



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Op zoek naar de morele grenzen van Uniestrafrecht: de potentie van het rechtsbelangenconcept

Ouwerkerk, J.W.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Ouwerkerk, J. W. (2021). Op zoek naar de morele grenzen van Uniestrafrecht: de potentie van het rechtsbelangenconcept. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 398-404). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464107>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464107>

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

OP ZOEK NAAR DE MORELE GRENZEN VAN UNIESTRAFRECHT

De potentie van het rechtsbelangenconcept

Jannemieke Ouwerkerk

INLEIDING

‘[W]elke gedragingen [zouden] wel en welke niet onder het bereik van het strafrecht moeten vallen?’¹ Hoe dient de strafwaardigheid van gedragingen te worden vastgesteld? En wat is daarbij thans nog de plaats van criteria voor strafbaarstelling?² Aandacht voor deze vragen vormt één van de rode draden in het wetenschappelijk werk van Tineke Cleiren. In verschillende bijdragen (mede) van haar hand beschouwt zij de thematiek van strafbaarstelling vanuit een meer overkoepelend grondslagenperspectief, maar ook onderzoekt zij de reikwijdte van specifieke strafbepalingen, bijvoorbeeld naar aanleiding van nieuwe vormen van criminaliteit.³ In haar werk ontvouwt zich een positief-kritische blik op het functioneren van de klassieke criteria voor strafbaarstelling. Zo onderstreept Cleiren in één van haar bijdragen dat criteria voor strafbaarstelling wel degelijk nog altijd de potentie hebben om bij te dragen aan rationele, afgewogen strafwetgeving, maar moet zij tot haar spijt erkennen dat deze criteria heden ten dage ‘nauwelijks expliciet een rol [spelen]’ in het politieke proces van strafwetgeving.⁴ Zij lijkt daarbij ook kritiek te uiten op strafrechtswetenschappers, die ondanks dat onder hen breed draagvlak bestaat voor het bestaan en gebruik van criteria voor strafbaarstelling, volgens Cleiren zelf ‘maar zelden systematisch gebruik [maken] van criteria voor strafbaarstelling’ en nauwelijks (namelijk ‘mondjesmaat’) diepgravend in debat gaan over concrete strafbaarstellingen of voorstellen daartoe.⁵ Tegelijkertijd relateert ook Cleiren zelf de mate waarin de criteria voor strafbaarstelling

1 C.P.M. Cleiren e.a., ‘Inleiding: Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek’, in: *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek*, Den Haag: Boom 2012, p. 1.

2 C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht’, in: *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek*, Den Haag: Boom 2012, p. 7-24.

3 Zie bijvoorbeeld recent nog: C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, ‘Verbeeld leed: Strafbaarstelling van het maken van beeldmateriaal van verkeersongevallen en van slachtoffers’, *Ars Aequi* 2019, p. 433-440 en C.P.M. Cleiren, J.M. ten Voorde & W. van Waas, ‘Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep. De meerwaarde van een empirisch perspectief’, *Strafblad* 2019-2, p. 69-76.

4 Cleiren 2012, p. 8.

5 Cleiren 2012, p. 15-16.

daadwerkelijk kunnen bijdragen aan afgewogen strafbaarstelling. Daartoe wijst zij er onder meer op dat de Nederlandse strafwetgever thans geflankeerd wordt door verscheidene andere actoren die de reikwijdte en werking van het Nederlandse materiële strafrecht mede vormgeven, onder wie de rechter, andere strafrechtelijke handhavingsinstanties en de bovennationale wet- en regelgever.⁶

In het licht daarvan kan het geen toeval zijn dat collega Cleiren in haar meer recente werk over de grenzen aan strafbaarstelling steeds vaker een ander (overigens niet zijnde: tegengesteld) perspectief op de thematiek heeft gehanteerd: het perspectief van rechtsbelangen. Als (co)auteur van wetenschappelijke artikelen⁷ alsook in de rol van promotor⁸ heeft zij naar mijn mening een belangrijke bijdrage geleverd aan hernieuwde aandacht voor het rechtsbelangenconcept in de Nederlandse strafrechtswetenschap van vandaag. Met deze speciaal voor haar geschreven bijdrage druk ik daarvoor mijn waardering uit door in alle bescheidenheid een stap te zetten in het voortzetten van haar werk op het terrein van mijn eigen expertise: het EU-strafrecht.

Deze bijdrage verkent de potentie van het rechtsbelangenconcept voor een verdere rationalisering van strafwetgeving op EU-niveau, dat wil zeggen EU-wetgeving door middel waarvan EU-lidstaten worden verplicht bepaalde gedragingen in nationale wetgeving strafbaar te stellen. Deze verkenning berust in belangrijke mate op de stellingname dat theorievorming op dit terrein tot op heden onvolkomen is. Om die stellingname te onderbouwen zal om te beginnen het toepasselijk wettelijk kader kort uiteen worden gezet (1). Vervolgens zal worden gereflecteerd op hoe het (wetenschappelijk) debat over strafbaarstelling in EU-verband tot op heden is gevoerd en welke vragen daarin onbeantwoord blijven (2). Daarna zal worden betoogd dat het rechtsbelangenconcept bruikbare aanknopingspunten biedt om die openstaande vragen te adresseren en zodoende de discussie over strafbaarstelling in EU-verband een stap verder te brengen. Gezien het verkennende karakter van deze bijdrage zal daarbij voor nu worden volstaan met het kort aanstippen van enkele kwesties die bij de vertaalslag van dit nationaalrechtelijk georiënteerde concept vooreerst aandacht behoeven (3). Deze bijdrage sluit af met een korte uitgeleide.

6 Cleiren 2012, p. 20-21.

7 Zie C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Harmonising Legal Interests. Legal Interests under Criminal Law in a Multilevel Legal Order', in: J.W. Ouwerkerk e.a. (red.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice. Legal and Criminological Perspectives* (European Criminal Justice Series, Vol. 1), Leiden: Brill Publishers 2019, p. 121-142; Cleiren & Ten Voorde 2019, p. 433-440; C.P.M. Cleiren & J. Dorst, 'Wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel', *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 1960-1966; C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging', *Ars Aequi* 2016, p. 398-405.

8 Zo was Cleiren als promotor (copromotor Jeroen ten Voorde) betrokken bij het in 2019 verdedigde proefschrift van L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019.

1 STRAFBAARSTELLINGSBEVOEGDHEDEN VAN DE EUROPESE UNIE

Al sinds het ontstaan van EU-bevoegdheden op het terrein van het materiële strafrecht zijn de omvang alsook de wijze van uitoefening van die bevoegdheden terugkerend onderwerp van debat geweest. In eerste instantie richtte de discussie zich vooral op de werkelijke noodzaak voor bevoegdheden op dit terrein en op de precieze reikwijdte van de destijds nogal ambigu geformuleerde verdragsbepalingen.⁹ Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de focus van de discussie verlegd naar een meer principieel debat over de uitoefening van strafbaarstellingsbevoegdheden en de gezichtspunten die daarbij in aanmerking genomen dienen te worden. Deze verlegde focus hangt in mijn optiek samen met de significante verduidelijkingen die het huidig verdragsrechtelijk kader biedt omtrent bevoegdheden tot strafbaarstelling in EU-verband.

Zo is thans onbetwist dat gezamenlijke definities van strafbare feiten (in de vorm van minimumnormen) *in elk geval* kunnen worden aangenomen op een tiental expliciet genoemde gebieden van strafbare feiten (ook wel aangeduid als Euro-misdrijven¹⁰), namelijk: terrorisme, mensenhandel, seksuele uitbuiting van vrouwen en kinderen, illegale drugs- en wapenhandel, witwassen, corruptie, valsemunterij, computercriminaliteit en georganiseerde criminaliteit (artikel 83 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, VWEU).¹¹ Daarnaast staat vast dat een bevoegdheid tot strafbaarstelling ook bestaat op zogeheten geharmoniseerde beleidsterreinen van de Unie (zoals milieubescherming en marktintegriteit) die niet direct met het strafrecht worden geassocieerd, maar waarop strafrechtelijke handhaving nodig wordt geacht voor ‘een doeltreffende uitvoering’ van bestaande EU-regelgeving (artikel 83 lid 2 VWEU).¹² Aldus is duidelijk dat artikel 83 VWEU een expliciete grondslag biedt voor Uniebrede strafbaarstelling van gedragingen, zowel met het oog op de bescherming van lijf en goed (lid 1) als uit meer instrumenteel of functioneel oogpunt (lid 2) – een verschil dat door Mitsilegas kernachtig is aangeduid met de termen ‘securitised criminalisation’ *versus* ‘functional criminalisation’.¹³

9 Het betrof de bepalingen opgenomen in Titel VI van het Verdrag van Amsterdam, *Publicatieblad EU* 1997, C 340/162.

10 A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia 2016, p. 231.

11 Artikel 83 lid 1 VWEU geeft de Raad bovendien de mogelijkheid om hier middels bij unaniem besluit en met goedkeuring van het Europees Parlement andere ‘vormen van criminaliteit’ aan toe te voegen.

12 Artikel 83 lid 2 VWEU wordt beschouwd een codificatie te zijn van de niet-onomstreden strafbaarstellingsbevoegdheid die door het Hof van Justitie van de Europese Unie vóór inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon was aanvaard in twee opeenvolgende zaken, in de Engelstalige literatuur vaak aangeduid als de *Environment Case* en de *Ship-Source Pollution Case*, respectievelijk HvJ EU 13 september 2005, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542 (*Commissie tegen Raad*) en HvJ EU 23 oktober 2007, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625 (*Commissie tegen Raad*).

13 ‘(...) EU competence to criminalise can be justified in a twofold manner: upon the need for the Union to address security threats (securitised criminalisation); and upon the need for the Union to use criminal law in order to ensure the effectiveness of Union law (functional criminalisation)’, aldus V. Mitsilegas, ‘EU

Voorts is breed aanvaard dat ook artikel 325 lid 4 VWEU kan dienen als grondslag voor Uniebrede strafbaarstelling, zij het enkel op het specifieke terrein van EU-fraude. Artikel 325 VWEU heeft in meer algemene zin betrekking op de bestrijding van EU-fraude en de bevoegdheden en verplichtingen die in dat kader bestaan. Het vierde lid van deze bepaling rept weliswaar niet expliciet van strafrechtelijke maatregelen, maar er bestaat brede consensus over dat de bevoegdheid tot het nemen van ‘nodige maatregelen [...] op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad’ ook gezamenlijke definities van strafbare feiten kunnen behelzen.¹⁴

Met de inwerkingtreding van voornoemde bepalingen werd een aantal van de voorheen openliggende vragen over strafbaarstelling in EU-verband beantwoord. Toch hebben de bepalingen ook weer nieuwe, niet minder complexe vragen opgeworpen. Zo achten verscheidene auteurs geenszins uitgesloten dat buiten de expliciete strafbaarstellingsbevoegdheid van artikel 83 VWEU en de meer impliciete strafbaarstellingsbevoegdheid van artikel 325 lid 4 VWEU nog tal van andere verdragsbepalingen als grondslag kunnen dienen voor het Uniebreed strafbaar stellen van gedragingen.¹⁵ In de meeste gevallen zou het dan gaan om vormen van criminaliteit op de specifieke terreinen waarop die bepalingen betrekking hebben; zo zou, bijvoorbeeld, het vierde lid van artikel 79 VWEU, dat betrekking heeft op het gemeenschappelijk immigratiebeleid van de EU, kunnen worden uitgelegd als rechtsbasis voor Uniebrede strafbaarstelling op het gebied van mensenhandel en illegaal verblijf.¹⁶ Een en ander roept vervolgens vragen op over de precieze verhouding tussen overlappende bevoegdheden, met name wanneer de ene bevoegdheid *wel* en de andere bevoegdheid *niet* beperkt is tot minimumharmonisatie middels richtlijnen.¹⁷

Desondanks heeft het huidige wettelijke kader – dat in december 2019 zijn tiende verjaardag vierde – voldoende aanleiding geboden om een stap verder te zetten in de discussie

Criminal Law Competence After Lisbon: From Securitised to Functional Criminalisation’, in: D. Acosta Arcarazo & C.C. Murphy (red.), *EU Security and Justice After Lisbon and Stockholm*, London: Hart Publishers 2014, p. 110.

14 Zie ten eerste het standpunt van de Europese Commissie in haar Mededeling ‘Werken aan een strafrecht-beleid van de EU: de effectieve uitvoering van EU-beleid waarborgen door middel van strafrecht’, 20 september 2011, COM(2011) 573 def., p. 6. Zie vervolgens: Mitsilegas 2014, p. 12; P. Asp, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet no 79, 2012, p. 137; H. Satzger, *International and European Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 56 en 81.

15 Zie onder andere: J. Ouwerkerk, ‘Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking Between Various Legal Bases: The Case for a Single Legal Framework for EU-Level Criminalization’, *Columbia Journal of European Law* 2017-3, p. 504-550; Asp 2012, p. 142-154; Satzger 2012, p. 56 en 81.

16 Ouwerkerk 2017, p. 510, 519-520; Satzger 2012, p. 56 en 81. Anders: Asp 2012, p. 157-160.

17 Zie bijvoorbeeld de discussie die daaromtrent woedde tussen de EU-instellingen in het kader van de onderhandelingen over een richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van EU-fraude, kort weergegeven in: Ouwerkerk 2017, p. 504-505, 516.

over de grenzen van strafbaarstelling in EU-verband. Nu de EU-wetgever onomstotelijk beschikt over heel ruime strafbaarstellingsbevoegdheden is aandacht voor de *uitoefening* van die bevoegdheden immers van almaar groter belang geworden. Onder welke omstandigheden is strafbaarstelling op een bepaald gebied aangewezen en gerechtvaardigd? Hoe moet de reikwijdte van een specifieke strafbepaling worden bepaald? Welke gezichtspunten zijn daarbij van belang en hoe verhouden die gezichtspunten zich tot elkaar? Met het oog op de ontwikkeling van een EU-strafrechtbeleid hebben de EU-instellingen zich over deze uiterst normatieve vragen uitgesproken en ook door de rechtswetenschap zijn belangrijke bijdragen geleverd aan het debat over de grenzen aan strafbaarstelling in EU-verband. De navolgende paragraaf schetst de belangrijkste contouren. Daarna zal ik betogen dat het debat tot nog toe als onvolkomen moet worden bestempeld en zal ik benoemen welke vragen nog altijd openliggen.

2 GRENZEN VAN STRAFBAARSTELLING IN EU-VERBAND: EEN ONVOLKOMEN DEBAT

Sinds inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is al veelvuldig gebruik gemaakt van de expliciete bevoegdheid tot strafbaarstelling, zoals neergelegd in artikel 83 VWEU.¹⁸ Of en hoe de Europese Commissie ook in de mandaatsperiode 2019-2024 gaat inzetten op materieel strafrecht is nog onduidelijk nu de wetgevingsagenda nog niet bekend is. Wel is vermeldenswaardig dat binnen de Raad – medewetgever – in de eerste helft van 2019 is gesproken over mogelijk nieuw te nemen stappen op het materieelstrafrechtelijk terrein. Eén van de conclusies luidde dat de noodzaak en wenselijkheid van (extra) materieelstrafrechtelijke minimumnormen nader zou kunnen worden doordacht op een aantal – door de Europese Commissie of door lidstaten aangedragen – gebieden. Onder die aangedragen gebieden bevinden zich ook onderwerpen die niet eerder door EU-strafwetgeving werd bestreken, zoals de illegale handel van cultuurgooederen, manipulatie van verkiezingen en ‘strafbare feiten met betrekking tot kunstmatige intelligentie’.¹⁹ Het onderstreept weer eens dat met name de relatief open strafbaarstellingsbevoegdheid van artikel 83 lid 2 VWEU op politiek niveau vaak heel ruim wordt uitgelegd. Alleen al hierom is het geen overbodige luxe om de vraag naar de grenzen van strafbaarstelling te blijven doordenken.

18 Zie voor het meest recente overzicht een nota van het Roomeens voorzitterschap aan de Raad van de EU: ‘De toekomst van het materieel strafrecht van de EU – Oriënterend debat’, 28 mei 2019, raadsdocument 9726/19, p. 5-6.

19 Nota van het voorzitterschap aan de Raad van de EU, ‘De toekomst van het materieel strafrecht van de EU – Oriënterend debat’, 28 mei 2019, raadsdocument 9726/19, p. 9.

2.1 *De uitoefening van strafbaarstellingsbevoegdheden door de EU-wetgever: begrenzing door beginselen*

Tot op heden vindt die doordenking echter bijna uitsluitend plaats aan de hand van beginselen. Het betreft dan zowel Unierechtelijke imperatieven als beginselen die gemakkelijk de associatie met de welbekende criteria voor strafbaarstelling oproepen. Niet zelden overlappen ze elkaar, zoals uit het navolgende zal blijken. Wat de eerste categorie betreft: uit de *algemene beginselen van Unierecht* volgt alreeds een aantal belangrijke beperkingen aan de uitoefening van aan de EU toegedeelde bevoegdheden. Omdat het bij strafbaarstellingsbevoegdheden gaat om zogeheten gedeelde bevoegdheden (artikel 4 VWEU), geldt ingevolge het beginsel van subsidiariteit dat de uitoefening ervan enkel is toegestaan 'indien en voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten [...] kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt' (artikel 5 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie, hierna: VEU). Daarnaast begrenst ook het evenredigheidsbeginsel de uitoefening van strafbaarstellingsbevoegdheden; naar inhoud en vorm mag strafbaarstelling 'niet verder [gaan] dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken' (artikel 5 lid 4 VEU).

Verdere *Unierechtelijke* begrenzingen zijn te vinden in de specifieke verdragsbepalingen zelf, bijvoorbeeld in artikel 83 VWEU. Zo vereist het eerste lid betreffende Euro-misdrijven dat sprake is van 'bijzonder zware criminaliteit' en dat het gaat om criminaliteit met een 'grensoverschrijdende dimensie'. Voor strafbaarstelling op grond van het tweede lid gelden het harmonisatievereiste ('op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld') alsmede het noodzakelijkheidsvereiste ('nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie').²⁰

Zowel ter nadere invulling van voornoemde Unierechtelijke begrenzingen alsook ter aanvulling daarop zijn voorts verscheidene gezichtspunten aangedragen die de wetgever in ogenschouw zou moeten nemen bij de keuze al dan niet tot strafbaarstelling over te gaan. Ook deze gezichtspunten zijn meestentijds geformuleerd als beginselen en ze zijn veelvuldig aan de orde gekomen in de wetenschappelijke literatuur van afgelopen decennium. Daarin tekent zich een grote eensgezindheid af die zich beknopt als volgt laat weergeven.

20 De term 'noodzakelijkheidsvereiste' zou als een te stevige formulering kunnen overkomen voor het in de bepaling gebruikte woord 'nodig', maar ter rechtvaardiging van gebruik van de term 'noodzakelijkheidsvereiste' wijs ik op de oorspronkelijke Engelstalige bewoordingen van artikel 83 lid 2 VWEU, waar het woord 'essential' is gebruikt: 'If the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves *essential* to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures (...)' (cursivering toegevoegd).

Meestomvattend is, om te beginnen, het *Manifesto on European Criminal Policy*, een initiatief uit 2009 van strafrechtswetenschappers uit verschillende EU-lidstaten die zich hebben verenigd in de *European Criminal Policy Initiative*. Zij ontvouwen in dit document hoe een ‘balanced and coherent concept of criminal policy’ eruit zou moeten zien en kiezen daarbij voor een benadering gebaseerd op *beginselen*, in het stuk afwisselend aangeduid als fundamentele beginselen of strafrechtelijke beginselen (‘criminal law principles’). De auteurs onderscheiden zes beginselen waaraan elk wetsvoorstel dient te worden getoetst:²¹ 1) het vereiste van een legitiem doel; 2) het beginsel van *ultimum remedium*; 3) het schuldbeginzel; 4) het legaliteitsbeginzel²²; 5) het subsidiariteitsbeginzel; 6) het coherentiebeginzel. De meeste van deze beginselen komen elke strafrechtjurist meer dan bekend voor, maar voor de eerst- en laatstgenoemde beginselen zal dat niet direct gelden. Ten aanzien van het eerstgenoemde, het vereiste van een legitiem doel, stellen de auteurs van het *Manifesto* dit af te leiden uit het Europeesrechtelijke beginsel van proportionaliteit. Het vereiste van een legitiem doel beoogt volgens hen te waarborgen dat enkel tot strafbaarstelling wordt overgegaan als daarmee fundamentele belangen worden gediend, zoals grondwettelijke of mensenrechtelijke belangen.²³ Het – als laatste genoemde – coherentiebeginzel moet waarborgen dat het materiële strafrecht als geheel een reflectie is van opvattingen van de betrokken gemeenschap en haar individuen. In het verband van de EU betekent dat volgens de auteurs niet enkel coherentie in EU-verband, maar moet ook de coherentie binnen het nationale strafrecht van de lidstaten worden gewaarborgd.²⁴

De beginselmatige benadering van het *Manifesto* zien we veelvuldig ondersteund en uitgewerkt, soms vanuit het bredere perspectief zoals aldaar gehanteerd,²⁵ maar vaak met de focus op één of meer van voornoemde beginselen. In de wetenschappelijke literatuur is onder meer veel aandacht voor het begrenzend potentieel van het subsidiariteitsbeginzel,²⁶ al is tegelijkertijd reeds meermaals de conclusie getrokken dat in de wetgevingspraktijk

21 Eigen vertaling van: 1) The Requirement of a Legitimate Purpose; 2) The ultima ratio Principle; 3) The Principle of Guilt (mens rea); 4) The Principle of Legality; 5) The Principle of Subsidiarity; en 6) The Principle of Coherence. Zie P. Asp e.a., ‘A Manifesto on European Criminal Policy (European Criminal Policy Initiative)’, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatiek* 2009, p. 707-716.

22 Expliciet worden ook de deelbeginselen *lex certa*, het verbod van terugwerkende kracht, *lex mitior* en *nulla poena* genoemd, zie Asp e.a. 2009, p. 708-709.

23 Asp e.a. 2009, p. 707.

24 Asp e.a. 2009, p. 709.

25 Zoals in M. Kaiafa-Gbandi, ‘The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law’, *European Criminal Law Review* 2011, p. 7-34; E. Herlin-Karnell, ‘What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law?’, *German Law Journal* 2010, p. 1115-1129.

26 Zie bijvoorbeeld: P. Asp, ‘The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law’, *European Criminal Law Review* 2011, p. 44-55; E. Herlin-Karnell, ‘Subsidiarity in the Area of Justice and Home Affairs Law – A Lost Cause?’, *European Law Journal* 2009, p. 351-361.

vooral nog geen werkelijk begrenzend effect van het beginsel van subsidiariteit uitgaat.²⁷ Daarnaast gaat veel aandacht uit naar het beginsel van *ultimum remedium* als belangwekkend uitgangspunt voor de EU-wetgever.²⁸ Soms ook zien we één of meer van voornoemde beginselen terug in de beoordeling van een nieuw wetsvoorstel of een individuele richtlijn, met name op het terrein van marktmisbruik.²⁹

Het zijn bij elkaar geen verrassende gezichtspunten. De strafrechtjurist zal ze over het algemeen direct herkennen als een combinatie van fundamentele beginselen/rechten, fundamentele uitgangspunten van het strafrecht en criteria voor strafbaarstelling. Bij elkaar vormen ze een geheel van belangrijke begrenzings, die ik wel durf te kwalificeren als algemeen aanvaarde begrenzings. Het verrast dan ook niet dat ze, tezamen met de eerdergenoemde Unierechtelijke begrenzings, grotendeels ook genoemd worden in enkele relevante beleidsdocumenten die afkomstig zijn van de belangrijkste bij EU-wetgeving betrokken instellingen en die werden opgesteld rond inwerkingtreding van het huidige wettelijk kader in het Verdrag van Lissabon. Zo formuleerde de Europese Commissie in 2011 een aanzet voor een strafrechtbeleid, zij het enkel met betrekking tot het invoeren van artikel 83 lid 2 VWEU. Onder het kopje ‘Welke beginselen dienen richtinggevend te zijn voor strafwetgeving van de EU?’ lezen we over subsidiariteit, grondrechten, *ultima ratio*, noodzakelijkheid en evenredigheid, rechtszekerheid en sancties op maat van het misdrijf.³⁰ En in een resolutie die in 2012 werd aangenomen spreekt het Europees Parlement zich eveneens op beginselmatig niveau uit over de grenzen van materieel strafrecht op EU-niveau. Naast de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit, *ultima ratio*, grondrechten en coherentie,³¹ worden genoemd: het schuldbeginnsel (*nulla poena sine culpa*), *lex certa*,

27 Vanuit algemeen EU-rechtelijk perspectief o.a.: J. Öberg, ‘Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences’, *Yearbook of European Law* 2017, p. 391-420. G.A. Moens & J. Trone, ‘The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice: Panacea or Placebo?’, *Notre Dame Journal of Legislation* 2015, p. 65-102; G. Davies, ‘Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time’, *Common Market Law Review* 2006, 63-84. Specifiek ter zake materieel strafrecht: Herlin-Karnell 2009, p. 354.

28 Zie bijvoorbeeld, mede van eigen hand: M.S. Groenhuijsen & J.W. Ouwerkerk, ‘Ultima ratio en criteria voor strafbaarstelling in Europees perspectief’, in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht. Liber Amicorum Theo de Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 249-279. Zie voorts: S. Melander, ‘Ultima ratio in European Criminal Law’, *European Criminal Law Review* 2013, p. 45-64; E. Herlin-Karnell, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 124-128.

29 Dit gebeurt dan bijvoorbeeld vanuit het perspectief van het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 83(2) VWEU, zoals in M. Miglietti, ‘The First Exercise of Article 83(2) TFEU Under Review: An Assessment of the Essential Need of Introducing Criminal Sanctions’, *New Journal of European Criminal Law* 2014, p. 5-25; en in J. Öberg, ‘Is it “Essential” to Imprison Insider Dealers to Enforce Insider Dealing Laws?’, *Journal of Corporate Law Studies* 2014, p. 111-138.

30 Mededeling van de Europese Commissie, ‘Werken aan een strafrechtbeleid van de EU: de effectieve uitvoering van EU-beleid waarborgen door middel van strafrecht’, 20 september 2011, COM(2011) 573 def., p. 7-10.

31 Resolutie van het Europees Parlement, ‘Een EU aanpak van het strafrecht’, 22 mei 2012 (2010/2310(INI)), *PbEU* 2012, C 264E/02, overwegingen D, H, I en Q.

non-retroactiviteit, *lex mitior*, *ne bis in idem* en de onschuldpresumptie.³² Hierbij valt niet alleen op dat het Europees Parlement in vergelijking tot de Europese Commissie veel sterker de aandacht vraagt voor het naleven van specifiek strafrechtelijke uitgangspunten bij het creëren van EU-strafwetgeving, maar ook dat ten dele strafprocesrechtelijke uitgangspunten (in EU-verband vaak aangeduid als ‘procedurele rechten’) worden genoemd. Het is mij nooit duidelijk geworden hoe deze strafprocesrechtelijke uitgangspunten volgens het Europees Parlement precies een rol zouden moeten spelen bij de vaststelling van Uniebrede minimumnormen op het gebied van materieel strafrecht. Hoe het ook zij, in de al aangehaalde nota uit 2019 van het Roemeens voorzitterschap van de Raad wordt niet nader op dergelijke begrenzendende beginselen ingegaan; enkel wordt genoemd dat het van belang is ‘de nodige aandacht’ te hebben voor de beginselen *ultima ratio*, evenredigheid en subsidiariteit.³³ Niets nieuws onder de zon.

2.2 *Begrenzing van strafbaarstelling door beginselen: een onvolkomen benadering*

Uit het voorgaande volgt dat begrenzings aan (en daarmee: rechtvaardigingen voor) het strafbaar stellen van gedragingen door de EU-wetgever tot dusverre voornamelijk worden gezocht en gevonden in beginselen. Ik benoemde al dat het geen verrassende beginselen betreft. Bovendien betreft het uiterst belangrijke beginselen die door de jaren heen hun waarde hebben betoond in de doordenking van de reikwijdte en inhoud van het materiële strafrecht, zowel in nationaal als in transnationaal verband – niet in de laatste plaats vanwege de sterke normatieve gezichtspunten die erin besloten liggen en die keer op keer onderstrepen dat het strafrecht met terughoudendheid moet worden ingezet. Desondanks geldt dat deze beginselmattige benadering voor de specifieke context van het EU-strafrecht niet toereikend is om de primaire grondslag, de ‘rationale’, van het EU-strafrecht verder vorm te geven nu de *morele* grenzen van EU-strafbaarstelling er niet in besloten liggen. Immers, hoe consciëntieus en consistent de genoemde beginselen ook worden meegenomen in het wetgevingsproces van strafbaarstelling, zij vertellen niets over de eerstkomende vraag ten aanzien van welke gedragingen strafbaarstelling in EU-verband nu eigenlijk gerechtvaardigd is en waarom. Die vraag vereist een beschouwing over de doelstellingen, belangen en waarden die een gemeenschap als de EU middels de strafwet tot uitdrukking wil brengen,

32 Idem, overwegingen J, K en Q.4.

33 Nota van het Roemeens voorzitterschap aan de Raad van de EU: ‘De toekomst van het materieel strafrecht van de EU – Oriënterend debat’, 28 mei 2019, raadsdocument 9726/19, p. 8. Veel méér of anders komen we evenmin tegen in de eerdere ontwerpconclusies van de Raad over modelbepalingen die als aanzet moeten dienen voor de beraadslagingen van de Raad op het gebied van het strafrecht, 27 november 2009, raadsdocument 16542/2/09.

een beschouwing dus over de *morele* grenzen van Uniestrafrecht.³⁴ Met de thans breed onderschreven beginselen – hoe waardevol en normatief richtinggevend hun rol ook is – komen we aan die beschouwing echter niet toe. Ik licht dit toe.

Een eerste belangrijke observatie is dat de in beginselen vervatte begrenzungen voornamelijk vorm en inhoud geven aan de verdeling van bevoegdheden tussen de Unie en haar lidstaten. Meest zichtbaar is dat voor de Unierechtelijke begrenzungen. Aan de verdragsrechtelijke beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit is dat natuurlijk inherent, nu deze beginselen *an sich* een optimale verdeling van bevoegdheden beogen. Maar ook de vereisten van een grensoverschrijdende dimensie (artikel 83 lid 1 VWEU) en noodzakelijkheid (artikel 83 lid 2 VWEU) dienen primair te voorkomen dat middels Uniebrede strafbaarstelling de soevereiniteit van lidstaten al te ver en onnodig wordt ingeperkt. Ten dele geldt dit ook voor enkele andere begrenzungen, namelijk die welke voortvloeien uit Unierechtelijke begrenzungen of er sterk mee samenhangen. Hier valt te denken aan het vereiste van een legitiem doel, dat volgens de opstellers van het *Manifesto* uitvloeisel is van het beginsel van proportionaliteit,³⁵ of aan het beginsel van *ultimum remedium* dat niet zelden in één adem wordt genoemd met het beginsel van subsidiariteit.³⁶ Maar ook het in het *Manifesto* genoemde coherentiebeginsel³⁷ geeft voornamelijk uitdrukking aan de doelstelling te streven naar een optimale verdeling van bevoegdheden tussen Unie en lidstaten. Hoe belangrijk ook, deze beginselen geven derhalve richting noch uitdrukking aan de morele grenzen aan strafbaarstelling in EU-verband.

De tweede observatie hangt met de eerste samen en houdt in dat de verscheidene beginselmatige begrenzungen functioneren in een fase waarin het bestaan van een bevoegdheid tot strafbaarstelling op het aan de orde zijnde terrein reeds is aanvaard. In die fase ligt de nadruk logischerwijze niet op de vraag of het gerechtvaardigd is om over te gaan tot strafbaarstelling van de gedragingen die zich op dat terrein voordoen. Wel is

34 Voor gebruik van de term ‘morele grenzen’ en de omschrijving daarvan heb ik me laten inspireren door Feinberg, die in de introductie van zijn vierdelige reeks *The Moral Limits of the Criminal Law* het volgende als ‘basic question’ formuleert: ‘What sorts of conduct may the state rightly make criminal?’, J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 1: Harm to Others*, Oxford University Press 1984, p. 3. Nu is waar dat Feinberg deze vraag voor een belangrijk deel mede benadert vanuit wat hij ‘principles’ noemt (zoals the ‘harm principle’), maar de wijze waarop hij voornoemde vraag naar de morele grenzen benadert wijkt op belangrijke onderdelen fundamenteel af van de wijze waarop dat in het Unierechtelijk debat gebeurt (zoals hiervoor beschreven). Met name de omschrijving van ‘harms as setbacks to *interests*’ (cursivering toegevoegd) en het belang van ‘legitimate purposes’ van strafbaarstelling vormen voor mij aanleiding om de beginselen waar thans de focus op ligt te onderscheiden van begrenzungen die direct met ‘purposes’ en ‘interests’ verband houden, waarbij dus duidelijk moge zijn dat ik die laatste categorie als ‘morele begrenzungen’ aanduid.

35 Asp e.a. 2009, p. 707.

36 Zie bijvoorbeeld Herlin-Karnell 2012, p. 124.

37 Asp e.a. 2009, p. 709.

in die fase aan de orde of het legitiem is de bestaande bevoegdheid uit te oefenen en zo ja, hoe. Naast dat de begrenzings dan hun rol kunnen vervullen voor een optimale bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten, geldt dan voorts dat de daarin vervatte beginselen hun begrenzen functie kunnen vervullen op het niveau van de inhoud van vast te stellen definities van strafbare feiten; men denke hier vooral aan de sterk normatief geladen begrenzings waarin klassiek-strafrechtelijke beginselen te herkennen zijn, zoals het beginsel van legaliteit en het schuldbeginnsel. Hoe waardevol ook voor de formulering van delictsomschrijvingen, feit blijft dat de morele grenzen van EU-strafbaarstelling er niet door worden geadresseerd.

De derde observatie, tot slot, is dat de besproken beginselen een rol (kunnen) vervullen in het EU-wetgevingsproces, maar *post* wetgeving nauwelijks iets te zeggen hebben. In afwezigheid van uitgebreide – met Nederlandse memories van toelichting vergelijkbare – toelichtingen op het niveau van concrete gedragingen wordt niet tot nauwelijks richting gegeven aan de toepassing van EU-strafwetgeving in nationaal recht. Als de nationale wetgever EU-normen dient om te zetten in nationaal recht kunnen echter vragen rijzen, bijvoorbeeld over de uitlegging van een Unierechtelijke term of de inpassing daarvan in een bestaande nationale delictsomschrijving en uitlegging van strafbaarstellingsvoorschriften. Dergelijke vragen kunnen zich uiteraard ook goed voordoen in individuele strafzaken; zowel de nationale rechter als (via de prejudiciële procedure) het Hof van Justitie van de EU kunnen dan aan zet zijn om onderdelen van delictsomschrijvingen uit te leggen. Door welke gezichtspunten en aanknopingspunten heeft de rechter zich dan te laten leiden? Hier valt bijvoorbeeld te denken aan de uitlegging van termen als ‘uitbuiting’ of ‘kwetsbare positie’ – termen die mede een Unierechtelijke herkomst hebben³⁸ en waarvoor geldt dat de precieze uitlegging ervan in belangrijke mate de reikwijdte van het delict mensenhandel (artikel 273f Sr) bepaalt.³⁹ Ook kan worden gedacht aan situaties waarin tenlasteleggingen worden toegesneden op een extensieve uitlegging van delictsomschrijvingen en de rechter een restrictieve uitleg preferert, bijvoorbeeld omdat de ten laste gelegde gedraging zich moeilijk met de strafbaarstelling laat associëren – denk aan de fietsendief die voor witwassen zou kunnen worden vervolgd. Mits naar nationaal recht de (lagere of hoogste) rechter die ruimte heeft, is dan van belang of in de Unierechtelijke herkomst van witwasbepalingen⁴⁰

38 Zie de leden 1-3 van artikel 2 van Richtlijn 2011/36/EU van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ, *PbEU* 2011, L 101/1.

39 Zie o.m. L.B. Esser, ‘Mensenhandel, uitbuiting en de Hoge Raad: een overzicht en waardering’, *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2020, p. 27-36.

40 Zie onder meer de meeste recente (vijfde) anti-witwasrichtlijn 2018/843/EU van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU. *PbEU* 2018, L 156/43 (met als rechtsgrondslag artikel 114 VWEU) alsook de op artikel 83 lid 1 VWEU gebaseerde richtlijn 2018/1673/EU van 23 oktober 2018 inzake de strafrechtelijke bestrijding van

aanknopingspunten voorhanden zijn voor een restrictieve of juist extensieve uitlegging. Langs de weg van rechterlijke interpretatie zou bovendien kunnen worden bijgedragen aan een uniforme uitlegging van Unierechtelijke normen van materieel strafrecht in de lidstaten.

3 DE POTENTIE VAN HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Met bovenstaande heb ik willen aantonen dat het debat over de grenzen van Uniebrede strafbaarstelling tot dusverre een onvolkomen debat is – met alle gevolgen van dien voor de uitoefening van strafbaarstellingsbevoegdheden en de toepassing van EU-strafwetgeving in de praktijk. De belangrijkste oorzaak voor de geconstateerde onvolkomenheid heb ik gevonden in het ontbreken van een principieel debat over de morele grenzen van strafbaarstelling in EU-verband. In het navolgende zal ik betogen dat een benadering gebaseerd op rechtsbelangen kan helpen die morele begrenzingen vorm te geven.

In de zoektocht naar morele begrenzingen van strafbaarstelling gaat het mijns inziens in essentie om de vraag ten aanzien van welke gedragingen strafbaarstelling nu eigenlijk gerechtvaardigd is.⁴¹ Zoals reeds aangegeven, is voor het formuleren van een antwoord op die vraag noodzakelijk dat overeenstemming bestaat over de boodschap die de strafwet moet uitdragen. Welke doelstellingen, belangen, waarden dienen in die strafwet tot uitdrukking te worden gebracht? En alhoewel het vinden van overeenstemming daaromtrent geen sinecure is en bovendien om een voortdurend doordenken en herijken vraagt, kan theorievorming een belangrijke bijdrage leveren. De (straf)rechtswetenschap zou om te beginnen de doelstellingen, belangen en waarden kunnen identificeren die in de context van strafbaarstelling om aandacht kunnen en/of moeten strijden. Nu moet onmiddellijk worden erkend dat het bij die exercitie nogal uitmaakt of die plaatsvindt op het niveau van de nationale rechtsorde of op het niveau van een internationale organisatie zoals de Europese Unie. Op nationaal niveau geldt als uitgangspunt dat elke doelstelling, elk belang en elke waarde als strafrechtelijk beschermenswaardig kan worden geformuleerd, tenzij – zoals geldt voor alle EU-lidstaten – de natiestaat zich aan bepaalde beperkingen heeft onderworpen. Hier valt vooral te denken aan grondwettelijke en (vaak bovennationale) mensenrechtelijke normen. En alhoewel het gaat om significante beperkingen, is het voor het overige aan de nationale wetgever zelf om de morele grenzen van het strafrecht te bepalen en daarin crimineelpolitieke afwegingen en culturele eigenheden mee te nemen.

het witwassen van geld, *PbEU* 2018, L 284/22 (de deadline voor implementatie van deze laatste richtlijn verstrijkt op 3 december 2020).

41 Zie de eerder gegeven toelichting op gebruik en omschrijving van de term ‘morele grenzen’, behorende bij het hiervoor aangehaalde werk van Feinberg 1984.

Hoe anders is de positie van de EU-wetgever. In het samenwerkingsverband dat de Europese Unie is, hebben welomschreven ‘gemeenschappelijke doelstellingen’ (vgl. artikel 1 VEU) van meet af aan de bevoegdheden van de EU-wetgever bepaald en – vooral – gelimiteerd. Naast uiteraard de oorspronkelijke doelstelling een interne markt tot stand te brengen, noemt artikel 3 VEU verscheidene andere doelstellingen, waaronder de ontwikkeling van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen, de instelling van een economische en monetaire unie, de bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, en de bevordering van vrede en haar waarden. Wat dit laatste betreft wordt gedoeld op de in artikel 2 VEU omschreven waarden: eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten. Ook de strafrechtelijke bevoegdheden die sinds het Verdrag van Maastricht bestaan en die sindsdien werden verruimd, staan nog altijd in nauwe verbinding met de algemene doelstellingen van de Europese Unie.⁴²

Dit denken en redeneren in termen van doelstellingen en waarden biedt naar mijn mening logische en natuurlijke aanknopingspunten voor het formuleren van specifiek strafrechtelijk-relevante, maar wel in de essentie van de EU gewortelde, *belangen*.⁴³ Deze strafrechtelijk-relevante belangen kunnen vervolgens fungeren als morele grenzen van Uniestrafrecht, omdat ze aangeven ten aanzien van welke gedragingen Uniebrede strafbaarstelling gerechtvaardigd kan zijn en *vice versa* blootleggen voor welke gedragingen Uniebrede strafbaarstelling niet of minder goed te rechtvaardigen is. Een dergelijke benadering is nog niet eerder gehanteerd in het wetenschappelijk debat over strafbaarstelling op EU-niveau,⁴⁴ maar er kan in mijn optiek heel wel worden voortgebouwd op een theorie die werd ontwikkeld in de context van de nationaal-strafrechtelijke doctrine: de rechtsbelangentheorie.

De rechtsbelangentheorie kent onder de naam *Rechtsgutslehre* zijn oorsprong in de Duitse strafrechtsdoctrine en gaat kortgezegd uit van de idee dat het materiële strafrecht de

42 Zo toon ik aan in J. Ouwerkerk, *Herijking van Uniestrafrecht. Over grondslagen voor strafrechtelijke regelgeving in de Europese Unie* (oratie Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2017, in het bijzonder p. 13-26.

43 Vgl. reeds mijn pleidooi in het artikel ‘Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking Between Various Legal Bases: The Case for a Single Legal Framework for EU-Level Criminalization’, *Columbia Journal of European Law* 2017-3, p. 546: ‘[T]he question of which values should be expressed by means of criminal prohibitions can also be answered at a level that goes beyond that of governing principles, which is to say, at the level of the *objectives* that criminal prohibitions should achieve.’

44 Weliswaar wordt in het eerder aangehaalde *Manifesto on European Criminal Policy* het vereiste van een legitiem doel als beginsel van strafbaarstelling voorgesteld, maar de (uiterst korte) toelichting erbij kan verre van worden beschouwd als (aanzet tot) algemene rechtsbelangentheorie voor Uniestrafrecht. Wel laat het andermaal zien hoe logisch het ‘denken in doelstellingen’ in de EU-context is, vgl. Asp e.a. 2009, p. 707. De enige die bij mijn weten nadrukkelijk erkent dat het rechtsbelangenconcept bruikbare aanknopingspunten biedt, is Kaiafa-Gbandi, al blijft ook zij uiterst beperkt in haar toelichting en uitwerking, zie Kaiafa-Gbandi 2011, p. 12-14.

bescherming van zgn. rechtsbelangen of rechtsgoederen (*Rechtsgüter*; in het navolgende zal ik enkel de term rechtsbelang gebruiken) behoort te dienen.⁴⁵ Enkel gedragingen die een rechtsbelang of rechtsgoed schenden, lenen zich voor strafbaarstelling. De logische implicatie is dat de reikwijdte van het materiële strafrecht wordt bepaald door de mate waarin waarden of doelstellingen als rechtsbelang worden gekwalificeerd. Zoals ik reeds stelde, wordt in de EU-context de ruimte daartoe op natuurlijke wijze bepaald – en dus ook begrensd – door het bestaan van redelijk welomschreven doelstellingen van de EU als samenwerkingsverband. De vraag rijst vervolgens welke van deze doelstellingen kunnen worden gekwalificeerd als via het strafrecht te beschermen rechtsbelangen – de vaststelling dáárvan ontsluit de *morele grenzen* van het Uniestrafrecht.

Het komt er dus op aan de nationaalrechtelijk georiënteerde rechtsbelangentheorie te vertalen naar het niveau van het EU-recht. De uitdagingen die dat met zich brengt zijn niet gering. In dit stadium van onderzoek volsta ik met een korte bespreking van twee aspecten die zich bij deze vertaalslag als eerste opdringen.

Zo is er de belangrijke vraag hoe het begrip ‘rechtsbelang’ in de specifieke context van het EU-strafrecht moet worden gedefinieerd. Nu zijn er verscheidene definities in omloop⁴⁶ en het zou te ver voeren deze hier allemaal te noemen en te vergelijken. Wel is van belang helder te hebben welke benadering van het concept is beoogd. Is dat een meer positivistische benadering van het concept of juist een voornamelijk normatieve benadering? Terwijl de positivistische benadering focust op de rechtsbelangen die de strafwet feitelijk beschermt – dat wil zeggen de rechtsbelangen die de wetgever met strafbaarstelling beoogde te beschermen – streeft een aanhanger van de normatieve benadering er (tevens) naar zich uit te laten over de vraag welke rechtsbelangen nu eigenlijk strafrechtelijke bescherming verdienen of vereisen; zo bezien fungeert het rechtsbelang in de normatieve benadering ook als legitimerend concept.⁴⁷ Nu heb ik in paragraaf 2 betoogd dat de onvolkomenheid

45 Zie voor uitvoerige verhandelingen over oorsprong en ontwikkeling van de rechtsbelangentheorie onder andere: P. Sina, *Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1962; A. Eser, 'The Principle of "Harm" in the Concept of Crime – A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests', *Duquesne University Law Review* 1965-1966, p. 345-417; S. Swoboda, 'Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2010, p. 24-50. Birnbaum wordt beschouwd als bedenker van het rechtsbelangenconcept, zie J. Birnbaum, 'Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens', *Archiv des Criminalrechts (Neue Folge)* 1884, p. 149-194.

46 Zie daarover bijvoorbeeld K. Amelung, 'Der Begriff der Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz', in: R. Hefendehl e.a. (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatischen Glasperlengenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 155-182.

47 De benaming en duiding van deze varianten ontleen ik aan Dubber die spreekt over 'the formal-positivist and the material-normative approach to the concept of legal good', zie M.D. Dubber, 'Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law', *The American Journal of Comparative Law* 2005, p. 688. Zie over de verschillende benaderingen voorts Amelung 2003 en in beknoptere zin Esser 2019, p. 22-25.

van het EU-strafbaarstellingsdebat zoals dat tot op heden is gevoerd precies dáárin schuilt dat het niet de vraag adresseert ten aanzien van welke gedragingen strafbaarstelling in EU-verband nu eigenlijk gerechtvaardigd (of: gelegitimeerd) is en waarom. Om die reden ligt het in mijn optiek voor de hand om bij de ontwikkeling van een rechtsbelangentheorie voor het Uniestrafrecht de normatieve benadering van het rechtsbelangenconcept te hanteren.

De vraag hoe het begrip rechtsbelang dan moet worden gedefinieerd is daarmee nog niet direct beantwoord, want ook in de ‘normatieve rechtsbelangenschool’⁴⁸ circuleren verschillende definities. Voor nu beperk ik me tot de vaak gebruikte⁴⁹ definitie van Roxin om aan te tonen dat toepassing van het rechtsbelangenconcept in EU-verband een vertaalslag vereist. In de definitie van Roxin zijn rechtsbelangen ‘alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind’.⁵⁰ Alleen al de term ‘staatlichen System’ onderstreept dat de definitie werd ontwikkeld vanuit het perspectief van de natiestaat. Lauterwein’s vertaling van Roxin’s definitie in het Engels past door gebruik van de term ‘political system’ al beter: ‘[a]ll facts or established goals that are necessary for the free personality development of the individual, the realization of his or her civil rights and the functioning of a political system which is based on these objectives’.⁵¹ Maar daarmee is de vertaalslag nog niet compleet. Zo rijst ook de vraag in hoeverre de ‘freie Entfaltung des Einzelnen’ thuishoort in een EU-specifieke definitie van het begrip rechtsbelang, temeer omdat dit aspect van Roxin’s definitie een opvatting blootlegt over de verhouding tussen natiestaat en burger⁵² – een verhouding die zich nu eenmaal niet gemakkelijk laat vertalen naar de EU-context. Tegelijkertijd geeft dit aspect van de definitie aanleiding om nader te doordenken of en hoe de zogenoemde ‘vier vrijheden’⁵³ alsook het concept Unieburgerschap een rol kunnen en moeten spelen in de vormgeving van een EU-specifieke omschrijving van de term rechtsbelang. Toegegeven, meer dan een voorzet biedt dit alles nog niet. Maar het rijke potentieel voor Uniestrafrecht dat naar mijn mening in het rechtsbelangenconcept verborgen ligt, biedt een prachtige uitdaging voor toekomstig strafrechtswetenschappelijk onderzoek.

48 Term ontleend aan Esser 2019, p. 22.

49 Zo erkent ook R. Atadjanov, *Humanness as a Protected Legal Interest of Crimes against Humanity – Conceptual and Normative Aspects*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2019, p. 232.

50 C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung 1994, p. 14.

51 C. Lauterwein, *The limits of criminal law. A comparative analysis of approaches to legal theorizing*, Surrey: Ashgate 2010, p. 10.

52 Vgl. Esser 2019, p. 24.

53 D.w.z. het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, zie artikel 26 lid 2 VWEU.

UITGELEIDE

Naar ik hoop is in deze bijdrage overtuigend uiteengezet waarom het rechtsbelangenconcept bruikbare aanknopingspunten biedt voor een verdere rationalisering van het Unierechtelijk strafbaarstellingsdebat. Zoals betoogd sluit een benadering gebaseerd op rechtsbelangen goed aan bij de wijze waarop de bevoegdheden van de Europese Unie zijn gefundeerd en vormgegeven, namelijk over de band van doelstellingen, waarden en belangen. Als deze kunnen worden vertaald naar Uniebrede rechtsbelangen, zou scherper duidelijk moeten worden welke gedragingen Uniebrede strafbaarstelling legitimeren. De centrale stelling van deze bijdrage luidt aldus dat middels de ontwikkeling van een EU-rechtsbelangentheorie de morele grenzen van Uniestrafrecht kunnen worden geïdentificeerd. De uitdaging ligt er om daar in de komende jaren zelf een belangrijke bijdrage aan te leveren, staande op de schouders van gerespecteerde strafrechtsgeleerden zoals Tineke Cleiren. Hun nationaalrechtelijk-georiënteerde werk vormt een belangrijke basis waarop ten faveure van een rationeel en legitiem Uniestrafrecht kan worden voortgeborduurd.