H.J.B. Sackers, ‘Spanningen tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit’, *NJB* 2019/766.

9 Zie over overlap in deze zin: Lamp e.a. 2019, p. 57-96. Het vervagen van grenzen is een fenomeen dat zich overigens niet alleen in de verhouding tussen algemeen en bijzonder strafrecht, en tussen het strafrecht en het bestuursrecht voordoet. Zo wordt het steeds moeilijker exact de lijnen te tonen waar het Nederlands straf(proces)recht ophoudt en overgaat in het inter- of supranationale. Zie ook over de invloed van het Europees recht op het bijzonder strafrecht in het ‘sociaal-economisch’ en ‘fiscaal’ domein: J.A.E. Vervaele, ‘Historische ontwikkeling van het bijzonder strafrecht’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 42-52.

Dit brengt ons tot de constatering dat in de grondwettelijke codificatiebepaling weliswaar een heldere en eenvoudige afbakening is gegeven tussen het straf(proces)recht in de wetboeken en de bijzondere wetten, maar dat het onderscheid tussen het algemene en het bijzondere in de huidige stand van zaken geenszins helder of eenvoudig is. Het verlies van zicht op dit onderscheid brengt belangrijke problematiek met zich. Het aanbrengen van het onderscheid algemeen-bijzonder is immers niet voor niets grondwettelijk geregeld, waardoor het – bij het beslagen raken van het glas – belangrijk is om te reflecteren op de eventuele afstand tussen het daarin verwerkte normatief ideaal en de descriptieve werkelijkheid. Is het zo dat *die* codificatiegedachte in wezen verlaten is, zijn de muren van de codex (ten minste) sterk afgezwakt vanwege nieuwe juridische ecologieën? Zo, ja, is het niet onbevredigend, om praktische of andere redenen, dat de werkelijkheid de logica van constitutionele taxonomieën inhaalt en absorbeert? Of, is wat daarmee werd beoogd nog steeds nastrevenswaardig, wellicht noodzakelijk voor het behoud van systeemstabiliteit, zodat we juist terug zouden moeten keren naar het hanteren van heldere verhoudingen en strikte(re) scheidingslijnen conform de oorspronkelijke gedachte?

3 CRITERIA VOOR RUBRICERING

Deze vragen maken dat bezinning op de contemporaine verhouding tussen het algemeen en bijzonder straf(proces)recht van een groot actueel belang is, ter ordening, begrip en beheersing. In deze bijdrage proberen wij een basis te funderen voor een mogelijke benadering om deze bezinning te faciliteren. Wij nemen daarbij het normatief duidingsperspectief dat wij lezen in artikel 107 lid 1 Grondwet tot uitgangspunt, en vertrekken aldus vanuit de grondgedachte dat de regeling van het straf(proces)recht *bij voorkeur* in de wetboeken geschiedt, aanpassingen binnen het algemeen straf(proces)recht dienen aan te sluiten op de daarbinnen geldende kaders en dat alleen gekozen wordt voor bijzondere afwijkende regelingen buiten de wetboeken, indien en voor zover daartoe een gerechtvaardigde noodzaak bestaat.

Met dit leidend uitgangspunt komen wij tot ordening en duiding via een kenmerkgeoriënteerde benadering, waarbij aan de hand van een ‘checklist’ van kenmerken of eigenschappen van bijzonder straf(proces)recht, regelingen (maar ook jurisprudentieel ontwikkelde entiteiten) kunnen worden geanalyseerd en gekwalificeerd als (overwegend) algemeen (ofwel: ideaaltypisch) dan wel bijzonder (niet ideaaltypisch). Voor deze benadering vinden wij inspiratie in de gedachtevorming – waaraan ook Cleiren heeft deelgeno-

men¹⁰ – omtrent de criteria voor strafbaarstelling. Anders dan in de context van die discussie, gaat het in onze benadering evenwel niet om de vraag *onder welke omstandigheden tot strafbaarstelling* kan of dient te worden gekomen, maar om de vraag *waar het strafrecht, maar ook de strafvordering*, geregeld dient te worden: als algemene regeling in de wetboeken, of als bijzondere regeling daarbuiten. Criteria voor rubricering, zo u wilt.¹¹ Het gaat daarin om het herkennen van wat vanuit normatief oogpunt als algemeen of bijzonder dient te worden opgevat, door een deconstructie van kenmerken. Hiervoor putten wij deels uit in de literatuur benoemde kenmerken, deels uit het onderwijs in het bijzonder strafrecht zoals dat op de Leidse rechtenfaculteit wordt verzorgd. Op basis van de hieronder besproken kenmerken kunnen geen exacte grenzen getrokken worden; veeleer kan het functioneren als een model om de mate van gelijkenis vast te stellen tussen een specifieke regeling en het bijzonder strafrecht. Daarnaast hebben we niet de illusie dat we hier een uitputtend overzicht van kenmerken kunnen presenteren – alleen al om hiermee de omvang van deze bijdrage binnen behoorlijke grenzen te houden.

Bij de bespreking van kenmerken maken we onderscheid tussen materieelrechtelijke en formeelrechtelijke kenmerken, hoewel in het vervolg zal blijken dat de kenmerken deels met elkaar samenhangen.¹²

4 MATERIEELRECHTELIJKE KENMERKEN

Het materiële strafrecht in bijzondere wetten wijkt op een aantal belangrijke punten af van het materiële strafrecht in het wetboek. Deels ligt de basis voor deze afwijkingen in de besluitvorming rondom de samenstelling en invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886. Uit de parlementaire geschiedenis van het wetboek blijkt dat men met de invoering van het wetboek een einde wilde maken aan de totale onoverzichtelijkheid van het materiële strafrecht. Tot aan de invoering van het wetboek was de Code Pénal van kracht, en in de loop van de negentiende eeuw waren daar honderden bijzondere wetten bij gekomen,¹³ met veel onduidelijkheid voor de burger als gevolg. Hierom stelde de ‘Staatscommissie voor de Zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht’ zich ten doel al het materiële strafrecht overzichtelijk en samenhangend te codificeren in het wetboek, illustratief voor de nauwe verbondenheid tussen het codificatiebeginsel en het legaliteitsbeginsel. Deze doel-

10 C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 7-24.

11 Beredeneerd vanuit de chronologie van de totstandkoming van strafwetgeving zouden deze criteria voor rubricering kunnen volgen op een discussie over de vraag óf er tot strafbaarstelling dient te worden gekomen.

12 Zie daarover nader in par. 5.

13 *Handelingen I* 1880/81, p. 288.

stelling bleek te ambitieus, waardoor een aantal uitzonderingen gecreëerd werd. Met de Invoeringswet van het Wetboek van Strafrecht¹⁴ werden alle bijzondere strafwetten (samen met de Code Pénal) ingetrokken (art. 3 Invoeringswet)¹⁵, met uitzondering van het fiscale strafrecht (art. 7 Invoeringswet), het militaire strafrecht (art. 9 Invoeringswet) en een groot aantal overtredingen (art. 10 Invoeringswet). Het militaire strafrecht bleef buiten het wetboek bestaan omdat de militaire strafwetten eerst grondig herzien moesten worden,¹⁶ en mogelijk afzonderlijk zouden worden gecodificeerd in een wetboek van militair strafrecht.¹⁷ Het fiscale strafrecht bleef buiten het wetboek bestaan omdat opnemings hiervan het wetboek te omvangrijk zou maken, en bovendien zou het fiscale strafrecht naar zijn aard te veranderlijk zijn om te kunnen worden opgenomen in een bestendigde codificatie.¹⁸ Voor het behouden van een fors aantal overtredingen buiten het wetboek klonk eveneens laatstgenoemd argument.¹⁹ De overtredingen werden door Modderman als *wetsdelicten* gezien. Bij de invoering van het wetboek werd voor toekomstige strafrechtelijke regelingen onder meer de volgende verwachting uitgesproken door de wetgever:

‘de speciale wetgever bepale zich (met uitzondering dan van het fiscale en het militaire strafrecht) tot de *wetsdelicten*. Waar *rechtsdelicten* nieuwe regeling behoeven, daar behoort dit, overeenkomstig de zooeven besproken beginselen, te geschieden in den vorm van aanvulling of wijziging van het Strafwetboek.’²⁰

Deze wetsdelicten zijn te karakteriseren als delicten waarvan de strafwaardigheid van de strafbaar gestelde gedragingen pas blijkt uit het feit dat zij in de wet zijn opgenomen. Anders gezegd: de wetsdelicten vinden hun basis niet in de ‘samenlevingsmoraal’.²¹ De strafwaardigheid van *rechtsdelicten* stond daarentegen al vast voordat zij als misdrijf in de wet waren opgenomen.²²

Het wetboek bevatte zodoende zowel misdrijven (Boek 2) als overtredingen (Boek 3), terwijl de bijzondere wetten in beginsel enkel overtredingen kenden (uitgezonderd het militaire en fiscale strafrecht).²³ Het verschil tussen de overtredingen in het wetboek en de

14 Wet van 15 april 1886, *Stb.* 1886, 64.

15 Zie daarover: H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* deel V, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1901, p. 64-65.

16 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 43.

17 Smidt V 1901, p. 114-115.

18 Smidt I 1891, p. 43.

19 Smidt I 1891, p. 43-44.

20 Smidt V 1901, p. 68-69.

21 Wladimiroff 1990, p. 186.

22 Zie hierover uitgebreid: Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint bv 1993, p. 86-96.

23 Overigens nam het aantal misdrijven in bijzondere wetten na 1886 in rap tempo toe, waarmee de wens om slechts overtredingen in bijzondere wetten op te nemen nimmer vervuld is.

overtredingen in bijzondere wetten was bij invoering van het wetboek gelegen in de veranderlijkheid – en, hiermee samenhangend, de deontologie – van de overtredingen. Indien een overtreding naar zijn aard veranderlijk was (en daarmee een wetsdelict) dan werd hij in een bijzondere wet geplaatst.

4.1 *Bestendigheid vs. veranderlijkheid*

Hiermee is het eerste kenmerk van het materiële strafrecht in bijzondere wetten reeds naar voren gekomen; de aard van de norm geeft een indicatie of plaatsing in het wetboek of een bijzondere wet aangewezen is. De norm kan naar zijn aard bestendig of veranderlijk zijn. Indien sprake is van een naar zijn aard bestendige norm dan is die norm voor opnemings in het wetboek geschikt, terwijl bij normen die meer veranderlijk zijn plaatsing in een bijzondere wet aangewezen is. Dit uitgangspunt werd dus al door Modderman gehanteerd. Ook in de literatuur wordt dit kenmerk van het materiële strafrecht in bijzondere wetten naar voren gebracht.

Zo wijzen Nolte en Buruma erop dat al ruim voor de invoering van het Wetboek van Strafrecht de gedachte was dat het strafrecht dat teveel plaats-, tijds-, of standsgebonden was geregeld diende te worden in bijzondere wetten.²⁴ Ook nadien bleef dit een belangrijk kenmerk van het materiële strafrecht in bijzondere wetten.²⁵ Het sterk *plaats*gebonden strafrecht werd welbewust grotendeels buiten het wetboek gehouden,²⁶ en komt tot uiting in het op decentraal niveau vigerende strafrecht (afkomstig van bijvoorbeeld gemeenten of provincies).

Sterk *tijds*gebonden normen hebben behoefte aan flexibiliteit, zodat relatief eenvoudig ingespeeld kan worden op veranderingen. Dit hangt samen met het feit dat deze meer veranderlijke normen een andere deontologie hebben dan de normen die voortkomen uit de ‘samenlevingsmoraal’ (rechtsdelicten). Van laatstgenoemde normen staat immers vast wat (de reikwijdte van) de strafbare gedraging is (hoewel ook deze normen uiteindelijk aan evolutie onderhevig (kunnen) zijn), terwijl dat voor de normen die pas strafwaardig zijn zodra ze in de wet zijn vastgelegd niet geldt. Dit heeft gevolgen gehad voor de vormgeving van de normen in bijzondere wetten; ze zijn vaak zo opgesteld dat enige legislatieve lenigheid wordt geboden om toekomstige veranderingen eenvoudig te kunnen verwerken. Daarnaast zijn deze normen op zichzelf doorgaans breed vormgegeven, zodat ook gedragingen waarvan de strafwaardigheid niet bij voorbaat is gegeven eventueel onder het bereik

24 Buruma 1993, p. 61 & 74; H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de bijzondere wetten* (diss. Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt n.v. 1949, p. 40-41.

25 D. Schaffmeister, ‘Delictsclassificaties – misdrijven en overtredingen’, in: *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint BV 1986, p. 205.

26 Art. 28 jo. art. 27 Invoeringswet van het Wetboek van Strafrecht.

van de norm gebracht zouden kunnen worden, zonder dat hier een wijziging van (lagere) regelgeving voor nodig is. Vanuit deze gedachtes zijn twee (met elkaar samenhangende) wetgevingstechnieken ontstaan, die typerend zijn voor strafbaarstellingen in bijzondere wetten, en daarmee (sub)kenmerken vormen van het strafrecht in bijzondere wetten: gelede normstelling en administratieve afhankelijkheid.

Van een gelede normstelling is sprake indien de (materiële) norm verspreid is over meerdere bepalingen in een bijzondere wet, in meerdere bijzondere wetten of in andersoortige regelingen.²⁷ In het wetboek kan men (daarentegen) in de regel kennisnemen van de gehele materiële norm door raadpleging van één bepaling.²⁸ Een gelede normstelling kan de hierboven bedoelde legislatieve lenigheid bieden om veranderingen relatief snel te verwerken in wet- en regelgeving. Bij de figuur van administratieve afhankelijkheid wordt de invulling van de norm (groten)deels overgelaten aan (besluiten van) een bestuursorgaan.²⁹ Bij breed opgestelde normen kan het bestuursorgaan zodoende de (op dat moment in de praktijk) concrete strafwaardige gedraging eruit filteren. Dit biedt de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om beleid te ontwikkelen en te voeren over de in de ogen van dat bestuursorgaan (op dat moment) wenselijke strafwaardige gedragingen. Hiermee wordt bovendien de mogelijkheid geboden om de – voor normen met een hoog technisch karakter noodzakelijke – deskundigheid van het bestuursorgaan te betrekken bij de vraag of de norm in concreto überhaupt is geschonden. Dit verschijnsel doet zich in het bijzonder voor in het fiscale strafrecht, het financieel-economische strafrecht, en het milieustrafrecht.³⁰ Een veelvoorkomende vorm van administratieve afhankelijkheid is door strafbaar te stellen het handelen in strijd met administratieve voorwaarden, zoals een vergunningsvereiste en daaraan verbonden voorwaarden. Het afgeven van een vergunning en het stellen van

27 Beschrijvingen van deze legislatieve techniek treffen we vooral in bestuursrechtelijke literatuur. Zie bijvoorbeeld: J.H.G. van den Broek, *Bundeling van omgevingsrecht (Recht en Praktijk nr. SB5)* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2012, p. 158-161; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005, p. 134-141. Zie met betrekking tot gelede normstellingen in het economisch strafrecht: J.M.W. Lindeman, 'De zwakste schakel. Enkele gevolgen van het stelsel van gelede normstellingen', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2004, afl. 3/4, p. 78-83; met betrekking tot gelede normstellingen in het bijzonder strafrecht in het algemeen: F.G.H. Kristen, 'Het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 430-435.

28 Zie hierover uitgebreider: D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992, p. 9-11.

29 In bestuursrechtelijke literatuur wordt ditzelfde verschijnsel beschreven als de 'terugtrek van de wetgever', zie bijvoorbeeld: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 134-141.

30 M. Faure, 'De gevolgen van de 'administratieve afhankelijkheid' van het milieustrafrecht: een inventarisatie van knelpunten', in: M. Faure, J. Oudijk & D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 91-150.

voorwaarden ligt in handen van het verantwoordelijke bestuursorgaan.³¹ Deze beide legislatieve figuren bieden de wetgever de nodige lenigheid om, zonder uitgebreid wetgevingsproces, in te spelen op veranderingen.

4.2 *Reactief vs. proactief*

Het sterk tijds- en contextgebonden karakter van normen in bijzondere wetten heeft voorts voor een nadere karakterologische verandering van normen in bijzondere wetten gezorgd. Normen in bijzondere wetten zijn vaak meer proactief van aard, terwijl normen in het wetboek doorgaans reactief van aard zijn. Anders gezegd: de normen in het wetboek zijn in beginsel bestemd als reactie op de krenking van een rechtsgoed, terwijl de normen in bijzondere wetten zo opgesteld zijn dat daarmee een situatie wordt gecreëerd waarin een krenking van een rechtsgoed voorkomen wordt door reeds handhaving mogelijk te maken in een stadium voorafgaand aan de krenking van een rechtsgoed.³² Deze abstracte gevaarzettingsdelicten, die soms de vorm hebben van voorbereidingsdelicten, kennen daarmee een (grote) afstand tot daadwerkelijke krenking van een rechtsgoed. Dit wordt gelegitimeerd door het gegeven dat de (uiteindelijk) achterliggende (rechts)belangen zwaarwegend en collectief zijn;³³ te denken valt aan bescherming van de leefomgeving (milieudelicten), bescherming van de persoonlijke gezondheid (verkeersdelicten) of bescherming van de integriteit van en het handelsverkeer op de markten (financiële delicten). Deze abstracte gevaarzettingsconstructie is niet alleen terug te zien op delictsniveau, maar eveneens op het niveau van algemene leerstukken. Zo werd eerst in de Opiumwet de strafbaarheid in de voorfase uitgebreid met strafbare voorbereidingshandelingen gericht op de verwezenlijking van bepaalde, in de Opiumwet omschreven, delicten (art. 10a Opiumwet).³⁴

De meer proactieve wijze van strafbaar stellen heeft als gevolg dat vele bepalingen in bijzondere wetten erop gericht zijn gewenst gedrag af te dwingen, terwijl de strafbaarstellingen in het wetboek doorgaans erop gericht zijn ongewenst gedrag terug te dringen. Hierom bevatten de bijzondere wetten veelal (impliciete) gebodsbepalingen, terwijl het

31 Dit creëert een vaak complexe interactie tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Hoe verhoudt zich bijvoorbeeld de mogelijkheid tot vernietiging van een bestuursbesluit – met terugwerkende kracht – tot het strafrechtelijke wederrechtelijkheidsbegrip? In deze bijdrage zullen we deze en vergelijkbare kwesties niet bespreken.

32 Schaffmeister 1986, p. 207.

33 Deze bescherming van collectieve rechtsbelangen (versus individuele rechtsbelangen) kan ook als afzonderlijk kenmerk van het bijzonder strafrecht worden beschouwd; met uitzondering van de Wegenverkeerswet bevat het bijzonder strafrecht uitsluitend slachtofferloze delicten ter bescherming van collectieve rechtsbelangen.

34 Deze exceptie werd later veralgemeniseerd door de strafbare voorbereidingshandelingen (ook) in het wetboek te regelen.

wetboek in beginsel verbodsbepalingen kent.³⁵ Hiermee hangt samen dat de bijzondere wetten (impliciete of expliciete) zorgplichtbepalingen kennen; gebodsbepalingen waarin de normadressaat wordt opgedragen een bepaalde mate van zorg te betrachten met betrekking tot bepaalde belangen.³⁶

Het proactieve karakter van de normen in bijzondere wetten heeft zodoende in het algemeen een ruimer uitvallende strafrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg; de normadressaat dient zich niet alleen te onthouden van bepaalde strafbaar gestelde gedragingen, maar zal zich actief moeten opstellen om schending van gebodsbepalingen (zoals in de vorm van zorgplichten) te voorkomen. Die ruimere strafrechtelijke aansprakelijkheid komt het sterkst tot uiting zodra een op zichzelf reeds proactieve norm gecombineerd wordt met de algemene leerstukken van poging en voorbereiding.

4.3 *Algemene vs. bijzondere normadressaat*

We zagen al dat sterk plaatsgebonden strafrecht geregeld is in het decentrale bijzondere strafrecht, en dat het sterk tijdsgebonden strafrecht geregeld is in of via formele bijzondere wetten. Van *stands*gebonden strafrecht, zoals dat in het begin van de negentiende eeuw werd opgevat, werd in zekere zin reeds afscheid genomen toen het gelijkheidsideaal in diezelfde eeuw sterk op de voorgrond kwam te staan. Niettemin bleef er in de negentiende eeuw strafrecht bestaan dat zich slechts richtte tot een beperkte groep burgers. Deze praktijk zet zich in zekere zin ook na de invoering van het Wetboek van Strafrecht voort – zij het in andere vorm – door in bijzondere wetten het strafrecht vaak te adresseren aan een specifieke groep rechtssubjecten. Anders gesteld: bijzondere wetten hebben vaak een bijzondere normadressaat, terwijl het wetboek algemene gelding, algemene werking en dus een algemene normadressaat kent. De bijzondere normadressaat is in financieel-economische bijzondere wetten vaak een (deel van een) beroepsgroep, maar kan ook een veel grotere groep betreffen; in het verkeersrecht is bijvoorbeeld de verkeersdeelnemer de bijzondere normadressaat.

Voor deze normadressaat geldt een verhoogde zorgplicht, een *Garantenstellung*.³⁷ Er wordt een bovengemiddelde hoeveelheid zorgvuldigheid verwacht ten aanzien van de kennis³⁸ en naleving van het recht. Hier staat tegenover dat er binnen het bijzonder strafrecht ook speciale figuren zijn ontwikkeld die dit hoge verwachtingspatroon enigszins

35 Schaffmeister 1986, p. 206; Wladimiroff 1990, p. 186, die in het verband van bijzondere wetten spreekt over modificatie van rechtsgenoten in plaats van codificatie van normen.

36 Wladimiroff 1990, p. 189.

37 Wladimiroff 1990, p. 189-190.

38 Vgl. HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001, 14 (Kruls), i.h.b. r.o. 3.4-3.5.

dempen; de meest in het oog springende zijn de inkeerregeling en de figuur van het pleitbaar standpunt in het fiscale strafrecht.³⁹

5 FORMEELRECHTELIJKE KENMERKEN

Uit codificatie van het materiële strafrecht vloeit, vertrekkend vanuit het conventioneel uitgangspunt dat het formele strafrecht dienstig is aan het materiële, logischerwijs voort dat ook de strafvordering gecodificeerd is. Zo gezien behoeft dan ook niet te worden gezocht naar eigen criteria voor de afbakening van de commune en de bijzondere *strafvordering*, daar tot uitgangspunt kan worden genomen dat het formele strafrecht in de bijzondere wetten het materiële strafrecht daarin volgt. De bijzondere strafvordering kan daarmee geassocieerd worden met dezelfde verklarende afbakeningscriteria die voor het bijzonder strafrecht gelden, terwijl een sterke indicatie is gegeven dat de kenmerken die heersen in de materiële sfeer, ook in de formele zullen doorwerken. Zoals hieronder zal blijken, blijkt het inderdaad goed mogelijk de strafvordering in de bijzondere wetten te deconstrueren aan de hand van dezelfde 'hoofdkenmerken' die hierboven zijn benut en die afgeleid kunnen worden uit het oorspronkelijk normatief perspectief van het codificatiebeginsel en de daarbij gehanteerde scheidingscriteria. Nadere, in de context van de strafvordering manifeste 'sub-kenmerken' laten zich voorts eveneens goed onder die hoofdtaxonomieën ordenen. Evenals de verschillende kenmerken zoals hierboven geduid in de context van het materiële recht met elkaar samenhangen, soms uit elkaar voortvloeien en in ieder geval in wisselwerking elkaar wederzijds beïnvloeden, geldt dat ook in sterke mate, niet alleen voor de formeelrechtelijke kenmerken in zichzelf, maar ook voor de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke kenmerken in hun onderlinge verhouding. Daarin is reeds bevestiging te vinden voor de gedachte dat inderdaad sprake is van een nauwe verbondenheid tussen de afbakening van het materieel en formeel strafrecht in de bijzondere wetten.

Niettemin blijft separate beschouwing van de strafvorderlijke kenmerken van belang. In dit verband dient een tweetal voorafgaande opmerkingen te worden gemaakt. In de eerste plaats is het om principiële redenen te gemakkelijk om de afwijkende strafvordering in bijzondere wetten zuiver als 'volgzaam' ten opzichte van het materiële strafrecht te verklaren, omdat daarmee onvoldoende recht wordt gedaan aan de eigen fundering en rationaliteit van de strafvorderlijke codificatie. Uit het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering blijkt juist dat deze toch ook berustte op een eigen normatieve voorkeur

39 Ook de sanctionering kan dempend werken op het hoge verwachtingspatroon van de bijzondere normadressaat: in de praktijk van de bijzondere wetten is het meer gangbaar om over te gaan tot onderhandeling naar aanleiding of ter voorkoming van een strafrechtelijke vervolging. Hierop komen we in par. 5.2 nog terug.

voor algemene en systematische regeling.⁴⁰ Zodoende kreeg ook het Wetboek van Strafvordering een ‘algemeen deel’, bevattende, na een ‘nauwkeurig overwogen’ selectie daarvan, ‘onderwerpen (die) eene zoodanige algemeene regeling toelaten’,⁴¹ waarmee ‘de gehele stof is ‘gesystematiseerd’ en wel in ‘eene indeeling die geacht mag worden in overeenstemming te zijn met eene wetenschappelijke systematiek en dan ook, behoudens allerlei afwijkingen in bijzonderheden, in hoofdzaak in verschillende handboeken en leerboeken gevolgd wordt’.⁴²

Gelet op deze op zichzelf staande voorkeur voor een algemene en systematische regeling van de strafvordering, kan aldus tot uitgangspunt worden genomen dat het normatief ideaal om voor zover mogelijk niet van ‘het algemene’ af te wijken (en indien wel noodzakelijk, daarin terughoudend te zijn), autonoom operationeel is in de strafvorderlijke context⁴³ en daardoor op eigen merites in beschouwing dient te worden genomen. Het bestaan en belang van een afzonderlijke – los van het materiële strafrecht staande – verhouding tussen de commune en de bijzondere *strafvordering* wordt bevestigd doordat, ondanks de afwezigheid in het Wetboek van Strafvordering van een schakelbepaling als artikel 91 Sr, de algemene toepasselijkheid van de regelingen in het Wetboek bij het uitblijven van een uitdrukkelijke afwijkende regeling daarbuiten ook gegarandeerd is.⁴⁴ In wezen is deze, in de strafvordering impliciete, regel nog sterker dan in het domein van het materiële strafrecht, vanwege het formele wetsbegrip dat in artikel 1 Sv wordt gehanteerd.

In de tweede plaats, en pragmatischer bezien, is aparte bespreking van strafvorderlijke kenmerken ook noodzakelijk omdat bij de (oorspronkelijke) afbakening van het commune en het bijzondere, de nadruk toch steeds lag op het materiële strafrecht. De keuze voor regeling in het wetboek dan wel in een bijzondere wet is immers steeds vanuit dat laatste perspectief gemaakt, hetgeen ook bevestigd wordt door het gegeven dat aanvankelijk niet veel strafvorderlijke afwijkingen waren opgenomen in de bijzondere wetten, zeker niet in kwantitatieve verhouding tot het materiële strafrecht.⁴⁵ Dat is later evenwel geheel anders geworden, zoals door Samadi recent verklaard is, door de behoefte om repressiever op te

40 Zie daarover: *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3 (MvT), p. 62-63, aangehaald door Cleiren, in: *T&C Strafvordering*, Inleidende opmerkingen bij: Wetboek van Strafvordering, Aanhef, aant. 4.

41 Ibid.

42 Ibid.

43 Zie ook M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 85, waar zij onderstreept dat het ‘de bedoeling’ was van de wetgever ‘(...) aansluiting te vinden bij de codificatiegedachte en het strafproces (...) zoveel mogelijk in één wetboek te regelen (...)’.

44 D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 2.

45 Zie voor een overzicht van de oorspronkelijke terughoudende regeling van de strafvordering in de bijzondere wetten: Samadi 2020, p. 85-87. Zie voor een uitgebreide schets van de ontwikkeling van het bijzonder strafrecht in het algemeen: Vervaele 2019, p. 23-56.

treden op terreinen van het bijzonder strafrecht.⁴⁶ Tegelijkertijd is het procesrechtelijk landschap van de bijzondere wetten ook fundamenteel veranderd, vooral ook vanwege de evolutie van de gemengde of integrale handhaving, die in alle bijzondere wetten in enigerlei vorm aan de orde is en vanuit handhavingsperspectief een bepalende rol speelt. Dat zich pas later dergelijke grote wijzigingen hebben voorgedaan brengt met zich dat de bezinningsmogelijkheden op de implicaties van de kenmerken die daarmee dus pas later, stapsgewijs, op organische wijze gestalte hebben gekregen, hoe dan ook beperkter zijn geweest dan in het geval van het materiële strafrecht.

5.1 *Reactief vs. proactief*

Ook vanuit strafvorderlijk perspectief kenmerken de bijzondere wetten zich door een proactieve benadering, die op verschillende wijzen gestalte krijgt, in aansluiting op de verschillende betekenissen waaronder de concepten van reactiviteit en proactiviteit kunnen worden begrepen (in het strafvorderlijk domein).⁴⁷ De proactieve benadering in de bijzondere strafvordering is allereerst concreet te zien in de regeling van de opsporing, of – vanwege de gemengde handhaving die aan de orde is in de bijzondere wetten – in wat beter als *voorfase* in de aanloop naar (verschillende mogelijke vormen van) afdoening kan worden geduid. In de ‘zuiver’ strafvorderlijke lijn van de bijzondere opsporing is allereerst voorzien in een aantal dwangbevoegdheden die ook in het Wetboek van Strafvordering voorkomen, doch die in de bijzondere wetten ruimer uitvallen. Zij verdringen aldus als *specialis* hun commune tegenhangers.⁴⁸ Het gaat daarbij vooral om bevoegdheden als betreding van plaatsen, doorzoeking, inbeslagneming en de vordering tot de uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen.⁴⁹

Hoewel verschillen bestaan tussen dwangbevoegden in verschillende bijzondere wetten, kan in algemene zin worden gesteld dat zij ruimer uitvallen dan commune dwangbevoegdheden, vooral omdat de strikte commune instapeis van het redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv niet of in afgezwakte vorm wordt gesteld.⁵⁰ Opsporingsambtenaren kunnen aldus, op basis van een zwakkere informatiepositie, niet alleen in meer

46 Samadi 2020, p. 85-87.

47 Zie over het strafvorderlijk proactief concept, vooral in de context van terrorismebestrijding: M.F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation: Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States* (diss. Utrecht), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2012, p. 3-6; in relatie tot de opsporing: Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 283-287; eveneens toegespitst op terrorismebestrijding: M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

48 Brouwer 1999, p. 1.

49 Zie o.a. de artt. 18 en 20 WED, art. 9 Opiumwet, art. 49 WWM en art. 81 AWR.

50 Zie in dit verband bijvoorbeeld art. 23 WED, art. 8 Opiumwet en art. 9 WWM. Zie voor een overzicht en analyse van opsporingsbevoegdheden in de bijzondere wetten: H.J.B. Sackers, ‘Wie moderniseert de bijzondere strafvordering?’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018(4), p. 241-248.

gevallen, maar ook *eerder* toepassing geven aan bijzondere dwangbevoegdheden. De ruimte voor toepassing wordt nog verder vergroot doordat in voorkomende gevallen ook onduidelijkheid heerst over de aard en reikwijdte van onderzoeksbevoegdheden in bijzondere wetten, voor wat betreft het karakter daarvan als opsporings- of toezichtsbevoegdheden, dan wel het bestaan en striktheid van een verdenkingseis.⁵¹ Het in zichzelf ruimere toepassingsbereik van de bijzondere dwangbevoegdheden dient voorts in samenhang te worden gezien met het proactief karakter van het bijzonder strafrecht in materieelrechtelijke zin (zoals beschreven in paragraaf 4.2). Nadere ruimte aan de materieelrechtelijke kant werkt immers door in de strafvorderlijke werkingssfeer: omdat de materiële reikwijdte van bijzondere delicten een vroeger en breder scala aan gedragingen vangt, wordt de potentiële toepassingsfeer van bijzondere dwangbevoegdheden ook ruimer.

In de bijzondere wetten is geen afzonderlijke (afwijkende) grondslag voor de toepassing van (heimelijke) bijzondere opsporingsbevoegdheden opgenomen. Voor zover wordt voldaan aan de daarvoor geldende voorwaarden, kunnen de in het WvSv geregelde bijzondere opsporingsbevoegdheden echter ook in een opsporingsonderzoek naar bijzondere delicten worden ingezet. In dit verband kan erop gewezen worden dat een opsporingsonderzoek in het bijzonder strafrecht vaak ziet op rechtspersonen, dan wel, vanwege de ‘bedrijvige aard’ van bijzondere delicten, op groepen personen die in enig ‘gestructureerd verband’ zullen samenwerken. Dat kan met zich brengen dat snel voldaan is aan de eis van het ‘georganiseerd verband’, die gesteld wordt voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden in Titel V van Boek I WvSv. Hiermee kan worden gesproken van een vrij brede potentie voor de inzet van proactieve opsporing in de zin van Titel V.⁵²

Het proactief karakter van de voorfase in de bijzondere wetten krijgt voorts vooral gestalte vanwege de structurele aanwezigheid van gemengde of integrale handhaving, die, als gezegd, in alle bijzondere wetten in enigerlei vorm aan de orde is. De ‘zuiver’ strafvorderlijke mogelijkheden dienen daardoor steeds te worden gezien in combinatie met eveneens aanwezige andersoortige (vooral bestuurlijke) (onderzoeks)bevoegdheden, waarvan de toepassing veelal nog ruimere instapeisen kent. Omdat andersoortige handhaving voorts (bewust) – via sfeerovergang, sfeercumulatie en de brede mogelijkheden tot informatie-uitwisseling tussen de verschillende handhavingskolommen – niet hermetisch

51 Sackers 2018, p. 241-243; Zie ook Brouwer 1999, p. 2, waar hij stelt dat het vaak ‘moeilijk’ en een ‘kwestie van interpretatie’ is ‘of een bepaling in een bijzondere wet een afwijking van de regeling in het Wetboek van Strafvordering bevat’.

52 Voorts kunnen in het kader van vroegere mogelijkheden tot ingrijpen ook worden genoemd de voorlopige maatregelen zoals voorzien in de artikelen 28 en 29 WED, die kunnen worden bevolen voor aanvang van het onderzoek ter terechtzitting respectievelijk door de officier van justitie en de rechter (in het geval van de laatste ook na aanvang van het hoofdonderzoek). Bij de voorlopige maatregelen wordt wel de zware eis van ernstige bezwaren gesteld (naast die van een spoedeisend belang), waardoor het proactief karakter hier anders is. In deze context gaat het erom dat vergaand ingrijpen mogelijk is, vooruitlopend op en zonder de zekerheid van een eventuele veroordeling.

gescheiden is van de strafvorderlijke, dient zij als daaraan complementair te worden opgevat. Het totaalpakket van vroeg in te zetten (onderzoeks)bevoegdheden kan buitengewoon gevarieerd en complex zijn, met vermenging van strafvorderlijke, ‘zuivere’ en ‘repressieve’ (bestuurlijke) controlebevoegdheden. De houders van de bevoegdheden kunnen van uiteenlopende aard zijn en soms werken met meerdere petten.⁵³

Alles bij elkaar genomen verbreedt de gemengde handhaving de grondslag voor informatievergaring en interventie, ook in temporele zin, op substantiële wijze. In het commune strafrecht is het handhavingsterrein van de strafvorderlijke actoren beperkt tot onderzoek naar gedragingen die onder de reikwijdte van het materiële strafrecht vallen. In het bijzonder strafrecht is dit handhavingsterrein aanmerkelijk verbreed vanwege een groot scala aan bestuurlijke toezichthouders en – afhankelijk van de bijzondere wet die aan de orde is – andersoortige handhavingspartners met eigen institutionele profielen (als publiek- of privaatrechtelijke entiteiten), taken, doelen en belangen. Daaronder kunnen ook worden begrepen de normadressaten van de bijzondere wetten zelf, die via zelfregulering, compliance modellen en meldingsplichten, op vrijwillige dan wel onvrijwillige basis worden geacht een bijdrage te leveren aan de handhaving. Het (voor)onderzoek van dergelijke alternatieve handhavers zal zich richten op eventuele normschendingen die een grote gelijkenis tonen met ‘zuiver’ strafrechtelijke normen. Niettemin zal het ook voorkomen dat de materiële handelingsgrondslag bij deze alternatieve handhavers, ruimer zal kunnen zijn en ook eerder zal kunnen ingaan. Samenwerking in de ‘totale handhaving’ brengt met zich mee dat voor alle partners een potentieel zeer brede basis voor vroege informatievergaring ontstaat. In grensoverschrijdende zaken kunnen daaraan ook evenveel andersoortige actoren uit andere internationale en nationale jurisdicties worden opgeteld. Voor elk thematisch (sub)deelgebied van bijzondere normen bestaan aldus verschillende, uit diverse actoren en modaliteiten opgebouwde, handhavingsmatrices, met een variabele complexiteit. Sommige daarvan zijn bestendig en doelbewust in het leven geroepen, andere kunnen op meer *ad hoc* basis in het kader van meer tijdelijke handhavingsprioriteiten (op projectmatige basis) gestalte krijgen. Sommige (vaste, primaire) samenwerkingswerkingen blijken voorts reeds uit de wet (zoals zeer concreet in het geval van de fiscale handhaving),⁵⁴ andere worden gebaseerd op diffusere beleidsmatig tot stand gekomen co-operaties.

De constellatie van de gemengde handhaving komt hieronder nader aan de orde, maar in de context van het proactieve karakter van de bijzondere strafvordering is van belang dat, alles bij elkaar genomen, in aansluiting op de collectieve belangen die worden behartigd, alsmede het open karakter van de normen, het een en ander leidt tot een hoge potentie

53 Zie algemeen over deze problematiek, onder meer: M.J. Borgers en T. Kooijmans, ‘De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 577-608.

54 Art. 80 AWR.

voor alertheid op (toekomstige) normovertreding, doordat het stelsel als geheel ingericht is op zo breed mogelijke en vaste instroom van informatie over normnaleving dan wel normovertreding. Vanwege de structurele samenwerking vervagen de lijnen daartussen. Voor de justie als onderwerp van handhaving is het dan moeilijk een helder verwachtingspatroon te ontwikkelen omtrent situaties waarin een basis voor verschillende typen onderzoek tot stand kan komen. Omdat de handelingsgrondslagen niet strikt gescheiden zijn, kunnen bezwaren tegen een mogelijk te vroege start van een van de trajecten (het zal daarbij vooral gaan om de strafvorderlijke, waar de eisen zwaarder zijn), door een beroep op het bestaan van een eerder ingaande grondslag in een ander traject, gemakkelijk worden gepareerd. Klagen over juist de gemengde of gestapelde benadering kan ook moeizaam zijn, omdat een gemeenschappelijk loket en beoordelingskader ontbreken.⁵⁵

5.2 *Algemene vs. bijzondere normadressaat*

Wat de positie van de normadressaat in de bijzonder wetten betreft, kan worden gesteld dat van hem ook vanuit strafvorderlijk, of beter gezegd, vanuit het totale handhavingsspectief, meer wordt gevegd. Voorop staat daarbij dat de bijzondere normadressaat een fundamenteel andere procedurele positie heeft dan zijn commune tegenhanger, vanwege verdergaande informatie- en medewerkingsverplichtingen die op hem van toepassing kunnen zijn. Dat geldt reeds in de context van de ‘zuivere’ opsporing, zoals bij de bijzondere dwangbevoegdheden tot vordering (tot de uitlevering) van voorwerpen, waarbij, anders dan bij commune tegenhangers, die vordering ook tot de verdachte kan worden gericht.⁵⁶ Voorts bevatten bijzondere strafwetten ook strafbaarstellingen van bijzondere vormen van wederspanning, waarbij het onder andere kan gaan om het niet voldoen aan vorderingen in het kader van opsporing.⁵⁷ Daarnaast geldt dat de bijzondere normadressaat ook onderworpen is aan vergaande informatie- en medewerkingsverplichtingen, ook vanuit andere handhavingsskolommen. Daarbinnen bestaat een grote variatie voor wat betreft het type en de mate van informatie die dient te worden verschaft (mede gelet op beperkingen vanuit het *nemo tenetur*-beginsel, die in verschillende contexten een andere uitwerking heeft). Het kan daarbij gaan om meer of minder concrete meldingsplichten (zoals die ten aanzien van ongebruikelijke transacties). De bijzondere normadressaat kan evenwel ook worden geacht meer in algemene zin steeds in staat te zijn op eigen initiatief mogelijke

55 Op deze soms penibele situatie voor de justitie zullen wij in deze bijdrage niet verder ingaan – hoewel daartoe alle aanleiding kan bestaan.

56 Zie hierover recent: Concl. A-G F.W. Bleichrodt van 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927, bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

57 Zie, met betrekking tot art. 26 WED, E. Gritter, ‘De Wet op de economische delicten’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 195.

normovertreding te melden, door rigide (en risico-georiënteerde) bewaking van bewustzijn omtrent compliance op terreinen van eigen bedrijvigheid. De vergaande en gevarieerde verplichtingen in dit verband brengen voorts met zich dat in bijzondere contexten veelal ook veel meer informatie (in de vorm van administratie) wordt gecreëerd en beschikbaar is voor handavingsdoeleinden. De informatiebronnen waaruit handhavende autoriteiten kunnen putten wordt voorts exponentieel vergroot door het feit dat bijzondere normadressaten veelal (verplicht) gebruik maken van (een infrastructuur van) private dienstverleners. Deze derden kunnen beschikken over veel relevante informatie over hun cliënten, en zijn daarmee een belangrijke bron van informatie die via vrijwillige dan wel verplichte medewerking met handhavers kan worden gedeeld, met inachtneming van wederom variabele beperkingen die kunnen volgen uit geheimhoudingsplichten dan wel verschoningsrechten. Bij dit alles geldt wederom dat de gemengde handhaving de complexiteit kan verhogen, doordat simultaan of consecutief sprake kan zijn van verschillende typen en maten van medewerkingsverplichtingen, terwijl informatie tussen handhavers kan worden gedeeld.⁵⁸

De afwijkende (en meer complexe) procedurele positie zet zich voort in andere fasen van handhaving, vanwege de afwijkende procedurele vormgeving van de vaak meerdere afdoeningsmodaliteiten die beschikbaar zijn. Wanneer de normadressaat betrokken wordt in verschillende trajecten, en verschillende vertakkingen van procedures die daarbij aan de orde kunnen zijn, kan hij aldus tegelijkertijd in een positie geraken waarbij zijn procedurele rechten variabel zijn. Afhankelijk van de duiding van verschillende trajecten als punitief – in *hard core*, of *soft core* zin –, bestuursrechtelijk of civielrechtelijk (waarbij verschillende trajecten, zoals een ontnemingsprocedure ook hybride kunnen zijn), is zijn procedurele positie namelijk anders. Dat geldt voor de rechtsbescherming die op basis van het nationale recht aan hem toekomt, maar ook voor de gehele linie van eerlijk procesrechten in de zin van artikel 6 EVRM.⁵⁹ Bij het eindonderzoek – of, vanwege de soms gemengde trajecten, in een andere uiteindelijk gekozen afdoeningsarena – kan voorts tot uitgangspunt worden genomen dat de bijzondere normadressaat ook meer te doen heeft in verband met materieelrechtelijke kenmerken van de van toepassing zijnde normen zoals hierboven benoemd. De openheid, veranderlijkheid of context-gevoeligheid van die normen brengt immers met zich dat het *probandum* en de kwalificatie daarvan ook diffuser zijn.⁶⁰ Hierdoor dient de bijzondere normadressaat, ter eigen beheersing van het narratief, zich meer in te

58 Borgers en Kooijmans 2019, p. 584-607.

59 Daarbij geldt ook dat het EHRM tot uitgangspunt neemt dat de waarborgen van artikel 6 EVRM, ondanks dat zij (analoog) kunnen gelden bij *sui generis* punitieve procedures, afhankelijk van de aan de orde zijnde procedure en de in het geding zijnde (deel)rechten en belangen, genuanceerd kunnen worden. Zie in dat verband EHRM 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, appl. nr. 73053/01, par. 40-45 en EHRM 14 februari 2019, *SA-Capital Oy t. Finland*, appl. nr. 5556/10, par. 66-71.

60 Zie over de werking van de grondslaggeer in de context van het bijzonder strafrecht, H.J.B. Sackers, 'Een konijn uit de hoge hoed: over de grondslaggeer in het bijzonder strafrecht', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018(2), p. 65-67.

spannen omtrent de duiding van de wederrechtelijkheid, opzet en schuld. Wat de objectieve kant betreft kan dat met zich brengen dat inspanningen dienen te worden verricht tot inbreng van eigen (contra)expertise. Aan de subjectieve kant brengt de complexiteit van subjectieve bestanddelen en de (algemeen erkende) ruimere uitwerking van het (voorwaardelijk) opzet in de bijzondere wetten met zich dat actiever dient te worden geageerd tegen diffuse bewijsconstructies, opgebouwd uit zorgplichten en bewijsvermoedens. Inspannings-eisen gelden ook voor de inzet van corrigerende mechanismen zoals het pleitbaar standpunt en de inkeerregeling in *fiscalibus*.

Tot slot wijzen we ook op deze plaats – we benoemden dit al aan het slot van paragraaf 4.3, maar dan uit meer materieelrechtelijk perspectief – op de keerzijde van de positie van de bijzondere normadressaat. In bepaalde opzichten heeft hij, ten opzichte van de algemene, commune, normadressaat, een geprivilegieerde positie. Dat uit zich in het bijzonder in een onderhandelingspositie ter voorkoming van een strafrechtelijke veroordeling. Juist binnen een terrein van gemengde handhaving is het palet aan afdoeningsmogelijkheden breder, en de onderhandelingsruimte vaak navenant groter.

5.3 *Bestendigheid vs. veranderlijkheid*

De verschillende materieel- en formeelrechtelijke kenmerken brengen, indien ze in samenhang worden gezien, met zich dat de bijzondere handhaving sterk gekenmerkt wordt door variabiliteit, dynamiek en flexibiliteit. Wijzigingen in ordeningsdoelstellingen en beleid – die elkaar snel kunnen opvolgen en substantieel kunnen zijn – kunnen snel doorwerken in handhavingsbenaderingen. De openheid van normen in bijzondere wetten enerzijds betekent dat de materiële grondslag steeds dekkend zal zijn, waarmee ruimte bestaat om met behoud van dezelfde norm andere keuzes te maken inzake het handhavingsbeleid (zoals in paragraaf 4.1 besproken). Ruimte aan de zijde van procedurele mogelijkheden tot onderzoek en afdoening geeft anderzijds ook veel manoeuvreerruimte; hierdoor kan wisselend, bij het ontstaan van noodzaak, het accent worden gelegd op een meer of minder repressieve benadering, bijvoorbeeld via andere typen handhaving (strafvorderlijk versus bestuurlijk of anderszins). Hiermee kan de handhaving steeds ‘op maat’ vormgegeven worden. Deze materieelrechtelijke en formeelrechtelijke ruimte kan zodoende worden gebruikt om invloed uit te oefenen op specifieke vormen van handelen en nalaten, om die in lijn te brengen met de op dat moment van belang geachte beleidsdoelen.

In het algemeen geldt dat het aantal bronnen van strafvordering, ondanks het uitgangspunt ter zake in artikel 1 Sv, omvangrijker is geworden (door toevoeging van normering vanuit lagere regelgeving, internationale regelgeving, rechtspraak en beleidsrecht).⁶¹ Deze

61 Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 30-39.

toename is nog sterker in het domein van de bijzondere wetten, waar veranderlijkheid in handhavingsposities en -strategieën ingebakken is in de complexe samenstellingen van juridische, beleidsmatige en praktische grondslagen voor optreden. Uit de steeds sterker wordende aanspraak van inter- en supranationale partners op de collectieve rechtsgoederen en -belangen die vooral in bijzondere wetten worden beschermd, volgt bovendien dat handhaving ook vanuit dergelijke ‘externe’ perspectieven dient te worden vormgegeven. Kortom, er zijn veel spelers in het veld, elk met eigen posities, belangen en strategieën, waaronder een vaak mondige en invloedrijke bijzondere normadressaat. De wijze van handhaving en de uitkomst daarvan kan daarmee afhankelijk zijn van vele variabelen.

Deze flexibiliteit of context-gevoeligheid van de bijzondere strafvordering, binnen het bredere handhavingsapparaat waarbinnen deze functioneert, brengt ons tot slot tot de vaststelling dat de verhouding tussen formeel en materieel strafrecht binnen de bijzondere wetten wezenlijk is veranderd. Eerder in deze bijdrage wezen we reeds op het conventionele uitgangspunt dat het formele strafrecht dienstig is aan het materiële strafrecht. In de bijzondere wetten lijken echter doorgaans niet de materieelrechtelijke normen, maar juist het gekozen handhavingsperspectief leidend. Het materiële strafrecht dient en faciliteert namelijk vaak de handhaving met een zekere openheid van de normen. Het is dan niet het procesrecht dat vaststaande normen van het materiële recht verwezenlijkt, maar andersom: een procedureel vormgegeven handhavingsapparaat dat in staat is, in aansluiting op beleidsnoden en -doeleinden zoals die in bepaalde contexten en periodes vigeren, sturing te geven aan wenselijk en onwenselijk gedrag op bijzondere terreinen.

6 CONCLUDERENDE REFLECTIES

We begonnen deze bijdrage met de vaststelling dat de verhouding tussen gemeen en bijzonder straf(proces)recht ook anno 2021 beheerst wordt door het grondwettelijk veranderde codificatiebeginsel. Vertrekkend vanuit dat beginsel mag aangenomen worden dat er een vorm van ordening aanwezig is binnen de bedoelde verhouding. In die verhouding spelen de wetboeken en de algemene uitgangspunten die zich daarin bevinden een dominante rol, en de bijzondere wetten vormen een beperkt te houden uitzondering. Of dit codificatiebeginsel anno 2021 nu als rigide ordeningsinstructie of als een subtiele vingerwijzing wordt beschouwd (gelet op de omvang van het bijzonder straf(proces)recht lijkt het om het laatste te gaan), het beginsel brengt ten minste met zich dat er een bewuste (en gemotiveerde) keuze wordt gemaakt om een regeling te plaatsen binnen het wetboek of een bijzondere wet. Vanuit deze gedachte hebben wij getracht het bijzonder straf(proces)recht te typeren aan de hand van een kenmerk-georiënteerde benadering. De keuze voor het codificatiebeginsel als normatief vertrekpunt brengt met zich dat we niet afzonderlijk aandacht konden besteden aan andere – in potentie eveneens waardevolle – norma-

tieve gezichtspunten als het legaliteitsbeginsel en het schuldbeginsel.⁶² Niettemin verschenen ook deze beginselen op enig moment op het toneel in deze bijdrage, maar dan niet in normatieve maar in descriptieve vorm – waarbij wij vaststelden dat deze beginselen soms een andere uitwerking hebben binnen het bijzonder strafrecht, en dat deze veranderde (of: verminderde) werking van fundamentele rechtsbeginselen wellicht een afzonderlijk, de door ons beschreven kenmerken overkoepelend, kenmerk is van bijzondere wetten – zonder deze op zichzelf te problematiseren.

De kenmerken die wij hebben gedestilleerd uit de bijzondere wetten zijn niet in beton gegoten. Er zou ook voor andere kenmerken kunnen worden gekozen ter ordening, alleen al vanwege het feit dat het schier onmogelijk is om het gehele domein van het bijzonder strafrecht in al zijn verscheidenheid te vangen in algemene pennenstreken. De kenmerken die wij in deze bijdrage vooropgesteld hebben kennen echter één belangrijk voordeel ten opzichte van andere mogelijke ordeningen: ze hebben rechtshistorische wortels en lagen al bij de vorming van de wetboeken ten grondslag aan het bedoelde onderscheid. Met enige inspanning hebben wij kunnen vaststellen dat veel sub-kenmerken die toe te kennen zijn aan het bijzonder strafrecht nog steeds terug te voeren zijn tot deze oorspronkelijk bedachte kenmerken van het bijzonder strafrecht, zonder dat dit overigens aanleiding geeft tot een wetssystematische juichstemming. Want dat de verhouding tussen gemeen en bijzonder straf(proces)recht vertroebeld is geraakt, staat wat ons betreft niet ter discussie; de kenmerk-georiënteerde benadering die wij hier hebben voorgesteld kan helpen die verhouding (weer) te verscherpen. Anders gezegd: de benadering die in deze bijdrage is verdedigd, kan helpen om het gat tussen het normatieve, grondwettelijke ideaal en de descriptieve werkelijkheid scherp voor ogen te krijgen en (daarna) mogelijk te verkleinen.

Hierop voortbordurend constateren wij dat er binnen de verhouding tussen gemeen en bijzonder straf(proces)recht thans een aantal ontwikkelingen verstorend werken. Zo is een opvallend gegeven dat er in de laatste decennia geen (grote) nieuwe bijzondere strafwetten zijn ingevoerd. Zijn de ‘nieuwe’ straf(proces)rechtelijke regelingen die ‘bijzondere’ kenmerken bevatten soms allemaal in de wetboeken terechtgekomen, waardoor de behoefte aan uitzonderingen in bijzondere wetten is afgenomen? Uitgaande van de hier besproken kenmerken lijkt die vraag bevestigend te kunnen worden beantwoord indien bijvoorbeeld gedacht wordt aan de regeling van nieuwe delicten in de sfeer van computercriminaliteit in het Wetboek van Strafrecht of de strafvorderlijke regels binnen het terrorismedomein in het Wetboek van Strafvordering. De eerder besproken veralgemenisering van bijzondere kenmerken (doordat excepties uit bijzondere wetten worden verplaatst naar de wetboeken) versterkt dit verlies aan scherpte in het onderscheid tussen gemeen en bijzonder strafrecht. Aan die veralgemenisering voegen we naar aanleiding van onze bevindingen de constatering toe dat de gedachte van de strafvordering als doel op zich (en niet enkel

62 Zie daarover voor wat betreft het materiële strafrecht de later te verschijnen dissertatie van J.P. Cnossen.

dienstbaar aan het materiële strafrecht) zich – nadat het eerst voet aan de grond kreeg in de bijzondere wetten – ook manifesteert in het commune straf(proces)recht. Zo bezien is het vertroebelde zicht op de verhouding tussen de wetboeken en de bijzondere wetten niet los te zien van de veranderende verhouding tussen het materiële en formele strafrecht. Op een andere wijze maar binnen deze zelfde lijn draagt de europeanisering en internationalisering van het strafrecht niet bij aan het behoud van systematiek, vanwege een katalyserend effect op de hoeveelheid uitzonderingen op de algemene systematiek van de wetboeken.

De Modernisering van het Wetboek van Strafvordering bezorgt ons ambivalente gevoelens over de in deze bijdrage besproken verhouding tussen de algemene wetboeken en de bijzondere wetten. Enerzijds spreekt uit het project de sterke wens van de wetgever om de centrale plaats van het wetboek binnen het strafprocesrecht te behouden, in lijn met (de normatieve lezing van) het codificatiebeginsel. Anderzijds wenst de wetgever hiertoe geen wijziging aan te brengen in de van de algemene systematiek afwijkende regels in de bijzondere wetten.⁶³ In het licht van deze bijdrage komt het ons niet logisch voor dat de wetgever bij dit enorme project niet de descriptieve werkelijkheid dichterbij het normatieve, grondwettelijke ideaal probeert te brengen. Bij de invoeringwet wordt hiertoe wellicht (wel) een poging gedaan, maar daarmee ontbreekt de duiding van het bijzonder strafprocesrecht vooralsnog in de gedachtevorming omtrent het nieuwe wetboek.⁶⁴ Een gemiste kans, nu niet verwacht mag worden dat de wetboeken vaker dan één keer per eeuw als geheel opnieuw doordacht worden door de wetgever.

Ordering en samenhang zijn begrippen die als een rode draad door het werk van Tineke Cleiren lopen. Het belang van het systematisch (blijven) doordenken van het materiële en formele strafrecht heeft zij daarin vaak vooropgesteld, waarbij zij oog heeft voor de vraag hoe verschillende onderdelen of actoren zich tot elkaar (dienen te) verhouden. Die gedachte zouden wij graag tot de onze willen maken voor wat betreft de verhouding tussen het commune en bijzondere straf- en strafprocesrecht.

63 Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie van juli 2020), p. 8 en 28; te raadplegen via rijksoverheid.nl.

64 Zie in dezelfde lijn: H.J.B. Sackers, 'Wie moderniseert de bijzondere strafvordering?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018(4), p. 241-248.