



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder
materieel strafrecht: een analyse en waardering in het
licht van de beginselen van codificatie, schuld en
legaliteit**

Cnossen, J.P.

Citation

Cnossen, J. P. (2024, September 26). *Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder materieel strafrecht: een analyse en waardering in het licht van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit*. Meijersreeks. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4093438>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4093438>

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

Wisselwerking tussen commuun en bijzonder materieel strafrecht

Een analyse en waardering in het licht
van de beginselen van codificatie,
schuld en legaliteit

J.P. CNOSSEN

Boom

Op basis van het grondwettelijk verankerde codificatiebeginsel dient het materiële strafrecht in een algemeen wetboek te zijn geregeld. Op deze algemene regeling bestaat een beperkte uitzonderingsmogelijkheid, waardoor ‘bepaalde onderwerpen’ in afzonderlijke wetten geregeld mogen worden. Als gevolg hiervan wordt in het hedendaagse materiële strafrecht onderscheid gemaakt tussen gemeen strafrecht en bijzonder strafrecht; respectievelijk het strafrecht dat binnen het Wetboek van Strafrecht is geregeld en het strafrecht dat daarbuiten is geregeld.

Het codificatiebeginsel brengt met zich dat de nadruk in het materiële strafrecht behoort te liggen op de algemene regeling. Deze ratio komt tot uitdrukking in de algemene uitgangspunten die aan de basis liggen van het Wetboek van Strafrecht. Van deze algemene uitgangspunten mag in het bijzonder strafrecht slechts in beperkte mate worden afgeweken. Het schuldbeginsel en het legaliteitsbeginsel zijn bepalende uitgangspunten voor de vormgeving van het materiële strafrecht.

In deze studie is onderzocht in welke mate de huidige strafrechtspraktijk beantwoordt aan de ratio van het codificatiebeginsel. Hierin is naar voren gekomen dat binnen het bijzonder strafrecht de omgang met het legaliteitsbeginsel en het schuldbeginsel regelmatig afwijkt van de algemene uitgangspunten. Niet zelden zijn deze afwijkingen vervolgens veralgemeniseerd, waardoor een beweging is ontstaan die niet goed verenigbaar is met het codificatiebeginsel. In dit onderzoek is deze beweging zichtbaar gemaakt. De hieruit volgende conclusies en aanbevelingen strekken tot een betere afstemming van het bijzonder strafrecht op het gemeen strafrecht, en tot een adequater onderhoud van het materiële strafrecht in de geest van het codificatiebeginsel.

Dit is een boek in de Meijers reeks. De reeks valt onder verantwoordelijkheid van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Het onderzoek werd verricht in het kader van het facultaire onderzoeksprogramma ‘Criminal Justice: Legitimacy, Accountability and Effectivity’.

Wisselwerking tussen algemeen en bijzonder materieel strafrecht

Een analyse en waardering in het licht van
de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit

Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder materieel strafrecht

*Een analyse en waardering in het licht van de
beginselen van codificatie, schuld en legaliteit*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 26 september 2024
klokke 16:00 uur

door

Jelle Pieter Cnossen

Promotor: em. prof. mr. C.P.M. Cleiren

Co-promotor: mr. dr. F.P. Ölçer

Promotiecommissie: prof. mr. dr. H.D. Wolswijk (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. M.I. Fedorova (Radboud Universiteit)
prof. dr. F. de Jong (Universiteit Utrecht)
prof. mr. J.M. ten Voorde

Opmaak: AlphaZet prepress, Bodegraven

© 2024 J.P. Cnossen | Boom (Den Haag)

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressrechtregeling van Stichting Repressrecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Repressrecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.repressrecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bijvoorbeeld een (digitale) leeromgeving of een reader in het onderwijs (op grond van artikel 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978 94 6212 967 2

ISBN 978 94 0011 466 1 (e-book)

NUR 820

www.boom.nl

www.boom.nl/juridisch

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Doel van dit onderzoek	6
1.2	Vraagstelling, opbouw en methodologie	7
1.3	Afbakening van het onderzoek	10
1.4	Relevantie	11
2	HET CODIFICATIEBEGINSEL	13
2.1	Ontwikkeling en betekenis van het codificatiebeginsel	14
2.1.1	Historische context van het codificatiebeginsel	14
2.1.1.1	Rechtsverseidenheid in Nederland	14
2.1.1.2	Franse pleidooien voor codificatie	15
2.1.1.3	Codificatiestreven buiten Frankrijk	17
2.1.1.4	Codificatie(streven) in Nederland	18
2.1.2	Ratio van het codificatiebeginsel	20
2.1.2.1	Praktisch-politiek argument	21
2.1.2.2	Politiek-theoretisch argument	21
2.1.2.3	Praktisch-juridisch argument	22
2.1.2.4	Ideologische achtergrond Code Pénal	23
2.1.2.5	Enkele concluderende opmerkingen	24
2.1.3	Codificatiegeschiedenis sinds 1813	25
2.1.3.1	De positie van het Wetboek van 1886 ten opzichte van de bijzondere strafwetten	28
2.1.3.2	Fiscaal en militair strafrecht	29
2.1.3.3	Overtredingen	31
2.1.3.4	Misdrijven	31
2.1.3.5	Concluderend: de wettelijke systematiek achter het onderscheid tussen gemeen en bijzonder strafrecht	32
2.1.4	Codificatiegeschiedenis sinds 1886	33
2.1.4.1	Uitbreiding aantal misdrijven buiten het Wetboek	34
2.1.4.2	Wijziging codificatiebepaling in 1983	38
2.1.5	Conclusie	44
2.2	Schakel tussen gecodificeerd en niet-gecodificeerd strafrecht	45
2.2.1	Toepassing algemeen deel op militair en fiscaal strafrecht	46
2.2.2	Functie artikel 91 Sr in positieve recht	50
2.2.2.1	Artikel 91 in de rechtspraak	53
2.2.2.2	Artikel 91 in parlementaire documenten na 1886	56
2.2.3	Opvattingen over artikel 91 Sr in de literatuur	57

2.3	Contemporaine betekenis codificatiebeginsel	58
2.4	Het codificatiebeginsel in relatie tot het schuld- en legaliteitsbeginsel	59
2.5	Tussenconclusie	61
3	HET SCHULDBEGINSEL EN HET LEGALITEITSBEGINSEL	63
3.1	Inleiding	63
3.2	Functie beginselen	63
3.3	Het schuldbeginstel	65
3.3.1	Schuldbeginstel, schuldidee, schuldvormen en schuldbegrip	66
3.3.2	Betekenenissen van 'schuld'	68
3.3.2.1	Schuld in de zin van verwijtbaarheid	69
3.3.2.2	Schuld in de zin van schuldvormen	71
3.3.2.3	Schuld in de zin van culpa	73
3.4	Het legaliteitsbeginsel	74
3.4.1	Ratio en functies	75
3.4.2	Deelbeginselen	77
3.4.2.1	Lex scripta-gebod	77
3.4.2.2	Lex certa-gebod	78
4	AFWIJINGEN IN HET BIJZONDER STRAFRECHT	85
4.1	Inleiding	85
4.2	Verantwoording gekozen afwijkingen	85
4.3	Wegenverkeerswet	87
4.3.1	Het hedendaagse wegverkeer als bijzondere context	88
4.3.2	Systematiek Wegenverkeerswet 1994	89
4.3.3	Legaliteit in het verkeersrecht	92
4.3.4	Beginselen in het verkeersrecht	93
4.3.4.1	Het veiligheidsbeginsel	94
4.3.4.2	Het vertrouwensbeginsel	96
4.3.4.3	Het vlotheidsbeginsel	97
4.3.4.4	De rol van beginselen in het verkeersrecht	98
4.3.5	Schuld in het verkeersstrafrecht	99
4.3.5.1	Onduidelijke schuldvormen in de Wegenverkeerswet	100
4.3.5.2	Ontbrekende schuldvormen in de Wegenverkeerswet	105
4.3.5.3	Toepassing van commune misdrijven op verkeersongevallen	111
4.3.5.4	Ontwikkeling van het (voorwaardelijk) opzet in verkeerszaken	115
4.3.5.5	Roekeloosheid	120
4.3.5.6	Artikel 5a WVV	126
4.3.5.7	Roekeloosheid gekoppeld aan artikel 5a WVV	130
4.3.5.8	Conclusie: schuldvormen in het verkeersstrafrecht	134

4.4	Algemene wet inzake rijksbelastingen	135
4.4.1	Opzet in de AWR	137
4.4.1.1	Opzet in het fiscale boeterecht	138
4.4.1.2	Opzet in het fiscale strafrecht	140
4.4.1.3	Tussenconclusie: opzet in het fiscale strafrecht	143
4.4.1.4	De figuur van het pleitbaar standpunt	144
4.4.1.5	Conclusie: uitwerking van het schuldbeginsel in het fiscale strafrecht	147
4.4.2	Legaliteit in de AWR	148
4.4.2.1	Gelede normstelling en administratieve afhankelijkheid	149
4.4.2.2	De gelede normstelling in artikel 69 AWR	152
4.4.2.3	Conclusie: legaliteit in het fiscale strafrecht	153
4.5	Wet op de Economische delicten	154
4.5.1	Schuldvormen in de WED	155
4.5.1.1	De kleur van het opzet	157
4.5.1.2	Cumulatie aan schuldvormen	161
4.5.1.3	Tussenconclusie: schuldvormen in de WED	163
4.5.1.4	Verandering schuldvormen vanwege een uitbreiding van daderschapsvormen	164
4.5.2	Legaliteit in de WED	174
4.5.2.1	Gelede normstellingen	174
4.5.2.2	Administratieve afhankelijkheid	177
4.5.2.3	Semantische onduidelijkheid	178
4.5.3	Conclusie: schuld en legaliteit in de WED	180
4.6	Opiumwet	181
4.6.1	Legaliteit in de Opiumwet	183
4.6.2	Opzet in de Opiumwet	185
4.6.2.1	Aanmerkelijke kans	186
4.6.2.2	Bewustzijn	189
4.6.2.3	Aanvaarden	190
4.6.2.4	Conclusie: opzet in de Opiumwet	191
4.7	Wet Wapens en Munitie	194
4.7.1	Opzet in de WWM	195
4.7.1.1	Conclusie: opzet in de WWM	199
4.7.2	Legaliteit in de WWM	200
4.7.2.1	Systematische duidelijkheid	200
4.7.2.2	Semantische duidelijkheid	201
4.7.2.3	Conclusie: legaliteit in de WWM	203
4.8	Resumerende en concluderende opmerkingen	204
5	DOORWERKING VAN AFWIJKINGEN OP HET COMMUNE STRAFRECHT	209
5.1	Inleiding en werkwijze	209
5.1.1	Functie codificatiebeginsel	211
5.2	Doorwerking van afwijkingen via wetgeving	212
5.2.1	Daderschap van de rechtspersoon	212

5.2.1.1	Analyse	212
5.2.1.2	Waardering	216
5.2.1.3	Tussenconclusie: daderschap rechtspersonen in wetgeving	219
5.2.1.4	Bredere invloed van invoering van het daderschap van de rechtspersoon in het wetboek	220
5.2.2	Schuldvorm roekeloosheid	223
5.2.2.1	Analyse en waardering	223
5.2.3	Vormgeving strafbaarstellingen	227
5.2.3.1	Analyse en waardering	227
5.3	Doorwerking van afwijkingen via jurisprudentie	231
5.3.1	Functioneel daderschap	232
5.3.1.1	Nadere analyse van de totstandkoming	232
5.3.1.2	Veralgemeenisering tot algemeen leerstuk	233
5.3.2	Ontwikkeling voorwaardelijk opzet (met mogelijkheidsbewustzijn)	236
5.3.3	Doorwerking van een enkel cognitief geladen opzetmutatie	243
5.3.4	Doorwerking van een zorgplichtopzet	246
5.3.4.1	Doorwerking van de figuur van het pleitbaar standpunt	248
5.3.5	Bijzondere mutaties van schuldvormen	250
5.4	Resumerend	254
6	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	257
6.1	Het basisonwerp van het materiële strafrecht	257
6.2	De invloed van het commune strafrecht op het bijzonder strafrecht	260
6.3	De invloed van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht	266
6.4	Tot slot	270
	Aanbevelingen	271
1.	Herbouw	271
2.	Renovatie	273
APPENDIX I		
DE UITWERKING VAN SCHULDVORMEN IN HET POSITIEVE RECHT		277
1.	Systematiek: misdrijven bevatten altijd een schuldvorm	277
2.	Terminologie in de wet	277
3.	Soorten opzet en culpa	279
4.	De 'kleur' van het opzet	280
5.	De ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet	281
5.1	Dynamiek	282
5.2	Ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet-begrip	283

5.2.1	Toepassingsbereik voorwaardelijk opzet	283
5.2.2	Zekerheid, noodzakelijkheid, waarschijnlijkheid en mogelijkheid	284
5.3	Bewijs van het voorwaardelijk opzet	290
SAMENVATTING		295
SUMMARY		305
LITERATUUR		315
JURISPRUDENTIE		327
CURRICULUM VITAE		331

Het Binnenhof in Den Haag vormt al eeuwenlang het centrum van de wetgevende macht in Nederland. Sinds enige jaren is het Binnenhof echter niet het toneel van legislatieve werkzaamheden, maar van bouwwerkzaamheden. Deze laatste werkzaamheden hebben meer gemeen met de wetgevingsrol dan op het eerste gezicht gedacht zou worden. Met de wetgever als architect is het Nederlandse materiële strafrecht volgens zorgvuldig uitgedachte bouwkundige uitgangspunten vormgegeven; de fundamenteën van ons strafrecht. Een bepalend uitgangspunt wordt gevormd door het codificatiebeginsel. Dit beginsel brengt met zich dat verschillende rechtsgebieden, waaronder het materiële strafrecht, als systematisch en samenhangend geheel zijn vormgegeven. Hierin spelen wetboeken een cruciale rol; voor het materiële strafrecht is dat sinds 1886 het Wetboek van Strafrecht.

Het codificatiebeginsel is sinds 1814 neergelegd in de Nederlandse grondwet. Het huidige artikel 107 Grondwet (Gw) luidt, voorzover hier van belang:

“De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten.”

Deze grondwettelijke bepaling vormde aanvankelijk vooral een opdracht aan de wetgever om algemene (nationale) wetboeken tot stand te brengen, waarin de genoemde rechtsgebieden in hun geheel werden gecodificeerd. Dit bleek in de praktijk geen haalbaar resultaat; er bestond een praktische noodzaak om bepaalde onderwerpen buiten de wetboeken te regelen. In de codificatiebepaling is die mogelijkheid sinds 1887 als uitzonderingsclausule opgenomen.¹ Sindsdien vormt de codificatiebepaling vooral een onderhoudsinstructie, die voor het materiële strafrecht betekent dat dit rechtsgebied als samenhangend en systematisch geheel dient te worden onderhouden.² Het Wetboek van Strafrecht neemt daarin een centrale positie in, en bevat de algemene uitgangspunten van het materiële strafrecht. Deze uitgangspunten zijn ook van toepassing op het materiële strafrecht buiten het wetboek (artikel 91 Sr). Het strafrecht buiten het wetboek wordt aangeduid als ‘bijzonder strafrecht’.

1 Buijs 1884, p. 225-232.

2 Zo stelde de wetgever ook nog bij de laatste wijziging van deze bepaling: *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, 3, p. 4-5.

Het bijzonder strafrecht vormt een verzamelbegrip waarin regelingen op centraal niveau en decentraal niveau kunnen worden onderscheiden. Dit onderscheid is relevant, omdat de term ‘strafrecht’ in de codificatiebepaling enkel ziet op de zwaarste delicten: de misdrijven.³ Alleen de formele wetgever (de regering en de Staten-Generaal) is op basis van die bepaling bevoegd tot regeling daarvan in ‘afzonderlijke wetten’. Dit worden de ‘bijzondere strafwetten’ genoemd. De term ‘strafrecht’ in de codificatiebepaling ziet niet op de lichtste delicten: de overtredingen. Deze behoeven op basis van deze bepaling dus geen regeling in algemene wetboeken, en de uitzonderingsclausule is evenmin op overtredingen van toepassing. Overtredingen kunnen daarom ook door de gedecentraliseerde wetgevers (de provinciale en gemeentelijke wetgevers) worden geregeld.

Het Nederlandse materiële strafrecht bestaat derhalve uit gemeen en bijzonder strafrecht. Het bijzonder strafrecht in formele wetten, de bijzondere strafwetten, vormen een beperkt te houden uitzondering.⁴ Hiermee geeft de grondwettelijke codificatiebepaling de algemene regeling van het materiële strafrecht in het Wetboek van Strafrecht nadrukkelijk een centrale plaats. Het is echter de vraag of de hedendaagse stand van zaken in het materiële strafrecht overeenstemt met deze bedoelde verhouding tussen het wetboek en de bijzondere strafwetten. In kwantitatieve zin is er veel strafrecht buiten het wetboek geplaatst, hetgeen ook in jaarlijkse criminaliteitscijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek te zien is,⁵ en in kwalitatieve zin valt op dat veel in de praktijk uiterst relevante strafbepalingen in een bijzondere strafwet geregeld zijn (denk bijvoorbeeld aan drugsdelicten, wapendelicten en verkeersdelicten). Ofschoon het bijzonder strafrecht als beperkt te houden uitzondering is bedoeld, is het uitgegroeid tot een omvangrijk deel terrein binnen het strafrecht.

Hoewel de omvang van het bijzonder strafrecht niet geheel overeen lijkt te komen met de status als ‘uitzondering’ in de codificatiebepaling, levert dit nog niet direct spanning op met het codificatiebeginsel. Van de met dit beginsel beoogde samenhang en systematiek binnen het materiële strafrecht kan immers ook sprake zijn bij een wat grotere hoeveelheid strafrecht buiten het wetboek. Op het eerste gezicht lijkt die samenhang en systematiek ook gewaarborgd te zijn: de algemene uitgangspunten en leerstukken van het materiële strafrecht zijn via artikel 91 Sr ook van toepassing op het strafrecht buiten het wetboek. Die bepaling luidt:

“De bepalingen van de Titels I-VIII A van dit Boek zijn ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.”

3 *Kamerstukken II 1979/80, 15046, 9, p. 3-4.*

4 *Kamerstukken II 1979/80, 15046, 9, p. 1.*

5 Van het totaal aantal geregistreerde misdrijven in 2022 is 19,92% een misdrijf uit een bijzondere strafwet. Van het totaal aantal geregistreerde verdachten in 2022 is 43,2% verdacht van een misdrijf uit een bijzondere strafwet. Zie: ‘Geregistreerde criminaliteit; soort misdrijf, regio’, opendata.cbs.nl; ‘Verdachten; delictgroep, geslacht, leeftijd en migratieachtergrond’, cbs.nl.

De Titels waarnaar de bepaling verwijst bevatten onder meer de regeling betreffende deelneming aan strafbare feiten, de regeling betreffende strafbaarheid van onvolkomen delictsvormen en de strafuitsluitingsgronden. Daarnaast wordt aangenomen dat ook niet expliciet geregelde leerstukken als opzet, culpa, causaliteit en wederrechtelijkheid algemene werking hebben in het gehele materiële strafrecht.⁶ Hoewel de wetgever van 1886 bewust koos voor een summiere of geheel impliciete regeling van deze algemene uitgangspunten en leerstukken,⁷ werd hiermee wel de gewenste samenhang aangebracht in het materiële strafrecht. De uitgangspunten en leerstukken die aldus algemene gelding hebben worden doorgaans aangeduid als het ‘algemeen deel’ van het Wetboek van Strafrecht.

Met de laatste woorden van artikel 91 Sr (‘tenzij de wet anders bepaalt’) kan de formele wetgever (in een bijzondere strafwet) afwijken van de uitgangspunten uit het algemeen deel. De wetgever dient zeer terughoudend te zijn in het creëren van dergelijke afwijkingen.⁸ In de literatuur wordt echter gesignaleerd dat veel uitgangspunten of leerstukken op een afwijkende wijze worden toegepast in de bijzondere strafwetten.⁹ Bovendien zijn in de bijzondere strafwetten diverse nieuwe figuren gecreëerd die (aanvankelijk) niet in het algemeen deel voorkwamen.¹⁰

Het bijzonder strafrecht lijkt derhalve, voor wat betreft de omvang, zijn grondwettelijke status als ‘uitzondering’ te zijn ontgroeid en kent bovendien deels eigen (toepassingen van) materieelrechtelijke uitgangspunten en leerstukken. In deze ontwikkelingen lijkt het codificatiebeginsel reeds naar de achtergrond te verdwijnen. Een volgend alarmerend signaal in dit verband betreft de in de literatuur gesignaleerde osmose¹¹ of versmelting tussen het bijzondere en commune strafrecht. Bos wijst in dit verband op verschillende nouveautés van de WED die later zijn overgeheveld naar het Wetboek van Strafrecht: de verbeurdverklaring, de strafbaarheid van rechtspersonen en de ontnemingsmaatregel.¹² Deze (wettelijke) osmose is

6 Smidt I 1891, p. 73-89; Hazewinkel-Suringa 1953, p. 24; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1991, p. 83-84; Lamp e.a. 2019, p. 68.

7 “Een wetboek is geen leerboek. Van verdelingen en omschrijvingen moet het zich dus onthouden overal waar zij niet bepaald noodzakelijk zijn om de gedachte des wetgevers uit te drukken.”, Smidt I 1891, p. 60.

8 Smidt I 1891, p. 545.

9 Kristen omschrijft de werking van het legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht als ‘beperkt’, Kristen 2019, p. 445; de uitwerking van de wederrechtelijkheid is volgens Luchtman problematisch in het bijzonder strafrecht, Luchtman 2019, p. 449-483; De Hullu signaleert een zekere delictsgebonden invulling van het voorwaardelijk opzet, waaronder in de Opiumwet, zie: De Hullu 2021, p. 232-235.

10 Te denken valt aan de strafbare voorbereidingshandelingen die aanvankelijk alleen in de Opiumwet waren geregeld, of aan de regeling omtrent het ouderschap van de rechtspersoon die aanvankelijk alleen in de WED was geregeld.

11 Bos 1976, p. 381; Wladimiroff 1990. Ook in internationale literatuur wordt er op dit verschijnsel in het recht gewezen, vaak aangeduid als ‘diffusion’. Het verplaatsen van een juridisch figuur vanuit de ene juridische context naar een andere wordt vaak aangeduid als ‘legal transplant’. Zie over deze beweging, en met nadere verwijzingen: Cairns 2013.

12 Bos 1976, p. 384-385.

niet tot het economisch strafrecht beperkt gebleven. Zo heeft de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen reeds snel na de regeling daarvan in de Opiumwet een plaats gekregen in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht. Het is de vraag of deze ontwikkeling beperkt is gebleven tot een wettelijke osmose, en of er (onder de oppervlakte) niet ook een meer geleidelijke, impliciete osmose plaatsvindt. Wordt de jurisprudentiële interpretatie en toepassing van het voorwaardelijk opzet bijvoorbeeld niet (ook) mede beïnvloed door het bijzonder strafrecht? Blijft de toepassing van het voorwaardelijk opzet binnen de Opiumwet-jurisprudentie¹³ – waarin een sterke nadruk ligt op (niet vervulde) onderzoeks- of zorgplichten – bijvoorbeeld echt beperkt tot dat terrein, of duikt eenzelfde toepassing ook op binnen het commune strafrecht? De gesignaleerde osmose kan een indicatie zijn dat het bijzonder strafrecht, vanwege zijn omvang, niet alleen zijn status als uitzondering is ontgroeid, maar dat het ook de algemene uitgangspunten mede beïnvloedt; dat zou een aan artikel 91 Sr spiegelbeeldige beweging impliceren.

Een ander opvallend signaal is dat niet alleen het bijzonder strafrecht sinds 1886 in omvang is toegenomen. Sedertdien zijn het bestuursrecht en het fiscale recht uitgegroeid tot zelfstandige rechtsdomeinen met een eigen karakter. In veel bijzondere wetten is het materiële strafrecht ‘samenwerkingspartner’ geworden van (een van) deze gebieden. Op deze legislatieve situatie heeft de wetgever van 1886 de algemene uitgangspunten van het materiële strafrecht niet kunnen toesnijden. Nu die rechtsdomeinen ook hun eigen karakter en uitgangspunten hebben, is de beoogde algemene gelding van uitgangspunten en algemene werking van leerstukken dan ook niet zonder meer gegarandeerd in geval het materiële strafrecht in (samenwerking met) die andere rechtsdomeinen wordt ingezet.

Er bestaan aldus meerdere signalen die spanning impliceren met het codificatiebeginsel. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de bouwkundige uitgangspunten van het materiële strafrecht berekend zijn op deze ontwikkelingen. Hieruit vloeien twee nadere vragen voort. In de eerste plaats is de vraag in welke mate de vanuit het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht beoogde samenhang in het materiële strafrecht gerealiseerd wordt in het bijzonder strafrecht, en in de tweede plaats is – omgekeerd – de vraag in welke mate die algemene uitgangspunten beïnvloed worden door het bijzonder strafrecht. Anders geformuleerd: wat is de hedendaagse verhouding tussen het commune en bijzondere strafrecht, en (in welke mate) is in die verhouding het codificatiebeginsel te herkennen?

De genoemde ontwikkelingen duiden niet alleen op enige frictie met het codificatiebeginsel, maar lijken ook gevolgen te hebben voor andere fundamentele uitgangspunten van het materiële strafrecht. In de eerste plaats betreft dit het (materieelrechtelijk) legaliteitsbeginsel. Dit beginsel

13 De Hullu 2021, p. 232-235.

kent een rechtstreeks verband met het codificatiebeginsel, nu met het codificeren van het materiële strafrecht belangen zijn gediend die mede voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel. Een ogenschijnlijk direct verband tussen de beginselen bestaat bij het *lex scripta*-gebod, als deelbeginsel van het legaliteitsbeginsel. Uit dit beginsel volgt immers dat het recht dient te worden opgetekend in geschreven wetten, en door het recht te codificeren wordt die optekening van het recht verzorgd. De met het codificatiebeginsel beoogde samenhang en eenvormigheid van het materiële strafrecht komen bovendien de rechtseenheid en rechtszekerheid ten goede; ook daarin ligt een duidelijk dwarsverband met het legaliteitsbeginsel.¹⁴ Uit het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel vloeit de eis voort dat de strafwet de grenzen waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd duidelijk neerlegt in de wet, zodat rechtssubjecten in staat zijn hun gedrag op de wet af te stemmen. Dit stelt niet alleen eisen aan de vormgeving van delictsomschrijvingen, maar ook aan de algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De hierboven genoemde ontwikkeling van een omvangrijke hoeveelheid materieel strafrecht buiten het algemene wetboek, en de gesignaleerde afwijkingen op de algemene uitgangspunten daarbinnen kunnen een bedreiging vormen voor de vanuit het legaliteitsbeginsel gewenste duidelijkheid en kenbaarheid van het materiële strafrecht en daarmee ook voor de rechtszekerheid.

In de tweede plaats geven de genoemde ontwikkelingen aanleiding tot zorgen met betrekking tot het materieelrechtelijk schuldbeginsel. In literatuur wordt, zoals gezegd, namelijk gesignaleerd dat het leerstuk opzet – misschien wel de belangrijkste positiefrechtelijke uitwerking van dit beginsel – variabel wordt ingevuld in de bijzondere strafwetten. Komt in al die variaties de materieelrechtelijke betekenis van het opzet wel voldoende tot uitdrukking, of zorgt de variabele invulling ervoor dat wezensvreemde figuren in (de invulling van) het opzet belanden? En de figuur van daderschap van de rechtspersoon – een van de meest in het oog springende materieelrechtelijke figuren die in het bijzonder strafrecht tot ontwikkeling is gekomen – lijkt spanning teweeg te brengen met de idee van individuele schuldvaststelling, vanwege het daarin geïntroduceerde toerekeningsconcept.

Deze ogenschijnlijke spanning met het legaliteitsbeginsel en het schuldbeginsel bestaat allereerst binnen het bijzonder strafrecht zelf, nu de genoemde afwijkingen zich daar in de eerste plaats voordoen. Deze spanning is mogelijk echter niet beperkt tot het bijzonder strafrecht, nu de gesignaleerde osmose tussen het bijzondere en commune strafrecht aanleiding geeft te veronderstellen dat deze afwijkingen kunnen doorwerken in het commune strafrecht. In dat geval kan er serieuze schade ontstaan aan de bouwkundige constructie van het materiële strafrecht. Door in het onderhoud van het bouwwerk van het materieelrechtelijk legislatief systeem

14 Nijboer 1987, p. 110.

het codificatiebeginsel niet voldoende in het oog te houden als bepalend bouwkundig uitgangspunt, dreigt de constructie ook met betrekking tot het schuldbeginsel en het legaliteitsbeginsel te worden aangetast.

1.1 DOEL VAN DIT ONDERZOEK

Dit onderzoek kan worden gezien als een bouwkundig rapport, waarin de constructie van het materiële strafrecht in het Wetboek van Strafrecht in relatie met de bijzondere strafwetten wordt geïnspecteerd. Hierbij gaat aandacht uit naar de vraag of het codificatiebeginsel als bepalend uitgangspunt in het materiële strafrecht in het hedendaagse strafrecht nog voldoende herkenbaar is, en of de fundering van het schuldbeginsel en het legaliteitsbeginsel nog intact is. Een leidend vertrekpunt in dit onderzoek is dat een te 'losse' omgang met het codificatiebeginsel kan resulteren in veranderingen op het gebied van het schuldbeginsel of het legaliteitsbeginsel.

Dit onderzoek heeft uiteindelijk als doel om de ontwikkeling van de verhouding tussen het bijzondere en commune materiële strafrecht in beeld te brengen. Daarin vormen het schuld- en legaliteitsbeginsel leidende perspectieven, en wordt een waardering gegeven vanuit het codificatiebeginsel. Dit vormt dus een juridische analyse en *geen sociologische* analyse. Ik ben mij ervan bewust dat de samenleving voortdurend verandert, en dat daarin ook een gewijzigd verwachtingspatroon kan ontstaan tussen burgers onderling en tussen de burger en de overheid. De verwachtingen die de burger van de overheid heeft zijn radicaal veranderd sinds het einde van de negentiende eeuw. Aanvankelijk had de overheid daarom een vrij *passieve*, teruggetrokken rol (vaak aangeduid als 'nachtwakersstaat'). Aan het einde van de negentiende eeuw veranderde dit geleidelijk in een meer *actieve* rol (vaak aangeduid als 'verzorgingsstaat'). Die actieve rol resulteerde in een veranderde opvatting over de inzet van het (straf)recht, dat (mede) als ordeningsinstrument werd gebruikt door deze actieve overheid; in deze periode groeide het bestuursrecht uit tot omvangrijk rechtsgebied,¹⁵ en werden er belastingwetten door de formele wetgever ingevoerd.¹⁶ In de laatste decennia wordt van de overheid een meer *pro-actieve* rol verwacht in het beheersen van risico's. Dit wordt bijvoorbeeld zichtbaar in een gewenste strafrechtelijke aanpak van terrorisme, of in de omgang met milieu- of klimaatproblematiek. Dit kan ook resulteren in bredere mogelijkheden tot strafrechtelijke aansprakelijkstelling. Deze veranderingen in de samenleving kunnen mogelijke veranderingen in het strafrecht verklaren, maar het doel van dit onderzoek is dus nadrukkelijk niet het bieden van een dergelijke sociologische analyse. Ik neem als vertrekpunt dat de samen-

15 Zie hierover bijv. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 15-18.

16 Aan deze belastingwetten ontstond behoefte omdat de meer actieve overheid (die bijvoorbeeld ook de armenzorg op zich neemt) ook meer financiële middelen tot haar beschikking moet krijgen. Zie hierover bijv. Dusarduijn 2012, p. 7-19.

leving beweeglijk is, en voortdurend in verandering, en ik probeer aan de hand van de hierboven genoemde rechtswetenschappelijke analyse deze veranderingen in het materiële strafrecht op het terrein van het schuld- en legaliteitsbeginsel in beeld te brengen, en te waarderen vanuit het codificatiebeginsel.

1.2 VRAAGSTELLING, OPBOUW EN METHODOLOGIE

Uit het voorgaande blijkt dat er signalen zijn die erop wijzen dat de verhouding tussen het commune en bijzondere strafrecht langzamerhand verandert ten opzichte van de oorspronkelijk bedoelde verhouding. De omvang van het bijzonder strafrecht duidt erop dat het niet (meer) een beperkt gehouden uitzondering vormt op de algemene regeling van het materiële strafrecht in het Wetboek van Strafrecht. De afwijkingen op of uitbreidingen van de algemene uitgangspunten uit het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht in het bijzonder strafrecht wijzen bovendien op mogelijke problemen met betrekking tot de algemene samenhang en systematiek binnen het materiële strafrecht. Deze algemene samenhang en systematiek lijkt voorts te worden bedreigd door een zekere veralgemenisering van de bedoelde afwijkingen. Deze ontwikkelingen wijzen niet alleen op een zekere spanning met het codificatiebeginsel, maar hebben ook de potentie om frictie te veroorzaken met de fundamentele uitgangspunten van schuld en legaliteit.

In dit onderzoek zal de volgende vraagstelling beantwoord worden:

Is de doorwerking van bijzonder materieel strafrecht op het commune materiële strafrecht legitiem, gezien vanuit het codificatiebeginsel en toegespitst op de beginselen van schuld en legaliteit?

De beantwoording van deze vraagstelling is als volgt opgebouwd, en vindt plaats volgens de volgende methodologie.

Na dit eerste inleidende hoofdstuk zal in hoofdstuk 2 het codificatiebeginsel centraal staan. Hier worden twee vragen beantwoord. In de eerste plaats wordt de vraag beantwoord wat de ideologische, historische, en contemporaine betekenis van het codificatiebeginsel in het Nederlandse strafrecht is. Het onderzoek naar de ideologische en historische achtergrond van het codificatiebeginsel is beperkt tot de betekenis die het beginsel heeft voor het Nederlandse strafrecht, en zal bestaan uit literatuuronderzoek. Er zal derhalve geen algemeen rechtshistorisch onderzoek naar codificaties worden verricht, nu dat de omvang van dit boek te buiten zou gaan en dergelijk onderzoek in het verleden bovendien reeds is verricht.¹⁷ Voorts

17 Hiervoor valt in elk geval te wijzen op het onderzoek van Van den Berg en op het onderzoek van Lokin en Zwalve. Naar het werk van deze onderzoekers zal in hoofdstuk 2 dan ook regelmatig worden verwezen.

wordt alleen de historische achtergrond van de moderne codificaties (vanaf de achttiende eeuw) geschetst, en wordt geen aandacht besteed aan de codificaties van het recht van vóór die periode (zoals de codificaties van het Romeinse recht). Voor wat betreft de ideologische achtergrond wordt getracht in algemene zin een beeld te schetsen van de ontwikkeling van de codificatie-idee in West-Europa, en de receptie daarvan in Nederland. Hierna wordt onderzocht op welke wijze dit codificatiebeginsel is uitgewerkt in het Nederlandse materiële strafrecht, waarbij in het bijzonder wordt stilgestaan bij de totstandbrenging van het Wetboek van Strafrecht. Naast literatuuronderzoek, worden ook de parlementaire documenten omtrent de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 meegenomen. Vervolgens worden de inhoud en functie van het Algemeen Deel (Boek 1) van het Wetboek van Strafrecht besproken aan de hand van literatuur, jurisprudentie en parlementaire documenten. Tot slot wordt op basis van het in dit hoofdstuk verrichte onderzoek de hedendaagse betekenis van het codificatiebeginsel besproken.

In hoofdstuk 3 staan het schuldbeginstel en het legaliteitsbeginstel centraal. Hier wordt, op basis van literatuur en jurisprudentie, beschreven welke uitgangspunten deze beginselen met zich brengen voor de vormgeving van het materiële strafrecht. Hierbij zal worden stilgestaan bij de rol die deze beginselen hebben in het concrete positieve recht en de meer abstracte, regulatieve functie die deze beginselen hebben binnen onze rechtsorde. Deze beginselen hebben in dit onderzoek twee functies. Ze vormen allereerst een kwalitatieve afbakening binnen de bespreking van de bijzondere strafwetten; beoordeeld zal worden in welke mate de bijzondere strafwetten aansluiten bij de commune uitgangspunten en systematiek voorzover dat betrekking heeft op die beginselen. Daarnaast vormen deze beginselen aanknopingspunten waarmee de gesignaleerde afwijkingen op de commune systematiek normatief kunnen worden beoordeeld. Niet elke afwijking op de algemene uitgangspunten van het commune strafrecht zal namelijk even problematisch zijn; deze beginselen worden daarom in hoofdstuk 3 zodanig geconceptualiseerd, dat zij in de daaropvolgende hoofdstukken geoperationaliseerd kunnen worden binnen de (normatieve) beoordeling van de in dit onderzoek naar voren gebrachte ontwikkelingen. Het doel van hoofdstuk 3 is beperkt tot deze functies, waardoor geen *integrale* beschrijving en duiding wordt gegeven van (de achtergrond van) deze beginselen, maar slechts voorzover nodig met het oog op de hoofdstukken 4 en 5.

Een methodologisch lastige kwestie betreft de rol die wordt gegeven aan de uitwerking van het schuldbeginstel op het niveau van de schuldvormen in het materiële strafrecht, in het bijzonder de schuldvorm opzet. Enerzijds is het nodig om een 'basisvorm' te beschrijven van deze schuldvorm, zodat in de analyse van de bijzondere strafwetten met de nodige precisie naar voren kan worden gebracht of zij, voor wat betreft de wijze waarop deze schuldvorm is verwerkt en wordt toegepast, aansluiten bij het algemene opzetbegrip in het commune strafrecht. Anderzijds is een van de vertrekpunten van dit onderzoek juist dat de inhoud en toepassing

van algemene leerstukken, zoals het leerstuk opzet, mede beïnvloed zijn door het bijzonder strafrecht. Die invloed kan niet gedetecteerd worden als die invloed reeds in het gehanteerde algemene begrip verwerkt is. Dit onderzoek ondervindt derhalve methodologisch hinder van het probleem dat juist onderwerp van onderzoek is. Dit ietwat ironische probleem heb ik getracht op te lossen door in een Appendix bij dit onderzoek een beschrijving te bieden van de wijze waarop schuld (terminologisch) is verwerkt in delictomschrijvingen, de verschillende gradaties van de schuldvormen, en de toepassing van het (voorwaardelijk) opzet. Aldus kan in de analyse in de hoofdstukken 4 en 5 wel steeds verwezen worden naar een deze algemene beschrijving, zonder dat deze beschrijving als ideaal basismodel is neergezet.

In hoofdstuk 4 vindt een analyse plaats van het materiële strafrecht in de bijzondere strafwetten. Het militair strafrecht is geen onderdeel van de analyse, omdat dit in een eigen codificatie is neergelegd (en in de grondwettelijke codificatiebepaling tot aan 1983 ook als afzonderlijk te codificeren rechtsgebied werd aangewezen). De vijf onderzochte strafwetten (de Wegenverkeerswet 1994 (WVW), de Wet Wapens en Munitie (WWM), de Opiumwet (Opw), de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en de Wet op de Economische Delicten (WED)) vormen daardoor vrijwel het gehele materiële strafrecht dat op het niveau van formele wetgeving buiten het wetboek is geregeld. De analyse vindt plaats langs de lijnen van het codificatiebeginsel, het schuldbeginssel en het legaliteitsbeginsel, en wordt verricht aan de hand van parlementaire documenten en jurisprudentie.

In hoofdstuk 5 wordt onderzocht of en in welke mate de in hoofdstuk 4 gedetecteerde afwijkingen doorwerken in het commune strafrecht. De hierbij geconstateerde doorwerking wordt gestructureerd aan de hand van de wijze waarop die doorwerking plaatsvindt, waarbij legislatieve doorwerking en jurisprudentiële doorwerking onderscheiden worden. Binnen dat onderscheid worden de afwijkingen – voorzover zij doorwerken – afzonderlijk besproken en gewaardeerd vanuit het codificatiebeginsel. Dat onderscheid is eveneens van belang voor de methode waarmee de mate van doorwerking zal worden onderzocht. In het geval van legislatieve doorwerking kan aan de hand van een analyse van parlementaire documenten worden achterhaald of er in het commune strafrecht afwijkingen uit de bijzondere strafwetten veralgemeniseerd zijn. In het geval van jurisprudentiële doorwerking bestaat de methode uit twee componenten. De eerste betreft een empirisch-juridische component waarin onderzocht wordt of er sprake is van *expliciete* doorwerking vanuit het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht, bijvoorbeeld vanwege een expliciete verwijzing naar een bijzondere strafwet in een commune strafzaak. Indien dat weinig of geen resultaten oplevert, wordt aan de hand van een tweede, klassiek-juridische, component getracht te signaleren en zichtbaar te maken in welke mate de in hoofdstuk 4 gevonden jurisprudentiële afwijkingen *impliciet* doorwerken. Bij deze impliciete doorwerking kan gedacht worden aan de doorwerking van jurisprudentiële figuren of interpretaties uit het bijzonder

strafrecht in het commune strafrecht, zonder dat daarbij een expliciete verwijzing zichtbaar is naar het bijzonder strafrecht. In de inleidende tekst bij hoofdstuk 5 ga ik nader in op de gehanteerde werkwijze.

In hoofdstuk 6 wordt in een slotconclusie de centrale onderzoeksvraag beantwoord, en zullen enkele aanbevelingen worden gedaan voor de kortere en langere termijn.

1.3 AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

Om dit onderzoek in tijd en omvang uitvoerbaar te houden is een strenge afbakening noodzakelijk. In de eerste plaats is dit onderzoek daarom beperkt tot het materiële strafrecht. Een vergelijkbaar onderzoek kan echter ook verricht worden binnen het formele strafrecht of het penitentiaire recht. In de bijzondere strafwetten zijn namelijk ook op deze terreinen afwijkingen ontstaan die later zijn veralgemeniseerd; te wijzen valt op de verlaagde opsporingsdrempel (de ‘aanwijzingen’) in het kader van terroristische misdrijven,¹⁸ de strafbeschikking of de ontnemingsmaatregel. Recente of toekomstige grote wetgevingsoperaties¹⁹ op deze terreinen zouden dergelijk onderzoek op dit moment echter bemoeilijken.

Daarnaast is het onderzoek afgebakend tot het materiële strafrecht in de formele bijzondere strafwetten. Het materiële strafrecht op decentraal niveau valt dus geheel buiten de afbakening. Dit materiële strafrecht op decentraal niveau valt buiten de grondwettelijke codificatiebepaling (zoals hierboven al werd beschreven), waardoor het verantwoord lijkt dit deelgebied buiten beschouwing te laten. Bovendien betreft dit enkel regelingen van overtredingen, waardoor er bijvoorbeeld geen afwijkingen hoeven te worden verwacht met betrekking tot het leerstuk opzet (dat alleen in misdrijven voorkomt).

Voorts is het onderzoek beperkt tot afwijkingen die gerelateerd zijn aan, of spanning teweegbrengen met het schuldbeginnsel of het legaliteitsbeginnsel (naast het meer overkoepelende codificatiebeginnsel). Daardoor vallen fundamentele uitgangspunten zoals het wederrechtelijkheidsbeginnsel of het daadstrafrechtbeginnsel buiten de afbakening van dit onderzoek. Beide beginnselen zijn recent ook onderwerp van onderzoek geweest,²⁰ en het wederrechtelijkheidsbeginnsel kent bovendien enige overlap met het legaliteitsbeginnsel; dat laatste beginnsel vereist immers dat de wetgever het als wederrechtelijk beschouwde gedrag zo scherp en precies mogelijk

18 Thans opgenomen in Titel VB van Boek 1 van het Wetboek van Strafvordering, voorheen enkel als uitzondering opgenomen in de WWM en de WED. Zie hierover: Cnossen & Van der Woude 2016.

19 Ik bedoel de thans aanhangige modernisering van het Wetboek van Strafvordering en de vrij recent ingevoerde Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen.

20 Ten aanzien van het wederrechtelijkheidsbeginnsel valt te wijzen op Luchtman 2019, p. 449-483; Haentjens 2016; zie ten aanzien van het daadstrafrechtbeginnsel: Nab 2023.

omschrijft in wettelijke strafbepalingen. Een mankement met betrekking tot het wederrechtelijkheidsbeginsel zal daarom met regelmaat resulteren in een mankement met betrekking tot het legaliteitsbeginsel. In vergelijkbare zin kan een onduidelijke daderschapsregeling ook vanuit legaliteitsperspectief als onwenselijk worden beoordeeld.

Tot slot is in dit onderzoek geen afzonderlijke aandacht besteed aan de Europese en internationale invloeden op het materiële strafrecht. Ik heb steeds de nationale regeling van het materiële strafrecht als vertrekpunt gekozen, en beoordeeld of in de in dit onderzoek aan de orde gestelde (nationale) stand van zaken het codificatiebeginsel nog voldoende herkenbaar is. Dat regelingen een Europese origine hebben, of strafbepalingen voortkomen uit verplichtingen in Europees of internationaal verband, is hierbij geen aspect dat ik afzonderlijk uitlicht. Dat neemt niet weg dat de nationale codificatiesystematiek potentieel verstoord kan worden door dergelijke Europese of internationale invloeden, maar dat is afzonderlijke onderzoeksthematiek.²¹

1.4 RELEVANTIE

Met dit onderzoek beoog ik inzicht te bieden in het functioneren van het codificatiebeginsel in het huidige materiële strafrecht. Dit fundamentele uitgangspunt vormt sinds 1814 het voornaamste bouwkundige uitgangspunt van de (formele) wetgever, terwijl de samenleving in de afgelopen twee eeuwen radicaal veranderd is. Veranderingen in de samenleving (zoals een verandering in de verwachtingen van de burger jegens de overheid en *vice versa*) hebben onbetwist ook veranderingen in het recht tot gevolg. Het recht, en dus ook het materiële strafrecht, dient in dit opzicht voldoende beweeglijk te zijn. Tegelijk dienen rechtstatelijke uitgangspunten wel steeds voorop te blijven staan, en de bandbreedte te bepalen waarbinnen dat recht kan bewegen. In de afgelopen decennia werden in de literatuur verschillende ontwikkelingen gesignaleerd waaruit lijkt te volgen dat het codificatiebeginsel naar de achtergrond begint te verschuiven, en de verhouding tussen algemeen en bijzonder strafrecht in mindere mate geregisseerd wordt door het codificatiebeginsel. Diezelfde signalen wijzen erop dat een lossere omgang met het codificatiebeginsel kan resulteren in een lossere omgang met het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel. Deze fundering van het materiële strafrecht dreigt hiermee te verzakken. In dit onderzoek wordt in beeld gebracht in welke mate deze lossere omgang met het codificatiebeginsel, en deze verzakking van de fundering zich voordoet in het materiële strafrecht. Aan de hand van deze rechtswetenschappelijke analyse kunnen op de kortere termijn wellicht reeds kleine ingrepen in de wetgeving worden gedaan om de samenhang binnen het materiële straf-

21 Zoals bijvoorbeeld: Altena 2016.

recht te vergroten, en op de langere termijn kan deze analyse bijdragen aan een gedachtevorming omtrent een mogelijke herziening van het Wetboek van Strafrecht.

In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de historische en juridische context waarbinnen het codificatie-ideaal tot stand kwam. Hiervoor zal allereerst op hoofdlijnen worden weergegeven hoe dit ideaal zowel door de denkers van de verlichting als door de toenmalige machthebbers (om verschillende redenen) werd omarmd. Vervolgens komt aan bod op welke wijze dit ideaal ook ingang vond in het Nederlandse rechtssysteem en, na vastlegging in de Grondwet, heeft geleid tot de totstandkoming van een wetboek van strafrecht. Tot slot wordt besproken hoe het codificatiebeginsel ook belangrijke consequenties heeft voor het functioneren van het Wetboek van Strafrecht binnen het (gehele) materiële strafrecht.

In het eerste gedeelte van dit hoofdstuk, waarin het draait om de historische context waarbinnen de codificatiegedachte zich heeft ontwikkeld, zullen de gestelde vragen beantwoord worden aan de hand van literatuuronderzoek. De onderzochte literatuur is geselecteerd op de relevantie die het heeft voor de ontwikkeling van de codificatiegedachte in Nederland. De paragrafen die betrekking hebben op de ontwikkeling van het codificatiestreven in andere landen dan Nederland (in het bijzonder Frankrijk) hebben geenszins de pretentie uitputtend (historisch) onderzoek te zijn naar die landen – daarvoor zou op z'n minst ook onderzoek nodig zijn waarbij relevante literatuur uit die landen centraal staat. Deze paragrafen zijn daarentegen bedoeld om de (uiteindelijk) voor Nederland relevante ontwikkelingen te schetsen, en te laten zien dat (de ideologische denkbeelden achter) het codificatiestreven in Nederland vanwege belangrijke geopolitieke ontwikkelingen rond 1800 voor een belangrijk deel geïmporteerd is uit Frankrijk. Ook de weergave van de denkbeelden van een aantal denkers uit de achttiende eeuw kent de omvangrijke beperking slechts de focus te hebben op de plaats van het codificatie-ideaal binnen die denkbeelden.

In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk, waarin de positie van het Wetboek van Strafrecht in verhouding tot het strafrecht in de bijzondere wetten centraal staat, wordt veelal gebruik gemaakt van de parlementaire documenten rondom de invoering en vorming van het Wetboek van Strafrecht. Deze documenten zijn verzameld en in vijf delen op geordende wijze gepubliceerd door H.J. Smidt,¹ die zowel van 1877-1879 (kabinet Kappeyne van de Coppello) als 1891-1894 (kabinet Van Tienhoven) Minister van Justitie was. In het bijzonder het vijfde deel van zijn werk is relevant voor

1 Herzien en aangevuld door J.W. Smidt en E.A. Smidt.

dit hoofdstuk, nu daarin de bedoeling achter en discussie rondom de Invoeringswet Wetboek van Strafrecht is weergegeven. Via deze Invoeringswet werd een groot deel van de bijzondere strafwetten afgeschaft, maar bleef een aantal (bepalingen in) bijzondere wetten van kracht.

2.1 ONTWIKKELING EN BETEKENIS VAN HET CODIFICATIEBEGINSEL

De codificatiebepaling is vervat in artikel 107 van de Grondwet:

1. *De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten.*
2. *De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast.*

De plaatsing en tekst van de bepaling is meerdere malen gewijzigd, en voert uiteindelijk terug op artikel 28 van de Staatsregeling voor het Bataafse volk, toen voor het eerst in Nederland het codificatie-ideaal werd opgetekend. Hierin werd bepaald:

“Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstraflijke Wetten (...) algemeen voor de gantsche Republiek.”²

Voor de achtergrond en strekking van deze codificatiebepaling is allereerst de historische context van de achttiende en negentiende eeuw waarbinnen de codificatie-idee zich heeft ontwikkeld van belang.

2.1.1 Historische context van het codificatiebeginsel

2.1.1.1 *Rechtsverscheidenheid in Nederland*

De achttiende eeuw is een periode die zich laat typeren als periode van rechtsdiversiteit. Dit had alles te maken met de staatsvorm van de in 1588 gevormde Republiek der Verenigde Nederlanden: een statenbond, waarin elke staat soeverein was voor zover het niet om gezamenlijke belangen (van de statenbond) ging. Sterker nog: het creëren van soevereiniteit in eigen huis lag aan de basis van de opstand in 1568 tegen het Spaans-Habsburgse gezag, hetgeen het ontstaan van de Republiek der Verenigde Nederlanden (uiteindelijk) inluidde.³ In 1570 is door landsheer Philips II nog een poging gedaan tot codificatie van het materiële en formele strafrecht in de zogenaamde Criminele Ordonnantiën. Deze omvatten onder meer de ‘ordonnantie op de criminele justitie’, waarmee het materiële strafrecht werd

2 Bosch 1965, p. 31.

3 Van den Berg 1996, p. 291.

bedoeld. Deze ordonnantiën hadden ‘nationale’⁴ gelding. Hoewel deze Criminele Ordonnantiën tot ver in de achttiende eeuw gezag genoten,⁵ vigeerden zij slechts zes jaren: de Pacificatie van Gent (1576) stelde ze buiten werking.⁶ De belangrijkste reden voor de schorsing van deze Ordonnantiën was (wederom) het creëren van lokale of regionale soevereiniteit, of, anders gezegd, het tegengaan van verdergaande (Spaanse) centralisatie van het recht.⁷ De opstand van 1568 en de buitenwerkingstelling van de Criminele Ordonnantiën in 1576 accentueren dus het belang dat men in Nederland hechtte aan autonomie. Dit betekende dat elke staat ook soeverein was met betrekking tot de daar geldende wet- en regelgeving, hetgeen grote rechtsverscheidenheid, zowel in het civiele recht als het strafrecht, tussen de staten onderling als gevolg had.⁸ Deze rechtsverscheidenheid was niet het enige nadeel dat zich in de loop der jaren begon af te tekenen. Daarnaast was er op het geldende recht binnen die staten namelijk de nodige kritiek vanuit het perspectief van de rechtszekerheid.⁹ Bovendien ontstond er, in de achttiende eeuw, groeiende kritiek op de staatsvorm van de Republiek, die in de zeventiende eeuw nog weelderig bloeide, maar in de achttiende eeuw haar (economische) macht zag tanen.¹⁰ Dit werd onder meer toegeschreven aan het gebrek aan centraal staatsgezag. Het recht zou een belangrijke rol kunnen spelen in het creëren van centraal staatsgezag, door het recht van de verschillende staten (deels) te uniformeren en bijeen te brengen in algemene wetten. Aldus ontstonden er in de periode van de Republiek gaandeweg al enige argumenten voor een codificatie.

De discussie over codificatie van het strafrecht kwam echter in een stroomversnelling in de jaren 80 van de achttiende eeuw, toen er tussen 1780 en 1787 een burgeroorlog in de Republiek werd uitgevochten tussen de prinsgezinden en de patriotten. Dankzij het Pruisische leger wonnen de prinsgezinden, en vele patriotten vluchtten naar Frankrijk,¹¹ het land dat aan de vooravond stond van een drastische en blijvende verandering in zijn staatsinrichting.

2.1.1.2 Franse pleidooien voor codificatie

In Frankrijk was het debat over een codificatie van het recht al langer gaande. In de zeventiende eeuw al beoogde de zonnekoning Koning Lode-

4 Van ‘nationaal’ kon (strikt genomen) echter in die periode nog niet gesproken worden, nu ‘Nederland’ in die periode bestond uit provincies die onder Spaans gezag vielen.

5 Van Binsbergen 1986, p. 90

6 Moorman van Kappen 1979, p. 272. Zie over deze Criminele Ordonnantiën uitgebreid: Van de Vrugt 1978.

7 Van Binsbergen 1986, p. 90.

8 De Smidt 1966, p. 6.

9 Van Binsbergen 1986, p. 112-114.

10 Die kritiek was in de kern terug te voeren tot de tanende macht van de Republiek, zie: Van den Berg 1996, p. 292.

11 Bosch 2011, p. 14.

wijk XIV rechtseenheid te bewerkstelligen in een land dat ook gekenmerkt werd door rechtsdiversiteit. Hij wilde hiermee zijn centrale gezag versterken.¹² Hij bereikte geen algehele codificatie, maar kwam wel tot deelcodificaties van het burgerlijk procesrecht, het strafprocesrecht en het zeerecht (in ordonnances).¹³ Daarnaast vond er onder zijn gezag een belangrijke verandering plaats in het universitaire onderwijs in het recht: aan alle juridische faculteiten begon men ook te onderwijzen in algemene uitgangspunten van het Franse recht, waardoor vanaf dat moment toekomstige juristen vaardig zouden zijn in het (werken met) algemeen, nationaal geldend recht.¹⁴ Nadat ook koning Lodewijk XV 'slechts' tot deelcodificaties kwam, verplaatste het debat over codificatie van het recht zich naar de verlichte conversaties in de Franse salons.¹⁵ Hier toonde Voltaire zich een voorstander van een codificatie. Anders dan de koningen Lodewijk XIV en Lodewijk XV ontleende hij zijn argumenten voor codificatie niet in de eerste plaats uit het idee van machtscentralisatie, hoewel hij geen tegenstander was van een, op legislatief vlak, machtige monarch. Zijn voornaamste argument voor codificatie van het recht kwam voort vanuit het perspectief van de burgers. Zij dienden een zo groot mogelijke zekerheid over hun rechtspositie te hebben, en dat vereiste in zijn ogen uniforme en duidelijke wetten.¹⁶ De op dat moment nog bestaande rechtsverscheidenheid in Frankrijk moest het in zijn werk dan ook zwaar ontgelden.¹⁷ Hierin verschilde hij van mening met Montesquieu, die de rechtsverscheidenheid juist verdedigde, nu die een afspiegeling vormde van de diversiteit van de Franse bevolking.¹⁸ Bij het formuleren van wetgeving diende wat hem betreft rekening te worden gehouden met lokale omstandigheden, zoals het klimaat en de lokale cultuur. Algehele legislatieve centralisatie werd door Montesquieu daarom afgewezen. Tegelijk had deels gecentraliseerde wetgeving wel een belangrijke plaats in zijn ideale, monarchistische, staatsvorm. Daarin moest de wetgevende macht in balans worden gehouden door de twee andere machten uit zijn bekende trias politica: rechtsprekende en uitvoerende macht.¹⁹

In tegenstelling tot Voltaire en Montesquieu pleitte Rousseau voor een republiek, met daarin uniform en gecodificeerd recht. Wetten moesten bijdragen aan de maatschappelijke cohesie, en een zo groot mogelijke vrijheid voor de burgers creëren. Wetten moesten bovendien een rechtstreeks uitvloeisel zijn van de 'volonté générale', waarbij de burgers de wetgevende

12 Zie over dit 'praktisch-politieke' motief voor codificatie uitgebreider: par. 2.1.2.1.3.

13 Een sleutelfiguur in de vorming van deze deelcodificaties in Frankrijk (rond 1650) was de wetgevingsjurist Colbert, *"die zijn talent aan de wetgeving en zijn naam aan zijn jasje zou geven"*, Lokin & Zwolve 2006, p. 178-179.

14 Van den Berg 1996, p. 182-183.

15 Lokin & Zwolve 2014, p. 222-223.

16 Van den Berg 1996, p. 198-201.

17 Lokin & Zwolve 2014, p. 224.

18 Lokin & Zwolve 2014, p. 225.

19 Van den Berg 1996, p. 195-198.

macht vormden,²⁰ en daar tegelijk aan onderworpen waren als contract-partij binnen het ‘maatschappelijk verdrag’.²¹ Binnen zijn gedachtegoed was het codificeren van het recht (de algemene wil) in wetboeken dan ook van zeer groot belang, waarmee Rousseau een van de grondleggers was van de codificatiegedachte.²²

2.1.1.3 Codificatiestreven buiten Frankrijk

Ook buiten Frankrijk begon in de tweede helft van de achttiende eeuw de roep om codificatie van het recht luider te klinken. In Engeland is Jeremy Bentham de meest prominente denker op dit punt. Het begrip ‘codificatie’ wordt (zelfs) door hem geïntroduceerd.²³ Hij was een vooraanstaand denker binnen het utilitarisme, waarin het streven naar het grootste geluk voor het grootste aantal (mensen) centraal staat. Dit impliceert volgens Bentham een duidelijke opdracht aan de wetgever. Hij stelt:

*“It has been shown that the happiness of the individuals, of whom a community is composed, that is, their pleasures and their security, is the end and the sole end which the legislator ought to have in view: the sole standard, in conformity to which each individual ought, as far as depends upon the legislator, to be made to fashion his behaviour.”*²⁴ (mijn cursivering, JC)

Dit verklaart dan ook zijn pleidooi voor een codificatie: ter verkrijging van een zo groot mogelijk geluk dient voor burgers zo duidelijk mogelijk te zijn wat hun rechten en plichten zijn volgens de wet.²⁵ Belangrijke inspirator voor dit gedachtegoed van Bentham was de Italiaan Cesare Beccaria,²⁶ die in 1764 zijn belangrijke en invloedrijke werk ‘*Dei Delitti e delle Pene*’ had gepubliceerd. Beccaria was hierbij (op zijn beurt) geïnspireerd door Montesquieu en Rousseau.²⁷ Zijn werk vormde een forse aanklacht tegen het strafrechtelijk systeem dat Italië op dat moment kende, en een pleidooi voor een humaan strafrecht, met legaliteit als uitgangspunt. Duidelijke, overzichtelijke en inzichtelijke wetten zijn hierom in zijn ogen van groot belang.²⁸

20 Van den Berg 1996, p. 203-208; De wet als uitdrukking van de algemene wil is later (letterlijk) terug te vinden in art. VI van de Franse ‘Verklaring van de Rechten van de Mens en van de Burger’, zie: Lokin & Zwalve 2014, p. 229-231.

21 Lokin & Zwalve 2014, p. 63-64.

22 Lokin & Zwalve 2014, p. 65.

23 Lokin & Zwalve 2014, p. 20; Vervaele schrijft de introductie van het begrip overigens toe aan Francis Bacon, die in de zestiende eeuw al een betoog over codificatie hield, zie Vervaele 1990, p. 44.

24 Bentham (1789) 1962, p. 14.

25 Bentham (1829) 1843, p. 546-547.

26 Beccaria (1764) 2016, p. 172.

27 Stolwijk in toelichting bij: Beccaria (1764) 2016, p. 54-55 (voetnoot 45 & 46).

28 Dat de staat van de wetten voor Beccaria een van de belangrijkste redenen was om zijn befaamde werk te schrijven blijkt uit het feit dat hij de openingszinnen van het boek reserveert voor een aanklacht tegen de (staat van de) wetgeving.

2.1.1.4 Codificatie(streven) in Nederland

Zo ontstond in de achttiende eeuw een steeds luidere roep om codificatie, allereerst vanuit de monarchen, maar later ook (en juist) vanuit de verlichte denkers van die periode, met Frankrijk als epicentrum van dit alles. Hier waren, zoals hiervoor beschreven, de Nederlandse patriotten na hun verlies in de burgeroorlog in 1787 heen gevlucht. Onder de naar Frankrijk gevluchte patriotten bevonden zich veel unitarissen, die een eenheidsstaat bepleitten om Nederland weer te versterken en te laten terugkeren als serieuze speler op het wereldtoneel.²⁹

In Frankrijk begon in 1789 een revolutie waarvan het belang in het algemeen, en in het bijzonder voor de wijze waarop de staat was georganiseerd en ingericht, moeilijk te overschatten is. Gedurende deze jaren van politieke omwenteling leek er om verschillende redenen overeenstemming te ontstaan over het geheel codificeren van het civiele recht en het strafrecht.³⁰ Dit leidt tot een eerste strafrechtscodificatie in 1791, de Code Pénal, waarin de idealen van de Verlichting, bijvoorbeeld met betrekking tot (de vrijheid van) het individu en de legitimiteit van machtsuitoefening door de overheid, een plek in het strafrecht hebben gekregen. Dit wetboek vormde een belangrijke inspiratie voor de in 1810 in opdracht van Napoléon opgestelde Code Pénal.³¹

In 1795 werd de Republiek bezet door Frankrijk, en veel van de in 1787 gevluchte unitarissen keerden terug naar Nederland, waarin de periode van de Bataafse Republiek aanbrak. Nog steeds waren de voorstanders van een centrale eenheidsstaat in de minderheid. Niettemin grepen zij met steun van de Franse troepen in 1798 de macht middels een staatsgreep.³² In de hierna opgestelde Staatsregeling ruimden zij artikel 28 in voor het codificatiebeginsel, waardoor voor het eerst de wens voor algemene wetboeken in Nederland door de wetgever werd uitgesproken.³³ Dit codificatiestreven kreeg een beslissende zet in de rug toen Napoléon Bonaparte in 1806 een einde maakte aan de Bataafse Republiek, en zijn broer Lodewijk Napoléon als monarch van Nederland aanstelde.³⁴ Hiermee wilde Napoléon het centrale gezag in Nederland versterken. In datzelfde jaar werd een ontwerp van een (nationaal) Lijfstraffelijk Wetboek ter consultatie voorgelegd aan de Staatsraad, nadat het Hoog Nationaal Gerechtshof dat wetboek bepaald niet enthousiast had ontvangen. De Staatsraad bleek evenmin enthousiast, onder meer vanwege het feit dat het Wetboek een te leerstellig karakter droeg, het sanctiearsenaal niet deugde, en er niet in een rechtsmachtregeling was voorzien.³⁵ In 1807 kreeg een (nieuwe) commissie opdracht om,

29 Van den Berg 1996, p. 302.

30 Zie hierover uitgebreid: Van den Berg 1996, p. 245-269.

31 Foqué & 't Hart 1990, p. 42-43.

32 Bosch 2011, p. 14-15; Lokin & Zwalve 2006, p. 293.

33 De Smidt 1966, p. 5.

34 Van den Berg 1996, p. 359-361.

35 Bosch 1965, p. 32.

mede aan de hand van de opmerkingen van de Staatsraad en het Nationaal Geregtschhof over het eerdere ontwerp, een wetboek samen te stellen. Dit resulteerde in het Crimineel Wetboek, dat op 1 februari 1809 werd ingevoerd. De eerste Nederlandse strafrechtelijke codificatie was een feit.³⁶ Dit was mede te danken aan Lodewijk Napoléon, die niet als marionet van zijn broer wilde functioneren, maar als een nationaal vorst. Hierom gunde hij op wetgevend vlak een grote autonomie aan de Hollanders.³⁷

Interessant is dat reeds bij de vorming van dit Crimineel Wetboek de vraag naar voren kwam welke delicten onderdeel van de codificatie (het wetboek) zouden worden, en welke niet. Er werd besloten dat het wetboek geen delicten zou bevatten die 'eigen waren aan bepaalde standen, uit afzonderlijke stelsels van wetten voortsporen, of te veel van tijdelijke of plaatselijke omstandigheden zouden afhangen'³⁸ – deze delicten werden geplaatst in bijzondere wetten. De eenvoud en helderheid van het Crimineel Wetboek zouden in 1870 tot voorbeeld zijn voor de commissie die in die periode een nieuw wetboek voorbereidde.³⁹

Het Crimineel Wetboek was geen lang leven beschoren: in 1811 werd het vervangen door de Code Pénal, vanwege het feit dat Napoléon toen besloot (na een lange strijd hierover met zijn broer) minder autonomie te gunnen aan de door hem veroverde gebieden, en het 'koninkrijk Holland' bij Frankrijk inlijfde.⁴⁰ De verschillende onder zijn bewind tot stand gebrachte wetboeken, waarvan de Code Pénal er een was, konden het recht in zijn rijk uniformeren, en waren bovendien (voor Napoléon) van belangrijke symbolische waarde, als uitdrukking van zijn centrale en soevereine gezag. Aldus werd het Crimineel Wetboek in 1811 vervangen door (een belabberde Nederlandse vertaling van⁴¹) de Code Pénal.

Nadat Napoléon in oktober 1813 werd verslagen in de slag bij Leipzig trokken zijn troepen zich terug uit veroverde gebieden, waaronder Nederland. Aan het einde van dat jaar zette de prins van Oranje voor het eerst sinds 1795 voet op Nederlandse grond (het strand van Scheveningen), waarna hij korte tijd later soeverein vorst werd van Nederland.⁴² Deze machtsverschuiving leidde (enigszins verrassend) niet tot de rentree van het Crimineel Wetboek (de eerste nationale strafrechtelijke codificatie); de Code Pénal bleef van kracht, zij het in aangepaste vorm. Wel werd er vanaf dit moment gestreefd naar de vorming van eigen nationaal wetboek,⁴³ en

36 Bosch 1965, p. 33. Zie uitgebreid over dit wetboek: Van Binsbergen 1950.

37 Lokin & Zwalve 2006, p. 296-297.

38 Buruma 1993, p. 61; Nolte 1949, p. 40-41.

39 Bosch 1965, p. 33.

40 Lokin & Zwalve 2006, p. 299.

41 Bosch 1965, p. 34.

42 Lokin & Zwalve 2006, p. 302-303.

43 Dat het geen gemakkelijke opgave bleek een nieuw Wetboek te ontwerpen blijkt zowel uit de tijdsspanne van 73 jaar waarin de Code Pénal nog heeft gegolden, als uit het aantal ontwerpen van een wetboek dat in die periode in meer of minder vergevorderd stadium is gesneuveld. Zie hierover: Bosch 1965, p. 35-52.

kreeg de codificatiebepaling zijn permanente plaats in de Nederlandse Grondwet. In de eerste Nederlandse Grondwet werd derhalve een cruciale systeemkeuze verankerd, waardoor het Nederlandse rechtssysteem tot de continentale rechtstraditie gerekend kan worden.

De codificatiebepaling is sinds 1798 nooit meer uit de Grondwet of Staatsregeling verdwenen. Wel is de formulering en plaats een aantal keer gewijzigd. Artikel 28 van de Staatsregeling van 1798 luidde: *“Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstraflijke Wetten, te gelijk met de wijze van Regtsvordering, op gronden, door de Staatsregeling verzekerd, en algemeen voor de gantsche Republiek. Deszelfs invoering zal zijn, uiterlijk binnen twee jaaren na de invoering der Staatsregeling.”*

In de wat meer federalistische Staatsregeling van 1801 was artikel 84 gereserveerd voor deze bepaling, en de formulering luidde toen: *“Het Staats-Bewind zorgt, dat een algemeen Civiel en Crimineel Wetboek, na dat op de daar van gemaakte ontwerpen de consideratiën van het Nationaal Gerechtshof zullen zijn ingenomen, ten spoedigsten aan het Wetgevend Lichaam ter bekrachtiging worde aangeboden.”*

In de eerste Nederlandse Grondwet, in 1814, treffen we de codificatiebepaling aan in artikel 100: *“Er zal worden ingevoerd een algemeen Wetboek van burgerlijk regt, lijfstraffelijk regt, van den koophandel, en van de zamenstelling der regterlijke magt en de manier van procederen.”*⁴⁴ Deze bepaling verhuisde in 1815 naar artikel 163, in 1840 naar artikel 161 en in 1848 naar artikel 146 van de Grondwet.

In 1887 werd de bepaling verplaatst naar artikel 150 en werd ook de formulering gewijzigd: *“Het burgerlijk en handelsregt, het burgerlijk en militair strafregt, de regtspleging en de inrichting der regterlijke macht worden bij de wet geregeld in algemeene wetboeken, behoudens de bevoegdheid der wetgevende macht om enkele onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen.”*⁴⁵ Deze bepaling werd in 1922 vernummerd tot artikel 151, in 1938 tot artikel 157 en in 1953 tot artikel 164 van de Grondwet.

In 1983 vond de laatste wijziging plaats. Hierbij werd de bepaling vernummerd tot artikel 107, en werd het inhoudelijk gewijzigd tot: *“1. De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten. 2. De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast.”*⁴⁶

2.1.2 Ratio van het codificatiebeginsel

Nu we een beeld hebben van de historische context waarbinnen het codificatie-ideaal zich heeft ontwikkeld kan de focus meer in het bijzonder gelegd worden op de argumenten die ten grondslag lagen en liggen aan dit ideaal. Dit is een belangrijke vraag, omdat de ratio achter het codificatiebeginsel relevant is voor de wijze waarop een codificatie (in dit onderzoek dus het Wetboek van Strafrecht) intern en extern zou moeten functioneren.

44 Zie over het besluit het uit Frankrijk afkomstige codificatiestreven (toch) te verankeren in de eerste Nederlandse Grondwet: par. 2.1.3.

45 *Stb.* 1887, 150; *Stb.* 1887, 189; Buijs 1884, p. 225-232; Buijs 1888, p. 261-262.

46 Via denederlandsegrondwet.nl zijn alle versies van de Nederlandse Grondwet sinds 1798 terug te vinden.

Hieronder zal worden stilgestaan bij een drietal categorieën waarin de historische argumenten voor het codificeren van het recht kunnen worden ingedeeld. Van den Berg onderscheidt drie argumenten die (in verschillende varianten) in de loop der geschiedenis zijn aangevoerd voor codificatie van het recht: een praktisch-politiek argument, een politiek-theoretisch argument en een praktisch-juridisch argument.

2.1.2.1 *Praktisch-politiek argument*

Het praktisch-politieke argument ontstond vanuit het proces van staatsvorming in de zeventiende eeuw. In Frankrijk (en in navolging daarvan de Donaumonarchie en Brandenburg-Pruisen) bestond een groeiende behoefte aan centralisering van het gezag. Een bestond namelijk een grote mate van bestuurlijke versnippering die voor een belangrijk deel voortkwam uit de standenmaatschappij. De drie standen kenden hun eigen bestuurlijke traditie en organisatie.⁴⁷ Daarnaast wijst Van den Berg op een vrij grote mate van culturele verscheidenheid die de cohesie binnen het land bepaald niet bevorderde.⁴⁸ Dit terwijl een sterk centraal gezag binnen de staten van belang werd geacht voor de verdediging van het grondgebied en het bewaken van de 'binnenlandse vrede', waartoe staten in de zeventiende eeuw het geweldsmonopolie hadden verworven.⁴⁹ Dit geweldsmonopolie alleen bood (blijkbaar) niet of onvoldoende de beoogde centralisatie, met name niet op bestuurlijk vlak, waarna staten zich ook steeds meer het rechtsmonopolie begonnen toe te eigenen, om daarmee de centrale bureaucratie te versterken.⁵⁰ Het recht begon zich aldus halverwege de zeventiende eeuw steeds meer te ontwikkelen als (centraal) sturend mechanisme, eerst van de maatschappij en later ook van de economie.⁵¹ Het werken met centraal gevormde wetgeving, waarbij de totstandbrenging van wetgeving het exclusieve domein werd van de centrale overheid, vormde een belangrijke middel voor centralisering van de macht. Hiermee was een belangrijk argument geleverd voor een centraliserende en uniformerende codificatie van het recht,⁵² een argument dat bovendien tot halverwege de achttiende eeuw het primaire motief bleek voor codificatie.⁵³

2.1.2.2 *Politiek-theoretisch argument*

In de achttiende eeuw kwam – zoals eerder in paragraaf 2.1.1.2 werd beschreven – de nadruk meer te liggen op een tweede argument. Dit argument hield in dat codificatie van het recht een belangrijk middel was

47 Van den Berg 1996, p. 20-21.

48 Van den Berg 1996, p. 22.

49 Van den Berg 1996, p. 21.

50 Van den Berg 1996, p. 22.

51 Van den Berg 1996, p. 22-23.

52 Van den Berg 1996, p. 23-24.

53 Van den Berg 1996, p. 365 & 369.

om aan burgers een bepaalde mate van vrijheid binnen de maatschappij te garanderen.⁵⁴ Dit politiek-theoretische argument kan als reactie worden gezien op het praktisch-politieke argument. De met dat argument bepleite machtscentralisatie had geleid tot een vorm van absolute macht bij de vorsten. Onder aanvoering van Montesquieu werd gepleit voor verdeling van de macht. Hij verzette zich ook tegen de uniformeringsgedachte achter de codificatie-idee.⁵⁵ Van den Berg beschrijft dit als een streven naar meer 'corporatieve politieke vrijheid', waarnaar slechts een kleine groep personen streefde.⁵⁶

Omvangrijker was de groep, waarin Voltaire een sleutelfiguur⁵⁷ en Bentham een belangrijk inspirator was, die streefde naar meer burgerlijke vrijheid, waarbij vanuit het contractsdenken de verhouding tussen de overheid en de burgers zo moest worden ingericht dat aan de burgers zo veel mogelijk vrijheid toekwam. Dit vereiste duidelijkheid voor de burgers over hun rechten en plichten. Algemeen geldende wetgeving vormde hiertoe het instrument bij uitstek. Die duidelijkheid kon vervolgens op strafrechtelijk terrein gegarandeerd worden door middel van het legaliteitsbeginsel. Het draait bij deze burgerlijke vrijheid niet zozeer om het creëren van uniformiteit (rechtsgelijkheid), maar vooral om duidelijkheid voor iedere burger over diens rechtspositie. Dit streven naar burgerlijke vrijheid leverde op deze wijze dan ook een sterk (utilitaristisch getint) argument voor codificatie van het strafrecht.⁵⁸

In de ideeën van Rousseau werd met codificatie van het recht wél uniformering van het recht nagestreefd. Dit was in zijn geval vooral een reactie op de door hem fel bekritiseerde standenmaatschappij. Burgers moesten in zijn ogen op gelijke wijze door de wet worden bejegend. Aldus kreeg het politiek-theoretische argument niet alleen een centraliserend element, maar ook een uniformerend element.⁵⁹

2.1.2.3 *Praktisch-juridisch argument*

Tot slot onderscheidt Van den Berg een praktisch-juridisch argument voor codificatie. Dit argument was minder doorslaggevend omdat het in zijn ogen niet zelfstandig een dragend argument voor codificatie van het recht heeft gevormd.⁶⁰ Niettemin vormde het een relevant argument omdat het wel degelijk een rol speelde bij het codificatiestreven (ook in Nederland).⁶¹

54 Van den Berg stelt dat dit na afloop van de Franse Revolutie zelfs het argument was waarop volledig te nadruk kwam te liggen in het codificatiestreven: Van den Berg 1996, p. 370.

55 Zie paragraaf 2.1.1.2.

56 Van den Berg 1996, p. 27-28.

57 Van den Berg 1996, p. 198-201.

58 Van den Berg 1996, p. 28-30.

59 Van den Berg 1996, p. 31-33.

60 Van den Berg 1996, p. 377.

61 Van den Berg 1996, p. 33 & 376-377.

Dit praktisch-juridische argument komt er in de kern op neer dat het codificeren (het vormen van wetboeken) een uitgelezen kans biedt op herformulering, interne onderlinge afstemming en systematisering van het bestaande recht. In de systematisering van het te codificeren recht kon het werken met algemene beginselen en uitgangspunten een belangrijke rol spelen.⁶²

2.1.2.4 Ideologische achtergrond Code Pénal

Hierboven kwam al naar voren dat de Code Pénal tussen 1811 en 1886 in Nederland vigeerde. Dit wetboek was het strafrechtelijk product van het Franse codificatiestreven. Het codificatie-ideaal was, zoals beschreven werd in paragraaf 2.1.1.2, in Frankrijk in de loop der achttiende eeuw geleidelijk ontwikkeld. In de tot stand gebrachte wetboeken was het gedachtegoed van de verlichte denkers duidelijk herkenbaar. De onder Napoléon tot stand gebrachte wetboeken droegen daarnaast de signatuur van Jean-Étienne-Marie Portalis. Hij was de belangrijkste jurist onder het bewind van Napoléon, en wordt door Foqué en 't Hart neergezet als de 'theoreticus van het post-revolutionaire codificatiedenken als zodanig'.⁶³ Zijn rechtstheorie ligt aan de basis van de wetboeken. Hierin worden door Foqué en 't Hart drie samenhangende aspecten onderscheiden. In de eerste plaats herkennen zij in de strafrechtelijke codificatie een politiek(theoretisch) motief in zijn rechtstheorie, waarin de codificatie dient ter bezegeling en bescherming (en niet: bewerkstelling) van de postrevolutionaire maatschappij, waarin burgers vrije, autonome en gelijke rechtssubjecten zijn, en de maatschappij zich laat kenmerken door orde, rust en stabiliteit.⁶⁴ Het tweede aspect in zijn theorie hangt met dit eerste samen. Zodra een dergelijke maatschappij, met een dergelijke positie van burgers een gegeven is, dan is de 'ware maatschappij', in haar natuurlijke toestand, bereikt. Dan vormt het gecodificeerde recht (slechts) een (praktisch-juridische) afbeelding en systematisering daarvan.⁶⁵ Dit maakt het eerste aspect (waarin die maatschappij beschermd wordt door de codificatie) van nog groter belang, die codificatie beschermt immers ook de natuurtoestand. Het derde aspect van zijn rechtstheorie hangt weer samen met de eerste twee, en betreft een niet-instrumentele rechtsopvatting. Het gecodificeerde recht is een uitleg van en conform de natuurlijke orde, en geen instrument om nieuwe (maatschappelijke) doelen te bereiken. Anders gezegd: codificeren is geen modificeren.⁶⁶ Dit werpt onvermijdelijk de vraag op wat te doen in geval van door het wetboek onvoorziene kwesties. In dat geval zouden volgens de rechtstheorie van Portalis twee mogelijke oplossingen bestaan. Ten eerste door in die onvoorziene gevallen vanuit het systeem van het wetboek 'deductief naar het geval toe te redeneren',

62 Van den Berg 1996, p. 33-34.

63 Foqué & 't Hart 1990, p. 44.

64 Foqué & 't Hart 1990, p. 46-47.

65 Foqué & 't Hart 1990, p. 47-48.

66 Foqué & 't Hart 1990, p. 49-50.

en indien dat niet mogelijk blijkt dient de oplossing gezocht te worden op een hoger abstractieniveau, namelijk in de beginselen van natuurrecht.⁶⁷ Het rechtssysteem dat hij voorstaat, zo moge duidelijk zijn, is een gesloten systeem.⁶⁸

2.1.2.5 *Enkele concluderende opmerkingen*

Op basis van het voorgaande gedeelte kunnen enkele voorzichtige lijnen getrokken worden met betrekking tot de motieven achter het codificatiestreven. Hierbij is voornamelijk gefocust op het codificatiestreven in Frankrijk, nu de codificatiebeweging in Nederland in belangrijke mate vanuit Frankrijk in gang is gezet, en geïnspireerd is op in Frankrijk ontwikkelde denkbeelden. Tot ongeveer halverwege de achttiende eeuw lijkt het streven naar macht de belangrijkste drijfveer achter het codificatiestreven te zijn. Door middel van het samenbrengen van bestaand recht in algemene wetboeken kon de vorst zijn macht (verder) centraliseren en (daardoor) versterken.

Halverwege de achttiende eeuw kreeg een ander argument voor codificatie de overhand: het politiek-theoretische argument dat in de kern draait om het begrip 'vrijheid'. Ten tijde van de Franse revolutie lijkt dit motief leidend te zijn geweest in het codificatiestreven, zo zien we ook in ideeën van Portalis. Voor de strafrechtelijke codificatie betekende dit dat het bij wet garanderen van zoveel mogelijk vrijheid en (daaraan verbonden) rechtszekerheid voor burgers. Daarnaast bestond, zij het wat minder op de voorgrond, het praktisch-juridische motief voor een codificatie; werken met algemene wetboeken zou bevorderend zijn voor de interne samenhang en de systematiek van de wetten. Dit lijken dus de belangrijke motieven te zijn geweest bij het codificatiestreven in Nederland.

Tot slot kan nog opgemerkt worden dat er binnen het codificatiestreven geen onderscheid werd gemaakt tussen codificatie van het strafrecht en codificatie van het civiele recht; beide werden (even) wenselijk geacht. In het zoeken naar de motieven die een rol speelden bij het codificatiestreven is dan ook niet altijd onderscheid te maken tussen motieven die in het bijzonder speelden bij het strafrecht dan wel het civiele recht. Het is echter goed denkbaar dat sommige argumenten juist de boventoon voerden bij het strafrechtelijke codificatiestreven. Zo wijzen Foqué & 't Hart dat het in het strafrecht meer draait om (het bewerkstelligen van) rechtszekerheid dan om uniformiteit.⁶⁹ Bijvoorbeeld enige topografische verscheidenheid hoeft niet problematisch te zijn, zolang men maar zekerheid heeft over het geldende recht (op die plaats). Dit dient overigens zeker niet opgevat te worden als een pleidooi voor (meer) rechtsdiversiteit, nu belangen als rechtszekerheid

67 Foqué & 't Hart 1990, p. 50-51.

68 Foqué & 't Hart 1990, p. 59. Zie hierover ook Brouwer 1979, p. 140.

69 Foqué & 't Hart 1990, p. 41.

en rechtsgelijkheid de (gewenste) hoeveelheid rechtsverscheidenheid sterk beperken. Het relativeert slechts het streven naar volmaakte rechtseenheid.

In het civiele recht daarentegen lijkt de hiërarchische verhouding tussen het argument van rechtszekerheid en het argument van uniformiteit binnen het codificatiestreven (inderdaad) precies omgekeerd.⁷⁰

2.1.3 Codificatiegeschiedenis sinds 1813

Nadat Nederland in 1813 zijn soevereiniteit terug had ontspon zich een debat over de (eerste) Nederlandse grondwet. Hierin bleek dat het opnemen van een codificatiebepaling in de grondwet onomstreden was. Men had de codificatiegedachte, dat dus weliswaar een overblijfsel was van de Franse bezetting, omarmd, en het bestaan van rechtseenheid door middel van algemene wetboeken was men gaan waarderen.⁷¹ Er bestond hierom geen wens om terug te keren naar de juridische situatie uit de periode voor 1795. De Franse wetboeken, waaronder de Code Pénal, bleven daarom voorlopig van kracht.⁷² Intussen werd er vanaf 1814 wel gestreefd naar eigen, nationale, codificaties van het strafrecht en civiele recht.

Die ‘tussentijd’ bleek (achteraf gezien) voor het wetboek van strafrecht langer dan men in 1813 vermoedelijk verwachtte, en in elk geval langer dan men hoopte; het zou namelijk tot 1886 duren voordat een nieuw wetboek in werking zou treden. Dit had verschillende oorzaken, die hier grotendeels onbesproken zullen blijven.⁷³ Er kan ter impressie van het palet aan mogelijke oorzaken wel gewezen worden op de onenigheid tussen de Noordelijke en de Zuidelijke Nederlanden (met in 1831, als apotheose, de scheiding van de twee gebieden, die voortaan als Nederland en België werden aangeduid), en vervolgens op een roerig politiek klimaat medio de negentiende eeuw.⁷⁴ In deze decennia kon men hen niet eens worden over de wijze waarop het nieuwe wetboek van strafrecht er inhoudelijk uit zou moeten zien. Deze periode duurde tot 1870, toen er een start werd gemaakt

70 Zie bijvoorbeeld Scholten 1938, p. 2-3.

71 Cohen Jehoram 1970, p. 13-14; Lokin & Zwolve 2006, p. 300; Scholten 1938, p. 2.

72 Van Binsbergen wijst erop dat de (op dat moment) op handen zijnde eenmaking met de Zuidelijke Nederlanden van betekenis is geweest in het besluit voorlopig de Code Pénal van kracht te laten; in de Zuidelijke Nederlanden was men (in tegenstelling tot de Noordelijke Nederlanden) namelijk tamelijk positief over de Code Pénal, zie Van Binsbergen 1986, p. 131. Bosch verklaart het verschil in tevredenheid over de Code Pénal (tussen de Zuidelijke en Noordelijke Nederlanden) door te wijzen op het feit dat de Zuidelijke Nederlanden (al) in 1795 waren ingelijfd bij Frankrijk, waardoor men rond de invoering van de Code Pénal in 1811 al enige tijd gewend was geraakt aan Franse invloed. De Noordelijke Nederlanden hadden echter tot 1810 tamelijk grote autonomie genoten, waardoor het vervangen van het Crimineel Wetboek door de Franse Code Pénal daar behoorlijk vijandig werd ontvangen, zie Bosch 2011, p. 80-81.

73 Zie hierover uitgebreid, en met nadere verwijzingen: Bosch 1965, p. 35-42. Zie ook: Van Binsbergen 1986, p. 132.

74 Bosch 2011, p. 19-21 en p. 80-83.

met de tweede nationale strafrechtelijke codificatie: het wetboek dat in 1886 ingevoerd werd. Dat er frustratie leefde over de lengte van de periode die het had gekost om tot een eigen wetboek te komen wordt al in het begin van de Memorie van Toelichting bij dit nieuwe wetboek geïllustreerd:

“Genoeg is het, het treurige feit te vermelden, dat de grondwettige belofte van 1814 nog steeds on vervuld is, tot nadeel van het algemeen volksbelang, tot oneer van Nederland. De grondwet vordert eene nationale codificatie, ook van het strafregt. Wat in Nederland als strafregt geldt, voldoet in geen opzigt aan die vordering. Het is noch nationaal, noch eene codificatie.(...) Intusschen de Code Pénal, met al zijne gebreken, was een ‘wetboek’, eene codificatie. Wat wij in den loop der jaren daarvan gemaakt hebben heeft er het kenmerk van codificatie, de eenheid van gedachte en uitdrukking, geheel aan ontnomen.”⁷⁵

Zonder de vele andere betrokkenen bij de totstandkoming van dit wetboek tekort te doen kan Modderman aangewezen worden als geestelijk vader van dit wetboek. Niet alleen was hij tussen 1870 en 1879 als Leidse hoogleraar strafrecht lid van de ‘Staatscommissie voor de Zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht’, hij loodste als minister van justitie (tussen 1879 en 1883) dit wetboek ook door de Eerste en Tweede Kamer.⁷⁶ Hij deed dit door niet alleen de inhoud van het wetboek vurig te verdedigen, maar tevens de keuze te verdedigen om überhaupt een (nieuw) (nationaal) wetboek te vormen:

“Overgaande tot de beantwoording van den geachten afgevaardigde uit Assen, ontmoet ik in de eerste plaats zijne mededeeling, dat hij niet is voorstander van codificatie, en ook niet gelooft dat een ligchaam als de Staten-Generaal, met de Regering er bij, in staat is eene codificatie van zoo grooten omvang tot stand te brengen.

Ik bepaal mij tot de eenvoudige verwijzing naar de Grondwet, die codificatie ook van het strafregt eischt. Hoe men over die grondwettige bepaling, thans niet aan de orde, denken moge, zoolang zij bestaat zijn wij allen verplicht haar na te leven. Zegt men dat deze Kamer niet in staat is een Strafwetboek tot stand te brengen, laat de ervaring daarover uitspraak doen. Zeer zeker zullen wij nooit iets tot stand brengen, indien wij zamen zitten te conjureren: ‘ik kan niet, gij kunt niet, wij kunnen niet.’ Maar wanneer wij ons eenvoudig voornemen om eindelijk aan eene belofte te voldoen, reeds in 1813 afgelegd, dan is er geen enkele reden om reeds nu te wanhopen.

De geachte afgevaardigde heeft er bijgevoegd, dat onze tijd niet geschikt is voor codificatie.

Mijnheer de Voorzitter! Voor eene *volmaakte* codificatie is geen enkel tijdstip geschikt. Elke tijd is een tijd van overgang, en ten allen tijde is het menschdom en dus ook de wetgever onvolmaakt. Dat deze tijd echter minder geschikt zou zijn dan over 10 of 20 jaren – de geachte spreker is in gebreke gebleven dat aan te toonen.”⁷⁷

75 Smidt I 1891, p. 6.

76 Bosch 1965, p. 68-72.

77 *Handelingen II* 1880/81, p. 96.

In de parlementaire geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht is dit, voor zover te achterhalen is, het enige moment waarop de codificatiegedachte als zodanig ter discussie staat – met deze even pragmatische als optimistische reactie van Modderman tot besluit. Verder is de codificatiegedachte geen discussiepunt maar een uitgangspunt in de parlementaire bespreking van het wetboek. Op zichzelf is dit niet bevreemdend; dát er een poging werd gedaan tot vorming van een nieuw wetboek was immers al besloten in 1870, bij de instelling van de Staatscommissie, en het besluit tot vorming van een wetboek berustte bovendien, Modderman memoreert hier al aan in het hierboven weergegeven citaat, op een grondwettelijke opdracht. Die opdracht luidde ten tijde van de samenstelling en invoering van het Wetboek van Strafrecht: ‘Er zal worden ingevoerd een algemeen Wetboek van burgerlijk regt, lijfstraffelijk regt, van den koophandel, en van de samenstelling der regterlijke magt en de manier van procederen.’ Het is van belang dit in herinnering te roepen omdat hierin de mogelijkheid om ‘enkele onderwerpen’ buiten het wetboek te regelen nog ontbreekt. (Die zinsnede werd in 1887 toegevoegd aan de grondwettelijke codificatiebepaling.) Met die mogelijkheid heeft de Staatscommissie dan ook geen rekening gehouden bij haar werkzaamheden.

Daarnaast is de overeenstemming over de codificatiegedachte kenmerkend voor de periode waarin de Staatscommissie haar werk deed; de Klassieke Richting overheerste in die periode,⁷⁸ hetgeen ook terug te zien is in de samenstelling van de Staatscommissie: zij hadden niet alleen gemeenschappelijk dat zij in Leiden hadden gestudeerd, maar waren tevens allen aanhanger van de Klassieke Richting.⁷⁹ In deze Klassieke Richting werd nauw aangesloten bij de idealen van de Verlichting, waarin het begrip ‘vrijheid’ (zoals eerder in dit hoofdstuk is beschreven) een sleutelpositie heeft. De belangrijkste waarborg voor deze vrijheid werd gevormd door de (totstandbrenging van een) (strafrechts)codificatie.⁸⁰

Ook in de Eerste Kamer werd gediscussieerd over de vorming van een nieuwe codificatie (ten opzichte van de bestaande en op dat moment geldende strafwetgeving), en over de inhoud van de nieuwe codificatie. Ten aanzien van het eerste stelde Modderman onder meer:

“(...) wij hebben een Code Pénal en daarenboven eenige honderde bijzondere strafwetten, eene strafwetgeving waar aan ontbreekt de allereerste eigenschap, *regtszekerheid* eene strafwetgeving, waarin ieder die haar kent, eene onafzienbare reeks van algemeen erkende *grootte* gebreken kan aanwijzen.”⁸¹

78 Overigens zou dit vlak na invoering van het Wetboek veranderen; vanaf 1888 werd de Nieuwe Richting steeds dominanter, waardoor de focus binnen het strafrechtelijk discours verschoof van ‘daad’ naar ‘dader’, zie hierover onder meer: Van Binsbergen 1986, p. 140-144.

79 Bosch 1965, p. 54-55.

80 Van Binsbergen 1986, p. 134-138.

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

Deze passage illustreert dat men er onder vigueur van de Code Pénal niet in geslaagd was het strafrecht bijeen te houden in een centrale codificatie; er waren blijkbaar een paar honderd bijzondere strafwetten van kracht naast de Code Pénal. Wellicht had men aanvankelijk het idee dat de Code Pénal slechts kort van kracht zou blijven in Nederland, waardoor er weinig moeite is gedaan om dat wetboek van onderhoud te voorzien en te actualiseren met nieuwe onderdelen. Dit versterkte uiteindelijk de noodzaak van een nieuw wetboek, omdat de legislatieve praktijk steeds verder verwijderd raakte van het codificatiebeginsel. Modderman brengt dat hier onder woorden met een politiek-theoretisch argument voor codificatie; hij wijst immers expliciet op rechtszekerheid als 'allereerste eigenschap' van strafwetgeving.

Het feit dat het codificatiebeginsel onomstreden onderdeel van de Grondwet was blijkt ook uit de grondwetsgeschiedenis tot aan 1886; hierin is de codificatiebepaling op geen enkel moment ter discussie gesteld. Dat lag niet aan een gebrek aan gelegenheid hiertoe, want de Grondwet wijzigde in de periode sinds 1814 drie maal (in 1815, 1840 en 1848). De codificatiebepaling wordt bij deze gelegenheid echter slechts verplaatst, terwijl zijn aanwezigheid in de Grondwet onbetwist blijft. Ook de invoering van een (nieuw) Wetboek van Strafvordering en Burgerlijk Wetboek (in 1838) lijkt te wijzen op een onveranderd codificatiestreven in de negentiende eeuw.

2.1.3.1 De positie van het Wetboek van 1886 ten opzichte van de bijzondere strafwetten

De eerder geciteerde passage van Modderman over de 'honderde bijzondere strafwetten' indachtig zal het niet verbazen dat de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 belangrijke gevolgen had voor het strafrecht in de bijzondere wetten. Uitgangspunt voor deze bijzondere strafwetten was dat zij, samen met de Code Pénal, ingetrokken werden bij (artikel 3 van) de Invoeringswet van het Wetboek van Strafrecht.⁸² "Vèr reikende bepaling, maar in het belang der rechtszekerheid volstrekt noodzakelijk."⁸³ aldus de memorie van toelichting, waarin verder wordt ingegaan op het scenario waarbij al die wetten niet afgeschaft zouden worden:

"Op die wijze immers zou rechtszekerheid al weder niet te verkrijgen zijn. Tal van strafbedreigingen, waaraan thans bijna niemand meer denkt, die sinds onheugelijke tijden niet zijn toegepast maar waarvan de legale afschaffing niet blijkt, zouden, als zooveele zwaarden van Damocles, boven het hoofd van den burger blijven hangen. Het zou gemakkelijk zijn, en tevens een gemakkelijke arbeid, door voorbeelden aan te toonen hoe soms de meest conscientieuze burger tegenwoordig in overtreding kan zijn, zonder dit zelf te vermoeden."⁸⁴

82 Wet van 15 april 1886, *Stb.* 1886, 64 (inwerkingtreding op 1 september 1886).

83 Smidt V 1901, p. 64.

84 Smidt V 1901, p. 65.

Bij invoering van het Wetboek van Strafrecht werden hierom vrijwel alle bijzondere strafwetten ingetrokken. Deze werkwijze onderstreept allereerst dat men het codificatiebeginsel opvatte als opdracht om het gehele strafrecht bijeen te brengen in een algemeen wetboek. Daarnaast maakt de hierboven geciteerde passage duidelijk dat deze werkwijze noodzakelijk werd geacht in verband met de rechtszekerheid. Over deze werkwijze stelt de memorie van toelichting verderop:

“Ongetwijfeld, het in het tegenwoordig ontwerp gevolgde stelsel – afschaffing van alles behalve van ‘t geen *uitdrukkelijk* wordt gehandhaafd – is als men wil, een radicale maatregel; maar hij is dit dan toch, mits met groote omzichtigheid genomen, alleen in den goeden zin van ‘t woord; hij strekt niet om te verstoren, maar integendeel om den rechtstoestand te beveiligen. De wetgever moet den moed hebben om, zij het maar éénmaal in eene eeuw, zijne gansche wetten schat te overzien, en den burger een volledig overzicht te geven althans van alle strafbepalingen die hij nog noodig acht en in stand wil houden. Ware die moeite voor den wetgever te veel? Met welk recht vordert hij dan dat de burgers zelve, en dan met twijfelachtigen uitslag, die moeite nemen zullen?”⁸⁵

Met deze radicale werkwijze werd dus getracht de hoeveelheid strafrecht buiten het wetboek tot een absoluut minimum te beperken. Door in de invoeringswet uitdrukkelijk aan te wijzen welke bijzondere strafwetten wél gehandhaafd werden, werd bovendien voorzien in de kennelijk sterk aanwezige behoefte met de invoering van een nieuw wetboek ook direct een overzicht te geven van de (minimale) hoeveelheid strafrecht buiten het wetboek.

2.1.3.2 *Fiscaal en militair strafrecht*

Twee gebieden werden uitgezonderd van het uitgangspunt dat alle bijzondere strafwetten werden ingetrokken.⁸⁶ Het betrof het militaire en het fiscale strafrecht.⁸⁷ Deze twee gebieden vormen aldus de primussen van het bijzonder strafrecht sinds 1886. De redenen waarom deze twee gebieden buiten het codificatiewerk bleven verschilden enigszins. Het militaire strafrecht werd uitgezonderd nu opnemings daarvan in het wetboek eerst een zorgvuldige herziening van de militaire strafwetten vereiste in de ogen van de wetgever, waarbij het algemene deel van de militaire strafwetten wellicht vereenvoudigd kon worden. “Tot zolang moet elke poging om die wetten

85 Smidt V 1901, p. 65; Dit ‘denkbeeld’ kon op de ‘volledige instemming’ van de Raad van State rekenen, zie Smidt V 1901, p. 50.

86 In de wijziging van de codificatiebepaling in 1887 komt overigens ook tot uiting dat algehele codificatie van het recht in algemene wetboeken te ambitieus bleek; de codificatiebepaling bevat sindsdien een ‘tenzij’-clausule, waarbij ruimte werd gelaten om onderwerpen te regelen buiten het (algemene) wetboek. Zie hierover: Nolte 1949, p. 51.

87 Zie artt. 7 (fiscaal) en 9 (militair) van de Invoeringswet Wetboek van Strafrecht.

op te lossen in het gemeene Strafrecht, achterwege blijven.”^{88, 89} De wetgever had het plan om na invoering van het Wetboek van Strafrecht de focus te leggen op de vorming van een nieuw wetboek van militair strafrecht.⁹⁰

Voor het uitzonderen van het fiscale strafrecht klonken twee andere argumenten. Zo zou het wetboek bij opnemng van de fiscale wetten te omvangrijk (dreigen te) worden, en zou het te ingewikkeld zijn om binnen de fiscale wetten de strafbepalingen te scheiden van (andere) gebods- of verbodsbepalingen.⁹¹ Daarnaast verzette de aard van de fiscale delicten zich tegen opnemng in het wetboek, nu de fiscale delicten naar hun aard te afwisselend zijn, en daarom minder geschikt tot opnemng in ‘eene blijvende algemeene codificatie’.⁹²

Dit laatste argument klonk in de jaren '50 van de vorige eeuw wederom rondom de invoering van de Algemene wet inzake rijksbelastingen:

“In navolging van het systeem hetwelk bij de Wet op de economische delicten is gevolgd, is in het wetsvoorstel uitgegaan van de gedachte het bijzondere strafrecht voor de belastingen niet in de beide algemene strafwetboeken te incorporeren, doch dit in elk van de twee algemene wetten te doen opnemen, welke tezamen het gehele terrein van het rijksbelastingrecht zullen bestrijken. Zulks komt aan de hanteerbaarheid van de belastingwetgeving ten goede, waarmede dus tegelijkertijd aan de algemeen gestelde wens tot vereenvoudiging van die wetgeving wordt tegemoetgekomen. Een dergelijke codificatie maakt het bovendien gemakkelijker *die bijzondere schakeringen in het fiscale strafrecht aan te brengen, die door de bijzondere geaardheid van de onderscheiden belastinggebieden, waarop de beide algemene wetten betrekking zullen hebben, worden geëist.*”⁹³ (mijn cursivering, JC)

Inderdaad gold voor het economisch strafrecht een gelijk argument om het buiten het wetboek te regelen: ook daar was de bijzondere aard van het economisch strafrecht een voornaam argument.⁹⁴

88 Smidt I 1891, p. 43.

89 Dat het militaire strafrecht herzien zou (moeten) worden bleek ook bij de wijziging van de codificatiebepaling in de Grondwet in 1887, die sindsdien ook de opdracht bevatte tot codificatie van het militair strafrecht. De formulering veranderde in: “*Het burgerlijk en handelsrecht, het burgerlijk en militair strafrecht, de rechtspleging en de inrichting der regerlijke macht worden bij de wet geregeld in algemeene wetboeken, behoudens de bevoegdheid der wetgevende macht om enkele onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen.*”

90 Zo wordt het bijvoorbeeld expliciet verwoord in Smidt V 1901, p. 114-115.

91 Zie over dit onderscheid nader: Smidt V 1901, p. 69-70.

92 Smidt I 1891, p. 43. Dit was ook de zienswijze van de Commissie die zich in de jaren '30 van de vorige eeuw boog over de herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht, zie: *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, p. 26-27.

93 *Kamerstukken II* 1954/55, 3 (MvT), p. 24.

94 *Kamerstukken II* 1948/49, 603, 5, p. 3-5.

2.1.3.3 Overtredingen

Een ander gebied dat werd uitgezonderd van het codificatiewerk – en dus niet integraal werd opgenomen in het wetboek – was het gebied van de overtredingen (ofwel: de wetsdelicten⁹⁵). De door de grondwet opgedragen codificatie van het strafrecht omvatte alleen de misdrijven (ofwel: de rechtsdelicten).⁹⁶ De wetgever van 1886 had ervoor kunnen kiezen de grondwettelijke codificatieopdracht ruim op te vatten, en (toch) ook de overtredingen te codificeren. Hij koos ervoor dit niet te doen omdat dit het wetboek te omvangrijk zou maken, en onmiddellijk na invoering bovendien ook onvolledig vanwege de voortdurende stroom aan nieuwe overtredingen.⁹⁷ Hierom bevat artikel 10 van de Invoeringswet een forse lijst aan overtredingen die buiten het wetboek van kracht bleven bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht.⁹⁸ Uitgangspunt is dus dat de gehele lijst aan bepalingen beschouwd wordt als overtredingen (artikel 11 Invoeringswet). Dit uitgangspunt bevestigt de wetgever nog eens in de Memorie van Toelichting bij artikel 11 van de Invoeringswet: “Inderdaad dragen zij allen (...) het karakter van ‘wetsdelicten’. Ware het anders, dan zou men ze in het Strafwetboek hebben opgenomen (...)”⁹⁹

Van belang is om deze overtredingen, die op centraal (nationaal) niveau vigeerden, te onderscheiden van de strafrechtelijke bepalingen die op decentraal (zoals provinciaal of gemeentelijk) golden. Deze laatste categorie is via artikel 28 (juncto artikel 27) van de Invoeringswet bestempeld als overtredingen.

2.1.3.4 Misdrijven

Met uitzondering van fiscale en militaire misdrijven, werden alle misdrijven opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Die systematiek toepassend hebben de Staatscommissieleden Pols, Modderman en Loke de bijzondere strafwetgeving doorzocht op strafbepalingen die, uitgaande van dit criterium, thuishoorden in het Wetboek.¹⁰⁰ Dit betrof een behoorlijk aantal

95 Zie over het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten (misdrijven en overtredingen): Smidt I 1891, p. 64 & p. 90. ‘Wetsdelicten’ zijn delicten die eerst door de *wet* tot onrecht zijn *bestempeld*, terwijl rechtsdelicten betrekking hebben op een intrinsiek (natuurrechtelijk) onrecht, vgl. Smidt V 1901, p. 226. Dit onderscheid liep in de definitie die Modderman hanteerde synchroon met het onderscheid tussen (respectievelijk) overtredingen en misdrijven. Dit onderscheid bleek later een discutabel onderscheid, zoals in paragraaf 2.1.4.1 nader aan de orde komt. Doordat dit onderscheid achteraf gezien wankel bleek, kwam ook de volgens dit onderscheid aangebrachte verhouding tussen het strafrecht in het wetboek en het strafrecht in de bijzondere wetten te wankelen.

96 In *Kamerstukken II* 1979/80, 15046, 9, p. 3 zien we de wetgever hier ook naar verwijzen.

97 Smidt I 1891, p. 43-44.

98 Art. 11 Invoeringswet Wetboek van Strafrecht verklaart deze bepalingen tot ‘overtredingen’.

99 Smidt V 1901, p. 226.

100 Bosch 1965, p. 88, 92 & 275.

bepalingen,¹⁰¹ die allemaal vanuit de bijzondere wetten naar het wetboek werden verplaatst. Daarnaast bleven er via artikel 12 van de Invoeringswet nog twee misdrijven over die én niet ingetrokken werden bij Invoeringswet, én niet opgenomen werden in het Wetboek.¹⁰²

2.1.3.5 Concluderend: de wettelijke systematiek achter het onderscheid tussen *commuun en bijzonder strafrecht*

Uit deze paragraaf kan het volgende geconcludeerd worden met betrekking tot het gehanteerde onderscheid tussen het strafrecht binnen het wetboek en het strafrecht buiten het wetboek. Alle misdrijven (aangeduid als rechtsdelicten in onderstaand citaat) werden opgenomen in het wetboek, behalve de twee genoemd in artikel 12 Invoeringswet. Het militaire en fiscale strafrecht bleef om verschillende redenen geheel buiten het codificatiewerk. De overtredingen (aangeduid als wetsdelicten in onderstaand citaat) werden niet integraal gecodificeerd, waardoor overtredingen buiten het wetboek in beginsel van kracht bleven (zowel op centraal als op decentraal niveau).¹⁰³ Deze systematiek moest leiden tot – wat de wetgever als ‘hoofddoeleinden van het wetsontwerp’ zag – ‘rechtszekerheid en harmonie in de wetgeving’.¹⁰⁴ Op deze wijze diende de wetgever ook bij toekomstige nieuwe strafbepalingen te werk te gaan:

“In het voorbijgaan worde hier voor de toekomst drieerlei verwachting uitgesproken:

- a. 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 aan vulling of wijziging van het Strafwetboek;
- b. Hij wijk niet lichtelijk af van de algemeene bepalingen in het eerste boek van het Strafwetboek. Niet het verbeteren van de strafwetgeving, maar het gebruik van de middelen die zij aan biedt, is zijne taak;
- c. Hij ga voort te doen wat reeds in tal van ‘andere’ wetten gedaan is en vatte zijne ‘strafbepalingen’ onder eene afzonderlijke rubriek aan het slot van zijne wet samen.”¹⁰⁵

Hieruit volgt allereerst dat de ordening van het strafrecht in de toekomst volgens de lijn moest verlopen die tijdens de samenstelling van het wetboek

101 Zie Smidt V 1901, p. 71-73 voor de lijst van bepalingen die vóór 1886 in bijzondere wetten stonden, en in het Wetboek werden geplaatst.

102 Dit betroffen artikel 39 lid 3 van de wet tot ‘regeling van het veeartsenijkundig Staats-toezicht en de veeartsenijkundige politie’, en artikel 17 van de wet tot ‘regeling der Staatsloterij’.

103 Bosch 2011, p. 121, met een afwijkend oordeel over de reden waarom het militaire strafrecht van het codificatiewerk werd uitgezonderd.

104 Smidt V 1901, p. 46.

105 Smidt V 1901, p. 68-69.

was gevolgd: nieuwe rechtsdelicten dienden binnen het wetboek te worden geplaatst, en nieuwe wetsdelicten konden buiten het wetboek worden geplaatst. Daarnaast dienen de bijzondere strafwetten zoveel mogelijk aan te sluiten bij de algemene bepalingen (in Boek 1) van het Wetboek van Strafrecht; dit is ook neergelegd in artikel 91 Sr, die in paragraaf 2.2 nog uitgebreid aan de orde gesteld zal worden. Tot slot dienen de bijzondere wetten volgens een vaste formule te werken, waarbij aan het einde van de bijzondere wet geëxpliciteerd dient te worden welke bepalingen tot het strafrecht gerekend moeten worden. Dit is in de hedendaagse bijzondere strafwetten soms nog zichtbaar, bijvoorbeeld in artikel 178 van de Wegenverkeerswet. De wetgever van 1886 wees tot slot nog op het feit dat de functie van de strafrechtelijke overtredingen in de bijzondere wetten een andere was dan de functie van de strafrechtelijke overtredingen én misdrijven in het wetboek: “De ‘strafwet’ heeft het strafrecht tot object; de ‘andere’ wet, met poenale sanctie, gebruikt het strafrecht als middel”.¹⁰⁶ Deze functionele benadering van het strafrecht in de bijzondere wetten komt in het vervolg van dit onderzoek nog uitgebreid aan bod. De wetgever van 1886 onderkende deze functie, maar deze bleef dus beperkt tot *overtredingen*.

2.1.4 Codificatiegeschiedenis sinds 1886

In het decennium van de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht vond er een belangrijke omwenteling plaats in het denken over strafrecht. In de jaren tachtig van de negentiende eeuw begon de Nieuwe Richting steeds dominanter te worden in het strafrechtelijk discours. Het Wetboek van Strafrecht droeg nog duidelijk de signatuur van de Klassieke Richting.¹⁰⁷ In deze Klassieke Richting ligt de rationalistische beschouwing van de mens (als rechtssubject) besloten, voortbouwend op de idealen van de Verlichting. Binnen de idealen van de Verlichting is (het creëren van individuele) vrijheid een van de belangrijkste. In de verwezenlijking van dit ideaal speelde een codificatie, zoals hierboven besproken, een zeer belangrijke rol: de wet stelt immers legitieme beperkingen aan de individuele vrijheid, waardoor die wet op heldere wijze ingericht diende te worden.¹⁰⁸ Die heldere inrichting van de wet werd in 1886 bewerkstelligd door ‘het algemene’ voorop te stellen: een (strafrechtelijke) codificatie, waarin die codificatie (het wetboek) de eerst aangewezen bron is waarin het geldende recht is of wordt neergelegd, en waarin dat wetboek, ook overigens, een centrale plaats inneemt in het geldende recht. Voor het materiële strafrecht betekende dit dat het Wetboek van Strafrecht de primaire bron is van waaruit het materiële strafrecht

106 Smidt V 1901, p. 69.

107 De leden van de Staatscommissie waren ook allen aanhanger van de Klassieke Richting, zie Bosch 1965, p. 54-55.

108 Van Binsbergen 1986, p. 134-144.

gekend kan worden, en bovendien de (algemene) uitgangspunten bevat die voor het gehele materiële strafrecht gelden.

Maar, zoals gezegd, de Klassieke Richting begon (toevalligerwijs rondom de invoering van het Wetboek van Strafrecht) zijn dominante positie binnen het strafrechtelijk discours te verliezen aan de Nieuwe Richting. Vaak wordt het jaar 1888, waarin de Internationale Vereniging voor Strafrecht werd opgericht, als kantelpunt gezien. In de Nieuwe Richting kwam meer nadruk te liggen op de dader, en minder op de daad. De algemene typering van de mens als rationeel handelend rechtssubject maakte plaats voor een meer op het individu toegespitste benadering, waarin meer ruimte ontstaat om rekening te houden met externe en interne omstandigheden waaronder een persoon een overtreding beging. Het leidde tot meer nadruk op het kunnen bieden van maatwerk bij *daders* in het strafrecht, en minder nadruk op de toepassing van algemene regels waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid op basis van de *gedragingen* in het strafrecht. Binnen het strafrechtelijk discours had dit als gevolg dat, minst genomen, minder nadruk kwam te liggen op het codificatie-ideaal.¹⁰⁹

Naast deze belangrijke ontwikkeling, vond ook een ontwikkeling plaats van de codificatiebepaling in de Grondwet. In 1887, dus een jaar na invoering van het Wetboek van Strafrecht, werd deze bepaling gewijzigd, waarbij werd toegevoegd: ‘behoudens de bevoegdheid der wetgevende macht om enkele onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen’.¹¹⁰ Het laat zien dat de oorspronkelijke, tamelijk absolute, codificatiegedachte toen door de grondwetgever werd losgelaten.¹¹¹ Deze wijziging betrof vooral een formalisering van de reeds bestaande praktijk waarin, althans binnen het strafrecht, weloverwogen ruimte was blijven bestaan voor strafrecht buiten het wetboek, zoals hierboven beschreven in paragraaf 2.1.3.¹¹²

2.1.4.1 Uitbreiding aantal misdrijven buiten het Wetboek

Tijdens de parlementaire behandeling van de Invoeringswet sprak de wetgever, zoals hierboven geciteerd, nog de verwachting uit dat er na invoering van het Wetboek geen (nieuwe) misdrijven in het bijzonder strafrecht zouden worden gecreëerd. Aan deze verwachting werd echter reeds vanaf de periode direct na inwerkingtreding van het wetboek niet voldaan. In de

109 Van Binsbergen 1986, p. 140-144.

110 Par. 2.1.1.4; *Stb.* 1887, 150; *Stb.* 1887, 189.

111 Nolte 1949, p. 50-51.

112 Buijs 1884, p. 228, waar hij schrijft: “Naarmate onze wetboeken verouderen zal strenge naleving van het grondwettig gebod zeker allengs moeilijker worden, en de vraag moet daarom rijzen: of men, lettende op die moeilijkheden, weldoet onvoorwaardelijk aan het thans nog geldende voorschrift vast te houden? Ook de Staatscommissie van 1883 heeft zich deze vraag gesteld en haar ontkennend beantwoord. ‘Hoe heilzaam handhaving van het beginsel van codificatie zij, de ervaring heeft geleerd dat het noodig is eene uitzondering toe te staan voor regeling van bijzondere onderwerpen. *Daardoor zal de Grondwet wettigen, wat feitelijk reeds geschiedt.*” (mijn cursivering, J.C).

periode tussen 1886 en 1940 nam het strafrecht in bijzondere wetten namelijk in rap tempo toe, en niet zelden werden er misdrijven in deze bijzondere wetten geregeld. De vraag is waar deze tamelijk plotselinge ommekeer in wetgevingssystematiek vandaan komt; waarom wenste men niet te voldoen aan de verwachting van de wetgever van 1886?

De parlementaire geschiedenis rondom de invoering van nieuwe misdrijven in bijzondere wetten geeft hierover verrassend genoeg geen duidelijkheid. Doorgaans wordt toegelicht waarom men de invoering van een nieuw misdrijf wenselijk acht – waarbij bijvoorbeeld verwezen wordt naar de ernst van het feit – maar niet waarom men een misdrijf in een bijzondere wet wenselijk acht.¹¹³ Een (min of meer) principiële overweging waarom een afwijking op de systematiek van de wetgever van 1886 wenselijk is blijft achterwege. De vraag ontstaat hierom waarom de door de wetgever van 1886 voorgestelde werkwijze niet werd gevolgd. Hierbij kan wellicht aan de volgende verklaringen worden gedacht.

Ten eerste stond het door Modderman gemaakte onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten bepaald niet buiten discussie. In de Code Pénal bestond een driedeling van strafbare feiten: misdaden, wanbedrijven en overtredingen. Binnen de tweedeling die het Wetboek van Strafrecht kent tussen misdrijven en overtredingen vormen misdrijven de (overigens ook taalkundige) samenvoeging van misdaden en wanbedrijven (*crimes* en *délits* of *Verbreken* en *Vergehen*). Modderman achtte de verdeling van misdrijven in misdaden en wanbedrijven te arbitrair, en bovendien achtte hij die verdeling vanwege wetssystematische argumenten niet overtuigend.¹¹⁴ Modderman bepleitte daarom een tweedeling van strafbare feiten in misdrijven en overtredingen. Hierin lag in zijn ogen wel een duidelijk onderscheid besloten, namelijk het onderscheid tussen *rechtsdelicten* (misdrijven) en *wetsdelicten* (overtredingen):

“Nu eens wordt straf bedreigd tegen een feit (handeling of verzuim) dat, ook al kon het toen nog niet door den regter gestraft worden, reeds onregt was vóórdat de wetgever sprak, en waarvan wij het onregtvaardige zouden beseffen ook al had de wetgever niet gesproken. In dit geval is er ‘misdrijf’. Dan weder geldt het een feit dat ook in den hooger, regtswijsgeerigen zin eerst onregt wordt door de wet; – waarvan ons het onregtvaardige alleen uit de wet bekend kan zijn. In dit geval bestaat eene ‘overtreding’.”¹¹⁵

Kortom: de aard en het karakter van het strafbare feit zijn bepalend voor de classificatie van misdrijf of overtreding; een kwalitatief criterium.¹¹⁶ Tegen deze opvatting – die in literatuur ook wel beschreven staat als de ‘leer van

113 Zie bijvoorbeeld de parlementaire geschiedenis van art. 10c van de oude Boterwet. In het bijzonder: *Handelingen II* 1906/07, 127, 3, p. 6.

114 Smidt I 1891, p. 62.

115 Smidt I 1891, p. 64.

116 Smidt I 1891, p. 69.

een wezensverschil'¹¹⁷ – bestond tijdens de behandeling van het Wetboek in de Tweede Kamer al weerstand: 'Alleen in de quantiteit der straf moet onderscheid worden gemaakt.'¹¹⁸ Ook buiten de Kamer klonk kritiek op dit onderscheid en achterliggende criterium. De voorname Leidse hoogleraar strafrecht Van der Hoeven (notabene de opvolger van Modderman als hoogleraar strafrecht in Leiden) mengde zich in het debat via een stuk met de veelzeggende titel: (en de door hem negatief beantwoorde vraag:) 'De vraag: mag het wetboek van strafrecht ongewijzigd ingevoerd worden?'. In dit stuk bepleitte hij (net als in de Kamer al gesteld was) een kwantitatieve benadering van het onderscheid tussen ernstige en minder ernstige delicten, waarbij 'de in abstracto bij de wet gestelde straf' als maatstaf dient.¹¹⁹ In de latere literatuur blijkt Van der Hoeven de meerderheid aan zijn kant te hebben, zo stelt Schaffmeister met verwijzing naar Van Hamel, Zevenbergen, Vos, Nagel en Hazewinkel-Suringa/Remmelink.¹²⁰ Ook De Hullu noemt dat het in zijn ogen doorslaggevende criterium.¹²¹ Met De Hullu kan zelfs betwijfeld worden of de wetgever van 1886 zelf het kwalitatief criterium wel vooropstelde, althans consequent toepaste.¹²² Het lijkt namelijk wel erg toevallig dat *alle* misdrijven een schuldvorm bevatten, terwijl dat voor *geen* der overtredingen geldt in het Wetboek van Strafrecht van 1886. Dan is niet alleen *de aard* en *het karakter* van het strafbare feit bepalend geweest, maar ook de *subjectieve gezindheid* van de dader, tot uiting komend in een kwantitatief verschil in strafmaat in vergelijking tot de overtredingen (die geen schuldvorm kennen).

Geconcludeerd kan in elk geval worden dat het door Modderman gehanteerde criterium voor het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen op weinig draagvlak kon rekenen. Dit kan een deel van de verklaring zijn van het feit dat – tegen de expliciete verwachting van de Commissie in – het aantal misdrijven in bijzondere wetten al vanaf 1886 toenam. De wetgevingssystematiek ten aanzien van bijzondere wetten leunde voor een deel namelijk op het onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten;¹²³ nu steun voor dat onderscheid ontbreekt kan en zal sneller van de door de Commissie beoogde en verwachtte wetssystematiek afgestapt worden. Bedacht moet bovendien worden dat Modderman in 1883 aftrad omdat het kabinet waarvan hij deel uitmaakte viel,¹²⁴ waarmee sinds 1883 dus ook de wellicht wel voornaamste voorvechter van de leer van een wezensverschil van het Binnenhof verdween.

117 Schaffmeister 1986, p. 191-192.

118 Smidt I 1891, p. 68.

119 Schaffmeister 1986, p. 191.

120 Schaffmeister 1986, p. 192.

121 De Hullu 2021, p. 70-71.

122 De Hullu 2021, p. 70-71.

123 Zie par. 2.1.3.5.

124 Bosch 1965, p. 51.

Daarnaast kan op een aantal bijkomende verklaringen gewezen worden die – in tegenstelling tot de hierboven genoemde verklaring – niet kunnen verklaren waarom men de keuze *an sich* maakte om in bijzondere wetten (toch) weer misdrijven te plaatsen, maar die wel kunnen verklaren waarom dat in vrij grote mate bleek te gebeuren.

Een eerste bijkomende verklaring voor de uitbreiding van het aantal misdrijven in bijzondere wetten na 1886 kan zijn dat het creëren van misdrijven (misdaden en wanbedrijven) buiten het wetboek onder vigeur van de Code Pénal tot een bestendige praktijk was uitgegroeid. Dit terwijl – zoals eerder in dit hoofdstuk al beschreven is – de codificatiebepaling in de Grondwet (en eerder al in de Staatsregeling) al sinds 1798 de onomwonden opdracht gaf tot het codificeren van (onder meer) het strafrecht in een algemeen wetboek. Tot 1887 liet deze codificatiebepaling bovendien geen (expliciete) ruimte voor uitzonderingen in de vorm van bijzondere wetten. Het lang uitblijven van een eigen nationaal wetboek had echter tot gevolg gehad dat de Code Pénal – die men in 1813 behield met de verwachting dat er op korte termijn een eigen nationaal strafwetboek zou worden ingevoerd¹²⁵ – in de loop van de negentiende eeuw was aangevuld met een paar honderd bijzondere strafwetten.¹²⁶ Deze hardnekkige en aan de Grondwet ongehoorzame praktijk zou kunnen worden verklaard doordat men decennia lang in afwachting was van een nieuw wetboek, en overwegingen van wetssystematische aard reserveerde voor het moment waarop een nieuw wetboek zou worden ingevoerd. Het kan zijn dat deze praktijk bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht weerbarstiger is gebleken dan de Commissie had voorzien (wellicht hebben zij bijvoorbeeld onderschat hoezeer het legislatieve routine was op de verschillende ministeries om nieuwe thema's in bijzondere wetten te (willen) regelen), waarmee zij feitelijk een onhaalbaar principe hanteerden door geen nieuwe misdrijven meer buiten het wetboek te willen toelaten.

Een tweede factor die het aantal misdrijven buiten het wetboek na 1886 heeft doen toenemen kan zijn dat soms besloten werd een misdrijfvariant in te voeren van overtredingen die al buiten het wetboek geregeld waren. In die situatie kan het voor de hand liggen om dat nieuwe misdrijf in die bestaande bijzondere wet te regelen in plaats van het wetboek. Een voorbeeld van deze handelswijze is de wijziging van de Boterwet aan het begin van de twintigste eeuw. De Boterwet bevatte tot die wijziging alleen overtredingen. De wetgever besloot om een misdrijfvariant toe te voegen met artikel 10c Boterwet.¹²⁷ Gelet op het feit dat er reeds een (bijzondere) Boterwet bestond kan het plaatsen van dat nieuwe misdrijf in die Boterwet als voor de hand liggend worden gezien; op deze wijze blijft wettelijk

125 Zie par. 2.1.3.

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

127 *Handelingen II* 1906/07, 127, 3, p. 6.

geregelde materie immers thematisch geclusterd, hetgeen vanuit wetssystematisch oogpunt aantrekkelijk is. Hierdoor werd echter wel verder afbreuk gedaan aan de door de Commissie bedachte verhouding tussen het wetboek en de bijzondere wetten.

Meer in het algemeen kan tot slot nog op een aantal (maatschappelijke) ontwikkelingen gewezen worden die bijgedragen kunnen hebben aan de toename van het aantal misdrijven buiten het wetboek. Zo lijkt de heersende opvatting over de inzet van het strafrecht in de eerste helft van de twintigste eeuw minder terughoudend te worden dan tijdens de invoering van het wetboek. Het strafrecht wordt meer gezien als ordeningsinstrument, hetgeen tot een toename van het strafrecht in bijzondere wetten leidt – waaronder misdrijven. Van Binsbergen wijst in dit verband op de intensivering van het wegverkeer, en op de economische crisis uit de jaren dertig van de vorige eeuw.¹²⁸ Na de Tweede Wereldoorlog zet deze ontwikkeling zich voort met onder meer de invoering van de Wet op de Economische Delicten in 1950.

Concluderend kan over de door de Commissie beoogde systematiek in het strafrecht worden aangesloten bij treffende passages van Bosch en Nolte dienaangaande. Bosch stelt in 1965:

“De Commissie wilde, zoals ik aantoonde, in haar wetboek het gehele Nederlandse strafrecht omvatten, behoudens enige onderdelen als het militaire-, het belastingstrafrecht en het terrein van de lagere wetgever. Dit streven van de Commissie is volkomen mislukt. Al in het oorspronkelijk regeringsontwerp was met dit beginsel, voorzover het de overtredingen betrof, gebroken. Bovendien zijn in later jaren ook voor de misdrijven herhaaldelijk uitzonderingen op deze regel gemaakt, zodat er nu weer vele commune misdrijven buiten het wetboek van strafrecht staan opgetekend.”¹²⁹

En eerder stelde Nolte al: “De ontwikkeling der strafwetgeving in de bijzondere wetten heeft aan de verwachting, dat een centralisatie der strafwetgeving in één wetboek ook na 1886 zou worden nagestreefd, zeker de bodem ingeslagen.”¹³⁰

2.1.4.2 *Wijziging codificatiebepaling in 1983*

In 1983 is de codificatiebepaling in de Grondwet voor het laatst gewijzigd. Dit vormt derhalve een voorlopig sluitstuk van de codificatiegeschiedenis in Nederland. Het betrof de eerste inhoudelijke wijziging van de bepaling

128 Van Binsbergen 1986, p. 148.

129 Bosch 1965, p. 241.

130 Nolte 1949, p. 272.

sinds de eerder besproken wijziging in 1887.¹³¹ Tot 1983 luidde de codificatiebepaling:

“Het burgerlijk en handelsregt, het burgerlijk en militair strafregt, de rechtspleging en de inrichting der regterlijke macht worden bij de wet geregeld in algemeene wetboeken, behoudens de bevoegdheid der wetgevende macht om enkele onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen.”

Vanaf 1983 wijzigde dat in:

- “1. De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten.
2. De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast.”

De meest in het oog springende wijziging is natuurlijk de toevoeging van het tweede lid, waarmee het bestuursrecht een aparte vermelding krijgt in de bepaling. Een subtielere en voor dit onderzoek relevantere wijziging heeft plaatsgevonden in de ruimte die de wetgever op basis van het huidige eerste lid krijgt voor regelingen buiten het ‘algemene wetboek’. Was dat tot 1983 beperkt tot ‘enkele’ onderwerpen, is dat sindsdien ‘bepaalde’ onderwerpen.¹³² De eerste formulering lijkt het exceptionele karakter van bijzondere wetten meer te accentueren dan de laatste formulering. De wetgever stelt dan ook: “Het woord ‘bepaalde’ suggereert eveneens een getalsmatige beperking, doch doet dat in minder sterke mate dan ‘enkele’.”¹³³ Hierdoor krijgt de wetgever meer ruimte voor een regeling in een bijzondere wet.¹³⁴ De verruiming is echter beperkt, zo benadrukte de wetgever:

“Wij zijn van oordeel dat ook de nieuwe redactie het uitzonderlijke karakter van regeling buiten wetboeken op de voorgrond stelt. Hierin blijft een voldoende duidelijke aanwijzing aan de wetgever gelegen, dat hij steeds een groot gewicht zal hebben te hechten aan de samenhang binnen het codificatiesysteem.”¹³⁵

Bij deze beperkte tekstuele verruiming van de codificatiebepaling werd het achterliggende codificatiebeginsel dus expliciet(er) op de voorgrond gesteld; het draait uiteindelijk om een samenhangend codificatiesysteem.

Aan de grondwetswijziging van 1983 ging het werk van de Staatscom-

131 Wetstechnische wijzigingen dus daargelaten. Zie voor een volledig overzicht van de wijzigingen in de codificatiebepaling het slot van par. 2.1.1.4.

132 Deze wijziging is door de wetgever bewust aangebracht ter verruiming van de mogelijkheid tot regeling in een bijzondere wet: *Kamerstukken II 1977/78*, 15046, 3, p. 5.

133 *Kamerstukken II 1979/80*, 15046, 9, p. 2.

134 *Kamerstukken II 1977/78*, 15046, 3, p. 5.

135 *Kamerstukken II 1977/78*, 15046, 3, p. 5; zie over deze beperkte ruimte ook: *Kamerstukken II 1979/80*, 15046, 9, p. 1.

missie Grondwet en Kieswet (de Commissie Cals/Donner) vooraf.¹³⁶ Betreffende de codificatiebepaling bouwde de Commissie voort op het werk van de eerdere Staatscommissie tot herziening van de Grondwet (de Commissie Van Schaik).¹³⁷ Laatstgenoemde commissie stelde in haar eindrapport over de codificatiebepaling (die destijds in artikel 164 van de Grondwet was opgenomen):

“De commissie stelt voor het voorschrift, dat de regeling bij de wet van de in artikel 164 genoemde onderwerpen moet geschieden in ‘algemene wetboeken’, te laten vervallen. Deze bepaling heeft reeds hierom weinig zin, omdat het slot van het artikel de wetgever de vrijheid geeft naar bevind van zaken te handelen. Ook overigens is de commissie van oordeel, dat er onvoldoende grond bestaat regeling in wetboeken dwingend voor te schrijven. De ervaring, in het bijzonder op het terrein van het handelsrecht, bewijst, dat in de praktijk meer en meer behoefte gevoeld wordt onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen. De Grondwet dient hieraan niet in de weg te staan. Wel behoort in de Grondwet te blijven verankerd, dat de in het artikel genoemde onderwerpen bij de wet worden geregeld. De vraag, of dit dient te geschieden in samenvattende wetboeken of in afzonderlijke wetten [sic], behoort bepaald te worden door eisen van doelmatigheid, waarvan de beoordeling zonder bezwaar aan de wetgever overgelaten kan worden.”¹³⁸

Verderop stelt de commissie: “In het artikel blijft neergelegd het algemeen codificatiebeginsel.”¹³⁹ Dit levert een wat wonderlijk inhoudelijk contrast op met de in het eerdere citaat bepleite afschaffing van de eis om de genoemde onderwerpen te regelen in algemene wetboeken. Juist die regeling in algemene wetboeken omvat immers de codificatie-idee. Het is lastig te zeggen op welke wijze de commissie ‘het algemeen codificatiebeginsel’ heeft opgevat, maar duidelijk is dat dat codificatiebeginsel in de ogen van de commissie niet zonder meer algemene wetboeken met zich brengt.

Dit voorstel van de commissie heeft uiteindelijk niet tot een wijziging van de codificatiebepaling geleid, maar heeft – zoals gesteld – wel gediend ter inspiratie op het werk van de latere Staatscommissie Cals/Donner. Die commissie stelde:

“Met de commissie-Van Schaik acht de staatscommissie de opneming van een zodanige bepaling nog zinvol. Weliswaar is de gedachte ener codificatie, welke aan het overeenkomstige artikel 164 van de Grondwet van 1814 ten grondslag lag, *sinds lang verwezenlijkt* en is deze zelfs voor een deel van de stof al weer

136 *Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971.

137 *Eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf 1954.

138 *Eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf 1954, p. 75-76.

139 *Eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf 1954, p. 76.

verlaten, zulks neemt niet weg, dat een grondwettelijke opdracht aan de wetgever het burgerlijk recht, het strafrecht en het procesrecht 'bij de wet' te regelen nog steeds betekenis heeft. Schrapping van artikel 164 van de Grondwet zou de ongewenste consequentie kunnen hebben, dat lagere openbare lichamen – waarbij in het bijzonder gedacht moet worden aan gemeenten – zich bevoegd zouden achten tot het vaststellen van regels van burgerlijk recht, voor zover zij daarbij niet in strijd handelen met het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel."¹⁴⁰ (mijn cursivering, JC)

De gecursiveerde woorden verraden ook van deze commissie een interessante zienswijze op het codificatiebeginsel. De Commissie vatte dit kennelijk enkel op als opdracht om wetboeken tot stand te brengen, en niet als permanente opdracht om het codificatiesysteem daarna te onderhouden volgens de uitgangspunten van het codificatiebeginsel. De nadruk op regeling in algemene wetboeken hoefde, ook volgens deze commissie, niet langer in de grondwettelijke codificatiebepaling te worden vervat. De Commissie Cals/Donner stelde uiteindelijk de volgende formulering van de codificatiebepaling voor: 'De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en de rechtspleging.' De Commissie stelde overigens niet de wenselijkheid van het werken met algemene wetboeken ter discussie, maar slechts het nut om dit in de Grondwet te verankeren.¹⁴¹ De Nederlandse Orde van Advocaten betoonde zich in zijn advies kritisch ten aanzien van het schrappen van de passage 'in algemene wetboeken':

"Elk dezer wetboeken is een eenheid en moet als eenheid worden bestudeerd, geleerd en toegepast, terwijl wie in de daarin vervatte materie wijzigingen aanbrengt, zich bewust moet zijn, dat hij met een eenheid bezig is. Toegegeven zij, dat de vraag, of een bepaalde materie geregeld dient te worden in de wetboeken of bij afzonderlijke wet, behoort te worden bepaald door eisen van doelmatigheid. Maar gezien de omstandigheid, dat reeds heden ten dage de vele partiële wijzigingen in onze wetboeken de eenheid daarvan danig hebben verstoord, achten wij niet wenselijk, dat het oordeel over de doelmatigheid zonder meer aan de wetgever wordt overgelaten."¹⁴²

De Regering koos, ondanks het advies van de Commissie Cals/Donner, voor behoud van de zinsnede 'in algemene wetboeken' in de codificatiebepaling, maar kwam de Commissie in zoverre tegemoet dat de ruimte voor bijzondere wetten werd vergroot. Over het behoud van de grondwettelijke opdracht tot regeling van (onder meer) het strafrecht in een algemeen wetboek stelt de Regering het volgende:

140 *Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971, p. 240. Zie hierover ook p. 257.

141 *Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971, p. 258.

142 Documentatiereeks van het ministerie van Binnenlandse Zaken inzake de Algehele grondwetsherziening, *Naar een nieuwe grondwet?*, deel 3, nr. 51, p. 110.

“Anders dan de staatscommissie zijn wij van mening dat het voorschrift, dat de regeling moet geschieden bij de wet ‘in algemene wetboeken’, gehandhaafd dient te blijven. Het streven naar codificatie in de 19e eeuw was erop gericht eenheid van recht en rechtsbedeling te bewerkstelligen. Daartoe was het noodzakelijk de talloze, verspreide en vaak niet op elkaar afgestemde rechtsregels die op een bepaald terrein golden, bijeen te brengen en tot een innerlijk consistent geheel om te smeden. De wetboeken die het resultaat waren van deze arbeid vormden een belangrijke waarborg voor de rechtseenheid en de rechtszekerheid en waren als zodanig tevens van onschatbare waarde voor de rechtspraktijk. Wij menen dat de waarborg, gelegen in het vereiste van algemene wetboeken van een zo groot belang is, dat handhaving van het grondwettelijk codificatievoorschrift inzake het burgerlijk recht, het strafrecht en het procesrecht onzes inziens geboden is. Het behoud van de bestaande samenhang tussen de rechtsregels op elk van deze terreinen – en daarmee de rechtseenheid en de rechtszekerheid – achten wij hierdoor gediend.”¹⁴³

De Regering had een andere zienswijze op het codificatiebeginsel dan de Commissie; de Commissie zag, zo bleek hierboven, het codificatiebeginsel als een beginsel dat ‘voltooid’ was, terwijl de Regering, net als de Nederlandse Orde van Advocaten, in het beginsel een meer permanente opdracht zag om het tot stand gebrachte codificatiesysteem ook te onderhouden. Met dit onderhoud diende de ‘samenhang van de rechtsregels’ te worden gewaarborgd.

De Regering vervolgt de verdediging van haar standpunt door te wijzen op de op dat moment bestaande legislatieve praktijk:

“Bovendien komt het ons voor dat schrapping van de woorden ‘in algemene wetboeken’ moeilijk te rijmen valt met de stand van zaken op dit ogenblik. Noch vanuit de theorie, noch vanuit de praktijk wordt ten aanzien van de hierbedoelde rechtsgebieden bepleit de idee van algemene wetboeken te verlaten. Dat deze gedachte voor het huidige onverkort haar waarde juist blijft behouden, bewijst de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek.”¹⁴⁴

De Regering kwam, zoals gezegd, de Commissie tegemoet door de uitzonderingsmogelijkheid in de codificatiebepaling te verruimen door vervanging van het woord ‘enkele’ door het woord ‘bepaalde’:

“Onder ‘enkele onderwerpen’ als bedoeld in artikel 164 moeten worden verstaan rechtsonderdelen van enige omvang welke in hun geheel worden vastgesteld in een afzonderlijke wet in formele zin. Onder ‘enkele onderwerpen’ worden niet begrepen geacht de bepalingen van burgerlijk recht, strafrecht en procesrecht die verspreid voorkomen in bijzondere, merendeels administratieve wetten en die naar hun aard in die bijzondere wetten thuishoren.”¹⁴⁵

143 *Kamerstukken II 1979/80, 15046, 3, p. 4.*

144 *Kamerstukken II 1979/80, 15046, 3, p. 4.*

145 *Kamerstukken II 1979/80, 15046, 3, p. 5.*

Deze gedachte laat zich niet eenvoudig begrijpen, en is voor tenminste tweeërlei uitleg vatbaar. In de eerste uitleg zou de regering stellen dat uitzondering op de codificatiebepaling toelaatbaar is voor 'rechtsonderdelen van enige omvang', maar niet voor 'bepalingen van strafrecht die verspreid voorkomen in bijzondere wetten en die naar hun aard in die bijzondere wetten thuishoren'. Immers: laatstgenoemde categorie valt niet onder 'enkele onderwerpen' – aldus nog steeds de Regering – waardoor een grondwettelijke basis voor de regeling van deze onderdelen van het strafrecht buiten het wetboek ontbreekt; de codificatiebepaling geeft immers geen andere uitzonderingsmogelijkheden. Dit zou getuigen van een apert strikte opvatting van het codificatiebeginsel.

De tweede, meer aannemelijke, uitleg is dat de Regering hier een impliciete uitzondering formuleert op de codificatiebepaling die niet gebaseerd is op de mogelijkheid om 'enkele onderwerpen' buiten het wetboek te regelen. Deze uitleg lijkt meer aannemelijk nu de Regering niet in het minst suggereert dat deze legislatieve praktijk zich niet laat verenigen met de codificatiebepaling. Met de gebruikte formulering ('bepalingen die voorkomen in bijzondere wetten die naar hun aard in die bijzondere wetten thuishoren') lijkt de Regering aan te sluiten bij de rechtvaardiging om het fiscale strafrecht buiten het codificatiewerk in 1886 te houden, daar klonk immers onder andere een (bijna letterlijk) gelijklopend argument.¹⁴⁶ Toelichting waarom deze rechtvaardiging in 1980 meer in het algemeen gold, ontbreekt. Zo is onduidelijk of de Regering met vermelding van de 'aard' net als bij het fiscale strafrecht verwijst naar het feit dat die aard 'te afwisselend' is voor opnemings in een algemeen wetboek. Dit is voor de codificatiesystematiek van niet gering belang, nu de wetgever op basis van deze aanwijzing zal moeten besluiten of bepaalde materie binnen of buiten het wetboek geregeld moet worden.

In elk geval lijkt impliciet de ruimte voor bijzondere wetten in 1980 tamelijk groot te zijn, hetgeen niet zonder contrast is met de overige hierboven geciteerde opmerkingen in dezelfde Memorie van Toelichting, in het bijzonder de benadrukking van het belang van de waarborg die het werken met algemene wetboeken biedt – onder verwijzing naar de ontstaansgeschiedenis van de codificatie-idee. Zo wijzigt de grondwettelijke codificatiebepaling op een relevant onderdeel, maar wordt niet zonder meer duidelijk welke ruimte de Regering precies wenste te geven voor regelingen buiten de algemene wetboeken.

De Regering herhaalt tot slot nog dat met de term 'strafrecht' niet bedoeld wordt de strafbepalingen (overtredingen) die op gemeentelijk of provinciaal niveau vigeren.¹⁴⁷ Deze categorie valt dan ook buiten de reikwijdte van de codificatiebepaling vanwege de uitleg van de term 'strafrecht' in die bepaling, en valt (voor de duidelijkheid) niet onder de uitzonderingsmogelijkheid.

146 Zie par. 2.1.3.2.

147 *Kamerstukken II* 1979/80, 15046, 3, p. 4.

2.1.5 Conclusie

Ter conclusie kan over de codificatiegeschiedenis in Nederland gesteld worden dat er verschillende motieven ten grondslag hebben gelegen aan de ontwikkeling van de codificatie-idee. Zo ontstond het codificatiestreven vanuit het proces van staatsvorming in de zeventiende eeuw in Frankrijk, waarbij de codificatie kon dienen als instrument ter centralisatie en versterking van het gezag – in de literatuur aangeduid als het praktisch-politiek argument. In de achttiende eeuw begint het politiek-theoretische argument een steeds grotere rol te spelen. Hierbij wordt een codificatie door denkers als Rousseau en Bentham gezien als waarborg ter verwezenlijking voor de door hen nagestreefde idealen voor een samenleving waarin burgerlijke vrijheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid centraal staan. Vanuit deze twee motieven wordt de codificatie-idee naar Nederland ‘geïmporteerd’, gemarkeerd door de codificatiebepaling in de Staatsregeling van 1798. Ook na het vertrek van Napoleon in 1813 bleef het codificatiestreven onomstreden aanwezig in Nederland, waarbij op de achtergrond bovendien het door Van den Bergh beschreven praktisch-juridische argument een rol speelde. In de negentiende eeuw bleef de codificatie-idee, onder invloed van de idealen van de Verlichting onverminderd op de voorgrond staan in Nederland, geïllustreerd door en bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht. In deze periode staat voornamelijk het politiek-theoretische argument centraal, hoewel (in samenhang daarmee) in de parlementaire geschiedenis rondom de invoering van het wetboek ook het praktisch-juridische argument ontdekt kan worden – bijvoorbeeld rondom de hierna nog verder te bespreken schakelbepaling in artikel 91 Sr. Onder invloed van de Nieuwe Richting begint het codificatiebeginsel aan het begin van de twintigste eeuw terrein te verliezen. Er ontstaat meer ruimte voor strafrecht buiten het wetboek, waarmee het codificatiebeginsel minder strikt lijkt te worden gehanteerd. Deze ontwikkeling zet zich in de loop van de twintigste eeuw voort. Nochtans blijft men, zij het minder strikt, vasthouden aan het codificatiebeginsel en blijft de codificatiebepaling – ook na heroverwegingen – behouden in de Grondwet. Bij de meest recente wijziging van de codificatiebepaling in 1983 wordt ter onderbouwing (nog steeds) gewezen op de met de codificatiebepaling gediende belangen van rechtszekerheid en rechtseenheid. Hoewel de mogelijkheid voor de wetgever om zaken buiten het wetboek te regelen wordt verruimd blijft men aan die idealen vasthouden.

Voor al het strafrecht dat buiten het wetboek bestaat geldt tenslotte, zo merkt de Regering op, via artikel 91 Sr het algemeen deel van het wetboek, behoudens te betekenistitel.¹⁴⁸ Deze verwijzing beklemtoont nog maar eens de inhoudelijke verbondenheid tussen de codificatiebepaling en deze (hierna verder te bespreken) schakelbepaling.

148 *Kamerstukken II 1979/80, 15046, 3, p. 4.*

2.2 SCHAKEL TUSSEN GECODIFICEERD EN NIET-GECDIFICEERD STRAFRECHT

De schakelbepaling in artikel 91 Sr luidt:

“De bepalingen van de Titels I-VIII A van dit Boek zijn ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.”

Hiermee verklaart de wet de algemene bepalingen uit Boek 1 van toepassing op het gehele materiële strafrecht; op de precieze positiefrechtelijke consequenties kom ik hieronder nog terug. Van belang is eerst ook het laatste deel van artikel 91 Sr: ‘tenzij de wet anders bepaalt’. Er mag een beperking of uitbreiding aan dit algemeen deel worden gegeven in het bijzonder deel of in de bijzondere wetten, maar dit is enkel voorbehouden aan de formele wetgever, en beperkt tot situaties waarin dit ‘volstrekt nodig’ is;¹⁴⁹ een formele en een materiële beperking. Hiermee wordt de met het codificatiebeginsel gewenste nadruk op een regeling in algemene wetboeken andermaal uitgedrukt.

Sinds de inwerkingtreding van deze bepaling in 1886 heeft artikel 91 één inhoudelijke wijziging ondergaan: in 1961 werd de nieuwe Titel VIII A (betreffende bepalingen voor jeugdigen en jongvolwassenen) toegevoegd aan het algemeen deel van het wetboek en het bereik van artikel 91 – zodat ook deze nieuwe titel algemeen toepasselijk is op het materiële strafrecht.¹⁵⁰ De laatste (niet-inhoudelijke) wijziging stamt uit 1984.¹⁵¹

De bedoeling achter artikel 91 Sr is helder: het creëren van rechtseenheid en rechtszekerheid over de algemene uitgangspunten (zoals vervat in het algemeen deel) voor het gehele materiële strafrecht. Deze strekking is ongewijzigd gebleven sinds de invoering.¹⁵² In de Memorie van Toelichting wordt over die ‘andere wetten’ opgemerkt:

“Zoowel die welke nevens het nieuwe wetboek van kracht zullen blijven, als die welke na de invoering van dat wetboek van kracht worden. Voor de laatstgemelde gelde het tevens als eene fingerwijzing om, wanneer het na de invoering van het nieuwe wetboek noodig mogt blijken het bijzondere deel door strafbe-

149 Smidt I 1891, p. 545.

150 Wet van 9 november 1961, *Stb.* 1961, 402, *Kamerstukken* 4141.

151 Wet van 23 maart 1984, *Stb.* 1984, 92, *Kamerstukken* 17524.

152 Ook voor 1886 – onder vigeur van de Code Pénal – werd dit uitgangspunt gehanteerd, hoewel lange tijd ter discussie stond of dit uitgangspunt expliciet in het wetboek diende te worden opgenomen. Zie hierover: Van Deinse 1852, p. 435-445.

palingen aan te vullen, niet dan waar het volstrekt noodig is, af te wijken van de voorschriften en beginselen van het algemeene deel.”¹⁵³

Van belang is voorts de gecreëerde samenhang tussen artikel 91 Sr en de Invoeringswet Wetboek van Strafrecht. Die Invoeringswet bepaalt in artikel 3d dat, naast een hele lijst aan wetten die onder a, b en c zijn genoemd, zijn afgeschaft:

“de strafbepalingen alsmede alle bepalingen omtrent onderwerpen in de acht eerste Titels van het eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht behandeld, welke in andere dan de onder a, b en c genoemde wetten voorkomen, voor zoo ver die wetten vóór 1 Maart 1886 zijn in werking getreden en de bedoelde bepalingen niet in deze wet worden gehandhaafd.”

Ter versterking van de rechtszekerheid en rechtseenheid werd dus niet alleen artikel 91 Sr ingevoerd, maar werden tevens de van het algemeen deel afwijkende bepalingen afgeschaft.

Naar aanleiding van het laatste gedeelte van artikel 3d Invoeringswet kan de vraag gesteld worden welke bepalingen dan zijn gehandhaafd. Dit betreft onder meer een lijst met overtredingen (artikel 10 juncto artikel 11 Invoeringswet) en een tweetal afzonderlijke misdrijven (artikel 12 Invoeringswet), zoals in paragraaf 2.1.3.3 tot 2.1.3.4 is beschreven. Hierop bleven dus ook uitzonderingen gelden op artikel 91 Sr, zoals een andere rechtsmachtregeling of een ander sanctie-arsenaal ten aanzien van bepaalde overtredingen. Hiermee staat de vraag nog open in hoeverre de werking van artikel 91 Sr zich ook uitstrekt tot de twee ‘oervormen’ van bijzonder strafrecht, het fiscale en militaire strafrecht. Deze vraag verdient een afzonderlijke beantwoording.

2.2.1 Toepassing algemeen deel op militair en fiscaal strafrecht

Het militair en fiscaal strafrecht werd, zoals beschreven in paragraaf 2.1.3.2, uitgezonderd van het codificatiewerk in 1886. De wetgever relateert echter de status van ‘ongecodificeerd’ strafrecht door zowel bij het militaire als bij het fiscale strafrecht nadrukkelijk te wijzen op de schakelbepaling in artikel 91 Sr, die toepassing van het algemeen deel op (ook) die (deel) gebieden garandeert.¹⁵⁴ Die toepassing verloopt bij fiscale recht echter wel op minder sterke wijze dan bij het militaire strafrecht. Voor het militaire

153 Smidt I 1891, p. 545. Met de term ‘straf’ wordt bedoeld op de straffen uit Titel II van Boek 1 (het algemeen deel) van het wetboek, disciplinaire straffen uitgezonderd. Mochten er nieuwe straffen gecreëerd worden in een bijzondere wet dan zullen ook die feiten onder de werkingssfeer van artikel 91 Sr begrepen worden, zie: Art. 3d Invoeringswet Wetboek van Strafrecht; zie ook Machielse in: Noyon/Langemeijer/Remmeling, aant. 5 bij art. 91 Sr.

154 Smidt I 1891, p. 43. In de MvT is de schakelbepaling nog als art. 98 genummerd, pas later in het wetgevingsproces werd de bepaling als art. 91 genummerd.

strafrecht bepaalt artikel 9 van de Invoeringswet dat de strafbepalingen in het militaire strafrecht buiten het Wetboek geregeld blijven. Artikel 91 Sr verklaart het Algemeen Deel van het Wetboek (zonder uitzondering) van toepassing op het militaire strafrecht.¹⁵⁵

Bij het fiscale recht ligt dit anders, dus daar sta ik iets langer bij stil. Artikel 7 Invoeringswet houdt namelijk niet alleen de fiscaalrechtelijke strafbepalingen buiten het Wetboek, maar bepaalt eveneens dat de bepalingen in het fiscale recht die betrekking hebben op onderwerpen in de eerste acht titels van Boek 1 van het Wetboek eveneens van kracht blijven. Oftewel: afwijkingen op het algemeen deel in het fiscale recht werden in het codificatieproces in stand gelaten.

“Alzoo wordt het geheele fiscale strafrecht hier gehandhaafd en treedt het *jus commune* slechts aanvullend op voorzoover het fiscale strafrecht het stilzwijgen bewaart. Het *jus singulare* blijft in allen deele van kracht en beroep op het *jus commune* in strijd met het fiscale recht door den regel *lex generalis non derogat legi speciali* afgeweerd.”¹⁵⁶

Deze aldus in stand gelaten eigenaardigheden van het fiscale strafrecht betroffen onder meer de zogenaamde leer van het materiële feit, daderschap van de rechtspersoon en een afwijkende samenloopregeling.¹⁵⁷ De discussie over het voortbestaan van deze afwijkingen binnen het fiscale strafrecht laaide rondom de vorming en invoering van het Wetboek van Strafvordering 1926 weer op, maar wederom werd toen besloten de afwijkingen op het commune strafrecht in stand te laten. Wortel wijst erop dat het dragende argument hiervoor was dat herziening van het fiscale strafrecht de noodzakelijke wijzigingen binnen het strafprocesrecht teveel zou vertragen. Tevens wijst hij op ‘steeds weerkerende wrijvingen tussen de ministeries van Financiën en Justitie die een voortvarende aanpak van het fiscale strafrecht onmogelijk maakten’.¹⁵⁸

In 1929 werd de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht (de Commissie Van den Dries) ingesteld. De door deze commissie voorgestelde wetswijzigingen zijn uiteindelijk niet ingevoerd. Het bestuderen van het werk van deze commissie is echter geen vruchteloze inspanning, nu dat werk – dat wel de fase van wetsontwerpen met toelichting had bereikt en dat is gebundeld als verslag van het werk van de commissie – als uitgangspunt heeft gediend bij de vorming van de thans vigerende Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) van 1959.¹⁵⁹ Bovendien bevat het werk van de commissie een fraaie weergave van de

155 Smidt V 1901, p. 115.

156 Smidt V 1901, p. 99.

157 Wortel 1991, p. 30. Een deel van deze afwijkingen heeft oude papieren: ook ruim voor de invoering van het Wetboek van Strafrecht kenden de ‘belastingwetten’ de ‘voornaamste afwijkingen’ op het commune strafrecht, zie: Van Deinse 1852, p. 438-439.

158 Wortel 1991, p. 32-33.

159 Wortel 1991, p. 34.

wijze waarop men in die periode aankeek tegen de verhouding tussen het Wetboek en de bijzondere (fiscale) strafwetten, en meer in het bijzonder tegen de mate waarin het Algemeen Deel van het Wetboek toepasselijk zou moeten zijn op het fiscale strafrecht.

De Commissie Van den Dries had onder meer als taak vereenvoudiging van het fiscale strafrecht te bewerkstelligen en streefde daarbij naar zoveel mogelijk aansluiting bij het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht, onder verwijzing naar artikel 91 Sr. Dit deed de Commissie voor zover 'fiscale belangen' zich niet tegen dit streven van rechtseenheid verzette.¹⁶⁰ Hiermee lijkt de commissie aan te willen sluiten bij de instructie van de wetgever van 1886 om (ingevolge artikel 91 Sr) pas af te wijken van het algemeen deel 'waar het volstrekt noodig is'.¹⁶¹ In de Memorie van Toelichting wordt de wens om het fiscale strafrecht voor zover mogelijk te laten aansluiten bij het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht benadrukt:

"De ondergeteekenden achten het gewenscht met betrekking tot het belastingstrafrecht zooveel mogelijk aansluiting op het algemeene strafrecht tot stand te brengen. De afwijkingen van het algemeene strafrecht behooren zich te beperken tot de zoodanige welke door de eigen behoeften van het belastingrecht worden gevorderd. Op die wijze zal het aan artikel 91 van het Wetboek van Strafrecht ten grondslag liggende beginsel, dat op strafbare feiten, welke niet in dat wetboek doch in andere wettelijke regelingen zijn opgenomen, zooveel mogelijk de algemeene bepalingen van het wetboek moeten gelden, meer dan tot nu toe in het belastingrecht het geval is, tot zijn recht komen. Voorts behoort ook bij de omschrijving van de fiscale strafbare feiten te worden gestreefd naar overeenstemming met hetgeen dienaangaande in het algemeene strafrecht gebruikelijk is."¹⁶²

Zoals gezegd streefde de Commissie naar rechtseenheid voorzover fiscale belangen zich hiertegen niet verzetten. Dit bracht de Commissie tot de conclusie dat vanwege de bijzondere aard van de fiscale delicten een aantal afwijkingen op het algemeen deel gerechtvaardigd is. Dit betreft ten eerste de mogelijke hoogte van de geldboete die niet (zoals in het wetboek het geval is) gefixeerd zou moeten zijn, maar mede afhankelijk zou moeten zijn van de ontdoken belasting.¹⁶³ Daarnaast zou in het fiscale strafrecht een cumulatie van de gevangenisstraf en de geldboete mogelijk moeten zijn, hetgeen een breuk betekende met de op dat moment geldende regelgeving ten aanzien van sanctionering in het wetboek.¹⁶⁴ Ten derde zou in het fiscale

160 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, p. 9-10.

161 Smidt I 1891, p. 545.

162 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 2.

163 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 7.

164 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 11-12.

strafrecht afstand gedaan moeten worden van de verplichte verbeurdverklaring.¹⁶⁵ Ten vierde zou een uitzondering nodig zijn op het bijzondere accessoriteitsvereiste van de medeplichtigheid, dat ingevolge artikel 48 Sr slechts een mogelijke deelnemingsvorm is bij misdrijven. In voorkomende gevallen zou die accessoriteit van medeplichtigheid zich in het fiscale recht tevens uitstrekken tot overtredingen.¹⁶⁶ Ten vijfde zou de strafbaarheid van de rechtspersoon binnen het fiscale strafrecht moeten blijven bestaan, evenals de mogelijke daarvan afgeleide strafrechtelijke aansprakelijkheid van de 'bestuurder', waarin een voorloper van de figuur van het feitelijk leidinggeven duidelijk herkenbaar is.¹⁶⁷ De Commissie stelde voor om de mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en haar bestuurder in het fiscale strafrecht vast te leggen in een nieuw artikel 54a van het Wetboek van Strafrecht.¹⁶⁸

Geconcludeerd kan worden dat een aantal afwijkingen op het algemeen deel in het fiscale strafrecht bleef bestaan of werd gecreëerd door de Commissie. Tegelijk deed de commissie afstand van de tot op dat moment in het fiscale strafrecht geldende leer van het materiële feit, waardoor verwijtbaarheid ook voor fiscale overtredingen als voorwaarde voor strafbaarheid zou gaan functioneren.¹⁶⁹ Hiermee volgde de Commissie de ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad die sinds het Melk en Water-arrest is ingezet.¹⁷⁰ Daarnaast werd op het gebied van strafbepalingen aansluiting gezocht bij het Wetboek door samenloop tussen bepalingen in het fiscale strafrecht en het Wetboek zoveel mogelijk te vermijden. In het fiscale strafrecht voorkomende gelijksoortige bepalingen als de in het wetboek opgenomen bepalingen betreffende valsheid (Titel X-XII) werden hierom geschrapt.¹⁷¹

165 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 9.

166 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 15-16.

167 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 16-17.

168 Deze bepaling zou komen te luiden: "Indien in rijksbelastingzaken een feit wordt begaan door eene rechtspersoon, worden deswege gestraft zoowel de rechtspersoon zelf als hare bestuurders (...). Gevangenisstraf kan den bestuurder op grond van het vorig lid slechts worden opgelegd, indien het feit met zijn goedvinden is begaan. Niet strafbaar is de bestuurder van wien blijkt dat hij het begaan van het feit redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen.", zie: *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, Ontwerp van Wet, p. 1-2.

169 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 12.

170 HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681.

171 *Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1936, MvT, p. 18.

In 1959 trad met de AWR (eindelijk) een nieuwe belastingwet in werking. Uit de parlementaire behandeling van deze wet blijkt dat geen twijfel kan bestaan over de invloed van het werk van de Commissie Van den Dries op deze AWR. Zo wordt in de Memorie van Toelichting bij de AWR en de Algemene wet inzake de douane en de accijnzen expliciet gesteld:

“Zoals daar ter plaatse eveneens is vermeld, is in elk van beide ontwerpen met betrekking tot deze materie uitgegaan van de beginselen, welke zijn vervat in de voorstellen, die de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht (Commissie-Van den Dries) heeft neergelegd in haar in 1936 aangeboden rapport.”¹⁷²

Ook het standpunt van de Commissie over de toepasselijkheid van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht op het fiscale strafrecht vindt weerklank in het ontwerp van de AWR. Zo wordt in de Memorie van Toelichting gesteld:

“De ondergetekenden zijn, in overeenstemming met het oordeel van de Commissie-Van den Dries, van mening dat bij de onderhavige herziening dient te worden uitgegaan van het standpunt, dat met betrekking tot het belastingstrafrecht zoveel mogelijk aansluiting op het algemene strafrecht behoort te bestaan en dat de afwijkingen van het algemene strafrecht zich moeten beperken tot de zodanige welke door de eigen behoeften van het belastingrecht worden gevorderd. Op die wijze zal het aan artikel 91 van het Wetboek van Strafrecht ten grondslag liggende beginsel, dat op de strafbare feiten, welke niet in dat wetboek doch in andere wettelijke regelingen zijn opgenomen, zoveel mogelijk de algemene bepalingen van het wetboek toepassing moeten vinden, ook voor het belastingrecht ten volle tot zijn recht komen. Voorts behoort ook bij de omschrijving van de fiscale strafbare feiten te worden gestreefd naar overeenstemming met hetgeen dienaangaande in het algemene strafrecht gebruikelijk is.”¹⁷³

Er werd derhalve bij de invoering van de AWR gestreefd naar een zo sterk mogelijk aansluiting bij de algemene uitgangspunten die in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht zijn geformuleerd. Tegelijk bleef – net als tijdens bij de Invoeringswet van het Wetboek van Strafrecht werd overwogen – er een aantal belangrijke afwijkingen bestaan in het fiscale strafrecht die waren ingegeven door de eigen aard van het fiscale recht.

2.2.2 Functie artikel 91 Sr in positieve recht

Nu duidelijk is hoe ver de algemene toepassing van het algemeen deel via artikel 91 Sr reikt, is de vraag *wat* er dan precies algemeen toepasselijk wordt verklaard. Wat moet worden begrepen onder het algemeen deel?

172 *Kamerstukken II 1954/55, 3 (MvT), p. 24.*

173 *Kamerstukken II 1954/55, 3 (MvT), p. 24.*

Ten aanzien van de expliciet in het algemeen deel geregelde onderdelen kan die vraag aan de hand van de wet eenvoudig beantwoord worden. Het betreft in vogelvlucht het legaliteitsbeginsel, de rechtsmachtregeling, de straffen en maatregelen, de strafuitsluitings- strafvermeerderings- en strafverminderingssgronden, de poging en voorbereiding, de deelneming, de samenloop, de regeling betreffende de klachtdelicten, de regeling met betrekking tot het verval van het recht tot strafvordering en van de straf, en de regeling bevattende bepalingen voor jeugdigen en jongvolwassenen. Minder eenvoudig is de vraag of de fundamentele uitgangspunten en algemene leerstukken die niet expliciet in het algemeen deel geregeld zijn daar wel onder begrepen zouden moeten worden. Hierbij kan gedacht worden aan het schuldbeginnel, het uitgangspunt van daadstrafrecht, het opzet, de culpa, de wederrechtelijkheid en de causaliteit; geen van deze uitgangspunten of leerstukken van het materiële strafrecht is expliciet geregeld in het algemeen deel. Hazewinkel-Suringa stelt onomwonden dat ook die leerstukken ('volgens de strafrechtswetenschap') echter onder het algemeen deel dienen te worden begrepen.¹⁷⁴ Uit de parlementaire documenten komt deze zienswijze niet expliciet naar voren.

In die documenten treffen we tamelijk uitgebreide verhandelingen aan over de verschillende algemene leerstukken, waarin Modderman regelmatig verleidt wordt een de leerstukken de definiëren of af te bakenen. Er wordt echter bewust voor gekozen de leerstukken niet in het Algemeen Deel van het wetboek te definiëren. Zo lezen we over opzet:

"Het bovenstaande toont genoegzaam aan waarom de Minister meent geen gevolg te mogen geven aan den wensch hetzij om een algemeen voorschrift op te nemen waardoor de vraag of en hoeverre voor de bijzondere misdrijven opzet gevorderd wordt dan wel schuld voldoende is, zou worden beantwoord, noch om eene algemeene bepaling van opzet in te lasschen. Ook bij 't bestaan van dergelijke algemeene voorschriften komt alles op de omschrijving van bet bijzondere misdrijf aan. Algemeene regels (tenzij uitgewerkt en toegelicht op eene wijze die in een wetboek niet past) kunnen niets hoegenaamd opleveren, dan alleen het gevaar, dat de uitlegger twee, welligt strijdige, maatstaven heeft aan te wenden waar één voldoende zou zijn geweest."¹⁷⁵

Meer algemeen wordt in de Memorie van Toelichting kernachtig overwogen:

"Een wetboek is geen leerboek. Van verdeelingen en omschrijvingen moet het zich dus onthouden overal waar zij niet bepaald noodzakelijk zijn om de gedachte des wetgevers uit te drukken."¹⁷⁶

174 Hazewinkel-Suringa 1953, p. 24 & 110; zie ook: Lamp e.a. 2019, p. 68.

175 Smidt I 1891, p. 83.

176 Smidt I 1891, p. 60.

Dit uitgangspunt heeft een flexibel en nauwelijks dogmatisch gefundeerd algemeen deel tot gevolg. In de literatuur wordt gesteld dat hiermee de ruimte werd gegeven aan de rechtspraktijk en de rechtswetenschap om algemene leerstukken nader in te vullen en vorm te geven.¹⁷⁷

De vraag is waarom Hazewinkel-Suringa stelt dat leerstukken als opzet en culpa impliciet onder het algemeen deel begrepen dienen te worden, terwijl de wetgever van 1886 deze leerstukken blijkbaar bewust buiten het algemeen deel heeft gehouden. Het standpunt van de wetgever van 1886 en het standpunt van Hazewinkel-Suringa kunnen op één manier met elkaar verzoend worden: de wetgever van 1886 koos ervoor een aantal algemene leerstukken niet in het algemeen deel te definiëren, maar ging wel uit van een algemene gelding en algemene betekenis van deze algemene leerstukken, waardoor Hazewinkel-Suringa met recht kon stellen dat die leerstukken weliswaar niet expliciet, maar wel impliciet onder het Algemeen Deel begrepen dienen te worden. Twee gedachtes zouden deze stelling kunnen onderbouwen.

De eerste is dat de algemene gelding en algemene betekenis van deze leerstukken weliswaar niet expliciet uit het wetboek blijkt, maar wel naadloos past in de aangebrachte codificatiesystematiek waarin *het algemene* vooropgesteld wordt. De wetgever van 1886 wenste weliswaar een flexibel algemeen deel waarin de rechtspraktijk en -wetenschap veel ruimte hadden voor nadere ontwikkeling van deze leerstukken, maar had tegelijk voor ogen dat de wijze waarop die leerstukken werden ingevuld een algemene gelding had. Leerstukken als opzet en culpa worden daarom dan ook vrij uitgebreid besproken bij de behandeling van een wetboek waarin zij niet expliciet geregeld zijn.

Daarnaast hangen de niet expliciet geregelde algemene leerstukken zo nauw samen met de wel expliciet geregelde leerstukken dat algemene gelding daarvan sterk voor de hand ligt. Immers: het medeplegen (artikel 47 Sr) omvat ook het eventuele opzet of de eventuele culpa. De culpa omvat vervolgens de wederrechtelijkheid en eventueel ook de causaliteit. Het uitgangspunt van het daadstrafrecht ligt ten grondslag aan de pogingsregeling (artikel 45 Sr) – en overigens ook aan de later toegevoegde bepaling betreffende de strafbare voorbereiding (artikel 46b) – nu daarin de grens wordt gemarkeerd tussen de op zichzelf straffeloze gedachte en het strafbaar beginnen met de uitvoering van die gedachte. Het schuldbeginself kan als zodanig wellicht niet gekoppeld worden aan een expliciet geregeld algemeen leerstuk maar heeft natuurlijk directe raakvlakken met opzet en culpa. Kortom: volgens deze gedachte kan het niet anders zijn dan dat ook de niet expliciet geregelde algemene leerstukken een algemene gelding hebben, omdat anders de (door de wetgever bewust) wel expliciet geregelde algemene leerstukken géén algemene gelding zouden hebben.

177 De Hullu 2021, p. 61, onder verwijzing naar Van Veen.

2.2.2.1 Artikel 91 in de rechtspraak

Artikel 91 Sr instrueert niet alleen de wetgever, maar ook de rechter om over een eenvormige toepassing van algemene leerstukken te waken. In zeldzame rechtspraak is te zien dat de rechter indien nodig ook ingrijpt indien niet gehandeld wordt conform de strekking van artikel 91 Sr. Zo kan de lagere wetgever geen beperkingen aanbrengen op de in het algemeen deel geregelde strafuitsluitingsgronden.¹⁷⁸ Ook met betrekking tot de in het algemeen deel geregelde deelnemingstitel is (zeldzame) rechtspraak aanwijsbaar waarin wordt overwogen dat de lagere wetgever geen uitbreiding of beperking mag aanbrengen op die algemene deelnemingstitel. Daarnaast bestaat rechtspraak waarin een zelfstandige strafbaarstelling in lagere wetgeving van het 'doen verrichten' van een bepaalde handeling terwijl er geen feitelijk uitvoerder ('willoos werktuig') bekend is, geen ontoelaatbare uitbreiding van de deelnemingsfiguur 'doen plegen' (artikel 47 Sr) oplevert. Beslissend is aldus of de lagere wetgever een afwijking creëert op de algemene regeling, of enkel in een zelfstandige strafbaarstelling een gedraging strafbaar stelt die feitelijk raakvlak vertoont met een deelnemingsfiguur, maar niet als deelnemingsfiguur is vormgegeven; het eerste is niet toelaatbaar vanwege artikel 91 Sr, het tweede is wel toelaatbaar. In deze zin is ook geoordeeld met betrekking tot het algemene leerstuk van voorbereidingshandelingen (artikel 46 Sr).¹⁷⁹

Er is geen rechtspraak bekend waarin de rechter zelf als adressant van artikel 91 Sr wordt aangemerkt, in die zin dat bijvoorbeeld een te ruime of

178 In HR 19 april 1983, NJ 1983, 572 (i.h.b. r.o. 5.2.1-5.2.2) wordt een dergelijke beperking in art. 95a RVV (waarin de verplichting was opgenomen voor de bestuurder van de auto om ervoor zorg te dragen dat alle personen in de auto een autogordel droegen) door de HR van de hand gewezen.

179 Van een ontoelaatbare uitbreiding van de deelnemingstitel in het algemeen deel was sprake in HR 15 februari 1909, W 8846, waarin de HR onder meer overwoog: "dat ook bij toepassing van gemeentelijke verordeningen, tenzij de wet anders bepaalt, wat hier niet het geval is, de vraag wie de dader is van een strafbaar feit, hare beantwoording vindt niet in de verordening zelve, doch in art. 47 Strafr. (...) dat de strafbaarheid van den requirant voor de op zijn last door v. H. gepleegde overtreding, derhalve afhankelijk is van de beantwoording der vraag of genoemde v. H. daarbij bloot als zijn werktuig gehandeld heeft en de Kantonrechter alzoo dit punt had behooren te onderzoeken en daaromtrent te beslissen, alvorens hij kon aannemen, dat de requirant de voormelde overtreding heeft doen plegen in de beteeckenis, waarin art. 47, 1° Strafr. die woorden bezigt en hem dienvolgens als dader van die overtreding te veroordeelen;". In Hof Den Haag 23 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3538 was van een ontoelaatbare uitbreiding van het algemene leerstuk van voorbereidingshandelingen sprake. Van toelaatbare zelfstandige strafbaarstellingen was bijvoorbeeld sprake in HR 3 mei 1937, NJ 1937, 1057 en HR 22 februari 1944, NJ 1944, 316 ('doen vervoeren'); HR 5 november 1934, NJ 1935, p. 344 ('toelaten van bepaalde handelingen'); HR 4 mei 1954, NJ 1954, 375 (een zelfstandige strafbaarstelling die enig raakvlak vertoont met de algemene leerstukken van uitlokking en medeplichtigheid) en HR 10 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7106 (een zelfstandige strafbaarstelling waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever is geregeld voor bepaalde gedragingen van de werknemer).

beperkte uitleg van algemene leerstukken in eerste aanleg bij hoger beroep of cassatie wordt gecorrigeerd met *expliciete* verwijzing naar artikel 91 Sr.

Meer *impliciet* zal artikel 91 Sr echter wel degelijk grote invloed hebben op de rechtspraak, met name op de jurisprudentie van de Hoge Raad. De cassatierechter waakt immers over een juiste toepassing van het recht. Hierbij beoordeelt hij onder meer of algemene leerstukken van het materiële strafrecht op een juiste wijze zijn toegepast en of de bewezenverklaring voldoende met redenen is omkleed. Hoewel hierin niet expliciet naar artikel 91 Sr wordt gewezen, is deze werkwijze natuurlijk een direct gevolg van de algemene toepasselijkheid van de onderdelen uit Boek 1 van het Wetboek van Strafrecht. In de meeste gevallen gaat het dan wel om de toepassing van de algemene leerstukken op de bestanddelen van een specifiek delict, waardoor die jurisprudentie niet altijd in algemene zin toepasbaar is op andere delicten. Uit de jurisprudentie kan evenwel een constellatie worden gevormd (in de literatuur, maar ook geregeld in conclusies van het parket bij de Hoge Raad) waardoor vanuit verschillende arresten een algemene lijn kan worden samengesteld. Er zijn ook arresten aanwijsbaar waarin de Hoge Raad meer proactief de interpretatie en toepassing van algemene leerstukken bewaakt, zoals de overzichtsarresten met betrekking tot medeplegen,¹⁸⁰ noodweer(exces)¹⁸¹ en feitelijk leidinggeven.¹⁸² Hierin voorziet de Hoge Raad de beoordeling van de middelen van een ‘voorafgaande beschouwing’. Tenslotte bevat de jurisprudentie van de Hoge Raad soms ook (aan het einde van het arrest) ‘overwegingen ten overvloed’. Deze overwegingen kunnen los gezien worden van de beoordeling van de cassatiemiddelen en hebben vaak een meer algemene strekking. Naast deze reguliere cassatierechtspraak kan de procureur-generaal bij de Hoge Raad ook ‘cassatie in het belang der wet’ instellen (artikel 78 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie). Hiermee kan een uitspraak van de Hoge Raad worden verkregen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling, zoals betrekkelijk recent nog zijn arrest met betrekking tot ‘procesafspraken’.¹⁸³

In dit onderzoek spelen het legaliteitsbeginsel en (de uitwerking van) het schuldbeginnsel een belangrijke rol. Deze onderdelen van het algemeen deel komen regelmatig voor in de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁸⁴ In hoofdstuk 3 en in de appendix bij dit onderzoek zal regelmatig worden verwezen naar rechtspraak van de Hoge Raad over deze thema’s. Uiteindelijk is de mate waarin het bijzonder strafrecht in overeenstemming is met het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel namelijk voor een deel afhankelijk van de rechtspraak van de Hoge Raad.

Opvallend detail in de rechtspraak van de Hoge Raad is dat veel cruciale jurisprudentie over de toepassing van onderdelen van het algemeen

180 HR 2 december 2014, *NJ* 2015, 390, m.nt. Mevis.

181 HR 22 maart 2016, *NJ* 2016, 316, m.nt. Rozemond.

182 HR 26 april 2016, *NJ* 2016, 375, m.nt. Wolswijk.

183 HR 27 september 2022, *NJ* 2023, 31, m.nt. Mevis.

184 Het legaliteitsbeginsel is natuurlijk op meer plaatsen vastgelegd dan alleen art. 1 Sr.

deel gewezen is in zaken betreffende het bijzonder strafrecht. Zo vormen het Onbehoorlijk gedrag-arrest¹⁸⁵ en het Krulsla-arrest¹⁸⁶ toonaangevende arresten met betrekking tot de toepassing van het legaliteitsbeginsel. Cruciale arresten met betrekking tot het schuldbeginnel zijn het Melk en Water-arrest,¹⁸⁷ het Motorpapieren-arrest¹⁸⁸ en het Aflatoxinepinda's-arrest.¹⁸⁹ Hetzelfde kan gezegd worden over jurisprudentie met betrekking tot de uitwerking van het schuldbeginnel in de vorm van (de algemene leerstukken) opzet en culpa; denk hierbij aan het Cicero-arrest,¹⁹⁰ maar ook aan de verkeersstrafrechtelijke¹⁹¹ jurisprudentie als het arrest Inrijden op agent,¹⁹² het Porsche-arrest¹⁹³ en het Blackout-arrest.¹⁹⁴ Voor het algemene leerstuk van de wederrechtelijkheid valt natuurlijk te wijzen op het Veearts-arrest.¹⁹⁵ Natuurlijk zijn er in dit verband ook genoeg arresten met betrekking tot commune feiten aanwijsbaar, maar van een lichte oververtegenwoordiging van arresten met betrekking tot feiten uit het bijzonder strafrecht kan toch wel gesproken worden. De strekking van artikel 91 Sr lijkt zich aldus sterk te manifesteren in jurisprudentie met betrekking tot delicten buiten het Wetboek van Strafrecht. Het zou voorbarig zijn hieruit reeds stevige conclusies te trekken over de invloed die het bijzonder strafrecht derhalve uitoefent op de algemene uitgangspunten van het materiële strafrecht, want dit is juist onderdeel van de centrale onderzoeksvraag waarop pas aan het einde van dit onderzoek antwoord kan worden gegeven. Wel kan in algemene zin gezegd worden dat in al deze arresten, sterker dan in een gemiddelde commune zaak, de grenzen verkend worden waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid nog kan worden gevestigd, waardoor juist in deze zaken blijkt hoe strak de teugels van de algemene leerstukken gespannen zijn.

185 HR 2 april 1985, NJ 1985, 796 (*Onbehoorlijk gedrag*); tenlastegelegd was overtreding van art. 4 aanhef en onder d van het Algemeen Reglement voor het Vervoer op de spoorwegen.

186 HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (*Krulsla*); tenlastegelegd was overtreding van art. 1 van de Warenwetregeling Nitraatgehalte groenten.

187 HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681 (*Melk en Water*); tenlastegelegd was overtreding van art. 303 van de Algemeene Politie-Verordening (APV) van Amsterdam.

188 HR 22 november 1949, NJ 1950, 180 (*Motorpapieren*); tenlastegelegd was overtreding van art. 177 van de Algemene wet van 26 Aug. 1822 S. 38, een wet betreffende douane en accijnzen.

189 HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476 (*Aflatoxinepinda's*); tenlastegelegd was overtreding van art. II, lid 2 van de Wijzigingswet Warenwet 1988.

190 HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (*Cicero*); tenlastegelegd was overtreding van art. 31 van de Auteurswet 1912.

191 Hierbij kan het ook gaan om overtreding van een algemeen delict als (poging tot) doodslag, terwijl het feitencomplex verkeersrechtelijk is.

192 HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (*Inrijden op agent*); hierin was poging tot doodslag tenlastegelegd terwijl het feitencomplex zich afspeelt in het wegverkeer.

193 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (*Porsche*); hierin was (poging tot) doodslag tenlastegelegd naar aanleiding van een zeer ernstig verkeersongeval.

194 HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252 (*Blackout*); tenlastegelegd was overtreding van art. 6 WVV.

195 HR 20 februari 1933, NJ 1933, p. 918 e.v. (*Veearts*); tenlastegelegd was overtreding van art. 82 van de Veewet.

2.2.2.2 Artikel 91 in parlementaire documenten na 1886

In de parlementaire geschiedenis wordt – naast de besproken wijzigingen van artikel 91 Sr – een aantal keer rechtstreeks gerefereerd aan artikel 91 Sr, waarmee zichtbaar wordt dat de wetgever ook na 1886 het belang van de bepaling is blijven inzien. Een interessante episode in de parlementaire geschiedenis is in dit verband de invoering van de strafbare voorbereidingshandelingen in (eerst) de Opiumwet en (later) het wetboek.¹⁹⁶ Vooropgesteld dient te worden dat de strafbare voorbereiding op zichzelf enige spanning met zich brengt met het uitgangspunt van het strafrecht als daadstrafrecht. Met de strafbare voorbereiding wordt immers – meer dan bij de poging – bestraffing in de voorfase, waarbij een voltooid delict nog uit zicht kan zijn, mogelijk gemaakt. Hierom is het strafbaar stellen van (enkel) voorbereidende handelingen op een bepaald delict niet onomstreden. In het Wetboek van Strafrecht waren voorbereidingshandelingen op een misdrijf als zodanig daarom lange tijd niet strafbaar; de grens van strafbaarheid aan niet-voltooid delict lag lange tijd bij de poging. In de Opiumwet werd op dit uitgangspunt in 1985 een uitzondering aangebracht; in artikel 10a van die wet werden voorbereidingshandelingen op de in artikel 2 onder A, B en C genoemde gedragingen met harddrugs strafbaar gesteld. De wetgever koos hier toch voor strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen vanwege de daardoor grotere handhavingsmogelijkheden:

“Een en ander komt dus neer op een uitbreiding van de strafbaarheid in die zin dat bepaalde voorbereidingshandelingen die verband houden met de handel in verdovende middelen (als bedoeld in lijst I bij die wet) of die deze handel beogen te bevorderen niet langer straffeloos zullen zijn. Daardoor zal de politie in een eerder stadium kunnen optreden en dit optreden ook kunnen richten tegen hen die thans, als organisator of financier van die handel, achter de schermen blijven.”¹⁹⁷

Deze voorbereidingshandelingen werden dus als uitzondering op de hoofdregel uit het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht aangebracht in de Opiumwet; daarmee werd de algemene systematiek van strafbaarheid in de voorfase bij wijze van uitzondering doorbroken. Nog geen tien jaar later besloot de wetgever om de voorbereidingshandelingen – die blijkbaar goed dienst hadden gedaan in de Opiumwet – tóch over te hevelen naar het Algemeen Deel van het Wetboek. Dat gebeurde onder (impliciete) verwijzing naar artikel 91 Sr:

“Andermaal wordt zo tot uitdrukking gebracht dat het Algemeen Deel van het wetboek van Strafrecht de grondprincipes van de strafrechtelijke aansprakelijkheidsleer formuleert en dat de bijzondere strafwetgeving daarvan niet dan in

196 Zie hierover uitgebreid: Nab 2023.

197 *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, 3 (MvT), p. 6.

uiterste noodzaak mag afwijken. Aldus wordt een van de doelstellingen van de codificatie geactualiseerd.”¹⁹⁸

Deze gang van zaken heeft iets paradoxaals. Eerst benadrukt de wetgever de betekenis van artikel 91 Sr door gemotiveerd een uitzondering aan te brengen op het Algemeen Deel in de Opiumwet. De uitzondering bevestigt hier de algemene regel. Niet veel later wordt die uitzondering echter verheven tot algemene regel, wederom onder verwijzing naar de functie van het algemeen deel. Anders gezegd: in 1985 werd de algemene systematiek nog beschermd door een uitzondering te maken voor enkele gevallen in de Opiumwet om daarmee de handhaving van die misdrijven te vereenvoudigen; in 1994 wordt die bijzondere uitzondering plotseling veralgemeniseerd, om de daarmee tot stand gebrachte vereenvoudiging van de handhaving in een grote groep commune delicten mogelijk te maken.¹⁹⁹ Het algemeen deel wordt door de wetgever bij deze wetswijziging vrij instrumenteel opgevat, waarbij bijvoorbeeld niet zichtbaar wordt gemaakt waarom het doorbreken van de algemene systematiek hier noodzakelijk was. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de wetgever de mogelijkheid heeft onderzocht hiervoor een voorziening te treffen in het Wetboek van Strafvordering, nu dat de eerst aangewezen plaats lijkt om de normering van de handhaving in aan te passen.

2.2.3 Opvattingen over artikel 91 Sr in de literatuur

Literatuur over specifiek artikel 91 Sr is betrekkelijk schaars. Nijboer besteedt in verschillende bijdragen aandacht aan de uit artikel 91 Sr en artikel 107 Gw voortvloeiende verhouding tussen algemeen en bijzonder, waarin hij het belang van de bedoelde verhouding onder de aandacht brengt.²⁰⁰ Hij ziet deze bepalingen nadrukkelijk als iets meer dan enkel ordenende bepalingen, en brengt ‘de algemeenheid’ van de wet nadrukkelijk in verband met het codificatiebeginsel en (nog sterker) met het legaliteitsbeginsel.²⁰¹ Hiermee voorziet hij de toepassing van het algemeen deel, zoals die is neergelegd in artikel 91 Sr, van een fundamenteel karakter.

Naar aanleiding van een concrete casus benadrukt ook Mevis in een annotatie het belang van algemene bepalingen in het algemeen deel van het wetboek:

“Gewoon de basisregeling inzake verhoudingen van wetgeving als neergelegd in art. 91 Sr als uitgangspunt opschrijven en die bepaling vervolgens al even gewoon toepassen, en daderschap raakt de strafbaarheid en niet de vervolging:

198 *Kamerstukken II* 1990/91, 22268, 3 (MvT), p. 20.

199 *Kamerstukken II* 1990/91, 22268, 3 (MvT), p. 7-11.

200 Vooral in: Nijboer 1987 & Nijboer 2012.

201 Nijboer 1987, p. 110-111 en p. 262-263.

elementaria van strafrecht waarvan men, als gezegd, zou verwachten dat het niet eerst de Hoge Raad is die zulks pas in cassatie eens voorop zou stellen. Art. 91 Sr komt in de onderliggende stukken en beslissingen, en in een gelijksoortige beslissing als Hof Amsterdam 23 september 2005 LJN AV2148, als systematisch uitgangspunt van denken en beslissen bij rechtsvragen als in bovenstaande zaak aan de orde, simpelweg niet voor. Gelukkig zijn er (hoelang nog?) juridische faculteiten waar een en ander gewoon in het Nederlands in de cursus Inleiding strafrecht wordt gedoceerd. Het thema van verhoudingen tussen wetgevers in het strafrecht is daarbij bepaald meer dan een niet-wetenschappelijk ‘weetje’ voor de praktijk.”²⁰²

Nolte gaat in zijn proefschrift eveneens in op artikel 91 Sr, die hij typeert als een ‘trait d’union’ tussen het wetboeken en de bijzondere strafwetten.²⁰³ Hij bespreekt de historische context waarbinnen artikel 91 Sr tot stand is gekomen en concludeert dat op het opnemen van deze bepaling een ‘gelukkige greep’ is geweest van de wetgever in 1886.²⁰⁴

Lamp, Lindeman en Luchtman gaan, meer recent, in op de gronden van artikel 91 Sr. De bepaling vormt volgens hen, net als Nijboer eerder al betoogde, een bekrachtiging van het materiële legaliteitsbeginsel; een versterking van de rechtszekerheid, doordat willekeurige beperking of uitbreiding van de mogelijkheid tot het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid voorkomen wordt door artikel 91 Sr. Daarenboven vormt de bepaling volgens hen een uitwerking van de codificatiegedachte, nu artikel 91 Sr – net als artikel 107 Gw – gezien moet worden tegen de achtergrond van opkomende natiestaten met een sterk centraal gezag; derhalve dient artikel 91 Sr (ook) ter versterking van de rechtseenheid. Tot slot wijzen ze erop dat artikel 91 Sr ook dienstbaar is aan de wetssystematiek, waarin het toepasselijk verklaren van bepaalde algemene uitgangspunten op het gehele rechtsgebied aantrekkelijk is.²⁰⁵

Waar de hedendaagse wetgever een vrij instrumentele opvatting lijkt te hebben van artikel 91 Sr – althans, zo bleek uit de legislatieve geschiedenis rondom de invoering van strafbare voorbereidingshandelingen – wordt in de literatuur het fundamentele belang van deze bepaling dus juist benadrukt.

2.3 CONTEMPORAINE BETEKENIS CODIFICATIEBEGINSEL

Hierboven zagen we dat het codificatiebeginsel sinds de invoering ervan in de (voorloper van de) grondwet een onomstreden rechtstatelijk uitgangspunt is. Bij verschillende grondwetsherzieningen heeft de bepaling weliswaar wijzigingen ondergaan, maar het uitgangspunt als zodanig

202 HR 8 februari 2011, *NJ* 2011, 314, m.nt. Mevis.

203 Nolte 1949, p. 95.

204 Nolte 1949, p. 96.

205 Lamp e.a. 2019, p. 67-71.

heeft niet ter discussie gestaan. Waar het in de negentiende eeuw nog deels een grondwettelijke opdracht inhield is het vandaag de dag toch vooral een ideaal dat een fundamentele systeemkeuze reflecteert. In dat systeem domineert een algemene regeling van het recht, is de ruimte voor uitzonderingen beperkt en dient het gehele materiële strafrecht een geordend, samenhangend geheel te vormen.²⁰⁶ Hierom dient de grondwettelijke codificatieopdracht niet te worden verward met het codificatiebeginsel. Van het eerste kan (terecht) worden gezegd dat hij voltooid is, terwijl de tweede een meer permanente reflectieve norm met zich brengt op basis waarvan het materiële strafrecht dient te worden onderhouden.

Een blik op de modernisering van het Wetboek van Strafvordering biedt inzicht in de actuele zienswijze van de wetgever met betrekking tot het codificatiebeginsel. In de memorie van toelichting bij het nieuwe Wetboek van Strafvordering blijkt de wetgever op dit punt ambigu. Enerzijds wordt deze wetgevingsoperatie nadrukkelijk in het licht van dit beginsel geplaatst,²⁰⁷ anderzijds is de wetgever voornemens afwijkende strafvorderlijke regelingen in de bijzondere wetten grotendeels onaangeroerd te laten.²⁰⁸ Hierbij zullen reeds bestaande verruimde opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten blijven bestaan omwille van het belang van 'een effectieve opsporing van die strafbare feiten'.²⁰⁹ Hiermee geeft de wetgever een helder signaal af over zijn zienswijze met betrekking tot het codificatiebeginsel; enerzijds plaatst de wetgever deze grote moderniseringsoperatie van het Wetboek van Strafvordering nog steeds in het licht van het codificatiebeginsel terwijl de wetgever anderzijds niet de moeite neemt om te reflecteren op de verhouding tussen het wetboek en de strafvorderlijke regelingen in de bijzondere wetten.

2.4 HET CODIFICATIEBEGINSEL IN RELATIE TOT HET SCHULD- EN LEGALITEITSBEGINSEL

Hierboven stond de ontwikkeling en ratio van het codificatiebeginsel centraal. In de ratio van het codificatiebeginsel valt een sterke connectie met het legaliteitsbeginsel te herkennen. Door te werken met een (algemeen) wetboek van strafrecht als centrale codificatie van het materiële strafrecht, wordt een zekere uniformiteit en consistentie in de optekening en toepassing van het materiële strafrecht nagestreefd. Dit leidt ertoe dat de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid volgens vaste, herkenbare patronen plaatsvindt. Hier komt ook het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht direct in beeld. Hierin liggen de algemene leerstukken van

206 Aldus ook de wetgever bij de meest recente wijziging van art. 107 Gw, zie *Kamerstukken II* 1977/78, 15046, 3, p. 4-5.

207 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, 3 (MvT), p. 7-8.

208 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, 3 (MvT), p. 38.

209 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, 3 (MvT), p. 38.

het materiële strafrecht impliciet of expliciet besloten. Deze leerstukken omvatten onder meer de subjectieve zijde van strafrechtelijke aansprakelijkheid: het schuldbeginnsel en de daaruit voortvloeiende schuldvormen.

Het codificatiebeginnsel vervult derhalve niet alleen een functie in zichzelf (het creëren en behouden van een systematisch geordend strafrecht), maar vervult bovendien – zodra een strafrechtelijk systeem tot stand is gebracht dat beantwoordt aan het codificatiebeginnsel – een functie in de verwezenlijking van het legaliteitsbeginnsel en het schuldbeginnsel. Het levert een belangrijke bijdrage in de vanuit het legaliteitsbeginnsel gewenste duidelijkheid omtrent de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, op systeemniveau.²¹⁰ Daarnaast garandeert het een consequente positiefrechtelijke toepassing van het schuldbeginnsel en de daaruit volgende schuldvormen, op systeemniveau. Het schuldbeginnsel is zodanig inherent verbonden aan het strafrecht dat het, in welk systeem dan ook, een uiterst prominente plaats verdient. Het vormt aldus het primaire onderdeel waarmee een codificatiesysteem dient te worden gebouwd. Het functioneren van een strafrechtelijk codificatiesysteem kan daarom worden beoordeeld op basis van het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel. Een codificatie kan immers nog zo geordend zijn, maar zodra hij willekeurige bestraffing toestaat, of toestaat dat gestraft wordt zonder dat de bestrafte enig verwijt kan worden gemaakt, zal die codificatie niet voldoen aan de fundamentele beginselen van legaliteit en schuld.

Het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel hebben derhalve geen afhankelijkheidsrelatie met het codificatiebeginnsel. Het schuld- en legaliteitsbeginnsel bestaan immers ook onafhankelijk van een codificatie. Het werken met een codificatie is uiteindelijk een ‘slechts’ een systeemkeuze. Tegelijk is die systeemkeuze niet voor niets constitutioneel verankerd, waardoor het als zodanig wel als direct vertrekpunt kan dienen voor de beoordeling van het materiële strafrecht. Bovendien bestaat als gevolg van deze (in de continentale rechtstraditie passende) systeemkeuze de bovengenoemde relatie met het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel. Dit is binnen dit onderzoek een cruciale vaststelling omdat in de analyse van het bijzonder strafrecht, en de potentiële doorwerking van dit bijzonder strafrecht op het commune strafrecht, de afwijkingen op de algemene systematiek steeds ook kunnen worden beoordeeld op basis van het schuldbeginnsel of legaliteitsbeginnsel (afhankelijk van de vraag op welk van deze beginselen de afwijking betrekking heeft). Dit biedt de mogelijkheid om een potentiële bevinding die als een afwijking op het systeem (aldus: een systeembreuk) te gelden heeft tevens te waarderen in het licht van die beginselen. Hiermee kunnen de uitkomsten van dit onderzoek van meer reliëf worden voorzien.

210 Nijboer 1987, p. 110-111 en p. 262-263.

2.5 TUSSENCONCLUSIE

De voorgeschiedenis van het grondwettelijke codificatiebeginsel speelt zich voor een belangrijk deel af in het naar aanleiding van de Franse revolutie hervormde Frankrijk. De verwikkelingen in de geschiedenis van Nederland hebben ervoor gezorgd dat het codificatie-ideaal – samen met andere rechtstatelijke idealen – als het ware zijn geïmporteerd in Nederland. Ook nadat de Franse bezetter vertrok zag men de meerwaarde van het werken met een codificatiesysteem, in het bijzonder vanwege het feit dat hiermee was afgerekend met de rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid die het Nederlandse recht in de achttiende eeuw typeerden. Hoewel de invoering van de Franse wetboeken van strafrecht en strafvordering met name waren ingegeven door praktisch-politieke motieven – wetboeken als instrument voor het vestigen van centraal staatsgezag – voerden bij het behoud van deze wetboeken dus politiek-theoretische en praktisch-juridische motieven de boventoon. Dit geeft het codificatiebeginsel een variabele kleuring, omdat het waarde krijgt als dominant ordeningsinstrument van het recht en tegelijk een sleutelfunctie vervult in de verwezenlijking van rechtstatelijke idealen zoals (in het materiële strafrecht) het schuldbeginsel en legaliteitsbeginsel. Op deze beginselen zal hieronder nader worden ingegaan.

Nadat Nederland ruim zeventig jaren nadat de Franse bezetter vertrok eindelijk tot een eigen nationaal wetboek van strafrecht kwam werd zichtbaar dat dit wetboek ook nadrukkelijk de signatuur droeg van het codificatiebeginsel. Niet alleen omdat men een (nationale) centrale codificatie van het materiële strafrecht had bewerkstelligd, maar ook door de wijze waarop dat wetboek was ingericht. Hierbij springt het eerste boek, het algemeen deel, het meest in het oog. Hierin zijn de algemene beginselen en leerstukken opgenomen die de grenzen waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd voor een belangrijk deel bepalen. Artikel 91 Sr verklaart dit algemeen deel van toepassing op het gehele materiële strafrecht, waardoor het materiële strafrecht zoveel mogelijk als uniform geheel dient te functioneren. In deze bepaling is de codificatiegedachte duidelijk herkenbaar, terwijl de beperkte mogelijkheid om af te wijken (door de formele wetgever) van het algemeen deel een bevestiging vormt van het legaliteitsbeginsel. In de laatste decennia lijkt de wetgever de betekenis van het codificatiebeginsel en, in het verlengde daarvan, van het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht, meer dan eerst te relativeren.

3.1 INLEIDING

In het voorgaande hoofdstuk werd duidelijk dat het schuldbeginstel en het legaliteitsbeginstel in relatie staan tot het codificatiebeginstel. Het codificatiebeginstel bleek meer dan een systeemkeuze, maar heeft ook inhoudelijk gewicht in het licht van het legaliteitsbeginstel en het schuldbeginstel. Deze onderlinge verwevenheid maakt het mogelijk om ontwikkelingen die op gespannen voet staan met het codificatiebeginstel – zoals de in dit onderzoek aan de orde gestelde problematiek – niet enkel te beoordelen in het licht van het codificatiebeginstel, maar tevens in het licht van het legaliteits- en schuldbeginstel.

Het is nodig om deze beginselen in dit onderzoek te voorzien van een theoretisch kader, zodat ze in het vervolg van dit onderzoek kunnen worden geoperationaliseerd in de waardering van de onderzoeksresultaten. Deze kaders zullen geen uitputtende beschrijving vormen van deze beginselen; er is voor gekozen om deze beginselen te beschrijven enkel voorzover ze potentieel relevant zijn om ontwikkelingen in bijzondere wetten te waarderen die mogelijk veralgemeniseerd worden in het commune strafrecht. Hierbij kan, meer dan bij het codificatiebeginstel, geleund worden op een vrij uitgebreide verzameling literatuur, waardoor het verantwoord is in dit geval te volstaan met een weergave van het discours en van de gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij het operationaliseren van deze beginselen.

3.2 FUNCTIE BEGINSELEN

Voordat de inhoud van het schuld- en legaliteitsbeginstel hieronder aan de orde komt is het van belang eerst stil te staan bij de functie(s) die de beginselen vervullen binnen het strafrecht. In het algemeen meerdere functies worden onderscheiden van rechtsbeginselen, terwijl niet bij elk beginstel dezelfde functie op de voorgrond treedt.

Er kunnen tenminste twee functies op deze plek worden onderscheiden. De eerste functie van rechtsbeginselen is een functie binnen het positieve recht, waarin ze direct normerend kunnen optreden. Die directe normering, of directe oriëntatie voor de rechtspraktijk,¹ vindt plaats door rechtsge-

1 Nijboer 1989, p. 378-379.

volgen te verbinden aan een schending ervan. Hierbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan strafvorderlijke rechtsbeginselen, maar ook in het materiële strafrecht kunnen beginselen direct normerend werken. Hierbij valt te denken aan het legaliteitsbeginsel, dat eisen stelt aan de vormgeving van strafbaarstellingen en dat grenzen stelt aan de interpretatieruimte van de rechter. Zo nodig kunnen wettelijke bepalingen onverbindend verklaard worden, hoewel deze situatie in de praktijk zelden voorkomt. Het schuldbegin-sel treedt in het positieve recht op de voorgrond indien de situatie dreigt waarin de verdachte bestraft wordt zonder verwijtbaar te hebben gehandeld.² In deze functie begrenzen beginselen de situatie waarin de staat bestraffend mag optreden. De praktijk zal doorgaans afgestemd zijn op deze buitengrenzen. Zo zal de wetgever de situatie willen vermijden waarin strafbaarstellingen zo onduidelijk zijn dat zij onverbindend zullen worden verklaard, zal de rechter zich bewust zijn van zijn interpretatieruimte, en zal het Openbaar Ministerie doorgaans geen verdachte vervolgen aan wie geen enkel verwijt kan worden gemaakt. In het positieve materiële strafrecht zijn rechtsbeginselen derhalve vooral actief op de achtergrond.³

Hiermee komt ook direct de tweede functie van rechtsbeginselen binnen het materiële strafrecht in beeld. Dat is een meer regulatieve, richtinggevende functie waarin zij als het ware permanent bewaken dat de vormgeving en toepassing van het materiële strafrecht in overeenstemming is met deze beginselen.⁴ Dit is een meer abstracte, reflectieve functie, waarin beginselen vooral als kritische toetssteen van het positieve recht functioneren. Op deze manier positioneert Nijboer het schuldbegin-sel.⁵ Dupont besprak deze functie van beginselen eerder al uitgebreid als ‘kritisch-normatief’ (en relateert deze functie van beginselen in het huidige tijdsgewricht).⁶

In dit onderzoek zijn het schuld- en legaliteitsbeginsel onderdeel van een normatief kader. Als zodanig functioneren zij regulatief en richtinggevend, als gezichtspunten in de waardering van de onderzoeksresultaten. Hierbij zal ik dus niet primair hun concrete functie als minimumwaarborg tot uitgangspunt nemen, niet in de laatste plaats omdat deze functie soms trekken vertoont van een ‘race to the bottom’, waarbij steeds dat minimum wordt gezocht zonder er daarbij op te reflecteren of deze beginselen – alles overziend – in het algemeen nog voldoende gewaarborgd zijn. Op deze neiging in het positieve recht steeds de minimumbetekenis te zoeken van rechtsbeginselen kom ik in het kader van het *lex certa*-gebod nog terug.

2 Het Melk en Water-arrest (HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681) vormt hiervan het voorbeeld bij uitstek, maar ook in Rb. Midden-Nederland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:685 komt deze situatie voor. In beide gevallen wordt een ‘nieuwe’ schulduitsluitingsgrond gecreëerd om gevolg te geven aan het schuldbegin-sel.

3 In het formele strafrecht is het beeld anders, in het bijzonder bij situaties waarin art. 6 EVRM in het geding is.

4 Zie hierover uitgebreid: De Jong 2020.

5 Nijboer 1989, p. 379.

6 Dupont 1979, p. 6 & p. 190-196.

3.3 HET SCHULDBEGINSEL

Het schuldbeginsel vormt een leidend beginsel binnen de rechtstaat-gedachte en vindt (in zijn huidige vorm althans)⁷ zijn oorsprong in het contractdenken. Het weerspiegelt bovendien het mensbeeld dat sinds de Verlichting dominant is, waarin de mens als rationeel handelend wezen (met een vrije wil) wordt beschouwd. Het is, in tegenstelling tot het legaliteitsbeginsel, niet neergelegd in een nationale wettelijke bepaling.⁸

Het schuldbeginsel vormt een centraal onderdeel van het in de Inleiding geschetste beoordelingskader, nu verondersteld mag worden dat (een deel van) het bijzonder strafrecht een zekere spanning teweegbrengt met dit schuldbeginsel. Een belangrijk deel van het bijzonder strafrecht komt voort uit de behoefte om ontwikkelingen binnen de economische en financiële sector te normeren. Hierom zijn, meer dan in het commune strafrecht, rechtspersonen adressant van het bijzonder strafrecht. Juist bij rechtspersonen lijkt er spanning te bestaan met de (psychologisch geladen) begrippen als vrije wil, schuld en verwijtbaarheid. Daarnaast mag verondersteld worden dat juist in het bijzonder strafrecht – ook bij natuurlijke personen – daderschap vaker (dan in het commune strafrecht) een meer functionele, en minder fysieke, invulling krijgt. Hierin lijkt de individuele verwijtbaarheid⁹ als klassieke basisvoorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid plaats te maken voor een meer algemene notie van functionele verantwoordelijkheid. Dit rechtvaardigt een centrale plaats van het schuldbeginsel in het beoordelingskader.

Hieronder volgt in de eerste plaats een compilatie van de bestaande literatuur over het schuldbeginsel,¹⁰ waarin diverse begrippen die raken of grenzen aan het schuldbeginsel geordend zullen worden. Uit de diverse handboeken die sinds 1886 zijn geschreven blijkt dat een wisselende betekenis en – vooral – inhoud wordt toegekend aan dit schuldbeginsel,¹¹ waardoor het niet eenvoudig is om grip te krijgen op het concept van het

7 Een bespreking van het schuldbeginsel van voor de Moderne tijd (voor 1789) blijft in dit onderzoek achterwege vanwege de eerder verdedigde afbakening.

8 Althans, niet in het strafrecht. In het bestuursrecht is het schuldbeginsel wel gecodificeerd in art. 5:41 AWB. Daarnaast is de aan het materieelrechtelijk schuldbeginsel nauw verwante procesrechtelijke onschuldpresumptie opgenomen in mensenrechtenverdragen: art. 6 lid 2 EVRM en art. 14 lid 2 IVBPR.

9 In dit verband wordt ook wel gesproken van het individualiseringsbeginsel, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de vaststelling van schuld op individueel niveau dient te geschieden; een generieke afwijzing van zuivere groepsaansprakelijkheid aldus. Zie hierover in algemene zin De Hullu 2021, p. 497-498. Bij delicten of deelnemingsconstructies waarin groepsgedragingen centraal staan blijft de nadruk liggen op het individuele aandeel van de dader in die gedragingen, zoals bijvoorbeeld in art. 47 lid 2 Sr, art. 49 lid 4 Sr en art. 306 Sr expliciet naar voren wordt gebracht. Zie over art. 306 ook Wolswijk 2021, p. 433-443.

10 Het doel van dit hoofdstuk is dus niet tot een volledige literatuuranalyse te komen over het schuldbeginsel, dat zou namelijk de reikwijdte van dit onderzoek te buiten gaan.

11 Nijboer 1989, p. 365-366.

schuldbeginsel.¹² Bovendien zorgt de term ‘schuld’ op zichzelf niet zelden voor verwarring vanwege de verschillende betekenissen die de term kan hebben binnen het straf(proces)recht. Voor het goed functioneren van het schuldbeginsel in het beoordelingskader van dit onderzoek is hierom een ordening en definitie van de diverse begrippen noodzakelijk.

3.3.1 Schuldbeginsel, schuldidee, schuldvormen en schuldbegrip

Zoals in de tekst voorafgaand aan hoofdstuk 1 is beschreven, bewerkstelligt het (sociale) contract een rechtsorde waarbinnen de burgers rechtssubjectiviteit bezitten; hun aanspreektitel binnen de rechtsorde. Verondersteld wordt dat deze rechtssubjecten een vrije wil hebben.¹³ Indien de rechtssubjecten gedragingen verrichten die onrechtmatig zijn (en daarmee de rechtsorde aantasten) dan wordt verondersteld dat zij voldoende keuzeruimte hadden om al dan niet te handelen.¹⁴ Zij hebben dan *schuld* aan die gedragingen. Blijkt echter die veronderstelling niet te kloppen, blijkt hen geen verwijt te kunnen worden gemaakt, dan dient bestraffing achterwege te blijven. Andersom gesteld: “Dit verwijt is mogelijk, omdat de dader het helpen kan, omdat hij zich ook anders had kunnen gedragen. De normovertreding hing van zijn wil af, zij kon vermeden zijn.”¹⁵ Deze, tamelijk abstract geladen metajuridische, inhoud van schuld refereert rechtstreeks aan het schuldbeginsel in de betekenis van ‘geen straf zonder schuld’. Deze betekenis van schuld staat, van alle betekenissen, op de grootste afstand van het positieve recht en wordt door Politoff en Koopmans ‘de schuldidee’ genoemd.¹⁶

Aldus functioneert het uitgangspunt van de vrije wil als basisvoorwaarde voor schuld; zonder (voldoende) vrije wil geen schuld. Van belang

12 Het schuldbeginsel wordt vaak genoemd in de literatuur, maar (opvallend) weinig besproken los van de positiefrechtelijke uitwerkingen hiervan (het wordt bijvoorbeeld vaak in één adem besproken met opzet, culpa of de schulduitsluitingsgronden). Wellicht kan dit verklaard worden doordat er weinig eensgezindheid bestaat over de precieze inhoud van het schuldbeginsel. Nijboer maakt dit onderscheid wel scherp, en onderscheidt het schuldbeginsel van de positiefrechtelijke uitwerkingen daarvan, welke hij – om begripsverwarring te voorkomen – rekent onder de term ‘schuldbegrip’: Nijboer 1989, p. 363 e.v.

13 Zie hierover bijvoorbeeld: De Hullu 2021, p. 199-200.

14 Ietwat impliciet hierover stelde Modderman in de bespreking van de ontoerekenbaarheid: “Geene strafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en geene zoodanige toerekenbaarheid waar hetzij de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen toestand verkeert, dat hij het ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.” En verder: “De strafwet spreekt tot den normaal ontwikkelde mensch, tot hem die met bewustheid handelt, die vrij is om anders te handelen, die in staat is ten aanzien van het strafbaar gestelde feit zijnen wil te bepalen.”, zie Smidt I 1891, p. 364-365. En verderop: “Het [wetboek] gaat uit van het beginsel, dat de mensch de heerschappij over zijn wil steeds behouden kan en moet”, zie Smidt II 1891, p. 452.

15 Pompe 1938, p. 102.

16 Politoff & Koopmans 1991, p. 67.

is de vraag waarop die (vrije) wil gericht is of, nog algemener, waarmee de wil zich bezighoudt. Alleen (voldoende) *vrijwillig* verrichte gedragingen zijn strafrechtelijk relevant. Dit zegt nog niets over de vraag welk resultaat *gewild* is, welk resultaat men voor lief nam of welk ten aanzien van welk resultaat men onachtzaam was. Dit laatste wordt bestreken door de schuldvormen, waarmee we op een uitwerking van het schuldbeginsel stuiten die zich op meer positiefrechtelijk niveau bevindt.¹⁷ Loth maakt in dit verband een treffend onderscheid tussen (niet-)intentionele en (on)vrijwillige gedragingen. De vraag of een gedraging intentioneel was hangt af van de intenties en de wetenschap van de dader, terwijl de vraag of een gedraging vrijwillig was afhangt van de omstandigheden waaronder die gedraging is verricht.¹⁸ Zo kan het voorkomen dat een gedraging weliswaar gewild was (opzet), maar niet uit vrije wil werd verricht, omdat de wil extern of intern zodanig werd beïnvloed of verstoord dat van een 'vrije wil' niet kan worden gesproken. Hoewel in deze situatie is voldaan aan de voorwaarden die de meer positiefrechtelijke uitwerking van het schuldbeginsel stelt, dient een correctie plaats te vinden omdat de gedraging niet voldoet aan de meer abstracte betekenis van het schuldbeginsel (de schuldidee). Hierom dient het positieve recht, wil het in staat zijn als uitwerking te dienen van de schuldidee, te voorzien in correctiemechanismen in de vorm van schulduitsluitingsgronden.

In dit verband krijgt de term 'schuldbegrip' betekenis, als verzamelterm van de verschillende uitwerkingen van het schuldbeginsel op positiefrechtelijk niveau. Hiermee komt ook de relatie tussen het codificatiebeginsel en het schuldbeginsel in beeld. Politoff en Koopmans onderscheiden vier onderdelen van het schuldbegrip:¹⁹ opzet of culpa, kennis van de wederrechtelijkheid, toerekeningsvatbaarheid en vergaardheid.²⁰ Hierbij is opzet of culpa gereserveerd voor de misdrijven. De kennis van de wederrechtelijkheid omvat de rechtsdwaling (als vorm van avas), de putatieve rechtvaardigingsgronden en het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (artikel 43 lid 2 Sr).²¹ De toerekeningsvatbaarheid refereert aan de ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr).²² De vergaardheid omvat het noodweerexces (artikel 41 lid 2 Sr) de vormen van overmacht (artikel 40 Sr) en de avas-varianten (behalve putatieve rechtvaardigingsgronden en rechtsdwaling).²³

17 Politoff & Koopmans 1991, p. 67.

18 Loth 1992, p. 27-28. Loth schaaft hierbij, net als Politoff en Koopmans, ook rechtvaardigingsgronden onder de omstandigheden die 'de gedraging onvrijwillig maken' (p. 28). Hiermee relativeren zij het onderscheid tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, wat aansluit bij het breed gedeelde idee dat dit materieelrechtelijk geen binaire kwestie is (maar dat slechts wordt vanwege het formeelrechtelijk beslissingsmodel).

19 Hierbij bouwen zij voort op de vierdeling van het schuldbegrip in Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 4.1.

20 Politoff & Koopmans 1991, p. 65-66.

21 Politoff & Koopmans 1991, p. 155-165.

22 Politoff & Koopmans 1991, p. 182-191.

23 Politoff & Koopmans 1991, p. 165-182.

Deze vier onderdelen dienen elk afzonderlijk en in samenhang goed te functioneren om de verwezenlijking van het schuldbeginssel in het positieve recht te garanderen. Hierin is (bij misdrijven) een belangrijke rol weggelegd voor de schuldvormen opzet en culpa.

De wetgever van het Wetboek van Strafrecht koos ervoor, ter uitwerking van het schuldbeginssel, bij misdrijven altijd een schuldvorm (opzet of culpa) te vereisen; een zwaardere vorm van schuld rechtvaardigt een zwaardere maximumstraf. Hieruit volgt dat op delictsniveau duidelijk moet zijn welke schuldvorm is opgenomen, terwijl meer in het algemeen een zo duidelijk mogelijk onderscheid dient te bestaan tussen de schuldvormen. In het verlengde daarvan dient de rechter behoedzaam te zijn in zijn uitleg en toepassing van de schuldvormen, zeker bij grensvlakken tussen de lichtere schuldvorm (culpa) en de zwaardere (opzet). De rechter zal immers – hoe complex de feiten ook liggen – de vraag naar de toepasselijke schuldvorm moeten terugbrengen tot een binair antwoord dat niet alleen past in de bewijsrechtelijke sjablonen maar vooral ook correspondeert met de daadwerkelijke mate van schuld.²⁴ Daarmee belanden we op een volgende semantische kwestie rondom het schuldbeginssel.

3.3.2 Betekenissen van ‘schuld’

De term ‘schuld’ heeft binnen het strafrecht verschillende, soms overlapende, betekenissen. Niet zelden ontstaat hierom begripsverwarring over de term ‘schuld’.²⁵ De Jong spreekt van schuld als een ‘caleidoscopisch begrip’,²⁶ en Nijboer stelt in dit verband veelzeggend: “Het begrip schuld heeft een bijkans onafzienbare reeks van betekenissen, die niet of nauwelijks met elkaar verband houden”.²⁷ Om het begrip ‘schuld’ in dit onderzoek scherp te kunnen hanteren worden de verschillende betekenissen hieronder besproken. Hierbij worden de betekenissen van schuld buiten het materiële strafrecht eerst kort besproken, waarna de focus verschuift naar de materiële rechtelijke betekenissen.

In het formele strafrecht wordt de term ‘schuld’ in verschillende bepalingen²⁸ gebruikt, zoals artikel 27 Sv, waarin het doorgaans schuld in de zin van ‘het gedaan hebben’ betekent.²⁹ In een vergelijkbare betekenis wordt de term gebruikt in de ‘onschuldpresumptie’, de presumptie dat iemand ‘het niet gedaan heeft’. Toch zijn de termen ‘onschuld’ en ‘schuld’

24 De Jong 2009, p. 351-363.

25 Deze uiteenlopende betekenissen worden onder meer besproken in Hazewinkel-Suringa 1953, p. 81-82; Pompe 1938, p. 102-106; Politoff & Koopmans 1991, p. 109-111; Peters 1966, p. 2-3 en Kelk & De Jong 2023, p. 231-235.

26 De Jong 2009, p. 17.

27 Nijboer 1989, p. 370.

28 Art. 27, art. 27d, art. 29a, art. 247, art. 262 en art. 271 Sv.

29 Hazewinkel-Suringa 1953, p. 81-82; Pompe 1938, p. 102-106 en Peters 1966, p. 2.

in de zojuist bedoelde zin geen antoniemen, omdat onder de onschuldpresumptie ook het vervullen van de materieelrechtelijke voorwaarden voor strafbaarheid begrepen wordt,³⁰ terwijl dat in artikel 27 nog niet het geval is. Vanuit de ratio van het verdachtebegrip en de onschuldpresumptie is dat een verklaarbaar betekenisverschil.³¹ In artikel 271 lid 2 Sv (de verdachte wordt ter zitting als onschuldige bejegend) fungeren de termen 'schuld' en 'onschuld' daarom ook wel als antoniemen. Ook op andere plekken in het Wetboek van Strafvordering heeft de term 'schuld' niet steeds precies dezelfde betekenis; in artikel 247 (kennisgeving niet verdere vervolging) en 262 (bezwaarschrift tegen dagvaarding) zal 'schuld', anders dan in artikel 27 Sv, een sterk bewijsrechtelijke en materieelrechtelijke invulling krijgen.

De term 'schuld' wordt daarnaast gebruikt in de context van de straftoemeting. Deze straftoemetingsschuld³² dient, net als de formeelrechtelijke betekenis van schuld, los gezien te worden van het materieelrechtelijk schuldbegrip.³³

In het materiële strafrecht heeft de term 'schuld' drie betekenissen: schuld in de zin van verwijtbaarheid, schuld als verzamelterm van de schuldvormen opzet en culpa en schuld als bestanddeel van een delictsomschrijving (dus: schuld in de zin van culpa).

3.3.2.1 *Schuld in de zin van verwijtbaarheid*

De schuld in de zin van verwijtbaarheid fungeert als *conditio sine qua non* voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het is de positiefrechtelijke uitwerking van het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Ontbreekt deze verwijtbaarheid bij een gedraging dan ontbreekt de basis van strafrechtelijke aansprakelijkheid en dient bestraffing achterwege te blijven.³⁴ In de dogmatiek wordt deze verwijtbaarheid dan ook stevast gerekend tot de 'voorwaarden voor strafbaarheid': een menselijke gedraging, vallend binnen een wettelijke delictsomschrijving, die wederrechtelijk is en *aan schuld te wijten*.³⁵ Deze verwijtbaarheid ontbreekt indien bijvoorbeeld sprake is van een van de wettelijke schulduitsluitingsgronden: artikel 39, artikel 40, artikel 41 lid 2, artikel 43 lid 2. Deze schulduitsluitingsgronden vormen slechts positiefrechtelijke uitwerkingen van het schuldbeginnel, waardoor niet uitgesloten is

30 Bemelmans definieert de term 'schuld' in (de bewijsdimensie van) de onschuldpresumptie als 'het voldaan hebben aan de zowel positieve als negatieve materieelrechtelijke voorwaarden voor strafbaarheid', zie Bemelmans 2018, par. III.5.2.

31 Zie hierover Bemelmans 2018, par. IV.2.1.

32 Kelk & De Jong 2023, p. 235.

33 De Hullu 2021, p. 278.

34 Vellinga beschrijft in zijn dissertatie de discussie die hierover gevoerd is na invoering van het Wetboek van Strafrecht; het was niet onmiddellijk een uitgemaakte zaak dat de wetgever bij overtredingen afscheid had genomen van de leer van het materiële feit, zie Vellinga 1982, p. 11-13. De HR beëindigde deze discussie grotendeels met arresten van 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681 (Melk en Water) en HR 25 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1500.

35 Zie hierover bijvoorbeeld Kelk & De Jong 2023, p. 57.

dat buiten die gevallen toch de schuld (geheel) ontbreekt, zo wees het Melk en Water-arrest uit. Met dit arrest creëerde de Hoge Raad de nodige duidelijkheid over de vraag of de verwijtbaarheid als algemene voorwaarde voor strafbaarheid te gelden had bij overtredingen. Deze vraag werd rondom de invoering van het wetboek in de literatuur verschillend beantwoord.³⁶ Voorafgaand aan dit arrest was wél duidelijk dat de wetgever beoogd had een facet van deze verwijtbaarheid als voorwaarde voor strafbaarheid bij overtredingen te stellen. Hij stelde immers:

“Bij overtredingen daarentegen behoeft de regter naar het bestaan van opzet of zelfs van schuld geen bijzonder onderzoek in te stellen, noch daarover uitdrukkelijk te beslissen. Heeft de beklaagde in strijd met de strafwet iets gedaan of iets nagelaten? Ziedaar de eenvoudige vraag wier toestemmende beantwoording tot veroordeeling leiden moet, *tenzij naar de, ook bij overtredingen toepasselijke, bepalingen van den derden titel van het eerste boek, de strafbaarheid mogt zijn uitgesloten.*”³⁷ [Mijn cursivering, JC]

Hier verklaart de wetgever de strafuitsluitingsgronden ook van toepassing op de overtredingen (het onderscheid tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden is men pas later gaan maken). Dat de verwijtbaarheid dus tenminste enige rol speelde bij overtredingen volgde ook uit de regeling van de deelnemingsfiguur ‘doen plegen’. Voor deze figuur is een straffeloze feitelijke uitvoerder vereist. Tegelijk kon deze deelnemingsvorm ook worden toegepast bij overtredingen (in tegenstelling tot de medeplichtigheid). Blijkbaar ging de wetgever er niet vanuit dat het enkel feitelijk vervullen van de delictsomschrijving van een overtreding (de leer van het materiële feit) altijd voldoende was voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor overtredingen. Anders zou de toepasselijkheid van de figuur doen plegen op overtredingen volstrekt zinloos zijn.³⁸

De vraag in het Melk en Water-arrest was of de verwijtbaarheid ook kon ontbreken op basis van andere gronden dan die de wet noemde: was in het Nederlandse strafrecht sprake van facetverwijtbaarheid of totaalverwijtbaarheid? Hierover zegt de Hoge Raad:

“dat toch niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetb. van Strafr., er toe dwingt om aan te nemen, dat bij het nietvermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van een overtreding, onze wetgever het stelsel huldigt, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld

36 Zie voor een heldere weergave van deze discussie Vellinga 1982, p. 11-23; Vgl. ook Peters 1966, p. 229.

37 Smidt III 1892, p. 175.

38 Niet geheel toevallig draait het Melk en water-arrest om het doen plegen van veehouder A.B., waarvoor vereist is dat de onmiddellijke uitvoerder (Jan Doorn) straffeloos is. Het (enige) cassatiemiddel van de raadsman van A.B. heeft dan ook betrekking op de vraag of het Jan Doorn verweten kan worden dat hij met water aangelengde melk verkocht.

niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangewezen;”³⁹

De Hoge Raad wijst hierbij ook expliciet op “het – ook in ons strafrecht gehuldigde – beginsel ‘geen straf zonder schuld’”.⁴⁰ Dat beginsel reikt zo ver, dat ook buiten de door de wetgever geregelde strafuitsluitingsgronden de verwijtbaarheid kon ontbreken; totaalverwijtbaarheid aldus. Dientengevolge kreeg het schuldbeginstel in het Nederlandse strafrecht als implicatie dat bij elk strafbaar feit sprake dient te zijn van (enige) verwijtbaarheid. Bovendien creëerde de Hoge Raad hiermee de buitenwettelijke schuldsluitingsgrond *avas*, hoewel dit pas later in de literatuur als zodanig onder woorden werd gebracht.⁴¹

In het hedendaagse Nederlandse strafrecht wordt, zoals gezegd, de individuele verwijtbaarheid gerekend tot de voorwaarden voor strafbaarheid. Daarmee sluit het Nederlandse strafrecht aan bij de rechtspraak van het EHRM, hoewel het schuldbeginstel hier (logischerwijs) met name vanuit procesrechtelijke invalshoek wordt benaderd (de onschuldpresumptie, artikel 6 lid 2 EVRM).⁴² Interessante uitzondering hierop vormt de zaak *G.I.E.M. S.r.l. e.a. tegen Italië*. In deze zaak overweegt het Hof over de bandbreedte van artikel 7 EVRM (het legaliteitsbeginstel) dat de verwijtbaarheid een vereiste vormt voor bestraffing. Hij ontleent dat in dit geval aan de term ‘guilty’ in artikel 7, lid 1, EVRM.⁴³ De hiervoor meer gebruikelijke route (artikel 6 lid 2) was in deze zaak onbegaanbaar, omdat de ontneming had plaatsgevonden zonder procedure (non-conviction based).⁴⁴ De ontneming had echter een punitief (en niet enkel reparatoir) karakter vanwege de omvang ervan.⁴⁵ Er had dus bestraffing plaatsgevonden, zonder enige schuldvaststelling. Dit leverde een schending van artikel 7 EVRM op.⁴⁶ Ook een onvoorzienbare, uitbreidende interpretatie van het opzetvereiste in een specifieke bepaling kan een schending van artikel 7 EVRM opleveren.⁴⁷

3.3.2.2 *Schuld in de zin van schuldvormen*

De wetgever van het wetboek koos ervoor het schuldbeginstel een belangrijke uitwerking te geven door voor misdrijven altijd een zwaardere vorm

39 HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

40 HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

41 Vellinga 1982, p. 11-15.

42 Zie bijv. EHRM 7 oktober 1988, nr. 10519/83 (*Salabiaku t. Frankrijk*) §27-28. Zie over de Straatsburgse rechtspraak op het terrein van de onschuldpresumptie uitgebreid Bemel-mans 2018 en Van Luijk 2015, p. 307 e.v.

43 EHRM 28 juni 2018, nr. 1828/06 e.a. (*G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië*), §242.

44 Het EHRM legt in §244 het verband tussen zijn rechtspraak met betrekking tot art. 6 lid 2 EVRM en art. 7 EVRM.

45 EHRM 28 juni 2018, nr. 1828/06 e.a. (*G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië*), §226-227 en §233.

46 EHRM 28 juni 2018, nr. 1828/06 e.a. (*G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië*), §275.

47 EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (*Yüksel Yalçinkaya t. Turkije*), §271-272.

van schuld (opzet of culpa) te vereisen dan de enkele verwijtbaarheid.⁴⁸ Hiermee krijgt de term 'schuld' binnen het materiële strafrecht een belangrijke tweede betekenis: schuld als verzamelterm voor de schuldvormen opzet en culpa. Bovendien krijgt het schuldbegrip hiermee systematische relevantie bij het maken van onderscheid tussen misdrijven en overtredingen, terwijl datzelfde onderscheid vervolgens bepalend is geweest voor de wetgever van het wetboek om onderscheid te maken tussen het commune en bijzondere strafrecht. De grondwettelijke codificatieopdracht werd immers beperkt uitgelegd door de Staatscommissie, waardoor 'overtredingen' via de Invoeringswet in groten getale bleven bestaan in bijzondere wetten. Dit lag geheel anders voor de misdrijven; die werden – uitzonderingen daargelaten – juist allemaal in het wetboek opgenomen (par. 1.1.3.3 – 1.1.3.5). Voor na 1886 te vormen strafbepalingen sprak de wetgever de uitdrukkelijke wens uit dat nieuwe misdrijven ('rechtsdelicten') in het wetboek geplaatst zouden worden, om hiermee de tot stand gebrachte systematiek niet te verstoren. (Zoals in par. 1.1.4.1 is beschreven is deze wens in het geheel niet uitgekomen.) Zo beschouwd lijkt de bedoeling van de wetgever van 1886 te zijn geweest de schuldvormen te reserveren voor het commune strafrecht, nu buiten het wetboek enkel plaats was voor overtredingen (die in beginsel geen schuldvorm bevatten). Sinds 1886 zijn in de bijzondere wetten, buiten de in 1886 reeds uitgezonderde gebieden, op veel plekken echter doleuze bepalingen ingevoerd (en in veel mindere mate culpoze). Meer dan aanvankelijk dus werd gedacht zal het leerstuk opzet zich hierom gaan ontwikkelen in de jurisprudentie met betrekking tot bijzondere wetten. Deze ontwikkeling zal in het vervolg van dit onderzoek uitgebreid besproken worden.

Rol van Appendix I

Om de ontwikkeling van de schuldvorm opzet binnen de bijzondere wetten goed te kunnen duiden is het noodzakelijk een beknopte schets te geven van de wijze waarop deze schuldvorm is verwerkt in het Wetboek van Strafrecht en zich heeft ontwikkeld in rechtspraak. Deze schets zou echter misstaan in het huidige deel van dit onderzoek, omdat het geen normatief vertrekpunt, maar juist voorwerp van onderzoek is. Een belangrijk deel van de centrale onderzoeksvraag is immers of in het commune strafrecht een beïnvloeding zichtbaar is vanuit het bijzonder strafrecht. Het zou dan methodologisch niet zuiver zijn om bijvoorbeeld de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet in de bijzondere wetten te waarderen in het licht van een opzetbegrip dat juist mede in die bijzondere wetten tot stand is gekomen (denk hierbij bijvoorbeeld al aan de dubbelrol die het 'bijzondere' Cicero-arrest dan zou

48 De Hullu 2021, p. 71. Ook de HR stelt dit expliciet in HR 1 maart 1955, NJ 1956, 2. Bovendien leest de HR (desnoods) een subjectief bestanddeel in bij een misdrijf waarin dat expliciet ontbreekt, bijvoorbeeld in meer recente arresten op het terrein van de Wet Wapens en Munitie: HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3192; HR 26 januari 1999, NJ 1999, 537, m.nt. Schalken.

krijgen). Tegelijk kan een zekere commune grondvorm van het opzet niet ontbreken, omdat er anders geen basis is van waaruit de analyse van de ontwikkeling van het opzet in de bijzondere wetten kan starten. (Met deze grondvorm bedoel ik een zekere ideaaltypische uitwerking van het opzet in wetgeving en rechtspraak; vanuit deze grondvorm wordt het leerstuk geconcretiseerd binnen delictsomschrijvingen. De wijze waarop het leerstuk geconcretiseerd wordt hangt onder meer af van de bestanddelen waarop het opzet betrekking heeft (het opzetverband) en de opzetgradaties die blijken de delictsomschrijving zijn toegestaan. Hierdoor zullen variaties in de precieze uitwerking van het opzet ontstaan waarin uiteindelijk wel steeds in voldoende mate de grondvorm herkenbaar moet zijn.) Die grondvorm valt daardoor methodologisch gezien tussen wal en schip. Hierom is in een appendix voorzien in een schets van deze grondvorm. Naar deze appendix wordt in de analyse in de komende hoofdstukken verwezen om meer algemene, noodzakelijke achtergrond te bieden bij de beschreven ontwikkelingen zonder daarbij de lopende tekst telkens te moeten onderbreken. Omdat in de misdrijven binnen de bijzondere wetten vrijwel uitsluitend met de schuldvorm opzet wordt gewerkt zal daar de nadruk op liggen in de appendix.

3.3.2.3 *Schuld in de zin van culpa*

De wetgever van 1886 koos ervoor bij een beperkt aantal misdrijven niet de schuldvorm opzet, maar de schuldvorm culpa als bestanddeel van de delictsomschrijving op te nemen. In deze delictsomschrijvingen werd hiervoor de term 'schuld' gebruikt, waarmee we dus op een derde materieel-rechtelijke betekenis van die term zijn gestuit. Over deze strafbaar gestelde feiten zei de wetgever:

"Het kan echter zijn dat dit feit de algemeene veiligheid van personen of goederen zoozeer in gevaar brengt of dat daardoor, zoodra het is voltooid, een zoo groot en onherstelbaar nadeel aan bijzondere personen wordt berokkend dat de wet ook de onvoorzigtigheid, de nalatigheid, het gebrek aan voorzorg, in één woord de schuld waarin het feit zijnen oorsprong heeft, moet te keer gaan. In al die gevallen en ook daar waar de schending van een ambtspligt, al is zij zonder opzet gepleegd, de maatschappelijke orde in gevaar brengt, de regten van bijzondere personen aantast en door het een of ander den eerbied voor de wet en van hen die geroepen zijn om haar uit te voeren verzwakt, treft de strafwet nevens hem die met opzet handelt, ook hem aan wiens schuld het feit te wijten is."⁴⁹

Hieruit volgt dat de wetgever deze schuldvorm als een uitzondering zag, die alleen werd ingezet om bepaalde rechtsgoederen van extra bescherming

49 Smidt I, p. 84.

door de strafwet te voorzien.⁵⁰ Hierbij bepaalde de wetgever nadrukkelijk dat het om *culpa lata* moest gaan.⁵¹ Over het kenmerkende verschil met opzet zei de wetgever:

“Terwijl hij die opzettelijk misdoet, zijn vermogens verkeerd gebruikt, is de eigenaardigheid van de schuld deze dat men ze niet gebruikt, waar men ze had behoorren te gebruiken. Gebrek aan het noodige nadenken, aan de noodige kennis of aan het noodige beleid, ziedaar het wezen van alle schuld.”⁵²

Na invoering van het wetboek is het aantal delicten waarin culpa voorkomt flink toegenomen.

De precieze inhoud van de culpa heeft in het verleden menig pen in beweging gebracht, alsmede de afgrenzing met voorwaardelijk opzet, de strafwaardigheid van onbewuste schuld als ‘laagste’ culpagradatie, en de vraag of het element verwijtbaarheid (paragraaf 3.3.2.1) onderdeel van de culpa is.⁵³ Van belang voor de begripsbepaling van deze schuld is echter dat het thans algemeen aanvaarde uitgangspunt is dat de schuld in de zin van verwijtbaarheid – anders dan bij de schuldvorm opzet – onderdeel is van de culpa.⁵⁴

3.4 HET LEGALITEITSBEGINSEL

Anders dan het schuldbeginnsel is het legaliteitsbeginnsel opgetekend in zowel nationaal als internationaal recht. Het wetboek van strafrecht opent met het beginnsel: “Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.”, en een identieke bepaling treffen we in artikel 16 Gw. Ook in verschillende mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM (artikel 7), het IVBPR (artikel 15) en het Handvest grondrechten EU (artikel 49) is het beginnsel opgetekend. In deze uitwerkingen van het materieelrechtelijk legaliteitsbeginnsel is de formulering van Von Feuerbach nog duidelijk herkenbaar. In zijn leerboek uit het begin van de negentiende eeuw over het Duitse strafrecht formuleerde hij het als volgt: ‘*nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*’ (‘geen strafbaar feit, geen straf zonder voorafgaande strafwet’).⁵⁵ Hoewel hij de geestelijk vader van dit bekende adagium valt de oorsprong van het legaliteits-

⁵⁰ Politoff & Koopmans 1991, p. 143.

⁵¹ Smidt I, p. 85.

⁵² Smidt I, p. 85.

⁵³ Zie over deze kwesties en onder verwijzing naar meer literatuur: De Hullu 2021, p. 249-266; Kelk & De Jong 2023, p. 287-313.

⁵⁴ Dit heeft als belangrijke procesrechtelijke consequentie dat vrijspraak zal volgen in plaats van ontslag van rechtsvervolgning bij een succesvol beroep op een schulduitsluitingsgrond.

⁵⁵ Om precies te zijn: Von Feuerbach formuleerde het niet als deze volzin, maar beschreef het in twee onderdelen, zie: Von Feuerbach 1801, p. 20.

beginstel in de moderne tijd toe te schrijven aan verlichte denkers, in het bijzonder Cesare Beccaria.⁵⁶

3.4.1 Ratio en functies

Hierboven zagen we dat het schuldbeginstel op verschillende abstractieniveaus werkzaam is. In z'n meest abstracte betekenis is het een regulatief, reflectief, richtinggevend beginstel dat 'het strafrecht' de permanente opdracht meegeeft om – redenerend vanuit een rationalistisch, indeterministisch mensbeeld – het systeem zo in te richten dat niemand kan worden bestraft zonder dat hij hierbij kon beschikken over zijn vrije wil. Of, in de trant van het legaliteitsbeginstel: geen persoon is strafbaar dan op basis van daaraan voorafgegane wilsvrijheid. Op concreter, meer positiefrechtelijk niveau vertaalt dit schuldbeginstel zich naar de schuldvormen opzet en schuld als constitutief vereiste voor bestraffing voor een misdrijf en de verwijtbaarheid (via niet-limitatieve schulduitsluitingsgronden) als *condicio sine qua non* voor elke vorm van bestraffing.⁵⁷

Waar het schuldbeginstel daarmee een kwalitatief vereiste stelt aan bestraffing van rechtssubjecten binnen de rechtstaat, stelt het legaliteitsbeginstel een constitutief vereiste aan de uitoefening van de macht door de staat; elke vorm van machtsuitoefening moet berusten op de wet. Hiermee is de macht van de overheid begrensd tot situaties waarin het voor de rechtssubjecten mogelijk is hun gedrag af te stemmen op de wet.⁵⁸ Aldus raken we direct de rechtszekerheid als abstract, overkoepelend belang van het legaliteitsbeginstel.⁵⁹ Deze rechtszekerheid vormt de basis voor (vrijwel⁶⁰) alle deelnormen die uit het legaliteitsbeginstel voortvloeien.

De vraag naar de functie(s) van het legaliteitsbeginstel heeft menig pen in beweging gebracht. In z'n oorsprong had het legaliteitsbeginstel reeds, naast een rechtsbeschermende functie, ook een instrumentele functie.⁶¹ Zo plaatsten Beccaria⁶² en Von Feuerbach (in zijn psychologische dwangtheorie) de rechtszekerheid voor burgers mede in de sleutel van (speciale of

56 Altena 2016, p. 25-28.

57 Er kan ook sprake zijn van bestraffing bij het opleggen van een maatregel, mits die maatregel aan de Straatsburgse definitie van 'penalty' voldoet: zie bijvoorbeeld (onder verwijzing naar eerdere rechtspraak): EHRM 28 juni 2018, nr. 1828/06 e.a. (G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië), §211.

58 Hier verschijnt het schuldgezichtspunt als basis voor de legaliteitsgedachte, zie hierover Groenhuijsen 1987, p. 26.

59 Groenhuijsen 1987, p. 31.

60 Altena 2016, p. 41.

61 Dupont onderscheidt naast deze twee functies van het legaliteitsbeginstel ook een organisatorische functie. Deze functie kreeg vooral betekenis aan het einde van de achttiende eeuw, waarbij het beginstel behulpzaam was om orde te creëren in het chaotische strafrechtssysteem van die tijd. Zie Dupont 1979, p. 49-55.

62 Beccaria (1764) 2016, p. 142.

generale) preventie.⁶³ Uitgaande van de mens als *homo economicus* zou de overheid via de strafwet in staat gesteld worden het plegen van strafbare gedragingen ontmoedigen.⁶⁴ Deze twee functies worden door Foqué en 't Hart als onderling gelijkwaardig gepositioneerd.⁶⁵ Dit lijkt thans het meerderheidsstandpunt in de literatuur te zijn.⁶⁶

Peters stelt in zijn befaamde oratie de rechtsbeschermende functie van beginselen (waaronder het legaliteitsbeginsel) in het materiële strafrecht voorop, in reactie op de door hem gesignaleerde instrumentalisering van het strafrecht.⁶⁷ Met dit laatste (de instrumentalisering) is de nadruk in zijn ogen te veel gaan liggen op de controle van de samenleving door middel van het (straf)recht, en minder op de secundaire controle: 'De juridische taak van het strafrecht is niet *policing society* maar *policing the police*. Aan deze normering van primaire controlefuncties ontleent het recht zijn maatschappij-kritisch potentieel, zijn eigen morele dimensie.'⁶⁸ Hierin hebben fundamentele rechtsbeginselen een cruciale rol, en dient ervoor gewaakt te worden deze beginselen te relativieren vanwege instrumentele overwegingen, of ze hierin zelfs in te passen.⁶⁹ Bovendien moet ervoor gewaakt worden fundamentele rechtsbeginselen als 'gerealiseerd' te zien, als voltooid, zodra de overheid de beginselen heeft vertaald in het wet-
telijk systeem. Hierin noemt Peters het legaliteitsbeginsel als voorbeeld.⁷⁰ Zo functioneert het legaliteitsbeginsel niet alleen als instructie om een strafrechtelijk systeem vorm te geven op een wijze die dienstbaar is aan de rechtszekerheid, maar geeft het tegelijk de permanente opdracht om (ontwikkelingen in) het strafrecht te beoordelen vanuit dit beginsel (een reflectieve functie).⁷¹

Andere auteurs tonen zich minder kritisch op een zekere relativering van het legaliteitsbeginsel.⁷² Dit kan niet los gezien worden van een meer algehele paradigmaverschuiving in het strafrecht. De betekenis van het legaliteitsbeginsel – en daarmee zijn functie – wordt gerelativeerd binnen een bredere afweging van strafrechtelijk relevante belangen, waarbij ook meer instrumentele of pragmatische belangen, of belangen van andere actoren dan de verdachte, worden betrokken.⁷³

63 Altena 2016, p. 26-27 en 29-30.

64 Groenhuijsen 1987, p. 28-29.

65 Foqué & 't Hart 1990, in het bijzonder p. 129-151.

66 Zie (met nadere verwijzingen): Nan 2011, p. 95-96.

67 Peters 1972, p. 5.

68 Peters 1972, p. 7.

69 Peters 1972, p. 10 en p. 12-15.

70 Peters 1972, p. 10.

71 Peters 1972, p. 14.

72 Groenhuijsen signaleert deze verschuiving in het discours: zie Groenhuijsen 1987, p. 45-50.

73 Dit wordt wel aangeduid als de *rechtenconceptie* van het legaliteitsbeginsel, tegenover de meer stringente *rechtspositivistische conceptie*. Zie hierover Altena 2016, p. 46-52 (met meer verwijzingen) en Nan 2011, p. 99-102.

3.4.2 Deelbeginselen

Binnen het legaliteitsbeginnsel worden meerdere deelbeginselen, of deel-normen, onderscheiden. In de literatuur wordt gesproken van vijf deel-normen: het *lex scripta*-gebod, het *lex certa*-gebod, het *lex stricta*-gebod, het *lex preavia*-gebod en het *lex mitior*-gebod.⁷⁴ Hieronder worden twee deel-normen nader besproken. Het *lex scripta*-gebod worden besproken omdat hierin de relatie tussen het legaliteitsbeginnsel en het codificatiebeginnsel naar voren komt. Het *lex certa*-gebod wordt besproken omdat dit gebod min of meer concrete (minimum)eisen stelt aan de vormgeving van wet- en regelgeving, en als zodanig houvast biedt in de waardering van de in dit onderzoek aan de orde gestelde ontwikkeling. Net als bij het schuldbeginnsel wordt hier een algemene schets gegeven van dit gebod, om in het vervolg (bij de analyse en waardering binnen dit onderzoek) het gebod meer inhoudelijk reliëf te geven.

3.4.2.1 *Lex scripta*-gebod

Het *lex scripta*-gebod gebiedt de wetgever om strafbepalingen op te tekenen in de wet. Het verbiedt het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid op andere gronden, zoals gewoonterecht.⁷⁵ Een rechtssysteem waarin dit gebod bestaat, zoals het Nederlandse rechtssysteem, kent daarmee een formeel rechtsbegrip. Hiermee vormt het gebod een onderscheidende karaktereigenschap van de continentale rechtstraditie.⁷⁶ Het biedt rechts-zekerheid aan de burger, omdat alles wat strafbaar is te vinden is in de wet, en (andersom) alles is toegestaan wat niet in de wet opgenomen is. Het zorgt ervoor dat het strafrechtelijk systeem als *gesloten* systeem gekenmerkt kan worden.⁷⁷ Een beslissende voorwaarde om van een gesloten systeem te kunnen spreken is de aanwezigheid van het negatieve rechtsprincipe: alles wat niet verboden is, is toegestaan.⁷⁸ Dit stelt grenzen aan de rechterlijke interpretatieruimte; het verbiedt de rechter om leerstukken of delicts-omschrijvingen *te extensief* te interpreteren omdat daarmee het gesloten systeem opengebroken zou worden. Bovendien geeft het nadere betekenis aan artikel 1 Sr, waarover Brouwer stelt:

“Naast het effect dat een bepaling als artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht op de afzonderlijke strafbepalingen heeft, legt het bovendien vast dat de predikaten strafrechtelijk niet-verboden en strafrechtelijk toegestaan per definitie equivalent zijn.”⁷⁹

74 Altena 2016, p. 29-33. Nan spreekt van vier deelbeginselen omdat hij (anders dan Altena) het *lex mitior*-gebod en het verbod van terugwerkende kracht onder één noemer schaaft, zie Nan 2011, p. 111.

75 Altena 2016, p. 29 en p. 97.

76 Altena 2016, p. 98.

77 Brouwer 1979, p. 129 en p. 135. Zie hierover ook Cleiren 1992, p. 17-20.

78 Brouwer 1979, p. 134.

79 Brouwer 1979, p. 135.

In dit alles verschijnt de relatie tussen het codificatiebeginsel en het legaliteitsbeginsel haast vanzelfsprekend, waarbij codificeren – het recht coherent ordenen in wetboeken – een cruciale rol speelt in de verwezenlijking van het legaliteitsbeginsel (in een continentaal rechtssysteem).

3.4.2.2 *Lex certa-gebod*

Het *lex certa*-gebod (of: Bestimmtheitsgebot) gebiedt de wetgever de grens tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag zo scherp en duidelijk mogelijk in de wet neer te leggen. Scherp afgebakende en heldere strafrechtelijke bepalingen bieden de rechtssubjecten een bepaalde mate van rechtszekerheid, waardoor de link naar het overkoepelende belang van het legaliteitsbeginsel evident is. Wil de wetgever de vrijheid van de rechtssubjecten beperken via een strafbaarstelling, dan mag verwacht worden dat hij in staat is om het wederrechtelijke gedrag zo scherp mogelijk te omschrijven in een delictsomschrijving. Dat draagt ook bij aan de instrumentele waarde die het legaliteitsbeginsel heeft; het zou het preventief effect van een strafbaarstelling kunnen vergroten, en geeft houvast aan het openbaar ministerie bij de vervolgingsbeslissing.

Voordat ik enige aanknopingspunten geef waarmee het *lex certa*-gebod in dit onderzoek als regulatief beginsel kan worden geoperationaliseerd, zijn enige relativerende opmerkingen nodig over de mogelijkheden tot operationalisering.

Duidelijkheid is een gradueel begrip, waarvoor geen schaal of index voorhanden is. De mate van duidelijkheid valt daarom niet in absolute zin uit te drukken. Dit relatieve begrip krijgt wel enig reliëf door te onderzoeken hoe eerdere gevallen (in jurisprudentie) zijn beoordeeld, waaruit een constellatie kan worden gevormd. Dat heeft evenwel iets ongemakkelijks, omdat uit deze positiefrechtelijke constellatie in het beste geval naar voren komt waar het minimum ligt. Het streven in deze asymptotische benadering is, anders gezegd, het behalen van de minimale duidelijkheid, terwijl we zojuist nog vaststelden dat het *lex certa*-gebod de wetgever opdraagt zo duidelijk mogelijk te werk te gaan bij het uitvaardigen van strafbaarstellingen; een maximum aldus. Naar dit maximum wordt echter niet actief gezocht. Zo zal bij een strafbaarstelling die de minimale duidelijkheid bevat doorgaans niet onderzocht worden of die duidelijkheid gemaximaliseerd kan worden.⁸⁰ Tussen het *lex certa*-gebod als regulatief, reflectief beginsel en de positiefrechtelijke uitwerking ervan bestaat derhalve een paradox: in de eerste ligt een streven naar een maximum besloten, in de tweede een streven naar een minimum. Aan die paradox kan de strafrechtswetenschap niet ontsnappen, omdat het operationaliseren van het *lex certa*-gebod als regulatief beginsel vrijwel altijd over de bandbreedte van de jurisprudentie zal verlopen. Dit wordt nog eens versterkt door het hieronder nader besproken gegeven

80 Borgers 2011, p. 122-127.

dat noch de Hoge Raad, noch het EHRM ooit een strafbaarstelling heeft afgewezen vanwege strijd met het *lex certa*-gebod.

Duidelijkheid kan in dit verband verstaan worden als de mate waarin de wet in staat is strafbaar gedrag aan te duiden. Daarin is de wet in wezen reeds beperkt, omdat de wet in algemene zin uitdrukt wat strafbaar is. De wet spreekt ieder rechtssubject op dezelfde wijze aan. Die algemene wet wordt in de rechtspraak verbijzonderd in de toepassing ervan op een rechtssubject in een concrete situatie.⁸¹ De wettekst moet dus elastisch worden geformuleerd, maar niet zó elastisch dat het rechtssubject pas na de verbijzondering ervan in een rechtszaak werkelijk kan achterhalen wat in zijn geval precies strafbaar gedrag was. Tegelijk kan eerdere rechtspraak bijdragen aan het verduidelijken van de precieze norm,⁸² maar dat veronderstelt wel dat concrete situaties voldoende vergelijkbaar zijn.

3.4.2.2.1 *Het lex certa-gebod in de jurisprudentie van de Hoge Raad*

Een volgende beperking is gelegen in de mate waarin de rechter via jurisprudentie in staat is om een strafbaarstelling op duidelijkheid te beoordelen. De Hoge Raad is traditioneel terughoudend in de beoordeling van de duidelijkheid van strafbaarstellingen.⁸³ Borgers stelt na een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt het volgende:

“Al met al kan dus worden geconstateerd dat het bepaaldheidsgebod geen rol van betekenis speelt in de rechtspraak van de Hoge Raad. Er wordt heel gemakkelijk aangenomen dat een vaag geformuleerde delictsommschrijving voldoende houvast voor de burger verschaft. Bovendien wordt er feitelijk niet getoetst of de vaagheid van de ter discussie gestelde strafbaarstelling noodzakelijk of onvermijdelijk is en dus of een meer concrete formulering niet aangewezen of onmogelijk zou zijn geweest.”⁸⁴

Sprekende voorbeelden (die Borgers noemt) in de rechtspraak van de Hoge Raad ondersteunen deze constatering ten volle.⁸⁵ Ook Nan is in zijn promotieonderzoek niet gestuit op rechtspraak van de Hoge Raad waarin een wettelijke strafbepaling als te vaag, en daarmee strijdig met het *lex certa*-gebod, is bestempeld.⁸⁶

Tegelijk is de Hoge Raad wel bereid om het bereik van te ruime (maar daardoor dus niet direct te onduidelijke⁸⁷) strafbaarstellingen te beperken.

81 Mevis 2000, p. 5. Mevis stelt in het vervolg dat het hierom ook geboden is dat het bijzondere (de rechtspraak) het algemene (de wet) niet doorbreekt.

82 Zo benadrukt ook het EHRM in zijn rechtspraak, zie bijv. EHRM 25 juli 2013, nrs. 11082/06 13772/05 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland), §780-785.

83 Borgers 2011, p. 114-116, p. 122 en p. 156.

84 Borgers 2011, p. 123-124.

85 HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (Krulsla) en HR 2 april 1985, NJ 1985, 796 (Onbehoorlijk gedrag).

86 Nan 2011, p. 232-233.

87 Altena 2016, p. 129-130.

Dat deed hij recent door vast te stellen dat een bewezenverklaard feitencomplex naar de letter wel binnen de ruime delictsomschrijving van witwassen (artikel 420bis) valt, maar bestraffing voor dat feitencomplex niet zou passen in de bedoeling van die delictsomschrijving.⁸⁸ Met deze kwalificatieuitsluitingsgrond wijst de Hoge Raad echter vooral op een tegenstelling tussen de aanvankelijke bedoeling van de wetgever met deze strafbaarstelling en de tekst ervan, en wordt de strafbaarstelling (ook hier) niet langs de lat van het *lex certa*-gebod gelegd. Intussen was de aanvankelijke bedoeling van de wetgever overigens ingeruild voor de wens om witwassen juist wél een ruim bereik te geven, waardoor de wetgever onverwijd reageerde op deze jurisprudentie met de invoering van het ‘eenvoudig witwassen’ in artikel 420bis.1 Sr.

Over deze hele gang van zaken kan wisselend worden gedacht. De optimist zal stellen dat deze gang van zaken een goede afloop heeft omdat de bedoeling van de wetgever nu duidelijker dan voorheen overeenstemt met de tekst van de wettelijke bepalingen. De pessimist zal stellen dat de Hoge Raad de wetgever hiermee uitgedaagd heeft om een onwenselijke gang van zaken te codificeren, waarmee het zeer ruime bereik van de witwasbepalingen een definitiever karakter heeft dan voorheen. Nu functioneert artikel 420bis.1 Sr feitelijk als een wettelijke strafverzwarringsgrond van alle delicten waarbij het resultaat is dat een voorwerp is bemachtigd.

De optimist en de pessimist zullen het erover eens zijn dat het aannemen van kwalificatieuitsluitingsgronden in andere gevallen, zoals een afgedwongen tongzoen die niet (meer) als verkrachting gekwalificeerd wordt, een gunstiger resultaat heeft opgeleverd.⁸⁹ In alle gevallen zal een kwalificatieuitsluitingsgrond de wettelijke strafbepaling echter niet verduidelijken; het neemt het leed weg, maar verhelpt het fundamentele legaliteitsprobleem niet.

3.4.2.2.2 *Het lex certa-gebod in de jurisprudentie van het EHRM*⁹⁰

Op het terrein van het legaliteitsbeginsel is daarnaast de rechtspraak van het EHRM relevant (vanwege artikel 7 EVRM). Deze rechtspraak is echter niet specifiek toegesneden op het Nederlands rechtssysteem, omdat het EHRM niet uitgaat van een formeel rechtsbegrip. (Omdat niet alle lidstaten een formeel rechtsbegrip hanteren moet het EHRM wel een ruimer, en dus materieel, rechtsbegrip hanteren.)⁹¹ De duidelijkheid van een strafbaar-

88 HR 26 oktober 2010, NJ 2010, 655, m.nt. N. Keijzer.

89 HR 12 maart 2013, NJ 2013, 437, m.nt. Keijzer. In vergelijkbare zin werd de reikwijdte van strafbaarstelling van kinderporno (art. 240b Sr) beperkt door de Hoge Raad door een kwalificatieuitsluitingsgrond aan te nemen in HR 9 februari 2016, NJ 2016, 257, m.nt. Rozemond.

90 Zie hierover uitgebreid Nan 2011, p. 128-136 en Altena 2016, p. 160-162.

91 “The Court observes that the word ‘law’ in the expression ‘prescribed by law’ covers not only statute but also unwritten law.”, aldus het EHRM in EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema (Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk), § 47.

stelling wordt door het Hof beoordeeld binnen het bredere criterium van voorzienbaarheid. Het Hof stelde in het Sunday Times-arrest namelijk al:

*“In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression ‘prescribed by law’. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.”*⁹² (mijn cursiveringen, JC)

Naast de kenbaarheidseis die het Hof stelt aan strafbaarstellingen (‘the law’) – waarmee weinig problemen zullen bestaan in de Nederlandse situatie⁹³ – dient de strafbaarstelling met ‘voldoende precisie’ te zijn geformuleerd. Burgers dienen te kunnen voorzien welke strafrechtelijke consequenties een bepaalde gedraging zou kunnen hebben, zo nodig na hiertoe advies te hebben ingewonnen. Het is onvermijdelijk (en voor het Hof dus acceptabel) dat strafbaarstellingen een bepaalde onduidelijkheid hebben (vanwege het hierboven al besproken gegeven dat de wet per definitie in algemene zin uitdrukt wat strafbaar is, en wettelijke bepalingen voldoende elastisch moeten zijn om te kunnen meebewegen met veranderende omstandigheden of veranderende opvattingen in de maatschappij⁹⁴). De cruciale vraag is dus: hoeveel onduidelijkheid is acceptabel? Die vraag beantwoordt het EHRM, voor wat betreft strafbaarstellingen in het bijzonder strafrecht,⁹⁵ in het Cantoni-arrest aan de hand van drie factoren:

“The Court recalls that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the text in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (...). A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropri-

92 EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema (Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk), § 49.

93 Nan 2011, p. 130-131.

94 EHRM 24 mei 1988, NJ 1991, 685, m.nt. E.A. Alkema (Müller t. Zwitserland), §29; EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (Kokkinakis t. Griekenland), §40; EHRM 21 oktober 2013, nr. 42750/09 (Del Río Prada t. Spanje), §92.

95 In de Cantoni-zaak ging het om een overtreding van de Franse Wet Publieke Gezondheid, een bijzondere strafwet in Frankrijk. In latere rechtspraak van het EHRM komt expliciet(er) naar voren dat deze overweging toegesneden is op bepalingen in bijzondere strafwetten, zie bijvoorbeeld EHRM 25 juli 2013, nrs. 11082/06 en 13772/05 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland), §784.

ate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (...). This is particularly true in relation to persons carrying on a *professional activity*, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take *special care* in assessing the risks that such activity entails.”⁹⁶ (mijn cursiveringen, JC)

De eerste factor, de inhoud van de wettekst, is een tamelijk vanzelfsprekende factor. Een tekstueel duidelijke delictomschrijving zal een voorzienbare strafbaarstelling opleveren.⁹⁷ In andere rechtspraak spreekt het Hof van de ‘content of the law concerned’⁹⁸ of de ‘content of the instrument considered’⁹⁹ (in plaats van de ‘content of the text in issue’¹⁰⁰). De mate waarin onduidelijkheid is toegestaan hangt voorts af van de andere twee factoren: het rechtsterrein waarbinnen de regeling valt en de normadressaat tot wie de regeling zich richt. Het rechtsterrein is relevant, omdat sommige deelgebieden binnen het bijzonder strafrecht nu eenmaal beweeglijkere normen (nodig) hebben dan andere. Dan zal het ook sneller onvermijdelijk zijn om vagere termen te gebruiken.¹⁰¹ De normadressaat tot wie de regeling zich richt is de laatste relevante factor. Deze factor kan op twee manieren betekenis krijgen voor de mate waarin onduidelijkheid is toegestaan. In de eerste plaats hangt het af van het aantal personen tot wie de norm zich richt; naarmate de norm zich richt tot een groter deel van de samenleving zal minder onduidelijkheid zijn toegestaan. Hierin ligt vermoedelijk niet zozeer een numeriek (‘meer mensen verdienen duidelijkere wetgeving’) argument

96 EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91 (Cantoni t. Frankrijk), §35.

97 Nan 2011, p. 132-133.

98 Dit deed het Hof in bijv. EHRM 25 juli 2013, nrs. 11082/06 13772/05 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland), §779. ‘De inhoud van het betrokken recht’ lijkt een verbreding te zijn ten opzichte van ‘de inhoud van de betreffende tekst’. In dat geval staat niet de duidelijkheid van één (onderdeel van een) strafbaarstelling ter discussie, maar bijvoorbeeld de duidelijkheid van een bepaling in combinatie met jurisprudentie (dat door Straatsburg ook onder ‘law’ wordt begrepen).

99 Zie bijv. EHRM 28 maart 1990, NJ 1991, 739, m.nt. Alkema (Groppera), §68. Met ‘instrument’ lijkt het EHRM te doelen op andere dan strafrechtelijke instrumenten. In deze zaak werd geklaagd over een beperking van art. 10 EVRM, die niet ‘bij wet voorzien’ was omdat de (nationale en internationale) regelingen waarop het bestuursrechtelijk verbod was gebaseerd onvoldoende toegankelijk of precies waren (zie §65). Ook in EHRM 25 augustus 1993, nr. 13308/87 (Chorherr t. Oostenrijk) gebruikt het EHRM de Groppera-overweging (§25), ook hier ging het om een bestuursrechtelijke overtreding (§12). Hetzelfde geldt voor EHRM 17 juli 2012, nr. 2913/06 (Munjaz t. VK), (§88) waar het om een overtreding van een gedragscode ging (§23-28), voor EHRM 17 februari 2004, nr. 39748/98 (Maestri t. Italië), (§30) waar het om een tuchtrechtelijke zaak ging en voor EHRM 19 december 1994, nr. 15153/89 (Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi tegen Oostenrijk), (§31) waar het ook niet om een strafrechtelijke overtreding ging. Buiten deze zaken gebruikt het EHRM deze specifieke formulering niet.

100 Buiten de Cantoni-zaak gebruikt het EHRM deze formulering bijv. in EHRM 18 november 2014, nr. 15065/07 (Aras t. Turkije), §57.

101 EHRM 14 januari 2020, nrs. 51111/07 en 42757/07 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland (nr. 2), §576-578 en §585.

besloten, maar eerder een diversiteitsargument. Naarmate een groter deel van de samenleving wordt aangesproken door een norm, zal de diversiteit (bijvoorbeeld in culturele achtergrond of opleidingsniveau) namelijk toenemen, terwijl die gehele groep personen de norm moet kunnen begrijpen. Het tweede kenmerk van de normadressaat dat relevantie krijgt is dan ook de (maatschappelijke) positie die de normadressaat heeft. Het EHRM overweegt (in de hierboven geciteerde rechtsoverweging) dat van personen die zich met hun beroepsmatige activiteiten op een specialistisch terrein begeven meer inspanning (van henzelf) mag worden verwacht in het begrijpen van de op hen toepasselijke wet- en regelgeving, zo nodig met behulp van juridisch advies.

Het EHRM wijst in zijn *Cantoni*-uitspraak voor wat betreft de factoren die hierboven besproken waren naar een vergelijkbare (maar niet exact dezelfde) overweging uit het *Groppera*-arrest. In de overweging in het *Groppera*-arrest voegde het EHRM nog een nadere overweging toe met betrekking tot de onduidelijkheid in wet- en regelgeving:

“In the instant case the relevant provisions of international telecommunications law were highly technical and complex; furthermore, they were primarily intended for specialists, who knew, from the information given in the Official Collection, how they could be obtained. It could therefore be expected of a business company wishing to engage in broadcasting across a frontier – like *Groppera Radio AG* – that it would seek to inform itself fully about the rules applicable in Switzerland, if necessary with the help of advisers.”¹⁰²

Deze overweging komt in het *Cantoni*-arrest echter niet voor. Hiermee lijkt het EHRM dus in het *Groppera*-arrest een grotere mate van onduidelijkheid toe te staan dan uit de overweging uit het *Cantoni*-arrest bleek. Deze *Groppera*-uitspraak laat zich echter lastig veralgemeniseren, omdat het hier om bestuursrechtelijke regels ging met betrekking tot de uitzendrechten van een radiostation. Bovendien draait het *Groppera*-arrest om een klacht met betrekking tot schending van artikel 10 EVRM, terwijl artikel 7 EVRM in het geding is bij specifieke legaliteitsklachten, zoals in het *Cantoni*-arrest. Het EHRM wijst in zijn *Cantoni*-uitspraak desondanks expliciet op zijn uitspraak in de *Groppera*-zaak, waardoor aan dat onderscheid geen waarde (meer) toekomt.¹⁰³

Het EHRM geeft hiermee een kader waarbinnen de duidelijkheid van een strafbaarstelling (of van bestuursrechtelijke bepalingen) kan worden beoordeeld in het licht van artikel 7 EVRM. In de rechtspraak van het EHRM komen echter geen gevallen voor waarin een strafbaarstelling als te vaag, en daarmee strijdig met het *lex certa*-gebod is bestempeld. Nan noemt in zijn dissertatie drie uitspraken van het EHRM waarin *de toepassing* van een straf-

102 EHRM 28 maart 1990, *NJ* 1991, 739, m.nt. Alkema (*Groppera*), §68.

103 Zie kritisch hierover: Ölçer 2022.

baarstelling in een concreet geval als onvoorzienbaar (en daarmee in strijd met artikel 7 EVRM) is bestempeld.¹⁰⁴ Hieraan valt een meer recent arrest van het EHRM nog toe te voegen.¹⁰⁵ In deze gevallen is dat oordeel dus mede gebaseerd op de toepassing in het concrete geval, waardoor daaruit geen algemeen oordeel over die strafbaarstelling kan worden afgeleid.

De lijn die uit deze rechtspraak van het EHRM naar voren komt krijgt op de volgende wijze relevantie binnen dit onderzoek. Meer onduidelijkheid in strafbaarstellingen is toelaatbaar voor het EHRM indien de strafbaarstelling zich in een meer specialistisch (deel)terrein bevindt, of indien de strafbaarstelling zich tot een meer specialistische groep normadressaten richt.¹⁰⁶ Deze twee factoren vallen grotendeels samen met de wijze waarop het Wetboek van Strafrecht zich zou moeten verhouden tot het bijzonder strafrecht (zoals in paragraaf 2.1.3.1 beschreven). Dat betekent dat voor een deel van het bijzonder strafrecht in Nederland geldt dat het EHRM meer onduidelijkheid zal toestaan in de strafbaarstellingen dan in het commune strafrecht. Aldus is de mate waarin het legaliteitsbeginsel bescherming biedt aan de rechtssubjecten afhankelijk van de precieze juridische context waarbinnen het actief is. Een in het bijzonder strafrecht voorkomende en acceptabele mate van wetssystematische of semantische onduidelijkheid¹⁰⁷ zal niet (in dezelfde mate) toelaatbaar zijn in het commune strafrecht.¹⁰⁸ Het centrale criterium van ‘onvermijdelijke onduidelijkheid’¹⁰⁹ laat zich – in het verlengde hiervan – ook goed inpassen in het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten (dat leidend was bij het onderscheid tussen gemeen en bijzonder strafrecht, zie paragraaf 2.1.3.5), omdat aangenomen mag worden dat rechtsdelicten dieper geworteld zijn in de samenlevingsmoraal, waardoor onduidelijkheid minder onvermijdelijk is. Wetsdelicten zijn van nature beweeglijkere normen, nu hun wortels niet in de samenlevingsmoraal liggen maar in een ordeningswens. Die beweeglijkheid maakt onduidelijkheid meer onvermijdelijk. Het veralgemeniseren (in het commune strafrecht) van de vormgeving van de normen in het bijzonder strafrecht kan echter problematisch zijn vanuit legaliteitsperspectief omdat in het commune strafrecht minder beweeglijkheid (en dus minder onduidelijkheid) zal zijn toegestaan. In de volgende hoofdstukken zal onderzocht worden of deze beweging zich in het Nederlandse materiële strafrecht voordoet.

104 Nan 2011, p. 233.

105 EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yüksel Yalçinkaya t. Turkije), §271-272.

106 Deze factor weegt ook de Hoge Raad mee, zie HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (Krulsia), r.o. 3.3-3.5.

107 Ik ontleen die termen aan Nan 2011, p. 151 e.v.

108 Aldus ook het EHRM expliciet in EHRM 14 januari 2020, nrs. 51111/07 en 42757/07 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland (nr. 2), §574-585.

109 Dat ook in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt gebruikt, zie HR 2 april 1985, NJ 1985, 796 (Onbehoorlijk gedrag), r.o. 6.3.

4.1 INLEIDING

Het in de vorige hoofdstukken geschetste kader van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit zal in het vervolg van dit onderzoek twee functies vervullen. In de eerste plaats vormt het kader de kwalitatieve gronden waarop de selectie van de aan de orde gestelde bijzondere wetten kan worden verantwoord; hierop kom ik hieronder nog terug. In de tweede plaats zal het theoretisch kader de basis vormen voor de normatieve beoordeling van de besproken ontwikkelingen, en van de doorwerking van deze ontwikkelingen in het commune strafrecht.

In dit hoofdstuk worden de afwijkingen besproken in bijzondere strafwetten die binnen de hieronder nader verantwoorde afbakening vallen. Dit hoofdstuk dient daarmee een tweeledig doel binnen dit onderzoek. In de eerste plaats beantwoordt het de vraag in welke mate het codificatiebeginsel wordt gerespecteerd in de verhouding tussen algemeen en bijzonder strafrecht, gezien vanuit het perspectief *van algemeen naar bijzonder*, en beperkt tot de uitgangspunten van schuld en legaliteit. Het in het eerste deel van dit onderzoek geïdentificeerde uitgangspunt hierbij is dat de wetgever (vanwege het codificatiebeginsel) slechts beperkt en gemotiveerd een strafrechtelijke regeling buiten het wetboek dient te plaatsen. Voorzover dat resulteert in bijzondere strafwetgeving dient dat bijzonder strafrecht zoveel mogelijk te beantwoorden aan de uitgangspunten van het commune strafrecht, waarmee de werking van het legaliteitsbeginsel en schuldbeginsel ook in die bijzondere wetten gegarandeerd is. In de tweede plaats legt het de basis voor de beantwoording van deze vraag vanuit het perspectief *van bijzonder naar algemeen*, dat in hoofdstuk 5 aan de orde komt. De hieronder gedetecteerde afwijkingen op het gebied van het schuld- en legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht hebben namelijk de potentie om door te werken in het commune strafrecht.

4.2 VERANTWOORDING GEKOZEN AFWIJKINGEN

Voordat in dit hoofdstuk een aantal afwijkingen in bijzondere wetten besproken wordt is enige verantwoording nodig van de selectie aan afwijkingen die besproken worden. Het is bij de hedendaagse omvang van het bijzonder strafrecht namelijk onmogelijk om alle afwijkingen in bijzondere

wetten te bespreken,¹ laat staan de vraag in hoeverre al die afwijkingen doorwerken. De selectie dient daarom een kwantitatieve beperking te zijn van de materie, die op kwalitatieve gronden kan worden verantwoord. De kwalitatieve gronden bestaan uit (de uitwerking van) het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel.

Deze selectie heeft plaatsgevonden volgens een aantal criteria. In de eerste plaats heeft de focus gelegen op grote bijzonderheden. Dat wil zeggen: eigenaardigheden in bijzondere wetten waarin een tamelijk sterke afwijking zichtbaar is met het commune strafrecht. Het kiezen voor deze afwijkingen is verantwoord omdat dit de meest breed bekende afwijkingen zijn – omdat ze zichtbaar worden in wetgeving of jurisprudentie, of (soms) in de literatuur beschreven zijn – en daarmee een grotere kans hebben om door te werken op het commune strafrecht. Immers: hoe bekender een afwijking is, hoe groter de kans dat een afwijking gebruikt wordt (in wetgeving of jurisprudentie) ter inspiratie voor toepassing, interpretatie of vorming van het commune strafrecht. Hierbij veronderstel ik niet dat alle afwijkingen één op één doorwerken, hoewel dat bij sommige afwijkingen wel het geval is, maar ga ik ervan uit dat afwijkingen ook onderdeel kunnen zijn van een bredere ontwikkeling die voor veralgemenisering vatbaar is. De hieronder besproken afwijkingen zijn geordend aan de hand van de bijzondere wetten waarin zij voorkomen. Hoewel getracht is de structuur van dit hoofdstuk volledig te laten leunen op de verschillende wetten lopen die soms onvermijdelijk door elkaar, bijvoorbeeld omdat een bepaalde afwijking vanuit de ene bijzondere wet doorwerkt op een andere bijzondere wet. Ten behoeve van de helderheid van de structuur is echter geprobeerd dit tot een minimum te beperken.²

Dit hoofdstuk laat zich het beste lezen als een rondleiding langs de vijf bijzondere strafwetten die materieel strafrecht bevatten. Ik treed daarbij op als de gids in de rondleiding; een gids die van tevoren op kwalitatieve gronden heeft bedacht op welke onderdelen hij de aandacht wil vestigen. Die kwalitatieve gronden zijn in dit hoofdstuk uiteindelijk steeds terug te voeren op de vraag in welke mate het positieve recht in de bijzondere wetten beantwoordt aan het codificatie- legaliteits- en schuldbeginnsel. Bij elke bijzondere wet zal daarom eerst de focus worden gelegd op de context geschetst waarbinnen een bijzondere wet tot stand is gekomen (waarom is er gekozen voor een regeling buiten de codificatie?). Hierna zullen bijzonderheden met betrekking tot legaliteit of schuld worden aangewezen, waar mogelijk voorzien van een contextuele duiding van deze bijzonderheden (waarom zijn deze bijzonderheden aangebracht of ontstaan?). Deze laatste vraag kan namelijk gevolgen hebben voor de mate waarin deze bijzonder-

1 Nolte slaagde daar in 1949 nog wel in; de enorme toename van het aantal bijzondere wetten – en daarmee ook het aantal mogelijke afwijkingen – sindsdien maakt een herhaling hiervan niet alleen deels overbodig maar ook onmogelijk.

2 Van deze structuur is slechts afgeweken 'waar het volstrekt nodig is'.

heden doorwerken op het commune strafrecht, en de mate waarin deze bijzonderheden geschikt zijn voor veralgemenisering (hoofdstuk 5). Geen van de bijzondere wetten wordt zodoende integraal besproken; voor een integrale bespreking wijs ik op de literatuur waarnaar ik in mijn bespreking zal verwijzen. Ook vindt geen integrale bespreking plaats van de 'kenmerken' van deze bijzondere wetten, maar slechts voorzover het nodig is om een aan de orde gestelde afwijking van context te voorzien.³

4.3 WEGENVERKEERSWET

De thans vigerende Wegenverkeerswet (vaak aangeduid als de Wegenverkeerswet 1994) is ingevoerd op 1 januari 1995.⁴ Deze Wegenverkeerswet 1994 heeft de Wegenverkeerswet 1935⁵ vervangen. De Wegenverkeerswet 1935 werd (pas) op 1 januari 1951 ingevoerd. Tijdens de bezetting werd de Wegenverkeersregeling ingevoerd, een Nederlandse vertaling van de Duitse regeling.⁶ Deze regeling was tot 1 januari 1951 van kracht, waarna het wetsontwerp van de Wegenverkeerswet 1935 (uiteindelijk) werd ingevoerd.

De voorloper van de Wegenverkeerswet 1935 was de Motor- en Rijwielwet van 1905.⁷ Dit was de eerste landelijke regeling van het verkeersrecht; tot 1905 bestond het verkeersrecht uit diverse lokale regelingen, die geen geüniformeerd geheel vormden.

De legislatieve geschiedenis van het (landelijk geldende) verkeersrecht vormt een reflectie van de ontwikkeling die het wegverkeer in de twintigste eeuw heeft doorgemaakt. Rondom de invoering van het Wetboek van Strafrecht speelde het wegverkeer namelijk nog geen rol van voldoende omvang om een aparte (landelijke) regeling in een bijzondere wet te rechtvaardigen – laat staan dat het wegverkeer via bepalingen in het wetboek gereguleerd zou moeten worden. Vervoer via het wegverkeer werd daarna met name gebruikt voor kleine afstanden, waardoor met lokale regelingen van dit wegverkeer kon worden volstaan. De landelijke regeling van het verkeersrecht aan het begin van de twintigste eeuw voorzag in een toenemende behoefte aan een supralokale regeling, vanwege het grotere (lokale grenzen overstijgende) bereik van het wegverkeer.

De Motor- en Rijwielwet van 1905 bevatte zowel misdrijven als overtredingen (zie voor de misdrijven de artikelen 14, 24 en 26 juncto artikel

3 Zie voor een duiding van het strafrecht in bijzondere wetten vanuit een kenmerkgeoriënteerd perspectief: Cnossen & Ölçer 2021, p. 171-193.

4 Wet van 21 april 1994, *Stb.* 1994, 475 (Kamerstukken 22030).

5 Wet van 13 september 1935, *Stb.* 1935, 554 (i.w.tr. op 1 januari 1951).

6 Harteveld & Robroek 2021, p. 12-13.

7 Wet van 10 februari 1905, *Stb.* 1905, 69.

29 lid 1 juncto artikel 30).⁸ Aldus werd gebroken met de kort daarvoor aangebrachte systematiek binnen het strafrecht, waarbij er geen nieuwe misdrijven buiten het wetboek dienden te worden ingevoerd.⁹ Voor zover ik heb kunnen achterhalen speelde de keuze om ook misdrijven op te nemen in deze wet geen rol van betekenis in de parlementaire behandeling van deze wet.¹⁰ Blijkbaar was de gedachte om de bedoelde systematiek te hanteren reeds kamerbreed verlaten. Een verklaring kan wellicht gevonden worden in het feit dat het onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten, zoals dat door Modderman werd gehanteerd en waaraan hij het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen koppelde, niet (meer) het meerderheidsstandpunt hieromtrent weerspiegelde (zoals besproken in paragraaf 2.1.4.1). Indien de koppeling tussen rechts- en wetsdelicten enerzijds en misdrijven en overtredingen anderzijds wordt losgelaten, dan is de aangebrachte systematiek tussen het wetboek en de bijzondere wetten in wezen reeds verlaten. Hoewel het verkeersrecht grotendeels ordeningsrecht bij uitstek is, en daarmee uitsluitend bestaat uit wetsdelicten, wordt er toch gekozen voor de invoering van een aantal misdrijven – ondanks dat die misdrijven geen rechtsdelicten zijn.

In de Wegenverkeerswet 1935 en de Wegenverkeerswet 1994 zijn in navolging van de Motor- en Rijwielwet ook zowel misdrijven als overtredingen te vinden.

4.3.1 Het hedendaagse wegverkeer als bijzondere context

Het wegverkeer is intussen een vitaal onderdeel van de samenleving. Vrijwel iedere burger zal bijna dagelijks deelnemen aan het wegverkeer. Tegelijk vormt het een bijzondere context in die samenleving, wat duidelijk naar voren komt in het juridisch regime dat binnen de context van toepassing is. Een eenvoudige verkeersdeelnemer, zoals een voetganger, dient zich reeds aan basale regels te houden (zoals stoppen voor rood licht). Indien de wijze waarop aan het verkeer wordt deelgenomen meer gevaar met zich brengt voor andere verkeersdeelnemers, is deelname beperkt tot burgers die over een rijbewijs beschikken. Dit vormt in feite een vergunning om op met het vervoersmiddel als omschreven in de vergunning deel te nemen aan het wegverkeer. Naarmate het vervoersmiddel meer gevaar met zich brengt voor andere deelnemers worden er hogere eisen gesteld aan het verkrijgen van die vergunning; een bromfietsrijbewijs (rijbewijs AM) kan eenvoudiger behaald worden dan een vrachtwagenrijbewijs (rijbewijs C).

8 Art. 14 bevatte de schuldvorm 'opzettelijk'; art. 24 bevatte geen expliciete schuldvorm, maar hierbij is het inlezen van opzet (in impliciete vorm) niet ondenkbaar; art. 26 bevat de term 'weet', wat – naar aangenomen mag worden – duidt op opzet in deze bepaling.

9 Zie par. 2.1.3.5.

10 *Handelingen II* 1902/03, nr. 128, p. 1-4; *Handelingen II* 1903/04, nr. 14, p. 1-5; *Handelingen II* 1904/05, nr. 10, p. 1-15.

Het bijzondere aan de context van het wegverkeer is dat er sprake is van een permanente gevaarstelling, waardoor hogere eisen (dan buiten die context) worden gesteld aan de oplettendheid en voorzichtigheid die moet worden betracht bij deelname. Het risico op letsel of schade is nu eenmaal groter in het wegverkeer dan erbuiten. De permanente gevaarstelling werkt in beginsel twee kanten op, omdat ook de veroorzaker van een verkeersongeval vaak (in elk geval vaker dan de plegers van commune misdrijven) schade of letsel zal ondervinden van een ongeval.

Vanuit deze achtergrond is een uitgebreide constellatie ontstaan aan verkeersrechtelijke wet- en regelgeving, waarvan in principe elke burger normadressaat is. De verkeersveiligheid is hierin het meest zwaarwegende, maar niet het enige belang. Het wegverkeer is immers bedoeld om de mobiliteit te vergroten, dus ook een vlotte doorstroming van het verkeer is van belang. Daarnaast stelt het geheel aan verkeersrechtelijke wet- en regelgeving niet alleen verplichtingen aan de verkeersdeelnemers, maar biedt het ook vertrouwen op naleving van die regels door andere verkeersdeelnemers. Zonder dat (onderlinge) vertrouwen zou deelname aan het wegverkeer nagenoeg onmogelijk zijn.

Het verkeersrecht omvat zowel strafrechtelijke, als bestuursrechtelijke,¹¹ als civielrechtelijke¹² bepalingen. Hieronder zal de focus vanzelfsprekend op de strafrechtelijke bepalingen liggen.

4.3.2 Systematiek Wegenverkeerswet 1994

Net als in veel andere bijzondere wetten zijn de strafbaarstellingen in de WVV verspreid over meerdere bepalingen. De wet bevat een aantal gedragsvoorschriften, waarvan de artikelen 175, 176 en 177 de strafbedreiging bepalen. Artikel 178 bepaalt vervolgens dat de in artikel 175 en 176 strafbaar gestelde feiten misdrijven zijn, en de feiten genoemd in artikel 177 overtredingen. Zodoende kent de WVV, naast een groot aantal overtredingen, een beperkt aantal misdrijven.

Het gaat voor wat betreft de misdrijven om (overtredingen van) de volgende gedragsnormen. Een verbod tot het gebruik van verlichting in oorlogstoestand (artikel 4, lid 2 en 5); het opzettelijk zich zodanig gedragen dat de verkeersregels in ernstige mate worden geschonden indien daarvan levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is (artikel 5a); gedrag waardoor een aan schuld (of roekeloosheid) te wijten verkeersongeval plaatsvindt met de dood of zwaar lichamelijk letsel als gevolg (artikel 6); het verlaten van de plaats van het ongeval indien diegene weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat bij dat ongeval een ander is gedood, aan een ander letsel of schade is

11 Zoals de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV), ook bekend als de 'Wet Mulder'.

12 Zie bijv. art. 185 WVV.

toegebracht, waardoor die ander eventueel in hulpeloze toestand wordt achtergelaten (artikel 7 lid 1); (doen) besturen onder invloed – in het geval van het zelf gebruiken van alcohol of een andere stof is opzet (of schuld¹³) vereist ten aanzien van de verminderde rijvaardigheid, het niet behoorlijk kunnen besturen of begeleiden of – in het geval van doen besturen – opzet (of schuld) ten aanzien van de toestand waarin de feitelijk bestuurder verkeert (artikel 8); onbevoegd besturen van motorrijtuig terwijl opzet (of culpa; hier bestaat dezelfde onduidelijkheid als in artikel 8) op de onbevoegdheid bestaat – de eis van opzet of culpa wordt niet (expliciet) genoemd in lid 4, 7 en 9¹⁴ (artikel 9 lid 1, 2, 4, 5, 7 & 9); joyriding, waarvoor opzet dient te bestaan op (onder meer) de wederrechtelijkheid (dus: boos opzet) (artikel 11); het voeren van een vals kenteken of het bemoeilijken van de herkenning van een kenteken, waarbij opzet soms ‘ingeblikt’ zit, soms verwerkt zit in de delictsomschrijving met de term ‘oogmerk’, en er soms ook de wat lastig te duiden term ‘kennelijke bedoeling’ gebezigd wordt (artikel 41 lid 1) – artikel 41 lid 2 breidt het mogelijk daderschap uit tot de eigenaar van een motorrijtuig of aanhangwagen waarmee een van de feiten genoemd in artikel 41 lid 1 gepleegd wordt, voor zover zij weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden¹⁵ dat de vervalsing of de bemoeilijking van de herkenning is aangebracht; het opzettelijk doen van een onjuiste opgave ter verkrijging van een kentekenbewijs (artikel 51 lid 1); opzettelijk gebruiken van een vervalst kentekenbewijs (artikel 61 lid 1, sub c); het op frauduleuze wijze wijzigen van de tellerstand (waarbij opzet ‘ingeblikt’ zit) (artikel 70m); het opzettelijk gebruik van een vals keuringsbewijs (artikel 74); het opzettelijk doen van onjuiste opgaven ter verkrijging van een rijbewijs (artikel 114); het opzettelijk doen van onjuiste opgaven ter verkrijging van een getuigschrift of certificaat (artikel 151j); het rijden of begeleiden tijdens een rijverbod of een verbod tot begeleiden (artikel 162, lid 3 en 4); het weigeren van ademonderzoek, bloedonderzoek (al dan niet na een staat van bewusteloosheid (artikel 163, lid 2, 6, 7 & 9).

Op basis hiervan kan gesteld worden dat een meerderheid van de misdrijven in de WVV zich niet richt op (specifiek) verkeersgedrag, maar vooral op het op (administratief) juiste wijze deelnemen aan het verkeer. De (integriteit van de) administratie van het verkeer is bij deze delicten het beschermde belang (naast de verkeersveiligheid, dat als algemeen beschermd belang geldt binnen het gehele verkeersrecht). Een directer verband met de verkeersveiligheid kan gevonden worden bij artikel 7 (verlaten van de plaats van een ongeval), artikel 8 (rijden onder invloed); een direct verband met de bescherming van lijf en leven

-
- 13 Daar bestaat discussie over in de rechtspraak en literatuur. Die discussie draait in de kern om de vraag of met de formulering ‘redelijkerwijs moet weten’ culpa is aangeduid (net zoals bij de daarop gelijkende formulering ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’) of dat dit een wettelijk bewijsvermoeden is van opzet. In het vervolg van deze paragraaf wordt deze discussie nader aan de orde gesteld.
- 14 Dat is opmerkelijk omdat overtreding van deze onderdelen een misdrijf oplevert (art. 176 lid 2 WVV), en de systematiek dan met zich brengt dat er een schuldvorm aanwezig is.
- 15 Hier wordt dus de formulering ‘weet of redelijkerwijze kan vermoeden’ gebruikt. Dit is weer *nét* anders geformuleerd dan ‘weet of redelijkerwijs moet weten’ in art. 8 en 9 WVV, maar ook nog steeds anders dan ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’ zoals dat in het wetboek wordt gebruikt ter aanduiding van een *pro parte* doleus, *pro parte* culpoos delict. In het vervolg van deze paragraaf wordt hierop teruggekomen.

van personen kan gevonden worden bij artikel 5a (concrete gevaarstelling) en 6 WVV (krenking). Tot slot beschermt de strafbaarstelling van joy-riding (artikel 11 WVV) ook het eigendom(srecht) van anderen.

Binnen de WVV spelen de artikelen 5 en 6 een centrale rol omdat in deze bepalingen het centrale rechtsbelang (verkeersveiligheid) het meest direct naar voren komt. Artikel 6 is bovendien het zwaarste misdrijf binnen de WVV, hetgeen niet verwonderlijk is gelet op het feit dat hier krenking van het beschermde rechtsgoed (het leven of de gezondheid van mensen) aan de orde is.

Met een beetje fantasie is tussen artikel 5 en artikel 6 een binnen de bijzondere wetten gebruikelijke verhouding te herkennen.¹⁶ Artikel 5 is de overtredingsvariant, terwijl artikel 6 de misdrijfvariant is op dezelfde norm, maar dan met culpa als bestanddeel. In veel bijzondere wetten fungeert opzet als 'strafverzwarend' bestanddeel;¹⁷ in dit geval is die rol dus weggelegd voor culpa.

Sinds de inwerkingtreding van de WVV in 1995 is de norm in artikel 6 niet gewijzigd. De strafbedreiging op deze bepaling in artikel 175 is echter wel een aantal keer gewijzigd. In 1998 werden de strafmaxima op overtreding van artikel 6 flink verhoogd.¹⁸ Dit gebeurde betrekkelijk 'geruisloos' omdat het werd meegenomen in een wetswijziging die (volgens het opschrift) beoogde te wijzigen 'de regelingen van de invordering en inhouding van rijbewijzen en de bijkomende straf van ontzegging van de bevoegdheid tot het besturen van motorrijtuigen'.

Tijdens de behandeling van het 'Meerjarenplan Verkeersveiligheid'¹⁹ werd een motie van kamerlid Van Heemst c.s. strekkende tot strafverhoging van het overtreden van artikel 6 WVV unaniem aangenomen. De motie werd door de regering verwerkt in het genoemde wetsvoorstel.²⁰ Deze wijziging gaf uiting aan de kamerbreed gevoelde behoefte gevaarlijk verkeersgedrag zwaarder te bestraffen vanwege de verwerpelijkheid ervan.

De meest in het oog springende wijziging in de strafbedreiging op overtreding van artikel 6 vond plaats in 2006. Toen werd de (in het Nederlandse strafrecht nieuwe) schuldvorm roekeloosheid toegevoegd als strafverzwarringsgrond in artikel 175 (en, voor de volledigheid, ook aan artikel 307 en 308 Sr).²¹ Indien er dus sprake is van 'roekeloosheid' in plaats van 'gewone' culpa dan kan overtreding van artikel 6 zwaarder worden bestraft. (Op de inhoud van deze schuldvorm wordt hieronder nader ingegaan.) Met deze wetswijziging werd volgens de Memorie van Toelichting tegemoetgekomen aan een brede maatschappelijke wens tot hogere straffen voor culpoze

16 Krabbe 1994, p. 118.

17 Hierop wordt in het vervolg nog teruggekomen.

18 Bij wet van 3 juli 2006, *Stb.* 1998, 375 (Kamerstukken 24112).

19 *Kamerstukken II* 1994/95, 22100, 25, p. 1.

20 *Kamerstukken II* 1996/97, 24112, 8, p.1.

21 Wet van 1 februari 2006, *Stb.* 2006, 11 (Kamerstukken 28484).

misdriven, waaronder die in de Wegenverkeerswet. Hierbij werd voor wat betreft de mogelijkheid tot hogere straffen in de WVV expliciet gerefereerd aan het Porsche-arrest (waarin de Hoge Raad het tot doodslag veroordelende arrest van het Hof casseerde omdat niet gezegd kon worden dat er sprake was van (voorwaardelijk) opzet).²²

Op 1 januari 2020 is artikel 5a toegevoegd aan de Wegenverkeerswet.²³ Deze bepaling laat zich enigszins vergelijken met artikel 6 WVV, maar in artikel 5a ontbreekt het constitutief vereiste van een strafbaar gevolg. Daarnaast kent artikel 5a de schuldvorm opzet (terwijl artikel 6 WVV als schuldvorm culpa heeft). Over de invoering van deze bepaling wordt in de Memorie van Toelichting overwogen:

“Het wetsvoorstel geeft de rechter meer mogelijkheden om een passende straf op te leggen bij de verscheidenheid die het verkeersstrafrecht kenmerkt. Centraal staan hierbij de strafverhoging van artikel 5 WVV 1994 en de introductie van artikel 5a WVV 1994. Deze wetswijzigingen strekken ertoe het mogelijk te maken dat (zeer) gevaarzettend gedrag zonder gevolgen zwaarder kan worden bestraft.”²⁴

Bovendien wilde de wetgever met deze bepaling concretere invulling geven aan het begrip ‘roekeloosheid’.²⁵ Hierop wordt hieronder nog teruggekomen.

Net als veel andere bijzondere wetten bestaat het verkeersrecht, zoals in paragraaf 4.3.1 al even werd aangestipt, uit een constellatie aan wetten en regelingen, waarbinnen de WVV centraal staat. Enkele andere relevante onderdelen van het verkeersrecht betreffen het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990 (RVV),²⁶ waarin een precieze uitwerking van materiële normen in het verkeersrecht is neergelegd, en de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV)²⁷ die – zoals de titel al doet vermoeden – in de mogelijkheid voorziet om ‘op zichzelf niet ernstige gedragingen in strijd met verkeersvoorschriften in plaats van op strafrechtelijke wijze op administratiefrechtelijke wijze af te kunnen doen’, aldus de considerans van deze wet.

4.3.3 Legaliteit in het verkeersrecht

De constellatie van het verkeersrecht als geheel beschouwd levert – anders dan sommige andere bijzondere wetten – voorzover bekend geen bijzondere

22 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3, p. 10.

23 Wet van 1 januari 2020, *Stb.* 2019, 413.

24 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3, p. 2.

25 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3, p. 3.

26 Regeling van 26 juli 1990, *Stb.* 1990, 459.

27 Wet van 3 juli 1989, *Stb.* 1989, 300 (de ‘Wet Mulder’).

legaliteitskwesaties op. Wel valt hierover een enkele algemene opmerking te maken. In paragraaf 4.3.4.4 komt naar voren dat er in het verkeersrecht een soort natuurlijke spanning aanwezig is tussen de precisie waarmee gewenst verkeersgedrag wordt (en kan worden) omschreven in de wet- en regelgeving en de openheid van de algemene gevaarsnorm van artikel 5 WVV die nodig is om uiteindelijk elke vorm van gevaarzettend verkeersgedrag onder een wettelijke gedragsnorm te kunnen brengen. Meer gedetailleerde gedragsregels zijn tot op zekere hoogte wenselijk, maar kunnen uiteindelijk ook resulteren in een onoverzichtelijk woud aan regels. Een open norm als artikel 5 WVV zal daarom 'onvermijdelijk' zijn, waardoor het acceptabel zal zijn in het licht van het legaliteitsbeginsel zoals dat door het EHRM en de Hoge Raad wordt uitgelegd. Meer instrumenteel bezien kan de vraag gesteld worden waar de verkeersveiligheid uiteindelijk meer mee gediend is: veel gedetailleerde verkeersvoorschriften waardoor de verkeersdeelnemer tot op grote hoogte gestuurd wordt in zijn verkeersgedrag, of minder gedetailleerde voorschriften waarbij er meer een beroep wordt gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van de verkeersdeelnemer om in het algemeen te handelen op een wijze waar de verkeersveiligheid mee gediend is.²⁸ In dit spanningsveld dient de wetgever een keuze te maken waarin beide gezichtspunten zo veel mogelijk met elkaar verzoend worden. In paragraaf 4.3.4.4 ga ik hier nader op in.

Hieronder zal wel uitgebreid stil worden gestaan bij onduidelijkheden met betrekking tot de uitwerking van het schuldbeginnel op een aantal plaatsen in de Wegenverkeerswet. Die onduidelijkheden zijn (natuurlijk) mede problematisch vanuit legaliteitsperspectief. Ze zullen echter vanuit het perspectief van het schuldbeginnel worden besproken, omdat daarin het primaire manco ligt.

4.3.4 Beginselen in het verkeersrecht

Voor een goed begrip van het verkeersrecht is het van belang de rol van ongeschreven beginselen voor ogen te hebben. Deze beginselen geven het verkeersrecht een, in vergelijking met het commune strafrecht, uitzonderlijke invulling. Ze zijn derhalve medebepalend voor de bijzondere context die het verkeersrecht vormt. Hiermee heeft dit relevantie binnen de vraag of verkeersrechtelijke figuren, constructies of interpretaties geschikt zijn voor veralgemenisering.

Het verkeersrecht is bij uitstek een terrein waarbinnen het niet mogelijk is om elk denkbare situatie te reguleren. Hoewel de achterliggende regelingen van de WVV (in het bijzonder het RVV) tal van gedragsvoorschriften bevatten (zoals stoppen voor rood licht en rechts houden) spelen beginselen in het verkeersrecht een belangrijke rol. Die beginselen kunnen

28 Harteveld & Robroek 2021, p. 41-44.

de verkeersrechtelijke normen aanvullen of beperken. Voor de verkeersdeelnemer kunnen deze beginselen dientengevolge bezwarend of bevrijdend (in de zin van rechtvaardigend) werken. In de literatuur wordt een drietal beginselen onderscheiden: veiligheid, vlothed (ook wel: doorstroming) en vertrouwen.²⁹ Over de onderlinge verhouding tussen de beginselen, de hiërarchie daarbinnen en de zelfstandige bestaansgrond voor de beginselen bestaat discussie binnen de literatuur. Zo kunnen het vertrouwensbeginsel en het veiligheidsbeginsel als spiegelbeeldig aan elkaar worden beschouwd, of juist aan elkaar complementair. Ook bestaat in de literatuur discussie over de zelfstandige bestaansgrond van het vlotheidsbeginsel.³⁰ Hieronder wordt getracht allereerst beknopt de ratio en (positiefrechtelijke) betekenis te bespreken van (achtereenvolgens) het veiligheidsbeginsel, het vlotheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Ik sluit deze paragraaf af met een duiding van de rol van deze beginselen in het verkeersrecht in het algemeen, en de betekenis hiervan in het licht van de vraag of het problematisch is indien verkeersrechtelijke figuren, constructies of interpretaties veralgemeniseerd worden.

4.3.4.1 *Het veiligheidsbeginsel*

Het veiligheidsbeginsel vervult binnen het verkeersrecht een aantal functies. Het vervult in de eerste plaats een vangnetfunctie; niet al het gewenste verkeersgedrag kan worden gevat in een specifieke bepaling. Daarom geldt als generieke, altijd toepasselijke, norm dat verkeersdeelnemers voortdurend het veilig verloop van het verkeer voor ogen hebben. Overtreding van dit beginsel kan, als schending van de zorgplicht voor het veilig verloop van het verkeer, zo nodig – indien er geen concretere bepaling van toepassing is op de overtreding – gesanctioneerd worden via artikel 5 WVV. In deze vangnetfunctie is zichtbaar dat veiligheid niet alleen een centraal beginsel is binnen het verkeersrecht, maar ook het centrale rechtsbelang dat beschermd wordt. Door de veiligheid ook als algemeen geldend beginsel te erkennen wordt bewerkstelligd dat het centrale rechtsbelang nimmer uit het oog verloren wordt in het verkeersrecht, ook indien specifieke gedragsvoorschriften niet voorzien in een concrete(re) norm.

Het veiligheidsbeginsel kan – in het verlengde van de vangnetfunctie – een voor de weggebruiker rechtvaardigende functie enerzijds en een bezwarende functie anderzijds hebben. De rechtvaardigende functie ontstaat in het (in de jurisprudentie betrekkelijke zeldzame) geval dat de

29 Harteveld & Robroek 2021, p. 18-19.

30 Zie onder meer: Otte 1992, p. 289 e.v., die betoogt “dat het verkeersrecht is gecentreerd rond het veiligheidsbeginsel. De vlotheid of doorstroming wordt een zelfstandige positie ontzegd en als een afgeleide beschouwd van het veiligheidsbeginsel”; Simmelink houdt een op dit punt vergelijkbaar betoog in: Simmelink 1994, p. 30-31. Krabbe daarentegen stelt dat de vlotheid wel degelijk de status van beginsel heeft: Krabbe 1994, p. 88-90. Ook Rammelink zag een zelfstandige bestaansgrond voor het vlotheidsbeginsel: Rammelink 1965, p. 193-197.

verkeersdeelnemer weliswaar een concrete verkeersregel heeft overtreden, maar met die overtreding juist de verkeersveiligheid heeft bevorderd. Het lijkt daarmee een verkeersrechtelijke variant van een rechtvaardigingsgrond die het midden houdt tussen overmacht in de zin van noodtoestand (een 'conflict van plichten'), het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid (het achterliggende belang van alle verkeersregels is de verkeersveiligheid, indien die verkeersveiligheid beter gediend is met het overtreden van een verkeersregel dan kan zich een vergelijkbare situatie voordoen als bij het befaamde voorbeeld van de Huizense veearts), en het handelen volgens een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr).³¹ Zoals gezegd: jurisprudentie waarin het veiligheidsbeginsel een rechtvaardigende werking heeft op de overtreding van een verkeersregel is schaars.³² De bezwarende functie van het veiligheidsbeginsel ontstaat zodra bepaald verkeersgedrag niet geboden is in enige regel van verkeersrecht, maar dat verkeersgedrag niettemin achterwege gelaten dient te worden vanwege het veiligheidsbeginsel. Interessant is echter dat het veiligheidsbeginsel daarnaast bezwarend kan werken *omdat* men zich aan alle verkeersregels houdt, terwijl de verkeersomstandigheden aanleiding gaven zich juist niet aan die regel(s) te houden. In dat geval kan artikel 5 WVV namelijk een basis bieden voor een veroordeling.³³

In het verlengde van de bezwarende functie van het veiligheidsbeginsel ligt de gedachte dat verkeersdeelnemers er niet blind op mogen vertrouwen dat andere verkeersdeelnemers zich aan alle verkeersregels houden (hier is een aan het hieronder te bespreken vertrouwensbeginsel spiegelbeeldig aspect van het veiligheidsbeginsel zichtbaar). Verkeersdeelnemers kunnen regels overtreden, en in bepaalde mate dienen andere verkeersdeelnemers daarop te anticiperen. Simmelink wijst op het voorbeeld waarin een voor-

31 Krabbe ziet het enkel als overmacht in de zin van noodtoestand, zie: Krabbe 1994, p. 89. Hij lijkt geen plek te zien voor een beroep op art. 42 Sr (wettelijk voorschrift), mij wordt niet geheel duidelijk waarom die mogelijkheid (door Krabbe) onbesproken blijft. Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kan echter ook niet geheel worden uitgesloten, vooral niet zodra zich een situatie voordoet waarin art. 5 WVV niet in beeld is, en daarmee niet in stelling kan worden gebracht als (mogelijk) conflicterende plicht die nodig is voor een succesvol beroep op noodtoestand of wettelijk voorschrift.

32 In de literatuur wordt telkens gewezen op HR 9 mei 1950, *NJ* 1951, 357. Hierin had de verdachte zijn auto op het trottoir geparkeerd, waarmee hij een verkeersregel overtrad. Met deze overtreding was de verkeersveiligheid echter meer gebaat dan bij het conformeren aan de regel, zo overwoog de HR: "dat deze opgave beschouwd moet worden als een beroep op de omstandigheid dat de overtreding [...] heeft plaats gehad teneinde niet in conflict te komen met het grondbeginsel van het verkeer op den weg hetwelk te allen tijde moet gelden en naar de bewoordingen van art. 2 der Wegenverkeersregeling iederen weggebruiker voorschrijft zich op zodanige wijze te gedragen dat het verkeer niet in gevaar kan worden gebracht;"

Daarnaast valt te wijzen op HR 26 juni 1973, *NJ* 1973, 376 waarin de mogelijkheid dat het veiligheidsbeginsel prevaleert boven een specifieke verkeersrechtelijke bepaling (het stopgebod in casu) niet wordt uitgesloten ingeval een automobilist zich met zijn voertuig per abuis in een militaire colonne heeft gevoegd.

33 Hartevelde & Robroek 2021, p. 19-26; Simmelink 1994, p. 26-30; Den Harder 2006, p. 112-113.

rangsgerechtigde een onoverzichtelijke kruising nadert, waarbij rekening dient te worden gehouden met een mogelijke fout van een andere verkeersdeelnemer.³⁴ Verzuimt de voorrangsgerechtigde zijn aldus ontstane zorgplicht dan kan hij worden veroordeeld voor overtreding van artikel 5 WVV, ondanks het feit dat hij 'recht' had op voorrang.³⁵

4.3.4.2 *Het vertrouwensbeginsel*

Het vertrouwensbeginsel binnen het verkeersrecht komt in de kern neer op de gedachte dat een verkeersdeelnemer in beginsel mag verwachten dat andere verkeersdeelnemers zich conform de geldende regels gedragen. Dit zorgt ervoor dat de verkeersregels, zoals onder meer vervat in het Reglement verkeersregels en verkeerstekens (RVV), niet alleen een instructie vormen voor het gedrag van de verkeersdeelnemer zelf, maar tevens de grondslag kunnen vormen voor (legitieme) verwachtingen omtrent het verkeersgedrag van andere verkeersdeelnemers.³⁶ Die verwachting is gerechtvaardigd zolang de verkeersdeelnemer aan de andere verkeersdeelnemers de gelegenheid biedt zich normconform te gedragen. Die gelegenheid wordt bijvoorbeeld niet geboden indien de voorrangsgerechtigde verkeersdeelnemer de maximale snelheid op de voorrangsweg fors overschrijdt, waardoor andere verkeersdeelnemers onvoldoende in de gelegenheid zijn gesteld hem die voorrang te verlenen.³⁷ Daarnaast wordt de werking van het vertrouwensbeginsel beperkt door het veiligheidsbeginsel: zodra merkbaar is dat andere verkeersdeelnemers zich niet aan de verwachtingen houden dient de verkeersdeelnemer die een beroep wil doen op het vertrouwensbeginsel al het mogelijke te doen om een ongeval te voorkomen.³⁸ Bovendien brengt het veiligheidsbeginsel met zich, zoals hierboven beschreven, dat soms geanticipeerd moet worden op mogelijke verkeersovertredingen van andere verkeersdeelnemers.³⁹ Het veiligheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zijn derhalve sterk onderling gerelateerd, en hun verhouding is niet zelden spiegelbeeldig. Het spiegelbeeldige in hun verhouding kan mede verklaard worden vanuit hun oorsprong: het

34 Simmelink 1994, p. 28.

35 Simmelink 1994, p. 28-29.

36 Hartevelde & Robroek 2021, p. 20. Illustratief is HR 8 oktober 1974, *NJ* 1974, 525, waarin de HR overwoog dat de rechtbank terecht had beslist dat de verdachte die door een groen verkeerslicht reed terwijl hij linksaf sloeg op een weg, erop mocht vertrouwen dat tegemoetkomend verkeer op diezelfde weg zou stoppen voor het rode verkeerslicht. De verdachte droeg derhalve geen schuld aan het ontstane verkeersongeval.

37 Simmelink 1994, p. 33, met verwijzing naar HR 17 juni 1980, *NJ* 1980, 580; Hartevelde & Robroek 2021, p. 22-26.

38 Simmelink 1994, p. 34; Hartevelde & Robroek 2021, p. 23 (met verwijzing naar jurisprudentie hieromtrent).

39 Zie daarover uitgebreid, en met bespreking van voorbeelden uit de jurisprudentie: Simmelink 1994, p. 35-40.

vertrouwensbeginsel ontstaat vanwege de regels, terwijl het veiligheidsbeginsel ontstaat in situaties waarin de regels (juist) niet voorzien.

Binnen het verkeersstrafrecht functioneert het vertrouwensbeginsel als bijzondere strafuitsluitingsgrond. Ontstaat een ongeval ondanks de terechte verwachtingen omtrent het verkeersgedrag van andere verkeersdeelnemers en ondanks zodanig gedrag dat daarmee voor zover mogelijk dat ongeval voorkomen werd, dan kan een beroep op het vertrouwensbeginsel bevrijdend werken binnen het verkeersstrafrecht. Bij het culpoze artikel 6 WVV levert dit beroep een bewijsverweer op, omdat de voor culpa vereiste aanmerkelijke onvoorzichtigheid ontbreekt indien een geoorloofd risico is genomen. Bij verkeersdelicten zonder schuld als bestanddeel zal een beroep op het vertrouwensbeginsel worden opgevat als een beroep op een (bijzondere) strafuitsluitingsgrond: in de vorm van een avas-verweer, of bijzondere rechtvaardigingsgrond.⁴⁰

4.3.4.3 *Het vlotheidsbeginsel*

Het vlotheidsbeginsel komt neer op de gedachte dat verkeersdeelnemers de vlotheid en doorstroming van het verkeer mogen en moeten bevorderen, voor zover de verkeersregels en het veiligheidsbeginsel hen hiertoe de ruimte bieden. Verkeersdeelnemers *mogen* de vlotheid bevorderen, maar – anders dan bij het veiligheidsbeginsel – mogen zij hiertoe geen verkeersregels overtreden. Verkeersdeelnemers *moeten* de vlotheid bevorderen, ook indien zij hiertoe een hen toekomend voorrangsrecht niet kunnen benutten; door groen licht rijden terwijl men daarna onvermijdelijk de kruising blokkeert zal strijdig zijn met het vlotheidsbeginsel.⁴¹ Derhalve kan het vlotheidsbeginsel bezwarend werken voor de verkeersdeelnemer. Tegelijk kan het niet zonder meer bevrijdend werken; wel kan de vlotheid een ‘geoorloofd risico’ in het leven roepen, hetgeen relevantie kan hebben binnen de schuld in het culpoze misdrijf van artikel 6 WVV.⁴²

40 Simmelink 1994, p. 40-41; Harteveld & Robroek 2021, p. 24. Het is ook voorstelbaar dat een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt betrokken in de vraag naar causaliteit, omdat het vertrouwen in andere verkeersdeelnemers bepalend kan zijn voor de voorzienbaarheid van bepaalde gevolgen. Die voorzienbaarheid speelt binnen de thans heersende leer van de redelijke toerekening een indicatieve rol, en tot het Cito-arrest van 1978 (HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52) was de voorzienbaarheidstheorie (gedurende een aantal decennia) de heersende leer omtrent de vaststelling van causaliteit binnen het strafrecht.

41 Tegenwoordig is dit strafbaar in art. 14 WVV, maar ook voordat deze strafbaarstelling bestond kon dergelijk gedrag bestraft worden op basis van de voorloper van art. 5 WVV. Zie hierover: Simmelink 1994, p. 31-32, onder verwijzing naar HR 5 maart 1957, NJ 1957, 396.

42 Otte 1992, onder het kopje ‘Veiligheid en vlotheid’. Hij stelt dat dit geoorloofd risico slechts mag worden genomen binnen de geldende verkeersregels, en voorzover het veiligheidsbeginsel dat geoorloofd risico niet in de weg staat. Daarom zal een geoorloofd risico op basis van de vlotheid niet snel beslissend (in de zin van: bevrijdend) werken binnen de vaststelling van de schuld in art. 6 WVV.

4.3.4.4 De rol van beginselen in het verkeersrecht

De omvang van de rol van beginselen staat in omgekeerd evenredig verband met de hoeveelheid regels: hoe meer de beginselen zijn verwerkt tot concrete gedragsvoorschriften, hoe kleiner hun toegevoegde waarde is. Tussen regulering en de rol van beginselen bestaat aldus een bepaalde inherente spanning. Hierom is het niet verbazend dat juist de mate van (de) regulering onderwerp van debat is (geweest) binnen het verkeersrecht. In de Nota van Toelichting bij de huidige RVV (1990) werd overwogen:

“De belangrijkste verandering [ten opzichte van de RVV 1966, JC] is dat niet langer geprobeerd is voor elke denkbare situatie een regel voor te schrijven. Mensen kunnen dat toch niet allemaal onthouden, laat staan dat ze het onder druk naar de letter in praktijk kunnen brengen. Er is daarom gekozen voor regels die helder en geloofwaardig zijn.”⁴³

En verderop:

“Het is wel duidelijk: de wetgever van een kwart eeuw geleden wilde de verkeersdeelnemer niet met een abstracte opdracht de woestijn insturen. Er moest voor elke denkbare situatie een concrete instructie komen. Daarna zou men artikel 25 [een voorloper van het latere art. 5 WVV, JC] gevoeglijk kunnen schrappen.”⁴⁴

In de toelichting bij de RVV 1990 wordt echter juist een belangrijke rol weggelegd voor de algemene bepaling in artikel 25 WVV (oud) – en in het verlengde daarvan voor de algemene beginselen binnen het verkeersrecht:

“Het hanteren van de beide uitgangspunten uit het vorige hoofdstuk, heeft tot een vermindering en vooral een vereenvoudiging van de voorschriften geleid. De *veiligheid* en de *doorstroming* zijn uiteraard bepalend gebleven. Dit is in artikel 25 van de Wegenverkeerswet (WVV) verwoord. Er wordt overwogen om in het kader van een algehele herziening van de WVV aan dit artikel in twee opzichten een bredere reikwijdte te geven. De volgende tekst staat ter vervanging van artikel 25 voor ogen:

Het is verboden zich zodanig te gedragen dat hierdoor:

- a. gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt;
- b. het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd”⁴⁵

In de (door mij) gecursiveerde woorden zijn het veiligheids- en vlotheidsbeginsel duidelijk herkenbaar. In de literatuur is de zelfstandige positie van het vlotheidsbeginsel onderwerp van debat (geweest), zoals werd

43 Nota van Toelichting, bijgevoegd bij *Stb.* 1990, 459, p. 62.

44 Nota van Toelichting, bijgevoegd bij *Stb.* 1990, 459, p. 65.

45 Nota van Toelichting, bijgevoegd bij *Stb.* 1990, 459, p. 68.

besproken in paragraaf 4.3.4. Over de status van het veiligheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel is de literatuur eensgezinder.⁴⁶

Deze beginselen zorgen, mede gelet op de hierboven besproken betekenis van deze beginselen, voor een eigen dynamiek binnen het verkeersrecht, die anders is dan in het commune strafrecht. Die eigen dynamiek hangt samen met de specifieke gebodsnormen in het verkeersrecht (terwijl het Wetboek van Strafrecht overwegend verbodsnormen kent) en de aanvullende rol van beginselen. Die beginselen worden deels gevoed door interpretaties die afkomstig zijn uit het civiele (aansprakelijkheids)recht. In de betekenis die aan het vertrouwensbeginsel wordt gegeven is immers zichtbaar dat verkeersgedrag van andere verkeersdeelnemers (en daardoor mogelijk medeschuld) van andere verkeersdeelnemers relevant kan zijn, terwijl medeschuld van anderen in het strafrecht niet relevant is binnen de schuldvaststelling bij een verdachte. Meer in het algemeen kan gesteld worden dat het vertrouwensbeginsel relevant is binnen de rechtsverhouding tussen burgers (verkeersdeelnemers) onderling, terwijl het strafrecht functioneert als verticale rechtsbetrekking tussen overheid en burger. Zo bezien is het niet verwonderlijk dat een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel geen geijkte strafrechtelijke duiding kent (als avas-verweer, of als bijzondere rechtvaardigingsgrond) en hiermee samenhangend geen geijkte 'uitgang' kent uit de hoofdvragen van het strafrechtelijke beslissingsmodel in artikel 350 Sv. Het beginsel is immers niet ontworpen volgens de vastgestelde invulling van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid, maar is autonoom daarvan ontwikkeld en daarna voorzien van een strafrechtelijke duiding.⁴⁷

De beginselen spelen tegelijk een voor het verkeersrecht typerende rol in de vraag naar strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een wat ruim uitpakende strafrechtelijke aansprakelijkheid kan gecorrigeerd worden door de beginselen, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel. Zo krijgt de schuldvaststelling binnen het verkeersrecht eveneens een eigen invulling.

4.3.5 Schuld in het verkeersstrafrecht

Binnen het verkeersrecht komt schuld op verschillende wijzen tot uiting in strafbaarstellingen. Allereerst komt die schuld als element van strafbaarheid voor bij alle strafbare feiten, waaronder dus ook de vele overtredingen binnen het verkeersrecht. Dat betekent dat die verwijtbaarheid veronder-

46 Colijn 1971; De Doelder & 't Hart 1977, p. 146-149; Den Harder 2006, p. 114-117.

47 Overigens geldt voor alle strafuitsluitingsgronden dat zij, meer of minder geforceerd, geduid worden als schulduitsluitingsgrond of rechtvaardigingsgrond. Dit kan verklaard worden door het gegeven dat de elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid pas na invoering van het Wetboek van Strafrecht (1886) tot volle wasdom zijn gekomen, en ook na invoering van het Wetboek van Strafrecht van een 'dwingende' procesrechtelijke uitgang voorzien zijn in art. 350 van het in 1926 ingevoerde Wetboek van Strafvordering.

steld wordt, behoudens uitzonderlijke omstandigheden in de vorm van geschreven of ongeschreven schulduitsluitingsgronden. We zagen al dat het verkeersrecht een (uniek) figuur kent die als ongeschreven schulduitsluitingsgrond zou kunnen worden opgevat: het vertrouwensbeginsel.

Daarnaast spelen de schuldvormen opzet en culpa een rol binnen de misdrijven in de Wegenverkeerswet, zoals in paragraaf 4.3.2 reeds in overzicht naar voren werd gebracht. Het is echter niet in alle gevallen duidelijk welke rol zij precies spelen.

4.3.5.1 *Onduidelijke schuldvormen in de Wegenverkeerswet*

Die onduidelijkheid wordt in de eerste plaats veroorzaakt door het gebruik van onduidelijke bewoordingen in het aanduiden van de schuldvormen in de strafbaarstellingen. Dit semantische probleem doet zich op een aantal plaatsen in de Wegenverkeerswet voor. Eerder werd al vastgesteld dat de Wegenverkeerswet zowel doleuze als culpoze misdrijven bevat. Van sommige bepalingen kan echter niet direct worden vastgesteld welke van de twee schuldvormen is bedoeld door de wetgever. Duidelijk zijn de bepalingen waarin de term ‘opzettelijk’ of de term ‘oogmerk’ worden gebruikt; hiermee wordt onmiskenbaar opzet respectievelijk zuiver opzet bedoeld. Ook het ‘ingeblikt’ opzet (door middel van het gebruik van woorden die het opzet automatisch met zich brengen) levert geen problemen op.⁴⁸ Datzelfde geldt voor het boos opzet-vereiste in artikel 11 WWV.

In de artikelen 8 en 9 WWV treffen we een aanduiding van een schuldvorm die wel vraagtekens oproept. In beide bepalingen (artikel 8 lid 1 en lid 6, artikel 9 lid 1, 2 en 5) wordt gesproken van het ‘weten of redelijkerwijs moeten weten’. Deze formulering is uniek in het materiële strafrecht.

Alvorens de precieze betekenis van dit bestanddeel te onderzoeken kunnen alvast twee opmerkingen gemaakt worden. Ten eerste zijn de betreffende onderdelen van artikel 8 en 9 WWV op basis van artikel 176 lid 2 WWV als misdrijf gekwalificeerd. Deze bepalingen bevatten daarom – de algemene regel hieromtrent volgend – opzet of culpa.⁴⁹ ‘Redelijkerwijs moeten weten’ zal daarom als opzet of culpa te gelden hebben. Hierbij ligt het niet voor de hand om opzet in te lezen, omdat dat het onderscheid met het (niet zonder reden ook) genoemde ‘weten’ waardeloos zou maken. Artikel 9 WWV kent in artikel 107 WWV ook een overtredingsvariant; het essentiële verschil is dat artikel 107 WWV geen subjectief bestanddeel bevat. De maximale strafmaat van art. 9 WWV is 1 jaar gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie (artikel 176 lid 2 WWV); de maximale strafmaat van artikel 107 WWV is zes maanden hechtenis of een geldboete van de derde categorie.

In de tweede plaats dient opgemerkt te worden dat de formulering

⁴⁸ Zie voor een overzicht par. 4.3.2.

⁴⁹ Zie over dit uitgangspunt in het Nederlandse strafrecht nader: Appendix I.

sterk doet denken aan ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’, dat op een aantal plaatsen in het Wetboek van Strafrecht (en ook in een aantal bijzondere wetten) gebruikt wordt om opzet en culpa te omschrijven. Deze delicten zijn daarmee *pro parte doleus, pro parte culpoos*. Het ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’ drukt hierbij een voor culpa typerend psychisch manco uit (de verdachte *moest* het vermoeden, maar hij wist het (kennelijk) niet). En hierop sterk lijkende formulering is ‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’, die in meerdere bepalingen in het wetboek voorkomt. Het is mij niet bekend of ooit expliciet is overwogen dat de wetgever met deze beide formuleringen precies hetzelfde wilde uitdrukken. Overeenkomstig aan de bepalingen waarin deze passage voorkomt is echter wel dat het opzet of de culpa hierbij als gelijkwaardige alternatieven functioneren, en dat het opzet of de culpa ziet op een bijkomende omstandigheid.

In de artikelen 8 en 9 WVV wordt een hiervan licht afwijkende formulering gekozen door te spreken over ‘redelijkerwijs moet weten’. Hierbij lijkt het ‘moeten weten’ een hoger cognitief niveau uit te drukken dan ‘moeten vermoeden’; iets ‘moeten weten’ lijkt immers stelliger dan iets ‘moeten vermoeden’.⁵⁰ De in het wetboek voorkomende passage waarin opzet en culpa als gelijkwaardige alternatieven functioneren, en het subjectieve bestanddeel in artikel 8 en 9 WVV kunnen daarom inhoudelijk niet zomaar op één lijn gesteld worden. Het ‘moeten’ weten drukt echter ook hier een psychisch manco uit, waardoor het op het eerste gezicht voor de hand lijkt te liggen om dit als een culpoos onderdeel uit te leggen.

Het bestanddeel ‘weet of redelijkerwijs moet weten’ ziet in artikel 8 (rijden onder invloed) op het feit dat een stof de rijvaardigheid kan verminderen. In de praktijk zal dit subjectieve bestanddeel bewezen kunnen worden onder verwijzing naar een feit van algemene bekendheid.⁵¹ Bewijsrechtelijk levert dit bestanddeel daarom geen problemen op, waardoor de exacte materieelrechtelijke betekenis van ‘redelijkerwijs moet weten’ in het midden kan blijven voor de toepasbaarheid van deze bepaling.

In artikel 9, lid 1 WVV ziet hetzelfde bestanddeel op de ontzegging van de rijbevoegdheid. Deze ontzegging dient op basis van artikel 180, lid 3 WVV in ‘een schrijven’ te zijn vervat dat ‘in persoon’ wordt uitgereikt. Zodra dat is gebeurd, zal het bestanddeel ‘weet of redelijkerwijs moet weten’ in artikel 9, lid 1 zonder problemen bewezen kunnen worden, waardoor ook hier de vraag naar de materieelrechtelijke betekenis van het bestanddeel geen praktische relevantie heeft.

In artikel 9, lid 2 WVV ziet dit bestanddeel op de ongeldigheid van het rijbewijs. Het rijbewijs kan op basis van de artikelen 124, 132 en 134 WVV ongeldig zijn verklaard. De bekendmaking hiervan is onderworpen aan het bestuursrechtelijke regime, waarin het voldoende is dat de ongel-

50 Zie in vergelijkbare zin Concl. A-G Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2019:349, bij HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1146, par. 10.

51 Zie bijvoorbeeld HR 2 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6787.

digverklaring per aangetekende en onaangetekende post aan de rijbewijs-houder is verzonden (zie hierover artikel 3:41 AWB). Artikel 9, lid 2 WVV stelt vervolgens het rijden met een ongeldig verklaard rijbewijs als misdrijf strafbaar. Ontkent de rijbewijshouder dat hij de ongeldigverklaring heeft ontvangen (ondanks dat het bestuursrechtelijk op juiste wijze is bekend-gemaakt), dan kan het ‘weten of redelijkerwijs moeten weten’ niet zomaar bewezen worden; het bestuursrechtelijk bewijsvermoeden is niet toepasbaar in het strafrecht. Dit levert in de praktijk een bewijsrechtelijk probleem op, waardoor ook de precieze betekenis van ‘redelijkerwijs moet weten’ hier praktische relevantie krijgt (want aan dit materieelrechtelijk criterium zullen de bewijsmiddelen minimaal moeten beantwoorden).

In de rechtspraktijk bestaan er met betrekking tot artikel 9, lid 2 WVV in feite twee (niet geheel samenhangende) problemen: onduidelijk is wat het bestanddeel precies betekent, en onduidelijk is wanneer de bewijsvoering het bestanddeel voldoende draagt.

De formulering ‘weet of redelijkerwijs moet weten’ in artikel 9 WVV is ontleend aan de Wegenverkeerswet 1935, waar deze formulering in artikel 32 (reeds bij invoering van deze wet) voorkwam. Artikel 8 WVV is geïnspireerd op artikel 26 Wegenverkeerswet 1935 (waaraan de passage in 1958 is toegevoegd⁵²).⁵³ Via artikel 35 en artikel 38 Wegenverkeerswet 1935 werd overtreding van deze bepalingen als misdrijf gekwalificeerd. In zijn uitgebreide conclusie over (onder meer) deze passage stelt Harteveld, onder verwijzing naar het destijds geschreven commentaar van Weersma en Polak bij de Wegenverkeerswet 1935, dat hiermee *destijds* enkel bedoeld werd op opzet, en niet op culpa. Het ‘redelijkerwijs moet weten’ dient hierbij als wet-telijk bewijsvermoeden, om de bewijsdrempel (van het ‘weten’) op een voor de praktijk aanvaardbaar niveau te brengen.⁵⁴ Een (te) streng materieel-rechtelijk criterium werd dus gecompenseerd door een versoepeling aan de kant van het bewijs. De formulering van die versoepeling roept vervolgens wel de (hier aan de orde gestelde) vraag op naar de materieelrechtelijke betekenis van ‘redelijkerwijs moet weten’. Harteveld stelt vervolgens dat het ‘naar huidige inzichten’ echter als *pro parte* *doleus*, *pro parte* *culpoos* dient te worden opgevat.⁵⁵ Hiermee voorziet hij deze in de praktijk zeer

52 Bij wet van 29 oktober 1958, *Stb.* 1958, 505.

53 *Kamerstukken II* 1990/91, 22030, 3 (MvT), p. 74.

54 De wetgever overwoog hierover slechts: “Het bewijs van de (...) vereichte wetenschap zal meermalen bezwaarlijk te leveren zijn. Daarom is ingevoegd: ‘of redelijkerwijze moet weten’”, *Kamerstukken II* 1933/34, 484, 3, p. 13; Weersma & Polak 1950, p. 246.

55 Concl. A-G Harteveld, ECLI:NL:PHR:2019:349, bij HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1146, par. 10.

relevante bepaling van een meer *hedendaagse* interpretatie.⁵⁶ De Hoge Raad spreekt zich echter niet expliciet uit over de materieelrechtelijke betekenis van dit bestanddeel, maar bespreekt met name op welke wijze dit bestanddeel bewezen kan worden.⁵⁷ Hiermee reduceert de Hoge Raad de kwestie nog steeds tot een bewijskwestie, waardoor hij uit lijkt te gaan van de eerder besproken opvatting van Weersma en Polak.⁵⁸ De Hoge Raad geeft hiermee enige duidelijkheid over dit vage subjectieve bestanddeel, maar draait uiteindelijk om de werkelijke vraag heen. Hij beantwoordt de vraag hoe het bestanddeel bewezen kan worden, maar niet wat het bestanddeel betekent. Intussen worden (sinds 2022) de ongeldigverklaringen ook in persoon uitgereikt, waardoor de angel mogelijk uit de bewijsproblematiek getrokken is. De onduidelijkheid over de materieelrechtelijke betekenis blijft bestaan.

De vraag is in dit verband wellicht vooral waarom de wetgever van de Wegenverkeerswet 1994 deze bepalingen niet duidelijker heeft geformuleerd. In 1935 was het niet gangbaar om met een *pro parte* doleus, *pro parte* culpoos bestanddeel te werken. In de (destijds) spaarzame bepalingen in het Wetboek van Strafrecht werden hiervoor bovendien wisselende formuleringen gebruikt.⁵⁹ Dat de wetgever van 1935 een dergelijk bestanddeel *destijds* niet beoogde (zoals Weersma en Polak ook stelden) is daarom ook goed verklaarbaar. Voor deze interpretatie pleit bovendien dat destijds (1935) de opzetuitdrukking ‘wetende dat’ of ‘weet’ niet met een voorwaardelijk opzet-constructie kon worden bewezen, tenzij de wetgever dat uitdrukkelijk had bepaald.⁶⁰ Nu dat laatste niet het geval was bij artikel 32 WvW 1935, zou er een lacune kunnen ontstaan in schuldvormen (tussen culpa en onvoorwaardelijk opzet) indien er een *pro parte* doleus, *pro parte* culpoos bestanddeel was ingevoegd. Die situatie trachtte de wetgever te vermijden door de bewijsvoering van ‘weet’ te vergemakkelijken met een wettelijk bewijsvermoeden, in plaats van een lichtere schuldvorm.

In de *hedendaagse* Wegenverkeerswet zou echter wel eenvoudig aansluiting kunnen worden gezocht met een thans gangbaar *pro parte* doleus, *pro parte* culpoos bestanddeel, zowel in formulering als in betekenis. In 2008 heeft de Hoge Raad immers het bestanddeel ‘wetende dat’ en vergelijkbare uitdrukkingen in algemene zin onder het bereik van het voorwaardelijk opzet gebracht.⁶¹

56 Daarmee is de problematiek die deze bepaling in de praktijk veroorzaakt overigens nog niet opgelost, maar dat betreft meer bewijsrechtelijke problematiek. Zie daarover de eerder aangehaalde conclusie van Harteveld, en het daaropvolgende (overzichts)arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1146.

57 HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1146, r.o. 2.4.4.

58 Aldus ook W.H. Vellinga, annotatie bij HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1146, NJ 2019, 454.

59 In art. 437bis Sr: ‘weet of redelijkwijs moet vermoeden’, in art. 250 Sr: ‘kent of redelijkerwijs moet vermoeden’ en in artt. 132, 134 en 271: ‘weet of ernstige reden heeft (om) te vermoeden’. Zie hierover par. 5.3.5.

60 Zie hierover nader Appendix I.

61 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8673, r.o. 3.5-3.6.

Op een enkele plaats in de Wegenverkeerswet wordt een subjectief bestanddeel aangeduid met de term ‘kennelijke bedoeling’ (artikel 41, lid 1, sub c):

“[het is verboden] op een motorrijtuig of een aanhangwagen een teken, niet zijnde een ingevolge artikel 36 aan de eigenaar of houder voor dat motorrijtuig of die aanhangwagen opgegeven kenteken, aan te brengen of te doen aanbrengen *met het oogmerk* dat teken te doen doorgaan voor een zodanig kenteken *dan wel* met de *kennelijke bedoeling* dat teken te doen doorgaan voor een overeenkomstig de daarvoor geldende voorschriften opgegeven buitenlands kenteken dan wel een met toepassing van artikel 37, derde lid, opgegeven kenteken;”
(mijn cursivering, JC)

Wat hiermee precies wordt bedoeld is onduidelijk: noch in de parlementaire geschiedenis⁶² noch in de jurisprudentie wordt enige overweging aan dit bestanddeel gewijd. Het doet denken aan een bestanddeel van artikel 261 Sr (smaad(schrift)), waarin gesproken wordt van ‘het kennelijke doel’; dit wordt als een opzetvereiste gezien dat vergelijkbaar is met een oogmerkvereiste.⁶³ Het ligt voor de hand deze uitleg ook toe te passen op het bestanddeel ‘kennelijke bedoeling’ in artikel 41 WVV. In deze bepaling staat de ‘kennelijke bedoeling’ namelijk als alternatief bestanddeel (‘dan wel’) geformuleerd voor een bestanddeel dat een oogmerkvereiste bevat.

In artikel 41 lid 2 WVV, waarin aansprakelijkheid voor het misdrijf in artikel 41 lid 1 is uitgebreid, wordt een formulering gebruikt die eveneens tot enige onduidelijkheid leidt. In deze bepaling wordt de formulering ‘weet of redelijkerwijze kan vermoeden’ gebruikt. Dit is weer nét anders geformuleerd dan ‘weet of redelijkerwijs moet weten’ in artikel 8 en 9 WVV, maar ook nog steeds anders dan ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’ zoals dat in het Wetboek van Strafrecht wordt gebruikt ter aanduiding van een pro parte doleus, pro parte culpoos delict. Bij welke van deze twee formuleringen ‘weet of redelijkerwijze kan vermoeden’ het beste aansluit is niet duidelijk. In de gepubliceerde rechtspraak komt deze zinsnede slechts sporadisch voor,⁶⁴ waarvan het merendeel in civielrechtelijke rechtspraak. In de rechtspraak wordt de zinsnede niet nader opgehelderd, en evenmin in de parlementaire geschiedenis. Duidelijk is wel dat deze formulering reeds in deze vorm in het oorspronkelijk voorstel van wet stond,⁶⁵ en nadien, uitgezonderd een vernummering en een technische wijziging, ongewijzigd en onbesproken is. Vanwege het woord ‘kan’ ligt het niet meteen voor de hand om aansluiting te zoeken bij de betekenis van ‘moet vermoeden’, nu ‘moet’ een meer normatieve lading heeft die past bij culpa terwijl ‘kan’ een meer feitelijke en subjectieve lading heeft die beter past bij de verwijtbaar-

62 *Kamerstukken I/II* 2005/06 – 2006/07, 30476.

63 Janssens, in: *T&C Strafrecht*, art. 261 Sr, aant. 9g.

64 Om precies te zijn twaalf keer (op 3 december 2021).

65 *Kamerstukken II* 1990/91, 1-2, p. 16.

heid (als element of als subjectieve component van de culpa). Nu artikel 41 WVV via artikel 176 WVV als misdrijf is bestempeld kan echter niet volstaan worden met de enkele verwijtbaarheid, maar moet een zwaardere schuldvorm aanwezig zijn. Hoe dit bestanddeel moet worden uitgelegd blijft derhalve grotendeels onduidelijk. Relevant kan zijn dat artikel 41 lid 2 WVV feitelijk geen zelfstandige strafbaarstelling is, maar een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid – getuige het eerste deel van artikel 41 lid 2 WVV – naar de eigenaar en houder van het motorrijtuig of aanhangwagen. Ook indien dat gegeven wordt meegerekend zou echter onverminderd de systematiek moeten worden gevolgd waarin voor misdrijven culpa of opzet vereist is. Juist om die reden is de met artikel 41 lid 2 WVV vergelijkbare constructie (uitbreiding van de aansprakelijkheid naar de eigenaar of houder van het motorrijtuig of aanhangwagen) in artikel 181 en 182 WVV juist beperkt tot de overtredingen.

4.3.5.2 *Ontbrekende schuldvormen in de Wegenverkeerswet*

De onduidelijke rol van de schuldvormen in de Wegenverkeerswet wordt naast de besproken onduidelijkheden ook veroorzaakt door het feit dat zij lijken te ontbreken op plekken waar zij wel verwacht mogen worden: bij misdrijven.

Onduidelijk is ten eerste of artikel 4 een opzet- of schuldvereiste bevat; enerzijds wordt overtreding van (lid 2 en 5 van) deze bepaling bestempeld als misdrijf (artikel 176 lid 5), anderzijds kan in deze leden lastig een schuldvorm worden ontwaard (terwijl het uitgangspunt is dat een misdrijf opzet of culpa bevat).^{66, 67}

Een veel relevanter probleem ontstond onder vigeur van de Wegenverkeerswet 1935. Hoewel deze wet intussen is vervallen, is het probleem dat hier ontstond nog van actueel belang omdat het zich vandaag ook op andere plekken in het (bijzonder) strafrecht voordoet. Het zal daarom ook nog op andere plaatsen in dit onderzoek aan de orde worden gesteld, steeds onder verwijzing naar de onderstaande tekst.

Het probleem ontstond bij (toepassing van) artikel 30 WVV 1935, lid 1, onderdeel a (doorrijden na een ongeval). Deze bepaling luidde, voorzover hier van belang:

“Het is den bestuurder van een motorrijtuig, een rijwiel, of een ander rij- of voertuig verboden na een ongeval, ontstaan hetzij als gevolg van botsing, aan- of overrijding met dat motorrijtuig, rijwiel of ander rij- of voertuig, hetzij als gevolg van eenige handeling ter voorkoming van botsing met of aan- of overrijding door dat motorrijtuig, rijwiel of ander rij- of voertuig;

66 De Hullu 2021, p. 202.

67 Jurisprudentie hieromtrent bestaat niet. Het is voor wat betreft lid 5 te hopen dat dit zo blijft, want dit lid is alleen van toepassing in tijden van oorlog.

- a. waarbij een mensch is gedood of gekwetst, de gezondheid van een mensch is benadeeld, of schade is toegebracht aan eenig goed van een ander dan een inzittende van dat motorrijtuig of ander rij- of voertuig dan wel een ander dan dengene of degenen, die met dat rijwiel reden, door te rijden of weg te rijden voordat de identiteit van zijn persoon, of, voor wat motorrijtuigen betreft, van het motorrijtuig en van dengene die tijdens het ongeval het motorrijtuig bestuurde, behoorlijk is kunnen worden vastgesteld;”

Deze bepaling was als misdrijf gekwalificeerd in de wet. Hierom dient deze bepaling een schuldvorm te bevatten.⁶⁸ Dit overweegt ook de Hoge Raad in zijn arrest van 1 maart 1955:

“die uitlegging ook in overeenstemming is met het in ons strafrecht gehuldigde beginsel krachtens hetwelk geen strafbaarheid ter zake van misdrijf intreedt, tenzij blijkt dat opzet of schuld aan den dader is te verwijten”.⁶⁹

Met ‘die uitlegging’ bedoelt de Hoge Raad een hieraan voorafgaande overweging, waarin hij stelde:

“dat art. 30 lid 1 W.V.W. in dien zin is te verstaan, dat, wil strafbare overtreding van het in den aanhef en onder a gestelde verbod plaats vinden, de doorrijdende of wegrijdende bestuurder zich *in meerdere of mindere mate er van bewust moet zijn geweest*, dat een ongeval is ontstaan als in het voorschrift bedoeld, met een of meer van de daarin onder a aangeduide gevolgen”⁷⁰ (mijn cursivering, JC)

Hieruit ontstaan twee onduidelijkheden. De eerste onduidelijkheid betreft de betekenis van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’, daarop kom ik hieronder terug. De tweede onduidelijkheid is echter *waarom* de Hoge Raad ‘die uitlegging’ nodig vond om de bepaling in overeenstemming te brengen met het uitgangspunt dat elk misdrijf een schuldvorm bevat. De bepaling bevat namelijk het bestanddeel ‘door te rijden of weg te rijden’. Hierin ligt al een opzetvereiste besloten, waardoor er – om aan het uitgangspunt te voldoen – geen (ander) subjectief bestanddeel hoeft te worden ingelezen. Röling stelt ook in zijn annotatie bij een ander arrest betreffende artikel 30 WVV 1935 dat “het delicts-opzet is geïmpliceerd in het woord ‘doorrijden’ en ‘wegrijden’”.⁷¹ Het punt is echter dat dit bestanddeel dermate neutraal is – in het verkeer wordt er natuurlijk voortdurend gereden, doorgereden en weggereden – dat het niet in staat is onderscheid te maken tussen strafbaar verkeersgedrag en straffeloos verkeersgedrag. Het kenmerkende van de bepaling is dat er wordt doorgereden of weggereden *na een ongeval*. Hier zal het opzet (of schuld) dus mede op gericht moeten zijn. Dit

68 Dit uitgangspunt wordt besproken in Appendix I bij dit onderzoek.

69 HR 1 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:159, NJ 1956, 2, m.nt. Röling. Dit uitgangspunt komt ook aan de orde in Appendix I.

70 HR 1 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:159, NJ 1956, 2, m.nt. Röling.

71 HR 17 mei 1955, ECLI:NL:HR:1955:179, NJ 1956, 3, m.nt. Röling.

overweegt de Hoge Raad echter niet, waardoor hij lijkt aan te nemen dat artikel 30 WVV geen schuldvorm bevat. Röling aarzelt hierover overigens ook in zijn annotaties. Waar hij namelijk in de ene annotatie stelt dat in het weg- of doorrijden een opzetvereiste besloten ligt,⁷² stelt hij in een andere annotatie (bij een arrest dat kort voor het eerder door hem geannoteerde arrest werd gewezen) juist dat artikel 30 WVV 1935 een 'overtredingsstructuur' heeft wat voor wat betreft de schuldvormen (kortom: artikel 30 WVV 1935 bevat dan geen schuldvorm).⁷³ In beide zaken was het door- of wegrijden overigens correct tenlastegelegd.

De tweede onduidelijkheid betreft de betekenis van de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn'. De Hoge Raad koos voor deze formulering omdat een vergelijkbare formulering was gebruikt door de wetgever bij de toelichting op artikel 24 Motor- en Rijwielwet, die de directe voorloper van artikel 30 WVV 1935 was:⁷⁴

"Het ongeval moet het onder a of b aangeduide gevolg hebben gehad en de dader moet zich daarvan in meerdere of mindere mate bewust zijn geweest. Dit laatste vereischte vloeit uit de omschrijving van het delict voort."⁷⁵

Artikel 24 Motor- en Rijwielwet, onder a, bevatte daarnaast nog een opzetvereiste, namelijk het 'oogmerk om het vaststellen van de identiteit, hetzij van het motorrijtuig, hetzij van zijn persoon of van dengene, die tijdens het ongeval het rijtuig bestuurde, te beletten'.⁷⁶ Voor een veroordeling op basis deze bepaling moest dus (onder meer) bewezen worden dat de verdachte zich in meerdere of mindere mate bewust was geweest van het in de bepaling aangeduide gevolg, én dat hij (met het doorrijden) het oogmerk had om te voorkomen dat zijn identiteit kon worden vastgesteld. Dit oogmerkvereiste leverde bewijsproblemen op in de praktijk, waardoor het geschrapt werd in artikel 30 WVV 1935, dat op 1 januari 1951 in werking trad. Hiermee was de bepaling in feite tot een overtreding gedenatureerd, zo stelde Röling in zijn noot bij dit arrest.⁷⁷ De Hoge Raad zag zich dus op 1 maart 1955, enkele jaren na invoering van de nieuw geredigeerde bepaling, geconfronteerd met dit recent ingevoerde *misdrijf* dat geen schuldvorm (meer) bevatte. Bij de interpretatie van deze bepaling ging de Hoge Raad vervolgens – logischerwijs – op zoek naar aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis om een schuldvorm te kunnen inlezen in de bepaling. De Hoge Raad viel uiteindelijk in zijn hierboven geciteerde arrest van 1 maart 1955

72 HR 17 mei 1955, ECLI:NL:HR:1955:179, NJ 1956, 3, m.nt. Röling.

73 HR 1 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:159, NJ 1956, 2, m.nt. Röling.

74 Daarnaast heeft de Hoge Raad zich mogelijk laten inspireren door de feitenrechtspraak. In de gepubliceerde feitenrechtspraak voorafgaand aan 1 maart 1955 kwam de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' eenmaal voor: Rb. Rotterdam 26 februari 1954, NJ 1954, 670.

75 *Kamerstukken II* 1922/23, 97, 1, p. 11.

76 *Kamerstukken II* 1922/23, 97, 1, p. 4.

77 HR 1 maart 1955, ECLI:NL:HR:1955:159, NJ 1956, 2, m.nt. Röling.

dus terug op de 'meerdere of mindere mate' van bewustzijn die de wetgever in 1923 noemde. Dit was echter geen gelukkige greep; er had immers een cruciale wijziging plaatsgevonden in de bepaling sinds 1923 doordat het oogmerkvereiste was geschrapt. De wetgever van 1923 doelde met de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' dus op een *aanvullend* subjectief vereiste dat 'uit de omschrijving van het delict voortvloeide'. De Hoge Raad positioneert dit impliciete bestanddeel echter als het *enige* subjectieve bestanddeel in deze bepaling. Het uitgangspunt dat elk misdrijf opzet of culpa bevat leunt hiermee geheel op dit impliciete bestanddeel. Dat dwingt dan ook tot een uitleg van dit bestanddeel in termen van opzet en schuld, nu nergens uit blijkt dat hiermee een nieuw subjectief bestanddeel werd beoogd. Het lijkt erop dat de Hoge Raad dit in zijn arrest van 1 maart 1955 niet scherp voor ogen heeft gehad.

De betekenis van dit (impliciete) bestanddeel zal dus gezocht moeten worden binnen de bestaande schuldvormen opzet en culpa. Op het eerste gezicht valt direct op dat de nadruk geheel ligt op het 'bewustzijn', de cognitieve component binnen het opzet (en bewuste schuld). Daarnaast ziet het bestanddeel op een omstandigheid. Wat dat betreft is het vergelijkbaar met het vaker voorkomende bestanddeel 'wetende dat', waarmee de wet uitdrukking geeft aan het opzet in een aantal gevallen. Van het bestanddeel 'wetende dat' was lange tijd onduidelijk of het kon worden bewezen met een voorwaardelijk opzet-constructie.⁷⁸ Bovendien moet bedacht worden dat het voorwaardelijk opzet in 1923 nog geen onomstreden figuur vormde waarmee het 'gewone' opzet kon worden (nog afgezien van de vraag of het kon worden toegepast bij het bestanddeel 'wetende dat'). Het kan daarom zijn dat de wetgever van 1923 hierom heeft afgezien van deze opzetaanduiding, en met de 'mindere mate van bewustzijn' een lage vorm van opzet bedoelde, waarmee hij de bewijslast voor dit delict bewust laag legt. Dat kan verklaren wat het bestanddeel *destijds* betekende. Daarmee is de vraag nog niet beantwoord wat het bestanddeel *in 1955* betekende, toen het zijn weg vond naar de rechtspraak van de Hoge Raad. In de jaren vijftig werd immers het voorwaardelijk opzet in z'n hedendaagse betekenis erkent door de Hoge Raad.⁷⁹ De vraag die sindsdien voorligt, is of het (impliciete) bestanddeel kan worden ingepast in de gangbare betekenis en gradaties van het opzet, of dat het wellicht moet worden begrepen als een uitdrukking van opzet ('meerdere mate van bewustzijn') en culpa ('mindere mate van bewustzijn'); een impliciet pro parte doleus pro parte culpoos bestanddeel aldus.

Zoals in volgende paragrafen zal blijken, is dezelfde formulering na 1955 toegepast in (onder meer) WWM-jurisprudentie en Opiumwet-jurisprudentie, waar dit subjectieve bestanddeel eveneens is ingelezen door de Hoge Raad (onder meer omdat de wetgever ook in de WWM had nagelaten enkele misdrijven te voorzien van een subjectief bestanddeel). Naar aanlei-

78 Zie hierover Appendix I.

79 Zie hierover Appendix I.

ding hiervan heeft de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ intussen enige bekendheid vergaard, en heeft een aantal auteurs zich gebogen over de betekenis van deze formule. Sackers meent dat een ‘mindere mate van bewustzijn’ duidt op bewuste schuld, waarmee de misdrijven waarin dit bestanddeel wordt ingelezen dus *pro parte doleus, pro parte culpoos* zijn.⁸⁰ Elders voegt Sackers hier nog aan toe dat onbewuste schuld onvoldoende zal zijn om een ‘mindere mate’ van bewustzijn te bewijzen.⁸¹ Hij verenigt zich hierin met de opvatting van Knigge, die eerder al stelde dat voorwaardelijk opzet niet nodig, en bewuste schuld voldoende is voor het bewijzen van een ‘mindere mate van bewustzijn’, terwijl onbewuste schuld dat niet is.⁸² Ook De Hullu spreekt in dit verband van een ‘soort bewuste schuld’.⁸³ Duker komt, na een analyse waarin hij ook feitenrechtspraak betreft, tot de conclusie dat een culpoze vorm van het voorhanden hebben van een verboden wapen – in het licht van het criterium van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ – voldoende is om tot een bewezenverklaring van dit delict te komen.⁸⁴ In de literatuur is men klaarblijkelijk tamelijk eensgezind over de betekenis van dit impliciete bestanddeel. Aan deze argumenten valt nog toe te voegen dat de wetgever bij de invoering van de Wegenverkeerswet 1994 in artikel 7 (de opvolger van artikel 30 WVV 1935) heeft gekozen voor het expliciet subjectieve bestanddeel ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’, *pro parte doleus, pro parte culpoos* dus. In de memorie van toelichting zegt de wetgever hierover:

“Naar ons oordeel bestaat er thans alle aanleiding dit subjectieve element in de wettekst tot uitdrukking te brengen. Het hanteren van de term «naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden» komt ons daarbij geschikt voor. (...) Het bevorderen van de toegankelijkheid van de wetgeving brengt met zich mee dat waar mogelijk met elkaar overeenstemmende terminologieën worden gebezigd. Zoals gezegd achten wij *de voorgestelde redactie een adequate vertaling van de jurisprudentie ter zake.*” (mijn cursivering, JC)

Ook de wetgever vatte het de meerdere of mindere van bewustzijn dus op als *pro parte doleus, pro parte culpoos*. In de Wegenverkeerswet is dit impliciete bestanddeel dus inmiddels verdwenen,⁸⁵ maar op andere plaatsen komt dit impliciete bestanddeel nog voor. De vraag naar de precieze betekenis blijft daardoor onverminderd relevant. Tegen de duiding in de literatuur van dit bestanddeel valt in te brengen dat de conclusie van de genoemde auteurs dat een ‘mindere mate van bewustzijn’ ruimte laat ont-

80 Sackers 2020, p. 300-301.

81 Sackers in: *T&C Strafrecht*, Inl. Opm. WWM, aant. 4c.

82 Knigge 1989, p. 91.

83 De Hullu 2018, p. 212. In De Hullu 2021 (p. 202) is deze passage verwijderd.

84 Duker 2014, p. 58.

85 Hoewel zelfs in de recente feitenrechtspraak omtrent de Wegenverkeerswet soms het oude criterium nog wordt gebezigd, wellicht uit nostalgie. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11082, r.o. 3.3.

staan voor bewuste schuld niet goed te stroken met het wezen van bewuste schuld: weten, maar ten onrechte hopen op een goede afloop.⁸⁶ Want als die 'mindere mate van bewustzijn' niet voldoende bewustzijn oplevert voor voorwaardelijk opzet, hoe kan het dan tegemoetkomen aan de eisen die op dit punt aan een bewezenverklaring van bewuste schuld worden gesteld?

Bovendien levert het onderscheid tussen bewuste schuld en onbewuste schuld weliswaar plezierige dogmatische conversaties op, maar is het voor de strafwaardigheid van culpoze delicten niet van betekenis.⁸⁷ Vanuit deze gedachte spreekt het niet aan de bewuste schuld bij (bijvoorbeeld) het 'voorhanden hebben' van verboden wapens wel te bestraffen, en de onbewuste schuld niet.

Voorts strookt het *inlezen* van culpa in een delictsomschrijving – anders dan opzet – niet met de systematiek in het Nederlandse strafrecht.⁸⁸ Dit geldt des te sterker als de onbewuste schuld, een onbetwiste vorm van culpa, daar vervolgens niet onder begrepen wordt.

Er valt hierom toch veel te zeggen voor een interpretatie van de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' als uitdrukking van opzet. Hierboven liet ik zien dat dit het bestanddeel in 1923 een aanvullend subjectief vereiste was dat niet dwingend onder opzet of culpa hoefde te worden begrepen omdat de bepaling reeds een ander opzetvereiste bevatte. Toen het bestanddeel in 1955 door de Hoge Raad van stal werd gehaald vatte de Hoge Raad het (waarschijnlijk) op als enige subjectieve bestanddeel in een delictsomschrijving. Daardoor werd de vraag naar de betekenis (in termen van opzet of culpa) een stuk klemmender. In diezelfde periode wees de Hoge Raad een serie arresten waarin hij het voorwaardelijk opzet in z'n hedendaagse betekenis uitdrukkelijk erkende.⁸⁹ Hierbij bestond voornamelijk discussie over de omvang van de kans – en daarmee ook de omvang van het bewustzijn daarvan – dat het tenlastegelegde gevolg of de tenlastegelegde omstandigheid zich voor zou doen. Dit werd uitgedrukt in graden van bewustzijn (variërend van zekerheidsbewustzijn tot mogelijkhedenbewustzijn). Het kan hierom goed zijn dat de Hoge Raad in 1955 met de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' wilde uitdrukken dat *élke* opzetgradatie zou volstaan. Daarbij is alleen niet duidelijk of het pure mogelijkhedenbewustzijn hier ook onder valt, nu het bestanddeel dan (toch) ook mede bewuste schuld zou omvatten.

Het is de hoogste tijd voor een tussenconclusie. Geconstateerd kan worden dat de wetgever in artikel 30 WvW 1935 de rechtspraktijk opzadelde met een misdrijf dat geen duidelijk subjectief bestanddeel bevatte. De Hoge Raad heeft hierom een impliciet subjectief bestanddeel ingelezen in de bepaling. Hierbij werd een formulering gebruikt dat eerder in de parlementaire geschiedenis was genoemd door de wetgever bij artikel 24 Motor- en

86 Zie hierover Appendix I.

87 Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, aant. 6.6.

88 Zie Appendix I.

89 Zie Appendix I.

Rijwielwet. Die bepaling verschilde echter op een cruciaal punt van het latere artikel 30 WVV 1935. Hierom leverde het door de Hoge Raad impliciet ingelezen subjectieve bestanddeel onduidelijkheid op. Dit werd in de WVV 1994 gerepareerd in artikel 7 WVV. De ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ was in de tussentijd echter in zwang geraakt op andere plaatsen in het strafrecht, waardoor het tot op de dag van vandaag niet duidelijk is wat er precies onder moet worden verstaan. De in de literatuur verdedigde uitleg is dat het een pro parte doleus, pro parte culpoos bestanddeel betreft. Hier zou onbewuste schuld dan niet onder vallen. Hoewel deze uitleg goede papieren heeft, valt er ook het nodige tegenin te brengen. Hierom zou voor de uitleg van dit bestanddeel wellicht toch gedacht moeten worden aan een (ongelukkig geformuleerde) variant op ‘wetende dat’, een uitdrukking van opzet dus. Het grootste raadsel van dit impliciete bestanddeel is echter waarom de wetgever niet op alle plekken waar dit impliciete bestanddeel gebruikt wordt duidelijkheid heeft geboden (zoals hij dat wel heeft gedaan in artikel 7 WVV).

4.3.5.3 Toepassing van *commune misdrijven* op verkeersongevallen

Voor een goed begrip van de rol van schuld binnen het verkeersstrafrecht is het van belang om voor ogen te hebben in welke gevallen berechting van een ‘verkeerscasus’ via het *commune* bepalingen aangewezen, althans mogelijk is.⁹⁰

De doleuze misdrijven vormen, ook na invoering van artikel 5a WVV, niet de ernstigste misdrijven in de WVV; artikel 6 bevat namelijk het hoogste strafmaximum terwijl dit een culpoos misdrijf betreft. Aangenomen wordt dat artikel 6 WVV een juridische specialis vormt van artikel 307 Sr (dood door schuld) en 308 Sr (zwaar lichamelijk letsel door schuld).⁹¹ Artikel 6 WVV speelt daardoor een belangrijke rol binnen het verkeersstrafrecht. Een dergelijke (juridische) specialisverhouding is niet aanwezig ten aanzien van een aantal doleuze bepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Hierdoor is vervolging van ‘verkeerszaken’ mogelijk op grondslag van een tenlastelegging van moord (artikel 289 Sr), doodslag (artikel 287 Sr), zware mishandeling (artikel 302 Sr) of eenvoudige mishandeling (artikel 300 Sr en eventueel artikel 301 Sr). Bij (concrete) gevaarzetting voor de in deze delicten beschermde rechtsgoederen komt vervolging op basis van een poging tot deze delicten of bedreiging (artikel 285 Sr) in beeld (behalve de eenvoudige mishandeling vanwege hetgeen bepaald is in artikel 300 lid 5 Sr). Vervolging op basis van de genoemde bepalingen heeft dan ook

90 Ik keer op dit punt (vervolging en berechting van verkeerszaken via het *commune* strafrecht) in het volgende hoofdstuk nog terug voor wat betreft *de gevolgen* voor het *commune* strafrecht van de hier aan de orde gestelde mogelijkheden om verkeerszaken via *commune* bepalingen te vervolgen en berechten.

91 Van der Hulst/Damen, in: *T&C Strafrecht*, art. 6 WVV, aant. 7; Krabbe 1994, p. 121-124. Er bestaat hierover wel enige twijfel, zie daarover: Harteveld & Robroek 2021, p. 81.

geregeld plaats gevonden.⁹² Tot slot is niet ondenkbaar dat vervolging plaatsvindt op grondslag van (poging tot) vernieling (artikel 350 Sr), maar er zijn mij geen zaken bekend waarin dit feit binnen een verkeerscontext (al dan niet subsidiair) is tenlastegelegd; ik zal aan dit feit daarom in het vervolg geen aandacht besteden.⁹³

Vervolging voor de genoemde commune delicten is aangewezen indien sprake is van schending van de aldaar beschermde rechtsgoederen: de gezondheid of lichamelijke integriteit van personen en de bescherming van het menselijk leven. In het geval van poging tot de genoemde commune delicten geldt dat gevaarstelling tot schending van deze rechtsgoederen benodigd is voor een succesvolle vervolging op grondslag van deze delicten. In het geval van bedreiging is de persoonlijke vrijheid het beschermde rechtsgoed.

Deze rechtsgoederen worden, uitgezonderd de persoonlijke vrijheid, ook in de WVV beschermd via artikel 5 en 6. Onderscheidend aan de commune delicten is daarom, met uitzondering van bedreiging, niet het beschermde rechtsgoed maar de aanwezigheid van opzet. Artikel 5 WVV bevat immers geen schuldvorm (en is daarom een overtreding) en artikel 6 WVV bevat culpa en (sinds 2006) roekeloosheid. Zodra het feitencomplex in een verkeerszaak erop wijst dat er niet zozeer bepaalde (verkeers)normen zijn geschonden met een (gevaar voor) schending van de genoemde rechtsgoederen, maar er een zekere gerichtheid op schending van die rechtsgoederen aanwezig was, zal vervolging voor de (doleuze) commune bepalingen voor de hand liggen. Van die gerichtheid, dat opzet, zal – eventueel in voorwaardelijke zin – bijvoorbeeld sprake zijn indien een voertuig als ‘wapen’ wordt ingezet door (pogen) in te rijden op een of meerdere personen, of zodra de dood of het zwaar lichamelijk letsel van kwetsbare, ongelijkwaardige verkeersdeelnemers op de koop wordt toegenomen.⁹⁴ Bij een verkeersongeval tussen gelijkwaardige verkeersdeelnemers (zoals auto’s) ligt een dergelijk opzet minder voor de hand; de verdachte bevindt zich immers (eveneens) in een kwetsbare situatie en zou daarmee zijn eigen gezondheid of leven op het spel zetten.⁹⁵ Toch zijn dergelijke situaties niet ondenkbaar.⁹⁶

92 Zie voor een kwantitatieve onderbouwing: Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 103-104.

93 Overigens is mij niet geheel duidelijk geworden waarom dit feit, dat het ongestoorde gebruik van goederen als rechtsbelang heeft, niet gebruikt wordt in ernstige verkeerszaken waarbij (onder meer) schade is toegebracht aan voertuigen of andere goederen. Mogelijk speelt hierin mee dat op basis van art. 179a WVV de ontzegging van de rijbevoegdheid, voor wat betreft de commune delicten, enkel als bijkomende straf kan worden opgelegd bij veroordeling op basis van de artt. 285, 287, 289, 301, 302 en 303 Sr.

94 Zoals bijvoorbeeld in HR 23 januari 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AA9594, NJ 2001, 327 (*Enkhuizer doodslag*).

95 Zoals bijvoorbeeld in HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, NJ 1997, 199 (*Porsche*).

96 Zoals bijvoorbeeld in HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111 (*Corsa*).

De vraag is echter wel of het wenselijk is dat ernstige verkeersongevallen worden tenlastegelegd en berecht onder een dergelijk communale delict. Deze vraag rijst wellicht nog niet zo zeer bij de hierboven aangeduide situaties waarbij een voertuig als wapen wordt ingezet. In die situatie is het feit dat er een voertuig bij betrokken is, waarmee het in een verkeerscontext wordt getrokken, immers eerder een bijkomstigheid.⁹⁷ Maar die vraag wordt pregnanter bij de situaties die zich afspelen in het verkeer, en waarbij – in die verkeerssituaties – een ernstig ongeval ontstaat. Gesteld kan immers worden dat indien de wetgever had gewenst dat dergelijke ernstige verkeersongevallen konden worden berecht onder een doleuze delictsomschrijving, hij daartoe wel voorzieningen had getroffen in de WVV.⁹⁸ Zo bezien zou het ingaan tegen de wens van de wetgever om ernstige verkeersongevallen onder een doleuze delictsomschrijving ten laste te leggen. Hierover bestond ook discussie rondom de invoering van de WVV 1994.⁹⁹

Binnen deze discussie zijn twee standpunten – of varianten daarop – verdedigd. Enerzijds het reeds genoemde standpunt waarin verdedigd wordt dat ernstige verkeersongevallen niet via commune bepalingen kunnen worden vervolgd, nu deze materie het exclusieve domein is van de WVV (uitgezonderd de meer evident commune zaken waarin een voertuig als wapen is ingezet). Anderzijds het standpunt waarin vervolging ter zake van commune delicten wél mogelijk is, om hiermee recht te doen aan de ernst van de feiten en tegemoet te komen aan de in de jaren negentig tamelijk breed gevoelde maatschappelijke wens om ernstige verkeersongevallen zwaar(der) te kunnen bestraffen.¹⁰⁰ Dit sentiment valt althans ook te proeven in de noten van Dijkstra en (in mindere mate) van De Hullu bij het Porsche-arrest.¹⁰¹ Deze wens ontstaat vanuit de eenvoudige constatering dat de WVV 1994 (net als zijn voorloper, de WVV 1935) de ernstige verkeersdelicten enkel in culpoze vorm strafbaar heeft gesteld in artikel 6 juncto artikel 175 WVV. Deze bepaling kende in de oorspronkelijke wet-

97 Het voertuig is hierbij toch vooral instrument in de handen van een verdachte die tot een bepaald wilsbesluit is gekomen. Ook zal het opzet minder problematisch zijn in deze situaties, nu het inrijden op een persoon in de bedoelde zin een zekere gerichtheid veronderstelt op het doden van of het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een persoon.

98 Zie voor een voorstel hiertoe bijvoorbeeld Dijkstra in zijn noot bij HR 15 oktober 1996, VR 1997, 160 (*Porsche*).

99 Zie bijvoorbeeld A-G Meijers in zijn conclusie bij HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, NJ 1997, 199 (*Porsche*), in het bijzonder de randnummers 1-4. Hij reageert hiermee op een cassatiemiddel (van mr. Spong) waarin dit punt ter discussie werd gesteld. De conclusie van A-G Meijers is echter dat deze discussie intussen was beslecht, waardoor vervolging voor commune delictsomschrijvingen bij een duidelijk verkeersrechtelijk feitencomplex niet was uitgesloten. Ook De Hullu refereert aan deze discussie in zijn noot n.a.v. hetzelfde Porsche-arrest: De Hullu 1997, p. 438-444.

100 Onder meer gevoed door de zaak die uiteindelijk uitmondde in HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0502, NJ 1996, 714 (*Zeeuwse motorrijder*).

101 De Hullu 1997; HR 15 oktober 1996, VR 1997, 160 (*Porsche*), m.nt. Dijkstra.

tekst van de WVV 1994 een strafmaximum van een jaar wanneer het een ongeval betreft waarbij een ander is gedood en negen maanden bij een ongeval waarbij een ander lichamelijk letsel heeft opgelopen.¹⁰² (Later werden deze strafmaxima flink verhoogd en werd ook de roekeloosheid, die hieronder nog ter sprake zal komen, als strafverzwarringsgrond ingevoerd.) Bovendien is een poging tot overtreding van de norm in artikel 6 WVV slechts theoretisch mogelijk, nu poging tot culpoze misdrijven juridisch nagenoeg is uitgesloten (vanwege het voor poging vereiste 'voornemen'). De enige mogelijkheid die binnen de WVV wordt geboden indien geen ernstig gevolg is ingetreden bij een verkeersongeval is bestraffing via het als overtreding gekwalificeerde artikel 5 WVV (juncto 177 juncto artikel 178 WVV), waarop een aanvankelijk een strafmaximum was gesteld van twee maanden hechtenis. (Later werd dit strafmaximum verhoogd tot zes maanden en werd (in 2020) artikel 5a WVV, die hieronder nog ter sprake zal komen, ingevoerd.) Hierom zal het OM, indien het van mening is dat er sprake was van opzet bij de verdachte op de tenlastegelegde gevolgen, en indien het van mening is dat de strafmaxima uit de WVV onvoldoende recht doen aan de ernst van het verwijt, dienen uit te wijken naar het commune strafrecht. De wetgever hield na de invoering van de WVV 1994 expliciet rekening met de mogelijke inzet van het commune strafrecht voor ernstige verkeersdelicten. In 1998 werd in artikel 179a WVV namelijk de mogelijkheid gecreëerd voor het opleggen van de bijkomende straf van de ontzegging van de rijbevoegdheid, bij veroordeling wegens de artikelen 287, 289, 301, 302 en 303 Sr, indien het feit wordt gepleegd 'met een motorrijtuig dat hij ten tijde van het feit bestuurde of deed besturen'. Later werd hier artikel 285 Sr nog aan toegevoegd. De wetgever zag bij de invoering van deze bijkomende straf overigens in dat deze constructie vanuit codificatieperspectief niet de schoonheidsprijs verdient:

"Wij geven toe dat de constructie waarbij een bijkomende straf voor een commun delict in een bijzondere wet wordt geregeld, ongebruikelijk is. Deze constructie is echter noodzakelijk geworden doordat wij, zoals wij in de nota naar aanleiding van het verslag hebben uiteengezet, ervan af hebben gezien om in de WVV 1994 een delict op te nemen specifiek toegesneden op het opzettelijk veroorzaken van de dood of het letsel van een ander in het verkeer. De alternatieve constructie – de ontzegging van de rijbevoegdheid opnemen in het Wetboek van Strafrecht – wijzen wij van de hand. Het zou afbreuk doen aan het algemene karakter van het Wetboek als wij daarin de heel specifieke, typisch verkeersrechtelijke straf van de ontzegging van de rijbevoegdheid zouden opnemen voor één of slechts enkele delicten begaan in heel specifieke omstandigheden."¹⁰³

De wetgever laat hier dus impliciet de mogelijkheid open van vervolging op basis van commune delictsomschrijvingen. Het punt waarbij die gedachte

102 Wet van 21 april 1994, *Stb.* 1994, 475 (in werking getreden op 1 januari 1995).

103 *Kamerstukken II* 1995/96, 24112, 6, p. 15.

vatbaar was voor discussie is hij hier reeds gepasseerd. Onduidelijk blijft waarom de wetgever er niet voor heeft gekozen om in de op dat moment recent ontworpen en ingevoerde WVV 1994 een voorziening te treffen die eveneens voorzorg in de (punitieve) behoefte (zoals hij later wel deed met de invoering van artikel 5a WVV).

De wens om zwaar(der) te kunnen straffen bij ernstige verkeersongevallen woog uiteindelijk zwaarder dan de wens om het onderscheid tussen het Wetboek van Strafrecht en de WVV scherp te houden. Dientengevolge zijn in de rechtspraak intussen vele voorbeelden te vinden van ‘commune’ verkeerszaken. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de wijze waarop het voorwaardelijk opzet zich in deze zaken heeft ontwikkeld.

4.3.5.4 *Ontwikkeling van het (voorwaardelijk) opzet in verkeerszaken*

In het verkeersstrafrecht speelt de schuldvorm opzet, zo mag uit het bovenstaande geconcludeerd worden, een belangrijkere rol dan men zou denken bij een eerste blik op de WVV. Die wet kent immers een aantal bepalingen waarin opzet als bestanddeel is verwerkt, maar daarnaast worden ernstige verkeerszaken regelmatig afgedaan via een commune doleuze bepaling. Hieronder wordt ingegaan op de ontwikkeling van het opzet binnen verkeerszaken die als commun delict zijn tenlastegelegd. Dit betreffen de zaken waarbij de gedragingen zich binnen het verkeer hebben afgespeeld maar als commun delict (zoals artikel 287 Sr) zijn tenlastegelegd.¹⁰⁴ Dit kunnen, zoals hierboven reeds besproken, zaken zijn die meer evident commun zijn, omdat een voertuig bijvoorbeeld als ‘wapen’ wordt ingezet (denk hierbij aan de zaken waarbij er, naar het lijkt doelbewust, op een persoon wordt ingereden).¹⁰⁵ Dit kunnen echter ook minder evident commune zaken zijn; zeker sinds de algemene aanvaarding van het voorwaardelijk opzet kunnen ook verkeersongevallen met een ernstige afloop succesvol vervolgd worden op grondslag van commune delicten als artikel 302 of 287 Sr. Bovendien kunnen gevaarlijke verkeerssituaties als poging tot een doleus commun delict als artikel 287 of 302 Sr worden tenlastegelegd, zeker sinds de Hoge Raad in zijn uitleg van een ‘begin van uitvoering’ een gematigd objectieve weg is ingeslagen.¹⁰⁶ Ook de verhouding tussen de WVV en het Wetboek van Strafrecht verzet zich – volgens de wetgever – niet tegen deze modaliteit (zie hierover het slot van de vorige paragraaf).

104 Ik bespreek deze zaken in dit hoofdstuk – en niet in het volgende hoofdstuk, waarin het commune strafrecht centraal staat. De thematiek van beide hoofdstukken nodigt weliswaar uit tot bespreking van ‘commune’ verkeerszaken, maar het gedeelte omtrent het verkeersrecht zou niet compleet zijn indien ik deze zaken niet bespreek. In het volgende hoofdstuk zal ik daarom slechts terugverwijzen naar deze passage.

105 Het eerder besproken arrest waarbij de verdachte met hoge snelheid inreed op een agent is hiervan een illustratie: HR 6 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:2, NJ 1951, 475 (*Inrijden op agent*).

106 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979, 52 (*Uitzendbureau Cito*).

Het voorwaardelijk opzet krijgt in deze verkeerszaken een invulling die eigen is aan deze categorie zaken. Een helder en bekend voorbeeld wordt gevormd door het Porsche-arrest. In deze zaak ontstond een ernstig verkeersongeval waarbij vijf personen zijn komen te overlijden. Het strafrechtelijk verwijt richt zich op de bestuurder van een Porsche (de enige overlevende bij dit ongeval), die zeer gevaarlijk verkeersgedrag vertoonde en op een zeker moment bij een inhaalmanoeuvre frontaal botst op een tegenligger. Vast staat, onder meer, dat de bestuurder van de Porsche alcohol had gedronken (kort) voorafgaand aan het ongeval, hij twee maal door rood licht is gereden, hij met hoge snelheid reed en meerdere gevaarlijke inhaalmanoeuvres uitvoerde in de momenten voorafgaand aan het ongeval. Direct voordat het ongeval plaatsvond heeft de verdachte twee à drie maal geprobeerd een voorliggende auto in te halen. Deze inhaalmanoeuvres onderbrak hij. Bij een laatste poging de voorliggende auto in te halen is de verdachte met zijn Porsche frontaal op een auto gebotst die hem (op de andere rijbaan) tegemoet kwam rijden. Aan de verdachte is primair doodslag (artikel 287 Sr) en subsidiair dood door schuld in het verkeer (artikel 6 WVV) tenlastegelegd. De juridische kwestie spitste zich hierom toe op de vraag of er sprake was van (voorwaardelijk) opzet op de dood van de slachtoffers, of dat de verdachte schuld had aan het plaatsvinden van het ongeval waardoor andere personen zijn gedood. Rechtbank, hof en A-G (bij de Hoge Raad) Meijers komen tot de conclusie dat er sprake was van voorwaardelijk opzet op de dood van de slachtoffers. De Hoge Raad oordeelt echter anders. Allereerst constateert hij (in r.o. 5.3) dat het in theorie mogelijk is dat ernstige verkeersongevallen met dodelijke afloop op basis van artikel 287 Sr worden vervolgd. Is er echter sprake van gelijkwaardige verkeersdeelnemers dan kan echter niet zomaar geconcludeerd worden dat er sprake is van voorwaardelijk opzet:

“5.4. In gevallen als het onderhavige, dat zich hierdoor kenmerkt dat de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, dient de rechter evenwel in zijn oordeel te betrekken dat – behoudens aanwijzingen voor het tegendeel – naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt.

5.5. Gelet op het evenoverwogene en in aanmerking genomen dat de gebezigde bewijsmiddelen inhouden dat de verdachte meermalen – kennelijk om een botsing te vermijden – een ingezette inhaalmanoeuvre heeft afgebroken vooraleer de in de bewezenverklaring bedoelde fatale inhaalmanoeuvre uit te voeren, hetgeen er op wijst dat althans in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte laatstbedoelde manoeuvre niet tot een botsing zou leiden, behoeft de bewezenverklaring, in het bijzonder voorzover daarbij is aangenomen dat verdachtes opzet was gericht op de dood van de slachtoffers, nadere motivering.”¹⁰⁷

Uit het gegeven dat hier sprake was van gelijkwaardige verkeersdeelnemers wordt de algemene ervaringsregel afgeleid dat een frontale botsing niet op de koop wordt toegenomen, behoudens contra-indicaties. Anders dan meestal in een commune context het geval zal zijn, loopt deze bestuurder immers ook het risico zelf het leven te verliezen. Hierom zal in dergelijke verkeersrechtelijke situaties niet snel sprake zijn van (voorwaardelijk) opzet op de dood of zwaar lichamelijk letsel van anderen.

Dit arrest leidde tot verdeelde reacties in de literatuur. 't Hart toont zich positief in zijn annotatie bij dit arrest omdat dit arrest de grens tussen opzet en culpa aanscherpt (althans, in elk geval in verkeerszaken).¹⁰⁸ De Hullu en Dijkstra zijn echter minder positief gestemd over dit arrest in hun annotaties. De Hullu is hierbij in het bijzonder kritisch op de 'barrière' die wordt opgeworpen voor een veroordeling op basis van een doleuze bepaling in deze categorie verkeersongevallen.¹⁰⁹ Ook Dijkstra aarzelt op dit punt, omdat de maatschappelijke verontwaardiging over dit soort verkeersongevallen op deze wijze onvoldoende verwerkt kan worden in een passende straf.¹¹⁰

Toch valt het arrest goed te verklaren, wanneer gelet wordt op de bijzondere aard van het verkeersstrafrecht. Zo werd immers juist in de periode voorafgaand aan het Porsche-arrest discussie gevoerd of vervolging voor commune (doleuze) delicten mogelijk moest zijn bij ernstige verkeersongevallen. Het verkeersrecht is immers in een bijzondere wet geregeld, dus gaat het dan niet in tegen de wil van de (bijzondere) wetgever om ernstige verkeersongevallen via commune bepalingen te berechten? En binnen die bijzondere wet kiest de wetgever immers welbewust – ook in de WVV 1994 – schuld als uitgangspunt. Dan is het te verklaren dat de Hoge Raad eisen stelt aan een motivering waarmee desondanks een commune (doleuze) bewezenverklaring is onderbouwd. Een psychisch getint voorwaardelijk opzet ligt dan voor de hand. Deze behoefte aan een meer psychisch getint voorwaardelijk opzet wordt versterkt vanuit de kenmerken van het verkeersrecht. Verkeerssituaties verschillen immers op een aantal beslissende punten van algemene, commune, situaties. Zo ligt binnen het verkeer, zeker indien aan het verkeer wordt deelgenomen met een voertuig, permanent gevaar voor eigen en andermans gezondheid en leven op de loer. Deze permanente gevaarzetting komt tot uitdrukking in de verkeersrechtelijke beginselen (paragraaf 4.3.3), die de schuldvaststelling in het verkeersrecht kunnen beïnvloeden. In deze lijn wijst 't Hart in zijn noot bij dit arrest dan ook op het bijzondere karakter van gedragingen binnen een verkeerscontext, die een andere beoordeling vragen dan gedragingen in een commune context.¹¹¹ Dit bijzondere karakter van de verkeerscontext werpt daarom een belangrijke drempel op, in de vorm van een contra-indicatie,

108 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, NJ 1997, 199, m.nt. 't Hart.

109 De Hullu 1997, p. 438-444.

110 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, VR 1997, 160, m.nt. Dijkstra.

111 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, NJ 1997, 199, m.nt. 't Hart (§3).

voor een bewezenverklaring van opzet op de dood (of zwaar lichamelijk letsel) van anderen.

De vraag die naar aanleiding van het Porsche-arrest gesteld kon worden was wanneer er wél sprake zou zijn van (voorwaardelijk) opzet bij een verkeersongeval tussen gelijkwaardige verkeersdeelnemers. In het arrest van de Hoge Raad van 10 februari 2009¹¹² werd deze vraag (deels) beantwoord. In deze zaak werd de verdachte door het hof veroordeeld voor doodslag op twee personen en poging tot doodslag op twee andere personen. De verdachte was (zwaar) onder invloed van alcohol tijdens het ontstaan van het ongeval, reed door rood licht en had de maximumsnelheid met 70 km/u overschreden. De verdachte remde vlak voorafgaand aan het ongeval, maar dat kon de ernstige gevolgen niet voorkomen. De verdachte was voordat hij in zijn voertuig stapte om daarmee aan het verkeer te gaan deelnemen door diverse personen in niet mis te verstane bewoordingen gewaarschuwd om niet te gaan rijden. Hij sloeg deze waarschuwingen in de wind, en zei volgens een getuige onder meer: 'ik ga rijden en je leest het morgen wel in de krant'. Bij de rechter-commissaris heeft de verdachte voorts verklaard 'dat hij autoberger van beroep is en derhalve weet wat snelheid kan veroorzaken alsook dat hij zich goed realiseert wat alcohol met hem doet en dat hij niet sterk genoeg is om zichzelf te weerhouden van het autorijden als hij alcohol heeft gedronken.' In cassatie richt een van de middelen zich tot het door het hof vastgestelde opzet bij de verdachte op de dood van de vier inzittenden van de auto waarmee hij in botsing kwam. Het hof had hiertoe onder meer overwogen dat uit de feiten is gebleken dat de verdachte 'zelfs bereid was zichzelf en zijn vriendin aan dodelijk letsel bloot te stellen.' De Hoge Raad reageert hierop als volgt:

"Met die overweging heeft het Hof er blijk van gegeven dat het bij zijn oordeelsvorming omtrent de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet de vraag onder ogen heeft gezien of de verdachte (eveneens) op de koop toe heeft genomen dat hij en zijn vriendin het leven zouden verliezen (vgl. HR 15 oktober 1996, LJN ZD0139, NJ 1997, 199) Het Hof heeft die vraag bevestigend beantwoord. Dat is in het licht van hetgeen het Hof heeft vastgesteld – zoals dat is samengevat in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 en 15 – ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk. Daaraan doet, anders dan het middel wil, niet af dat de verdachte, naar het Hof heeft vastgesteld, vanaf het moment dat hij 'G.' is uitgegaan, zich niets meer kan herinneren en evenmin dat de verdachte op het allerlaatste moment nog heeft geremd."¹¹³

Anders dan in het Porsche-arrest nam de verdachte in deze zaak wél de kans op de koop toe dat hij (en zijn vriendin) dodelijk gewond zouden raken vanwege zijn verkeersgedrag, waarmee de barrière met betrekking tot de vaststelling van voorwaardelijk opzet die werd opgeworpen in het

112 HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111.

113 HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, NJ 2009, 111, r.o. 3.5.

Porsche-arrest is geslecht. De in het Porsche-arrest bedoelde contra-indicatie doet zich in deze zaak niet voor.

In het geval er sprake is van een verkeersongeval tussen ongelijkwaardige verkeersdeelnemers liggen de kaarten voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet wezenlijk anders. Indien er bijvoorbeeld een ongeval ontstaat tussen een auto en een fietser dan zal minder snel sprake zijn van de contra-indicatie waarbij de verdachte ook zijn eigen dood op de koop dient toe te nemen. Hierom zal er sneller voorwaardelijk opzet op de dood of het zwaar lichamelijk letsel van een ander kunnen worden vastgesteld. Dit wordt bijvoorbeeld zichtbaar in het Enkhuizer doodslag-arrest. In deze zaak werd de verdachte veroordeeld voor (poging tot) doodslag van drie personen. Het vijfde cassatiemiddel richt zich op 's Hofs motivering van het opzet op de dood. Het Hof was op basis van de volgende feiten en omstandigheden tot zijn oordeel omtrent dat opzet gekomen. De verdachte had op een vrijdagavond een aanzienlijke hoeveelheid alcohol gedronken en ging daarna (desondanks) autorijden. Bij een staandehouding door de politie is hij weggereden, waarna hij in een poging om aan de politie te ontkomen met een (veel) te hoge snelheid in de bebouwde kom van Enkhuizen reed. Hij wist dat het daar op vrijdagavond op het desbetreffende tijdstip doorgaans druk is omdat de cafés dan net gesloten zijn. Hij doofde zijn lichten en reed over een 'niet al te brede, slechts aan één zijde – matig – verlichte straat'. Hij heeft hierbij drie fietsers afzonderlijk van elkaar aangereden die elk vanwege het gevoerde achterlicht zichtbaar moeten zijn geweest voor hem. Na elk van die aanrijdingen reed de verdachte door, en voerde hij zijn snelheid op. Twee van die fietsers zijn vanwege de aanrijdingen overleden. De verdachte verklaarde achteraf bij de politie dat hij zich 'koste wat kost aan de politie wilde onttrekken' en 'dat het hem allemaal niet zoveel kon schelen'. De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof omtrent het vastgestelde voorwaardelijk opzet in stand.¹¹⁴ Een bijzondere motivering waarom hier geen sprake is van de in het Porsche-arrest bedoelde contra-indicatie was hier niet benodigd, omdat er geen sprake was van gelijkwaardige verkeersdeelnemers.¹¹⁵

Het voorgaande voorziet de door de annotatoren bij het Porsche-arrest kritisch ontvangen 'barrière' voor een veroordeling op basis van doleuze bepalingen naar aanleiding van een verkeersongeval van niet onbelangrijke context. Zo speelt de contra-indicatie uit het Porsche-arrest alleen in gevallen waarin er sprake is van een ongeval tussen gelijkwaardige verkeersdeelnemers. En in de gevallen waarin die contra-indicatie een rol kan spelen bestaat er nog steeds een kans om de verdachte te veroordelen voor een doleus delict als doodslag, mits de rechter dat van een juiste motivering voorziet. En juist het eigen karakter van het verkeersstrafrecht, onder meer

114 HR 23 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9594, NJ 2001, 327.

115 Zie op dit punt ook A-G Machielse in zijn conclusie bij dit arrest, onder 3.3.

vanwege de rol van de eerder beschreven beginselen, maakt het belang dat gehecht kan worden aan een contra-indicatie met betrekking tot het voorwaardelijk opzet verklaarbaar. Daaruit ontstaat een categoriegebonden wijze waarop het voorwaardelijk opzet wordt vastgesteld in verkeerszaken.

In deze paragraaf stond het opzet binnen het verkeersstrafrecht centraal. Hierbij is artikel 5a WVV, bewust, nog niet besproken. Een bespreking daarvan volgt, maar kan enkel goed begrepen worden tegen de achtergrond van de eerstvolgende paragraaf, waarin de bijzondere schuldvorm roekeloosheid centraal staat.

4.3.5.5 *Roekeloosheid*

In de bovenstaande paragrafen kwam reeds naar voren dat de mogelijkheden tot bestraffing van de veroorzakers van ernstige verkeersongevallen niet altijd als bevredigend werden ervaren. In de jaren '90 begon de roep om mogelijkheden tot zwaardere bestraffing luider te klinken, onder meer naar aanleiding van de zaak die bekend kwam te staan als de Zeeuwse motorrijder.¹¹⁶ We zagen al dat deze roep ertoe leidde dat de mogelijkheden tot veroordeling voor een *commuun* (doleus) delict naar aanleiding van een ernstig verkeersongeval werden verkend en benut, ondanks dat dit vanuit wetssystematisch oogpunt niet meteen voor de hand liggend leek. Toch bleef er, in het bijzonder na het besproken Porsche-arrest,¹¹⁷ behoefte bestaan aan uitgebreidere mogelijkheden tot zware bestraffing voor ernstige verkeersongevallen. Dit bracht de wetgever ertoe met het bestanddeel 'roekeloosheid' een strafverzwarende mogelijkheid in te voeren binnen de WVV. In de memorie van toelichting bij deze 'Wet herijking strafmaxima'¹¹⁸ wordt expliciet aangeknoopt bij de wens tot zwaardere straffen bij deze categorie delicten:

"In dat verband zijn aan de rechter meer mogelijkheden gegeven om bij fataal gevolg of lichamelijk letsel in de strafmaat rekening te houden met het bij familieleden, vrienden en kennissen van het slachtoffer teweeggebrachte leed en met de in de samenleving ontstane onrust. Ook is met de wetswijziging tot uitdrukking gebracht dat onverantwoordelijk rijgedrag in de huidige tijd zwaar wordt aangerekend. Gelet op de intensiteit van het verkeer en het vertrouwen waarmee men aan dat verkeer moet kunnen deelnemen, rust er een grote verantwoordelijkheid op verkeersdeelnemers om de veiligheid van het verkeer niet in gevaar te brengen (...)"¹¹⁹

116 HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0502, NJ 1996, 714 (*Zeeuwse motorrijder*).

117 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 10.

118 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11.

119 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 10.

In deze overweging wordt expliciet gerefereerd aan het bijzondere karakter van de verkeerscontext: het is intens (er bestaat permanent gevaar voor ongevallen), verkeersdeelnemers moeten elkaar onderling kunnen vertrouwen, en verkeersdeelnemers dienen de verkeersveiligheid steeds in het oog te houden. Op welke wijze de invoering van roekeloosheid hieraan bijdraagt blijft overigens onbesproken.

De roekeloosheid werd als strafverdubbeld bestanddeel opgenomen in artikel 175 lid 1 WvW, waarmee overtreding van artikel 6 WvW van een mogelijkheid tot forse strafverzwaring werd voorzien. Daarnaast werd de roekeloosheid ook ingevoerd in het commune strafrecht, bij artikel 307 Sr (dood door schuld) en 308 Sr (zwaar lichamelijk letsel door schuld). Een zelfstandige onderbouwing van de invoering van roekeloosheid bij deze commune delicten ontbreekt; er wordt enkel gesteld dat de strafwaardigheid van roekeloos gedrag dat onder die delictsomschrijvingen valt eveneens een strafverdubbeling rechtvaardigt, en dat hiermee 'consistentie' wordt bereikt tussen de culpoze delicten in het Wetboek van Strafrecht en de WvW.¹²⁰

De wetgever vond in de functie van het bestanddeel voorbedachten rade bij een aantal commune delicten een precedent voor de wijze waarop roekeloosheid zou gaan functioneren binnen delictsomschrijvingen; hierom zou de invoering van roekeloosheid geen systeembreuk opleveren.¹²¹ De gedachte lijkt hier te zijn dat roekeloosheid zou functioneren bij culpose delicten, zoals voorbedachten rade functioneert bij doleuze delicten.

Vanuit het perspectief van de verhouding en samenhang tussen de schuldvormen in het Nederlandse materiële strafrecht kan echter wel gesproken worden van een systeembreuk, hoewel de wetgever het bij de term 'novum' houdt.¹²² Die systeembreuk bestaat er kort gezegd in – maar hierop wordt verderop nog teruggekomen – dat er tussen het tamelijk uitgebalanceerde en uitgekristalliseerde onderscheid tussen opzet en culpa (door Modderman aangeduid als 'Mittelstufe'¹²³), meer precies het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste en onbewuste culpa, een schuldvorm wordt geplaatst waarvoor op basis van gangbare jurisprudentiële en dogmatische inzichten en interpretaties weinig ruimte bestaat. Hier zit dan ook direct een niet onbelangrijk verschil met de voorbedachten rade, nu dat bestanddeel 'bovenaan' de hiërarchie der schuldvormen is geplaatst, en zich daarmee niet in een grensgebied bevindt.

De term 'roekeloosheid' kwam, voorafgaand aan de introductie van het bestanddeel, regelmatig voor binnen het Nederlandse strafrecht. Zo leert een blik op rechtspraak.nl reeds dat de term regelmatig werd gebezigd in tenlasteleggingen van culpoze delicten en daarmee uiting en (extra) lading

120 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 13-14.

121 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 11.

122 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 11.

123 Zie hierover Appendix I.

gaf aan het verweten gedrag van de verdachte. Ook in de wetsgeschiedenis bij het Wetboek van Strafrecht kwam de term reeds voor. Modderman noemt het als voorbeeld van culpa lata.¹²⁴ De wetgever (van 2001) had met het bestanddeel roekeloosheid echter een andere betekenis voor ogen. Roekeloosheid bestaat bij:

“gevallen waarin sprake is van zeer onvoorzichtig gedrag waarbij welbewust en met ernstige gevolgen onaanvaardbare risico's zijn genomen. Roekeloosheid vereist daarmee niet slechts een aanmerkelijke onvoorzichtigheid, maar een zeer ernstig gebrek aan zorgvuldigheid. Het gaat, anders gezegd, binnen de grenzen van het culpose delict, om het zwaarste verwijt dat iemand kan worden gemaakt. (...)

Roekeloosheid vereist, zoals gezegd, dat een of meer gedragingen van de dader worden aangewezen die erop duiden dat door hem welbewust onaanvaardbare risico's zijn genomen. (...)

In het algemeen zal bij roekeloosheid sprake moeten zijn van bewustheid van het risico van ernstige gevolgen, waarbij op zeer lichtzinnige wijze ervan wordt uitgegaan dat deze risico's zich niet zullen realiseren. (...)

Het gegeven dat het begrip «roekeloosheid» in de Nederlandse strafrechtspraktijk, zowel bij het opstellen van de telastelegging als bij het bewijs, een begrip is waar sinds jaar en dag veel mee wordt gewerkt, verzekert dat het hier gaat om een werkbaar begrip.”¹²⁵

De wetgever vertrouwde erop dat het bestanddeel roekeloosheid ‘werkbaar’ zou zijn, omdat het begrip reeds voorkwam als onderdeel van culpose tenlasteleggingen. Dat het in die tenlasteleggingen echter uiting en lading gaf aan het verweten culpose gedrag, terwijl het als bestanddeel een strafverdubbende werking heeft, zorgde er echter reeds voorafgaand aan de invoering voor dat er bedenkingen konden bestaan tegen de ‘werkbaarheid’ van het begrip in de strafrechtspraktijk.

Die bedenkingen bleken niet geheel ten onrechte. Hoewel de wetgever vertrouwen had in de werkbaarheid van het begrip roekeloosheid bleek dit begrip voor de strafrechter niet eenvoudig toepasbaar. Regelmatig doen zich immers verkeersongevallen voor met ernstige gevolgen, maar alleen die gevolgen kunnen – hoe ernstig ook – niet voldoende zijn voor de vaststelling van schuld, laat staan roekeloosheid. Het schuldbeginsel brengt immers met zich dat niet alleen de gevolgen bepalend zullen zijn, maar dat daarnaast altijd een voldoende mate van schuld aanwezig dient te zijn. In het geval van roekeloosheid dient die mate van schuld aanwijsbaar hoger te zijn dan bij de normale culpa.¹²⁶ In de hierboven weergegeven passages uit de parlementaire geschiedenis bleek echter dat de hoofdzakelijk punitieve

124 Smidt I, p. 85 (“Alleen die schuld (hetzij bewuste schuld of roekeloosheid, hetzij onbewuste schuld), behoort tot het gebied van ‘t strafrecht die *in foro civili* ‘culpa lata’ genoemd wordt.”)

125 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 12.

126 Kooijmans 2014, p. 118.

motieven van de wetgever zich met name richtten op die verkeersongevallen waar ernstige gevolgen te betreuren zijn. Die gevolgen brengen echter bepaald niet vanzelfsprekend met zich dat er ook sprake is van een aanwijsbaar zwaarder schuldverwijt. Ook hierom kon al snel na invoering van de roekeloosheid gearzeld worden of de wens van de wetgever voldoende tot uiting zou kunnen komen in de interpretatie en toepassing van het bestanddeel roekeloosheid door de strafrechter.

Tegen de achtergrond hiervan verbaast het niet dat de Hoge Raad hoge eisen stelt aan de motivering van een bewezenverklaring van het bestanddeel roekeloosheid.¹²⁷ In het eerste arrest waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof dat sprake was van roekeloosheid in stand liet, voorzag de Hoge Raad de term roekeloosheid ook van een (restrictieve) definitie. Van roekeloosheid is sprake indien uit de vastgestelde feiten en omstandigheden valt af te leiden dat ‘door de buitengewoon onvoorzichtige gedraging van de verdachte een zeer ernstig gevaar in het leven is geroepen, alsmede dat de verdachte zich daarvan bewust was, althans had moeten zijn.’¹²⁸ Aldus stelt de Hoge Raad een eis aan de mate van onvoorzichtigheid van het gedrag van de verdachte (hierbij wordt aangesloten bij de inhoud van de objectieve component van de normale culpa), een eis aan de mate van gevaar die in het leven is geroepen, en een eis aan de psychische gesteldheid van de verdachte, waarmee de Hoge Raad duidelijk maakt dat de roekeloosheid kan bestaan bij bewuste en onbewuste schuld.¹²⁹

In ditzelfde arrest benadrukt de Hoge Raad het uitzonderlijke karakter van roekeloosheid nog maar eens:

“Van roekeloosheid als zwaarste, aan opzet grenzende, schuldvorm zal immers slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn. Daarbij verdient opmerking dat ‘roekeloosheid’ in de zin van de wet een specifieke betekenis heeft die niet noodzakelijkerwijs samenvalt met wat in het normale spraakgebruik onder ‘roekeloos’ – in de betekenis van ‘onberaden’ – wordt verstaan.”¹³⁰

Hierom stelt de Hoge Raad ook de eis dat ‘de rechter zijn oordeel dat sprake is van roekeloosheid in de zin van artikel 175, tweede lid, WvW 1994, heeft voorzien van een nadere motivering die recht doet aan het bijzondere karakter van roekeloosheid.’¹³¹ Voor een dergelijke motivering volstaat bijvoorbeeld niet dat vastgesteld is dat de verdachte dronken was, te hard reed of geen voorrang verleende, omdat deze omstandigheden onderscheidend vermogen missen ten opzichte van de normale culpa,¹³² en bovendien tot 1 januari 2020 als zelfstandig strafverzwarend bestanddeel waren opge-

127 Zoals al bleek uit HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2016, NJ 2012, 488. Zie hierover Kooijmans 2014, p. 120-122.

128 HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959, NJ 2014, 27, r.o. 3.5.

129 Kooijmans 2014, p. 123.

130 HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 27, r.o. 3.4.

131 HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 27, r.o. 3.4.

132 Zie hierover meer uitgebreid Rozemond in zijn noot bij HR 4 maart 2013, NJ 2014, 220.

nomen in artikel 175 lid 3 WVV.¹³³ Dit laatste (wetssystematische) argument betrof de Hoge Raad expliciet in zijn restrictieve interpretatie van het bestanddeel roekeloosheid,¹³⁴ nadat Keijzer hierop in zijn annotatie bij een eerder arrest dat betrekking had op de roekeloosheid reeds had gewezen.¹³⁵ Sinds de wetswijziging van 1 januari 2020 is er (nog) geen rechtspraak van de Hoge Raad bekend waarin een minder restrictieve lijn aanwijsbaar is vanwege het vervallen (wetssystematische) argument.

In de loop der jaren heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen waarin hij het oordeel dat sprake was van roekeloosheid in stand liet. Het betrof hierbij zaken waarbij de verdachte, in de woorden van Rozemond, op abnormale wijze deelnam aan het verkeer, waarmee hij zich ‘volstrekt buiten de orde van het normale verkeer’ plaatste.¹³⁶ De term ‘buitengewoon onvoorzichtig gedrag’, zoals de Hoge Raad dat in zijn interpretatie van het bestanddeel roekeloosheid bezigt lijkt hiermee de betekenis van ‘buiten het gewone’ te krijgen (en niet ‘in hoge mate’, zoals de term lijkt te impliceren). De arresten waarin een bewezenverklaring van roekeloosheid in stand bleef betreffen onder meer zaken waarin de verdachte verwickeld raakte in een snelheidswedstrijd of ‘kat- en muisspel’ met een ander voertuig,¹³⁷ in een vlucht voor de politie inreed op een fileuik,¹³⁸ bij een verkeersruzie zeer abrupt remde op een onverlichte snelweg,¹³⁹ of als passagier van een bestelbus onverhoeds aan de handrem trok bij een snelheid van ongeveer 70 km/u.¹⁴⁰

In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn enkele zaken te vinden waarin de roekeloosheid in de commune bepalingen (artikel 307 en 308 Sr) centraal staat. In een zaak waarin een pistool ‘per ongeluk’ een patroon bevatte waarmee het slachtoffer dodelijk in het hoofd werd geraakt, nadat dat pistool eerder van zijn patroonhouder ontdaan was en er een aantal keren was afgedrukt zonder dat er een schot afging, werd ‘s hofs feitenvaststelling waarop de bewezenverklaarde roekeloosheid steunde niet begrijpelijk geacht door de Hoge Raad.¹⁴¹ In een zaak betreffende een mislukte ripdeal met een doorgeladen vuurwapen waarmee per ongeluk de medeverdachte dodelijk werd getroffen casceerde de Hoge Raad de motivering van het hof betreffende de door het hof bewezenverklaarde roeke-

133 Deze redactie van art. 175 lid 3 WVV werd ingevoerd bij Wet van 1 februari 2006, *Stb.* 2006, 11 en gewijzigd naar zijn huidige vorm bij Wet van 1 januari 2020, *Stb.* 2019, 413. Sinds 1 januari 2020 is alleen het rijden onder invloed in art. 175 lid 3 WVV opgenomen als strafverzwarend bestanddeel.

134 HR 19 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2414.

135 HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1554, *NJ* 2014, 30, m.nt. Keijzer.

136 HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:470, *NJ* 2014, 220, m.nt. Rozemond.

137 HR 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1554 (snelheidswedstrijd in Utrecht); HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3620 (snelheidswedstrijd in Capelle aan den IJssel); HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959 (kat- en muisspel).

138 HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1656 (Fileuik).

139 HR 19 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2414.

140 HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:129.

141 HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057.

loosheid.¹⁴² De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat géén sprake was van roekeloosheid (en overigens ook niet van gewone culpa) in stand in een zaak waarin de verdachte een ongecontroleerde hoeveelheid GHB aan het slachtoffer had gegeven, waarna het slachtoffer kwam te overlijden.¹⁴³ Bij een zaak betreffende een aanvaring op de Vinkeveense Plassen liet de Hoge Raad het oordeel van het hof dat er sprake was van roekeloosheid in de zin van artikel 307 lid 2 Sr in stand.¹⁴⁴ In deze vier arresten knoopt de Hoge Raad expliciet aan bij de betekenis van roekeloosheid binnen de Wegenverkeerswet.¹⁴⁵ Hiermee is ook in commune zaken de lat hoog gelegd voor een bewezenverklaring van roekeloosheid, ondanks dat zich hier niet het wetssystematische argument voor deze restrictieve lijn voordoet dat Keijzer en (later ook) de Hoge Raad opvoerde.

Zo valt, nadat de roekeloosheid ruim vijftien jaar functioneert als strafverzwarend bestanddeel binnen de WVW en artikel 307 en 308 Sr, te concluderen dat het moeite heeft een plek te vinden tussen het voorwaardelijk opzet en de gewone culpa. Voorafgaand aan de invoering van de roekeloosheid werden reeds bedenkingen geuit over de werkbaarheid van het bestanddeel, mede omdat het een systeembreuk betekende binnen de (opbouw en onderlinge verhouding van de) schuldvormen in het Nederlandse materiële strafrecht. De wens om zwaarder te straffen bij bepaalde ernstige verkeersongevallen woog voor de wetgever echter zwaar, waardoor – ondanks de bedenkingen – besloten werd tot invoering van het bestanddeel. Hiermee gaf de wetgever geen eenvoudige opdracht aan de rechter, die op weg werd gestuurd met een nieuw en moeilijk in te passen bestanddeel. De restrictieve lijn van de Hoge Raad kan verklaard worden vanuit enerzijds de kleine dogmatische ruimte tussen voorwaardelijk opzet en de culpa, en tegelijk vanuit het feit dat aanvankelijk in artikel 175 lid 3 WVW omstandigheden als het niet verlenen van voorrang of het fors overschrijden van de maximumsnelheid reeds strafverzwarend werkten en daarmee wetssystematisch gezien niet tevens konden bijdragen aan een bewezenverklaring van roekeloosheid. Dit laatste bezwaar is recentelijk deels weggenomen door de wetgever, bij een wetswijziging waarin eveneens werd voorzien in de invoering van artikel 5a WVW, in een nieuwe poging van de wetgever om zwaar te kunnen straffen bij zeer gevaarlijk rijgedrag.

142 HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482.

143 HR 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:336.

144 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829.

145 HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057, r.o. 3.3; HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482, r.o. 2.5; HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, r.o. 2.4. In HR 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:336 ontbreekt deze overweging omdat de tenlastelegging hier reeds strandde op de gewone culpa.

4.3.5.6 Artikel 5a WVV

Met de Wet aanscherping strafrechtelijke aansprakelijkheid ernstige verkeersdelicten¹⁴⁶ is een laatste belangrijke wijziging aangebracht binnen de WVV. Aanleiding voor deze wet was de onvrede over de beperkte mogelijkheden tot zware bestraffing van zeer gevaarlijk verkeersgedrag,¹⁴⁷ en onvrede over het beperkte aantal gevallen waarin de rechter tot een bewezenverklaring van roekeloosheid kon komen.¹⁴⁸ De twee meest belangrijke wijzigingen die met deze wet tot stand zijn gebracht betreffen dan ook de invoering van een strafbaarstelling van zeer ernstig verkeersgedrag zonder gevolgen (artikel 5a WVV) en een koppeling tussen de in artikel 5a genoemde gedragingen en de roekeloosheid als strafverzwarringsgrond bij gevaarlijk verkeersgedrag mét ernstige gevolgen. Een belangrijke basis voor deze wet werd gevormd door het onderzoek dat uitgevoerd werd door de Rijksuniversiteit Groningen.¹⁴⁹ De onderzoekers constateren onder meer dat er sprake is van een ‘lacune in het stelsel van strafbaarstellingen in het verkeersrecht’, bij roekeloos rijgedrag zonder gevolgen. Bij deze vaststelling wordt niet op de materiële norm maar op de sanctienorm gedomd (die kennelijk op dat moment niet hoog genoeg lag). Als mogelijke opvulling van deze lacune wordt een nieuwe strafbaarstelling geopperd, in de vorm van artikel 5a WVV, geïnspireerd op het Duitse Par. 315c Strafgesetzbuch.¹⁵⁰ In deze bepaling zou het opzettelijk overtreden van een aantal belangrijke¹⁵¹ verkeersrechtelijke normen afzonderlijk strafbaar gesteld moeten worden, met een strafmaximum van twee jaren gevangenisstraf.¹⁵² Daarnaast reiken de onderzoekers een tweetal mogelijkheden aan om te bewerkstelligen dat roekeloosheid in meer gevallen kan worden bewezenverklaard door de rechter. In de eerste plaats raden zij aan om de in artikel 175 lid 3 WVV genoemde omstandigheden – op het rijden onder invloed na¹⁵³ – te schrappen, zodat het wetssystematische bezwaar dat kon bestaan tegen het vaststellen van roekeloosheid daarmee zou komen te vervallen.¹⁵⁴ Daarnaast zou het begrip roekeloosheid gekoppeld kunnen worden aan het voorgestelde artikel 5a WVV, zodat overtreding van artikel 5a WVV ‘automatisch’ (ook) roekeloosheid oplevert.¹⁵⁵ De aldus in de WVV tot uitdrukking gebrachte mate van gevaarzetting die benodigd is voor roekeloosheid

146 Wet van 6 november 2019, *Stb.* 2019, 413.

147 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3, p. 5-6.

148 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3, p. 8.

149 Wolswijk, Postma & Keulen 2017.

150 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 377-384.

151 “normen waarvan het niet naleven welhaast per definitie een groot gevaar voor andere verkeersdeelnemers oplevert”, aldus de onderzoekers op p. 382.

152 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 382-383.

153 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 398.

154 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 397-398.

155 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 400-401.

zou ook een 'bron van inspiratie' kunnen zijn bij de invulling van het begrip roekeloosheid in het commune artikel 307 en artikel 308 Sr.¹⁵⁶

Een blik op de huidige stand van zaken in de Wegenverkeerswet leert dat het Groningse onderzoek een belangrijke stempel heeft gedrukt op het huidige stelsel aan strafbaarstellingen van gevaarlijk of roekeloos verkeersgedrag. De (selectie aan) voorstellen die hierboven zijn besproken zijn zonder uitzondering ingevoerd, en zijn in de legislatieve molen bovendien nauwelijks aangetast.¹⁵⁷ Het huidige artikel 5a WVV, van kracht sinds 1 januari 2020, luidt:

- "1. Het is een ieder verboden opzettelijk zich zodanig in het verkeer te gedragen dat de verkeersregels in ernstige mate worden geschonden, indien daarvan levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is. Als zodanige verkeersgedragingen kunnen de volgende gedragingen worden aangemerkt:
 - a. onvoldoende rechts houden op onoverzichtelijke plaatsen;(...)
 - m. overtreden van andere verkeersregels van soortgelijk belang als die onder a tot en met l genoemd.
2. Bij de toepassing van het eerste lid wordt mede in aanmerking genomen de mate waarin de verdachte verkeerde in de toestand, bedoeld in artikel 8, eerste, tweede, derde, vierde of vijfde lid."

Artikel 5a WVV vormt 'in zeker opzicht' een specialis van artikel 5 WVV.¹⁵⁸ In de memorie van toelichting wordt van een 'brugfunctie' gesproken tussen artikel 5 en 6 WVV.¹⁵⁹ Er hoeft enerzijds immers geen sprake te zijn van ernstige gevolgen als bedoeld in artikel 6 WVV, terwijl de strafbaarstelling anderzijds een grotere ernst kent dan artikel 5 WVV – zowel voor wat betreft het gevolg als de mate waarin de verkeersregels zijn geschonden.

Uit de tekst van artikel 5a WVV kan worden afgeleid dat de opsomming van de gedragingen in lid 1 niet limitatief bedoeld is.¹⁶⁰ Lid 1 stelt immers: 'Als zodanige verkeersgedragingen *kunnen* de volgende gedragingen worden aangemerkt' (mijn cursivering, JC). Een tikkeltje pleonastisch is daarom lid 1 sub m van deze bepaling, waarin staat het 'overtreden van andere verkeersregels van soortgelijk belang als die onder a tot en met l genoemd'. In lid 2 is apart genoemd dat het onder invloed zijn van alcohol, en de mate waarin, mede in aanmerking wordt genomen. Dit tweede lid stond niet in het oorspronkelijke wetsvoorstel,¹⁶¹ maar is bij amendement van Van Dam aan de bepaling toegevoegd.¹⁶² Er hoeft geen sprake te zijn

156 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 402-403.

157 Wet van 6 november 2019, *Stb.* 2019, 413, *Kamerstukken* 35086.

158 Wolswijk, Postma & Keulen 2017, p. 382.

159 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 10.

160 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 11.

161 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 2.

162 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 8.

van meerdere verkeersgedragingen uit artikel 5a om tot een bewezenverklaring te komen, een enkele verkeersgedraging kan volstaan (mits daardoor levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is).¹⁶³

Bijzonder aan artikel 5a WVV is dat het de eerste doleuze bepaling is in de Wegenverkeerswet (en zijn voorlopers) die ziet op (zeer) gevaarlijk verkeersgedrag in het algemeen. Eerder kenden alleen bepalingen waarin specifieke (verkeers)gedragingen zijn omschreven, zoals het rijden onder invloed in artikel 8 WVV of het gebruiken van een vervalst kentekenbewijs in artikel 61 lid 1 sub c WVV,¹⁶⁴ een opzetvereiste. Het opzet in artikel 5a WVV strekt zich uit tot het schenden van verkeersregels in ernstige mate, waarmee het opzet dus gekleurd is.¹⁶⁵ Hiervoor is gekozen om de reikwijdte van de delictsomschrijving te begrenzen. Hiermee wordt volgens de memorie van toelichting aangesloten bij de wijze waarop het opzet fungeert in ordenings- en fiscale (straf)wetgeving.¹⁶⁶ Daarnaast is sprake van een dubbel opzet-vereiste: het opzet moet betrekking hebben op de schending van verkeersregels en het in ernstige mate schenden daarvan. Het in artikel 5a WVV genoemde gevolg ('levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander') valt niet onder het bereik van het opzet.¹⁶⁷

Het opzet van de bestuurder moet in de eerste plaats dus betrekking hebben op het overtreden van verkeersregels. Hierover stelde de wetgever onder meer:

"Een aantal van de genoemde gedragingen – overschrijding van de maximumsnelheid, zeer dicht achter een ander voertuig rijden of het vasthouden van een mobiele telefoon – kunnen bovendien niet anders dan opzettelijk worden gepleegd. Voor andere van de genoemde gedragingen heeft opzet wel een zelfstandige betekenis."

In de literatuur wordt het gemak waarmee het opzet op deze gedragingen bewezen kan worden echter in twijfel getrokken.¹⁶⁸ Hierbij speelt het eerder geschetst bijzondere karakter van de verkeerscontext ook een rol; in deze sterk gereguleerde context waarin permanente oplettendheid wordt gevraagd zullen overtredingen zoals de overschrijding van de maximumsnelheid toch juist geregeld uit onachtzaamheid begaan worden.¹⁶⁹ Bovendien zal het gegeven dat de genoemde overtredingen opzettelijk zijn begaan niet altijd indicatief zijn voor de ernst van die overtredingen. Ook hier speelt het bijzondere karakter van de verkeerscontext weer een rol: van verkeersdeelnemers wordt immers verwacht dat zij voortdurend reageren op

163 *Kamerstukken II 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 11.*

164 *Zie voor een volledig overzicht par. 4.3.2.*

165 *Zie over de kleur van het opzet Appendix I.*

166 *Kamerstukken II 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 11.*

167 *Kamerstukken II 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 12.*

168 *Hartevelde & Robroek 2021, p. 72; Vellinga 2019, p. 87-88 en p. 92.*

169 *Zie anders: Ter Haar & Hornman 2021, p. 25.*

het verkeersgedrag van anderen, waardoor het soms juist verwacht wordt dat zij verkeersregels overtreden (in het licht van het veiligheidsbeginsel of het vlotheidsbeginsel).¹⁷⁰ De verkeersculpa is op dit gegeven toegesneden door onder omstandigheden een geoorloofd risico mee te nemen in de beoordeling van culpa, maar het met artikel 5a WVV ingevoerde verkeersopzet is hiermee niet toegerust.

Over het bewijs van het opzet op het in ernstige mate overtreden van de verkeersregels merkt de memorie van toelichting op:

“Wanneer de verdachte meerdere van deze gedragingen in één rit begaat kan het niet anders zijn (en mag dit ook worden aangenomen) dan dat hij de verkeersregels opzettelijk schendt en dat zijn opzet was gericht op het in ernstige mate schenden van de verkeersregels.”¹⁷¹

En verderop:

“Het bewijs van het opzettelijk in ernstige mate overtreden van de verkeersregels zal dan met name moeten worden afgeleid uit de feiten en omstandigheden die zicht bieden op de algehele instelling van de verdachte waar het in het concrete geval zijn deelname aan het verkeer betreft.”¹⁷²

Hoewel het opzet in artikel 5a WVV geen betrekking hoeft te hebben op het veroorzaken van gevaar, speelt het veroorzaakte gevaar wel een rol in de beoordeling of sprake is van opzet op het ‘ernstige mate’ schenden van de verkeersregels. Niet zelden zal de verdachte hierbij zelf ook gevaar hebben gelopen, waardoor – vanuit het hierboven besproken Porsche-arrest – de wijze waarop het (voorwaardelijk) opzet moet worden vastgesteld de typisch verkeersrechtelijke inkleuring krijgt.¹⁷³

In de feitenrechtspraak groeit het aantal zaken waarin overtreding van artikel 5a WVV is tenlastegelegd gestaag. Tussen het verrichten van dit onderzoek en publicatie ervan zal het aantal zaken ongetwijfeld zijn toegenomen. Hierom noem ik met enige voorzichtigheid dat het beeld in de feitenrechtspraak is dat er geen onvoorziene knelpunten ontstaan bij de toepassing van artikel 5a WVV. Wel valt op dat veroordelingen voor artikel 5a WVV vaak gepaard gaan met tenlastelegging (en soms bewezenverklaring) van commune feiten, zoals poging tot zware mishandeling.¹⁷⁴ Artikel 5a WVV wordt gebruikt voor situaties waarin er geen verkeersongeval

170 Vellinga 2019, p. 85.

171 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 11-12.

172 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 12.

173 Vellinga 2019, p. 87.

174 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 1 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3616; Rb. Amsterdam 30 maart 2021, *NJFS* 2021, 301; Rb. Midden-Nederland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:970.

heeft plaatsgevonden,¹⁷⁵ alsmede in situaties waarin er wel een ongeval is ontstaan, maar niet met de in artikel 6 WVV bedoelde gevolgen.¹⁷⁶

4.3.5.7 Roekeloosheid gekoppeld aan artikel 5a WVV

Een wijziging in de Wegenverkeerswet die verband houdt met de invoering van artikel 5a WVV betreft een wijziging in artikel 175 WVV. Aan die bepaling is in lid 2 de volgende volzin toegevoegd: “Van roekeloosheid is in elk geval sprake als het gedrag tevens als een overtreding van artikel 5a, eerste lid, kan worden aangemerkt.”. En lid 3 van deze bepaling – dat eerder nog een wetssystematisch obstakel was voor roekeloosheid – luidt na de meest recente wijziging:

“Indien de schuldige verkeerde in de toestand, bedoeld in artikel 8, eerste, tweede, derde, vierde of vijfde lid, dan wel na het feit niet heeft voldaan aan een bevel, gegeven krachtens artikel 163, tweede, zesde, zevende of negende lid, kunnen de in het eerste en tweede lid bepaalde gevangenisstraffen met de helft worden verhoogd.”

Over de in artikel 175 lid 2 WVV aangebrachte koppeling tussen roekeloosheid en artikel 5a WVV merkt de memorie van toelichting op:

“Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de breed gedragen wens om het begrip «roekeloosheid» in het verkeer nader in te vullen. Bij de introductie van het begrip roekeloosheid in het verkeersstrafrecht is toegelicht dat het doel van deze «meest ernstige vorm van schuld» is om een adequate bestraffing mogelijk te maken van alle gevallen waarin sprake is van zeer onvoorzichtig rijgedrag waarbij welbewust met ernstige gevolgen onaanvaardbare risico's zijn genomen. Uit de eerdergenoemde wetenschappelijke onderzoeken blijkt evenwel dat de rechter eigenlijk maar in heel specifieke gevallen – bij enkele soorten gedragingen – bewezen verklaart dat van roekeloosheid sprake is. Hierdoor is het toepassingsbereik van roekeloosheid te beperkt en daarom beoogt dit wetsvoorstel dat bereik weer te verbreden in lijn met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever.”¹⁷⁷

Hieruit wordt duidelijk dat beoogd is om het aantal gevallen waarin tot een bewezenverklaring van roekeloosheid kan worden gekomen te vergroten. Diezelfde gedachte gaat schuil achter de wijziging in artikel 175 lid 3 WVV.¹⁷⁸ Niet meteen duidelijk is waarom het rijden onder invloed, na de meest recente wijziging, zowel in artikel 5a WVV lid 2, als in artikel 175 lid

175 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 29 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1679; Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:6368.

176 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 21 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1516; Rb. Den Haag 24 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12527.

177 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 3.

178 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3 (MvT), p. 15.

3 genoemd is (en daarnaast afzonderlijk strafbaar is op grond van artikel 8 WVV). Het rijden onder invloed kan op grond van (het bij amendement toegevoegde) artikel 5a lid 2 WVV immers ‘mede in aanmerking worden genomen’ bij de toepassing van artikel 5a lid 1. En van roekeloosheid is op basis van artikel 175 lid 2 WVV ‘in elk geval’ sprake indien het gedrag een overtreding van artikel 5a WVV oplevert. Levert de aangebrachte koppeling tussen roekeloosheid en artikel 5a WVV dan niet hetzelfde wetssysteematische bezwaar op, gelet op het feit dat rijden onder invloed (ook) als afzonderlijke strafverzwarende omstandigheid is opgenomen in gevallen waarin sprake is van roekeloosheid (artikel 175 lid 3 WVV)?¹⁷⁹

De koppeling tussen artikel 5a WVV en de strafverzwarringsgrond roekeloosheid van artikel 6 WVV levert ook enige hoofdbrekens op. Voor een veroordeling aan de hand van deze nieuwe constellatie zal eerst overtreding van artikel 6 WVV moeten worden vastgesteld. Hierbij dient onder meer de in artikel 6 WVV uitgedrukte *culpa* dus bewezenverklaard te worden. Hierna kan eventueel beoordeeld worden of er sprake is van de strafverzwarringsgrond *roekeloosheid* (artikel 175 lid 2 WVV), de zwaarste vorm van culpa. Om die roekeloosheid in te vullen kan vervolgens artikel 5a WVV, de ernstige en *opzettelijke* gevaarstelling, worden gebruikt (artikel 175 lid 2 WVV, laatste volzin). In deze combinatie aan schuldvormen valt geen zorgvuldige uitwerking van het schuldbeginsel te ontdekken.¹⁸⁰

Het oogt bovendien vreemd dat artikel 175 lid 2 WVV uitgaat van de situatie waarin ‘de schuld bestaat in roekeloosheid’. De schuld in artikel 6 WVV ziet op het ontstaan van het verkeersongeval (en, afhankelijk van de wijze waarop artikel 6 WVV wordt uitgelegd, ook op de dood of het zwaar

179 Een ander punt dat enige onduidelijkheid oproept, maar buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt, betreft het niet meewerken aan een onderzoek ter vaststelling van het eventueel rijden onder invloed (als bedoeld in artikel 163 WVV). Dit is thans wél als strafverzwarende omstandigheid opgenomen in artikel 175 lid 3 WVV, maar niet als mede in aanmerking te nemen gegeven in artikel 5a lid 2 WVV. Dat laatste kan verklaard worden doordat rijden onder invloed het in artikel 5a bedoelde gevaar vergroot, en het niet meewerken aan een onderzoek naar alcoholgebruik niet (*Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 8). Het gevolg is echter dat het enkel niet meewerken aan het onderzoek wél voor een verhoging van de gevangenisstraf met de helft (artikel 175 lid 3) kan zorgen bij een veroordeling voor artikel 5a WVV, maar het rijden onder invloed zelf juist niet (omdat het al verdisconteerd is in artikel 5a lid 2 WVV). Dit heeft als gevolg dat het voor een verdachte van overtreding van artikel 5a WVV raadzaam is altijd mee te werken met een ademonderzoek.

180 Hoewel het een aangenaam uitstapje zou opleveren om hier uitgebreid in te gaan op de *aliud*theorie en de *minus*theorie kan wellicht – om een te lang intermezzo te voorkomen – volstaan worden met de constatering dat het geen uitgemaakte zaak is dat culpa de *minus* is van opzet, en daarom dus ook niet dat opzet culpa insluit. Hoewel een combinatie van verschillende schuldvormen niet nieuw is binnen bijzondere wetten, levert de specifieke combinatie tussen roekeloosheid en opzet wél een novum op, zonder dat dus uitgekristalliseerd is of deze combinatie dogmatisch zuiver is, en in de praktijk werkbaar. Zie over deze discussie, en onder verwijzing naar de belangrijkste literatuur op dit gebied: De Hullu 2021, p. 273-275.

lichamelijk letsel¹⁸¹), waardoor dat ook voor de strafverzwarringsgrond roekeloosheid zal moeten gelden. Van die roekeloosheid is nu echter ook ('in elk geval'¹⁸²) sprake bij overtreding van artikel 5a WVV, waarbij er niet eens opzet of schuld hoeft te bestaan op het gevaar, laat staan het eventuele ongeval. Voor het mindere (artikel 6 WVV met gewone culpa) is dus méér schuld nodig dan voor het meerdere (artikel 6 WVV met roekeloosheid via artikel 5a WVV). Of, iets preciezer gezegd, voor de gewone culpa in artikel 6 WVV dient een uitgebreider schuldverband te worden vastgesteld dan voor de culpa in de vorm van roekeloosheid in dezelfde bepaling.

Deze legislatieve stand van zaken wordt in de rechtspraktijk opgelost door eerst de gewone culpa in artikel 6 WVV vast te stellen, en daarna pas de eventuele roekeloosheid (via artikel 5a WVV) te beoordelen. Deze welwillende interpretatie laat echter onverlet dat de wet duidelijk stelt dat de 'schuld moet bestaan in roekeloosheid'. De wijze waarop in de rechtspraktijk thans tot veroordelingen voor artikel 6 WVV met roekeloosheid via artikel 5a WVV is dus niet in overeenstemming met de wettekst.

Er mag hier zonder slag om de arm worden geconcludeerd dat de opeenstapeling van wetwijzigingen in artikel 6 (en artikel 5a) WVV de huidige uitwerking van het schuldbeginnsel bij het culpoos veroorzaken van ernstige verkeersongevallen in een erbarmelijke staat heeft gebracht. Door bij de laatste legislatieve projecten steeds de sanctienorm op de voorgrond te stellen in plaats van de gedragsnorm is de wijze waarop schuld dient te worden verwerkt intussen totaal verwaarloosd, en ook overigens amper te begrijpen. De welwillende werkwijze in de rechtspraktijk dekt dit grote euvel op dit moment nog toe, maar het is te hopen dat de wetgever de legislatieve stand van zaken snel weer op orde te brengt. Ik zal hiertoe hieronder een bescheiden voorstel doen.

In de feitenrechtspraak heeft men intussen dus een welwillende interpretatie gegeven aan de constellatie rondom roekeloosheid in de artikelen 6, 175 en 5a WVV. Het aantal zaken waarin deze constellatie wordt gebruikt neemt gestaag toe. Tussen het verrichten van dit onderzoek en publicatie ervan zal het aantal zaken ongetwijfeld zijn toegenomen. Hierom noem ik met enige voorzichtigheid dat het beeld voorlopig is dat het aantal veroordelingen voor artikel 6 WVV met roekeloosheid sterk is toegenomen, terwijl de betekenis die de Hoge Raad voor 1 januari 2020 aan roekeloosheid gaf (grotendeels) in onbruik is geraakt. Hoewel in de meeste gevallen eerst de 'gewone' culpa wordt vastgesteld, en daarna de roekeloosheid via artikel 5a WVV wordt ingevuld, zijn er ook uitspraken waarin die eerste stap (de gewone culpa) wordt overgeslagen. In die gevallen wordt er dus direct geoordeeld of er sprake is van roekeloosheid via artikel 5a WVV.¹⁸³ Er is ook een uitspraak aan te wijzen waarin er een soort mengvorm tussen de roekeloosheid volgens de definitie van de Hoge Raad en de roekeloos-

181 Zie hierover uitgebreid, en met nadere verwijzingen: Harteveld & Robroek 2021, p. 80-83.

182 Art. 175, lid 2 WVV, laatste volzin.

183 Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:3985.

heid via artikel 5a is ontstaan.¹⁸⁴ Ook komt het voor dat overwogen wordt dat de gedragingen niet als roekeloos aangemerkt kunnen worden onder de definitie van de Hoge Raad, waardoor de rechtbank geen aanleiding zag om het gedrag nog te toetsen aan artikel 5a WVV.¹⁸⁵ Een ander punt waar de feitenrechtspraak zich over moest buigen betrof de vraag of de invoering van art. 5a WVV terugwerkende kracht (reflexwerking) had voor de invulling van roekeloosheid bij feiten die gepleegd zijn vóór 1 januari 2020. Dit zou alleen conform het legaliteitsbeginsel (artikel 1, lid 2 Sr) zijn indien de verdachte hiermee niet in een ongunstiger rechtspositie belandt. De meningen hierover zijn verdeeld.¹⁸⁶ Hierboven is vastgesteld dat het aannemen van roekeloosheid via artikel 5a WVV aanzienlijk eenvoudiger is dan onder vigeur van de oude regeling. Vanwege het strafverhogend effect van de roekeloosheid is dit daarom een ongunstiger regeling voor de verdachte. Ondanks dat de wetgever geen blijk geeft van een gewijzigd inzicht op dit punt,¹⁸⁷ verzet het legaliteitsbeginsel zich tegen toepassing van de nieuwe regeling op feiten die voor 1 januari 2020 zijn begaan.

Hierboven stelde ik al dat de huidige stand van zaken rondom de strafverzwarende schuldvorm roekeloosheid in de Wegenverkeerswet voor verbetering vatbaar is. Nu via artikel 5a WVV deze roekeloosheid eenvoudiger (dan voorheen) kan worden vastgesteld is de vraag waarom de tussenstap van de vaststelling van roekeloosheid nog dient te worden gezet. Het schrappen van deze tussenstap uit de Wegenverkeerswet zou de huidige stand van zaken in de rechtspraak niet veranderen, maar enkel aanmerkelijk verduidelijken. Het zou het spectrum aan schuldvormen bovendien terugbrengen naar een helderder toestand (namelijk de toestand die bestond vóór de invoering van roekeloosheid). In het commune strafrecht (artikel 307 en 308) kan de roekeloosheid desgewenst zelfs worden gehandhaafd onder de betekenis die de Hoge Raad er voor 1 januari 2020 aan gaf,

184 Rb. Noord-Nederland 28 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3909.

185 Rb. Zeeland-West-Brabant 30 juni 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:4007: “De hiervoor vastgestelde gedragingen van verdachte – op de andere weghelft terecht komen en het onder invloed zijn van amfetamine – zijn, naar het oordeel van de rechtbank niet toereikend voor het oordeel dat verdachte roekeloos heeft gereden. Reeds hierdoor ziet de rechtbank geen reden om het handelen van verdachte te toetsen aan artikel 5a van de WVV, zoals door de officier van justitie is verzocht. Aldus zal de rechtbank verdachte van de tenlastegelegde roekeloosheid vrijspreken.”

186 A-G Paridaens toont zich voorstander van deze reflexwerking in haar conclusie bij HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:129 (zie par. 3.12 van haar conclusie). Ook in Hof 's-Hertogenbosch 15 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2411 wordt reflexwerking toegekend aan de wetswijziging. Ditzelfde Hof oordeelde kort daarvoor overigens tegenovergesteld op dit punt: Hof 's-Hertogenbosch 11 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3070. Ook het Hof Amsterdam neemt geen reflexwerking aan in Hof Amsterdam 13 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3523. Voorts bepleit ook Vellinga dat reflexwerking hier in strijd met het legaliteitsbeginsel zou zijn: HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:129, NJ 2021, 90, m.nt. Vellinga (zie i.h.b. par. 7 van zijn annotatie).

187 *Kamerstukken II* 2018/19, 35086, 3, p. 3.

hoewel het meer voor de hand ligt ook in die bepalingen de roekeloosheid te schrappen. Dit voorstel zou kunnen resulteren in een nieuwe inhoud van lid 2 van artikel 175 WVV, zoals:

Indien het in overtreding van artikel 6 resulterende gedrag tevens als een overtreding van artikel 5a, eerste lid, kan worden aangemerkt wordt overtreding van artikel 6 gestraft met:

- a. gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander wordt gedood;*
- b. gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht.*

4.3.5.8 Conclusie: schuldvormen in het verkeersstrafrecht

Uit het voorgaande deel met betrekking tot de wijze waarop het schuldbeginsel is uitgewerkt in het verkeersstrafrecht kan geconcludeerd worden dat er een bonte verzameling aan schuldvormen is ontstaan binnen het verkeersstrafrecht. Deze schuldvormen zijn niet altijd eenvoudig als opzet of culpa te rubriceren. Een aantal specifieke verkeersbepalingen bevatten een opzetvereiste. Het meer generiek strafbaar gestelde veroorzaken van gevaar op de weg (artikel 5 WVV) was aanvankelijk van een strafverzwarende variant voorzien in artikel 6 WVV, waarin culpa als strafverzwarend subjectief bestanddeel fungeerde (ten opzichte van artikel 5 WVV) en waarin als constitutief bestanddeel is aangebracht het (door schuld) veroorzaken van een verkeersongeval waardoor een ander wordt gedood of zwaar lichamelijk letsel wordt toegebracht.

Sinds de jaren negentig klinkt er vanuit verschillende kanten (maatschappelijk, politiek en vanuit de literatuur) de wens tot meer mogelijkheden voor zware bestraffing bij bepaalde ernstige verkeersongevallen. Tegelijk wordt zichtbaar dat de mogelijkheden die het commune strafrecht daartoe biedt beperkt zijn, omdat dat de wijze waarop het opzet wordt vastgesteld indien een verkeerszaak onder een commune delictsomschrijving wordt gebracht een eigen invulling krijgt (hierop kom ik hieronder onder 'ten derde' nog terug). Hierom is er sinds het begin van de eeuw een aantal omvangrijke wijzigingen aangebracht in het verkeersstrafrecht om gevolg te geven aan de wens tot hogere straffen. Een eerste omvangrijke wijziging betreft de invoering van roekeloosheid als nieuwe schuldvorm. Een tweede omvangrijke wijziging betreft de invoering van het doleuze artikel 5a WVV, met de in artikel 175 WVV aangebracht koppeling tussen die bepaling en de roekeloosheid. In de parlementaire documenten valt op deze wijzigingen steeds vooral zijn ingegeven door de wens om hoger te kunnen straffen, waarbij de ernst van de gevolgen of de mate van gevaar op de voorgrond staat. Meer op de achtergrond wordt het schuldbeginsel vooral gemodelleerd naar deze wens. Hierbij staat derhalve niet de materiële (gedrags)norm maar de sanctienorm voorop; de sanctienorm wordt niet mede bepaald aan de hand van de mate van schuld die de gedraging moet hebben, maar de schuldvorm wordt aangepast aan de gewenste sanctienorm.

Een tweede belangrijke bevinding in deze paragraaf is dat onduidelijkheden in de WVV hebben geleid tot bijzondere, gemuteerde schuldvormen. Bij gebrek aan subjectieve bestanddelen wordt door de Hoge Raad – ter systeembehoud – indien nodig een subjectief bestanddeel ingelezen bij de misdrijven in de WVV. De door de Hoge Raad geïntroduceerde maatstaf van een ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ levert echter de nodige onduidelijkheid op omtrent de precieze betekenis ervan. Ook de door de wetgever gebruikte formulering van ‘weten of redelijkerwijs moeten weten’ zorgt al geruime tijd voor discussie over de precieze betekenis.

Ten derde brengt de specifieke context van het verkeersstrafrecht, in het bijzonder de verkeersrechtelijke beginselen, mee dat de wijze waarop subjectieve bestanddelen invulling krijgen deels bepaald wordt door die specifieke context. Niet voor niets wordt er in de literatuur over het verkeersstrafrecht wel gesproken van ‘verkeersschuld’.¹⁸⁸ Die eigen invulling van subjectieve bestanddelen werd zichtbaar in het feit dat het commune strafrecht slechts beperkte mogelijkheden biedt voor de berechting van verkeersongevallen met ernstige gevolgen; het verkeersstrafrecht laat zich blijkbaar lastig in de commune mal gieten. Deelname aan het verkeer brengt automatisch risico’s met zich, en wanneer zich ernstige gevolgen voordoen betekent dat bepaald niet dat de veroorzaker van het ongeval ook een grote mate van schuld had. Dat levert nogal eens onbegrip op, maar is vanuit de idee van het schuldstrafrecht niet lastig te begrijpen.

4.4 ALGEMENE WET INZAKE RIJKSBELASTINGEN

De Algemene wet inzake rijksbelastingen regelt het fiscale straf- en strafprocesrecht. Deze wet vormt in een aantal opzichten een bijzonderheid in het (toch al) bijzondere strafrecht. De wet trad in 1959 in werking en is het product van een lang gekoesterde wens tot codificatie van het tot 1959 versnipperde fiscale straf- en strafprocesrecht. De wetsgeschiedenis van de AWR kent, gelet op de lange voorgeschiedenis en de sterke wens een einde te maken aan de versnippering, enige parallellen met de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht. Een belangrijke bijzonderheid van het fiscale straf- en strafprocesrecht is dat het nooit onderdeel is geweest van (pogingen tot) codificatie van het materiële of formele strafrecht; het werd in 1886 zelfs nadrukkelijk uitgezonderd van het codificatiewerk dat uitmondde in het Wetboek van Strafrecht, kort gezegd omdat de aard van de materie van het fiscale strafrecht zich niet zou lenen voor opnemings in een centrale strafrechtscodificatie.¹⁸⁹ Zodoende vormt het – samen met het militaire strafrecht – de oudste vorm van bijzonder strafrecht sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886. Hoewel het derhalve altijd een uitzonderingspositie heeft gehad is wel geregeld rekenschap gegeven van

188 Zie bijvoorbeeld Den Harder 2006, p. 14-18.

189 Zie hierover paragraaf 2.1.3.2.

de verhouding van het fiscale strafrecht tot het wetboek, lettend op artikel 91 Sr.¹⁹⁰ Dit laat onverlet dat het fiscale strafrecht altijd een aantal expliciete afwijkingen heeft gekend op het commune strafrecht (zoals de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders).¹⁹¹ Daarnaast is de vormgeving van de strafbaarstellingen in het fiscale strafrecht afwijkend ten opzichte van de vormgeving van de strafbaarstellingen in het commune strafrecht. Vanwege de aard van het fiscale recht wordt er gewerkt met zogeheten ‘gelede normstellingen’, die een bepaalde spanning met het legaliteitsbeginsel met zich brengen. Deze gelede normstellingen worden hieronder nader besproken (paragraaf 4.4.2). Een minder expliciete, maar desondanks vergaande, afwijking op het commune strafrecht wordt gevormd door de omgang met het leerstuk opzet in het fiscale strafrecht (paragraaf 4.4.1).

Bij de bespreking van de positiefrechtelijke stand van zaken is het van belang steeds twee zaken voor ogen te houden. Dat betreft de rol van het strafrecht binnen het fiscale recht (I), en de bijzondere context die het fiscale (straf)recht vormt in vergelijking met het andere materiële strafrecht (II).

Ad. I. Het fiscale recht is het voor het grootste deel bestuursrechtelijk van aard; dit deel wordt doorgaans aangeduid als het ‘fiscale boeterecht’. Het strafrecht functioneerde bij invoering van de AWR binnen het fiscale recht als sanctionerend sluitstuk, door in een beperkt aantal bepalingen (artikelen 68, 69, 69a, 70 en 71 AWR) strafrechtelijke handhaving mogelijk te maken.¹⁹² In het hedendaagse fiscale recht worden de strafrechtelijke handhavingsmogelijkheden als onderdeel gezien van een ‘integrale handhavingstrategie’. Deze visie op de inzet van het strafrecht in het fiscale recht komt naar voren in de overwegingen bij het AAFD-protocol. Dit protocol regelt de afstemming tussen de handhavende partijen binnen het fiscale recht (Openbaar Ministerie en Belastingdienst), en overweegt dat:

- “c. het strafrecht wordt gezien als een instrument dat in verbinding staat met andere vormen van handhaving, toezicht en nalevingsbevordering;
- d. het strafrecht de andere schakels in de (overheids)handhaving en vice versa ondersteunt, waardoor de handhaving als geheel effectiever wordt (‘optimum remedium’). Snelle (strafrechtelijke) interventies – een vorm van proactief, strafrechtelijk optreden ter voorkoming van (verdere) maatschappelijke schade – worden daarbij van groot belang geacht;

190 Zie hierover ook de wetgever in de memorie van toelichting bij de AWR: *Kamerstukken II* 1954/55, 4080, 3, p. 24.

191 Zie hierover paragraaf 2.2.1.

192 *Kamerstukken II* 1954/55, 4080, 3, p. 25. (“Slechts de vrees voor op ontdekking volgende bestraffing is in staat hen in het rechte spoor te houden. (...) Dit alles in aanmerking nemende achten de ondergetekenden, in het algemeen beschouwd, strenge sancties op fiscaal gebied noodzakelijk.”)

- e. het van belang is het strafrecht mede in te zetten voor zaken op het terrein van verschillende toezichtactiviteiten (zoals thematische aanpakken met ketenpartners) om daarmee een bepaald gewenst (maatschappelijk) effect te kunnen bereiken;”¹⁹³

De betrokkenheid van het strafrecht in het fiscale recht valt derhalve hoofdzakelijk terug te voeren op de handhavingsmogelijkheden die het strafrecht biedt; hieraan ligt een duidelijk instrumentele opvatting van het strafrecht besloten.

De inzet van het strafrecht is niet beperkt tot de mogelijkheden die de strafrechtelijke bepalingen in de AWR bieden. Bij fiscale fraude komt ook overtreding van enkele commune bepalingen in beeld. Er kan vooral gedacht worden aan valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr), oplichting (artikel 326 Sr) en witwassen (artikel 420bis Sr tot artikel 420quater.1 Sr). Het Openbaar Ministerie kan een fiscaal feitencomplex derhalve vaak of als algemeen feit, of als fiscaal feit ten laste leggen, of als combinatie van beide.¹⁹⁴ De enige beperking die de wet hierbij stelt is de specialis-generalis regeling in artikel 69 lid 4 AWR, waarbij vervolging voor het feit in artikel 225 lid 2 Sr is uitgesloten indien het feit ook overtreding van artikel 69 lid 1 en 2 AWR oplevert.

Ad. II. Het fiscale straf(recht) kent een tweetal bijzonderheden die voor ogen moeten worden gehouden bij de positiefrechtelijke stand van zaken in dit gebied. Ten eerste moet bedacht worden dat – anders dan bij andere bijzondere strafwetten – rechtssubjecten niet uit vrije wil normadressaat zijn van dit rechtsgebied. Anders gezegd: men is niet uit vrije wil belastingplichtig, maar is dit vanwege een door de staat opgelegde verplichting. Ten tweede geldt binnen het fiscale recht het uitgangspunt dat de belastingplichtige het voor hem meest gunstige fiscale regime mag samenstellen, zolang hij daarmee binnen de grenzen van de wet blijft. Geen belastingplichtige zal uit vrije wil meer belasting betalen dan strikt voorgeschreven is. Hierom zal in het fiscale recht als uitgangspunt altijd in minimale mate normconform worden gehandeld, waardoor – vertaald naar het strafrecht – de grens met de formele wederrechtelijkheid per definitie wordt opgezocht.¹⁹⁵

4.4.1 Opzet in de AWR

Binnen de AWR komt de schuldvorm opzet zowel in het fiscale boeterecht als in het fiscale strafrecht voor. Hoewel deze terreinen zich, zoals hierboven gezegd, in verschillende domeinen bevinden (respectievelijk bestuursrecht

193 Protocol AAFD 2023, *Stcrt.* 2023, 16878.

194 Bakker 2019, p. 301-305.

195 Zie over deze bijzonderheden expliciet: Rb. Zwolle-Lelystad 13 september 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU2558.

en strafrecht) zijn ze niet hermetisch gescheiden, alleen al niet vanwege de hierboven aangeduide ‘integrale handhaving’. Hieronder zal de focus, vanwege de afbakening van dit onderzoek, uiteindelijk komen te liggen op het opzetbegrip binnen het fiscale *strafrecht*. Om de ontwikkeling hierbinnen goed te kunnen duiden is het echter van belang eerst kort stil te staan bij het opzetbegrip in het fiscale *boeterecht*.

4.4.1.1 Opzet in het fiscale boeterecht

Binnen het fiscale boeterecht¹⁹⁶ worden verzuimboetes en vergrijpboetes onderscheiden. Verzuimboetes kunnen worden opgelegd voor overtreding van de artikelen 67a tot 67ca AWR. Voor overtreding van de artikelen 67cc tot 67f AWR en art. 10a AWR kan een vergrijpboete worden opgelegd. De verzuimboete kan maximaal € 5.514 bedragen, terwijl de vergrijpboete veel hoger kan uitpakken.¹⁹⁷ Het verschil tussen deze boetesorten is gelegen in de aanwezigheid van ‘opzet of grove schuld’ bij de vergrijpboetes.¹⁹⁸ Deze begrippen werden tot 1 januari 2016 in het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) gedefinieerd. Deze definities zijn verwijderd om redactionele redenen, waardoor hun betekenis (na verwijdering) niet is veranderd.¹⁹⁹ Over het bestanddeel opzet zei het BBBB, §25, lid 3 (oud):

“Opzet is het willens en wetens handelen of nalaten, leidend tot het niet of niet binnen de daarvoor gestelde termijn heffen of betalen van belasting. Onder opzet wordt mede verstaan voorwaardelijk opzet. Onder voorwaardelijk opzet wordt verstaan het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat een handelen of nalaten tot gevolg heeft dat te weinig belasting geheven is of kan worden dan wel niet of niet binnen de termijn betaald is.”

En over het bestanddeel grove schuld zei het BBBB, §25, lid 2 (oud):

“Grove schuld is een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van verwijtbaarheid en omvat mede grove onachtzaamheid. Daarbij kan gedacht worden aan laakbare slordigheid of ernstige nalatigheid. Bij grove schuld had belanghebbende redelijkerwijs moeten of kunnen begrijpen dat zijn gedrag tot gevolg kon hebben dat te weinig belasting zou worden geheven of betaald.”

196 Zie over het fiscale boeterecht uitgebreid: Boezelman & Gijsen 2019, p. 249-278.

197 Vergelijk bijvoorbeeld art. 67a AWR (verzuimboete) en art. 67cc AWR (vergrijpboete), waarin de boete kan oplopen tot 100% van de door het handelen van de belastingplichtige niet geheven belasting.

198 Dit blijkt uit een eenvoudige vergelijking van de bepalingen; dit uitgangspunt wordt bevestigd in §25 van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) (ingevoerd bij Besluit van 28 juni 2016, *Stcrt.* 2016, 34921, laatst gewijzigd bij besluit van 22 juni 2023, *Stcrt.* 2023, 17366). Dit uitgangspunt doet denken aan het verschil tussen overtredingen en misdrijven in het Wetboek van Strafrecht, zie hierover Appendix I.

199 F.W. Jongbloed, P. Koedood & I.J. Krukkert (red.), *Algemeen Deel* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer, §25 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst, aant. 3.2 & 4.2).

Hiermee lijkt de betekenis van deze schuldvormen overeen te komen met de schuldvormen opzet – waaronder voorwaardelijk opzet – en culpa in het strafrecht, maar dan specifiek toegesneden op de fiscale vergrijpen. In de wijze waarop deze bestanddelen konden worden bewezen bestond aanvankelijk echter een groot verschil; dat verschil is echter mede onder invloed van (de ook op het fiscale boeterecht toepasselijke²⁰⁰) onschuldpresumptie in artikel 6, lid 2 EVRM verkleind.²⁰¹ Wel lijkt het opzet in de situatie waarin een ander dan de belastingplichtige zelf opzet of grove schuld had aan het vergrijp, zoals in de situatie waarin een belastingadviseur is ingeschakeld en die adviseur opzet of grove schuld had, in sterke mate aan de hand van vrij algemene zorgplichten te kunnen worden bewezen bij de belastingplichtige. “In dat verband kan van belang zijn of de belastingplichtige de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kan worden gevergd bij de keuze van zijn adviseur en bij de samenwerking met die adviseur.”²⁰² Zo expliciet worden zorgplichten niet betrokken bij het bewijs van het voorwaardelijk opzet in het strafrecht, hoewel in dit onderzoek wel de vraag zal passeren of dat niet impliciet (alsnog) gebeurt.²⁰³ De vraag is wel waarom het boeterecht op dit punt intussen (nog steeds) niet geheel aanknoopt bij het strafrecht. Gritter wijst er in dit verband op dat de wijze waarop het voorwaardelijk opzet in het boeterecht kan worden bewezen mede gekleurd is door overwegingen met betrekking tot een efficiënte handhaving, zoals die onder meer expliciet voorkomen in de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit gebied,²⁰⁴ en die mede aan de voet hebben gestaan van de invoering van de bestuurlijke boete.²⁰⁵

200 Dit werd door de Hoge Raad expliciet overwogen in HR 19 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8934, BNB 1986, 29, r.o. 4.2.

201 Aanvankelijk kon het opzet of de grove schuld van een eventuele belastingadviseur worden *toegerekend* aan de belastingplichtige. Deze lijn werd in 1988 genuanceerd door de Hoge Raad in HR 15 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3876, BNB 1988, 270, r.o. 5.3. Bij dit arrest werd overwogen dat de belastingplichtige wel in de gelegenheid moest worden gesteld om tegenbewijs (tegen de toerekening) te leveren, vanwege artikel 6 lid 2 EVRM. Deze toerekening van opzet of grove schuld werd in 2006 door de Hoge Raad echter geheel afgewezen, wederom onder verwijzing naar artikel 6 lid 2 EVRM, zie HR 1 december 2006, BNB 2007, 151, r.o. 3.4.

202 HR 1 december 2006, BNB 2007, 151, r.o. 3.6.

203 Zie over de betekenis van opzet en grove schuld in het boeterecht onder meer uitgebreid: Demandt & Klaasse 2017; Feteris 2015; Bruijsten 2012; Van der Wal 2007; Lubbers & Poelmann 2007; De Bont 2005; Gritter 2001.

204 HR 19 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8934, BNB 1986, 29, r.o. 4.2: “Dat het opleggen van deze verhogingen is onttrokken aan het Nederlandse strafrechtstelsel valt voorts niet terug te voeren op enig oordeel omtrent de strafwaardigheid van het vergrijp, maar berust op overwegingen van doelmatigheid – waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de overweging dat de capaciteit van het strafrechtelijke apparaat niet toereikend is om het grote aantal verhogingen als strafzaken te behandelen”.

205 Gritter 2001, p. 368-371.

4.4.1.2 Opzet in het fiscale strafrecht

De strafbare feiten in de AWR zijn te vinden in de artikelen 68, 69 en 69a, 70 en 71 AWR. Artikel 72 AWR bepaalt dat feiten waarop een gevangenisstraf is gesteld als misdrijf worden bestempeld, en de andere feiten als overtredingen. Dit heeft als gevolg dat de delicten in de artikelen 68, 70 en 71 gekwalificeerd zijn als overtredingen, en de delicten in de artikelen 69 en 69a AWR als misdrijven. Het formele onderscheid tussen misdrijven en overtredingen wordt dus gevormd door de mogelijke sancties; de sanctienorm is hier bepalend voor dit cruciale materieelrechtelijke onderscheid. Materieel gezien is er één onderscheidend criterium: de misdrijven verlangen, in tegenstelling tot de overtredingen, de aanwezigheid van opzet bij de verdachte. Hiermee wordt de systematiek van het commune strafrecht gevolgd.²⁰⁶

De belangrijkste fiscale misdrijven zijn opgenomen in artikel 69 AWR; artikel 69a AWR gaat specifiek om het opzettelijk niet nakomen van een betalingsverplichting aan de fiscus, en blijft hieronder buiten beschouwing.²⁰⁷ Artikel 69 lid 1 en 2 AWR luidt:

- “1. Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte niet doet, niet binnen de daarvoor gestelde termijn doet, dan wel een der feiten begaat, omschreven in artikel 68, eerste lid, onderdelen a, b, d, e, f of g, wordt, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting.
2. Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist of onvolledig doet, dan wel het feit begaat, omschreven in artikel 68, eerste lid, onderdeel c, wordt, indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie”

De hoofdregel omtrent het opzetverband²⁰⁸ volgend, moet het opzet in deze leden van artikel 69 AWR zien op de gecursiveerde onderdelen. Het opzet ziet dus niet op het bestanddeel ‘indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven’, ook wel aangeduid als het ‘strekkingvereiste’. Dit vereiste is daarmee geobjectiveerd. De Adviescommissie herziening fiscaal boetestelsel (de Commissie-Van Slooten) stelde (in plaats van dit geobjectiveerde strekkingsvereiste) een oogmerk-vereiste voor. De wetgever koos echter voor het huidige strekkingsvereiste:

²⁰⁶ Zie hierover Appendix I.

²⁰⁷ Zie over deze bepaling: Kors 2017, p. 66-69; Sijbers & Mokveld 2014;

²⁰⁸ Zie hierover Appendix I.

“De verkieslijkheid van dit bestanddeel boven het oogmerkvereiste is erin gelegen, dat het objectieve karakter van de gedraging gemakkelijker is te bewijzen dan het subjectieve bestanddeel.”²⁰⁹

Hiermee is het opzetverband beperkt tot de hierboven aangeduide bestanddelen. Hierbij springt in lid 2 de ‘onjuistheid of onvolledigheid’ in het oog. De onjuistheid of onvolledigheid van een belastingaangifte hangt (natuurlijk) af van het materiële belastingrecht. Hiermee is dus sprake van een gekleurd opzet-vereiste,²¹⁰ nu het opzet moet zien op de formele (fiscale) wederrechtelijkheid.²¹¹ Daarnaast valt op dat zowel de onjuistheid of onvolledigheid van de aangifte, als het bestanddeel ‘bij de belastingwet voorzienne’ een zeer breed bereik heeft, nu dit zoals gezegd het gehele materiële belastingrecht omvat (artikel 2, lid 1 AWR). Dit brede bereik komt voort uit de hierboven besproken functie van het strafrecht in het fiscale recht; het strafrecht functioneert als sanctionerend binnen dit overigens bestuursrechtelijke domein. Het heeft evenwel tot gevolg dat artikel 69, in het bijzonder lid 2, problematisch is vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel; hierop kom ik in paragraaf 4.4.2 terug.

Onder het bestanddeel ‘opzettelijk’ kan – ook in het fiscale strafrecht – het voorwaardelijk opzet begrepen worden. In het geval van artikel 69 lid 2 AWR zal dus tenminste moeten worden bewezen dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn aangifte onjuist of onvolledig was. Hiermee wordt dus aangeknoopt bij de gangbare wijze waarop het voorwaardelijk opzet in het materiële strafrecht wordt uitgelegd. De vaststelling van dit voorwaardelijk opzet zal in artikel 69 lid 2 AWR feitelijk echter weinig om het lijf hebben.

Voor de vaststelling van de aanmerkelijke kans op het gevolg is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad²¹² de ‘aard van de gedraging’ bepalend, de ‘omstandigheden waaronder die gedraging is verricht’, en geldt dat het in elk geval moet gaan om een kans die ‘naar algemene ervaringsregels’ aanmerkelijk te noemen is. Indien deze uitgangspunten worden toegepast op artikel 69 AWR lid 2 dan ontstaat het volgende beeld. Ten eerste is de gedraging in fiscale context doorgaans niet veelzeggend

209 *Kamerstukken II* 1993/94, 23470, 3, p. 24. Zie voor de hiermee conforme uitleg van dit bestanddeel door de Hoge Raad: HR 26 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2493.

210 Zie hierover Appendix I.

211 Hiermee volg ik de lijn die in de literatuur wordt verdedigd door (onder anderen) Kors, De Jong & Sikkema en De Bont. Zie Kors 2017, p. 104-109; De Jong & Sikkema 2019, p. 505-511; De Bont 2002. In andere literatuur wordt er ten onrechte vanuit gegaan dat het opzetvereiste in artikel 69 AWR kleurloos is, vanwege dit algemene uitgangspunt binnen het Nederlandse strafrecht. Ruimte voor uitzondering op deze regel bestaat in hun visie alleen indien de wederrechtelijkheid expliciet onder het opzetverband is gebracht door de wetgever. Hierom zou het opzetvereiste in artikel 69 AWR kleurloos zijn. Die opvatting gaat er ten onrechte vanuit dat dit een binaire kwestie is (opzet is óf boos óf kleurloos).

212 Zie hierover Appendix I, §5.3.

over de kans op een bepaald gevolg. Immers: de gedraging (het doen van een onjuiste of onvolledige aangifte) komt neer op het invullen van gegevens op de computer. Die gedraging is identiek aan het invullen van een juiste en volledige aangifte. Oftewel: de gedraging is in de regel neutraal, en daarmee nietszeggend over de kans dat de aangifte onjuist of onvolledig is. Alles hangt af van de precieze gegevens die zijn ingevoerd. Ook de omstandigheden waaronder de gedraging is verricht kunnen van betekenis zijn voor het vaststellen van een aanmerkelijke kans. In het fiscale recht kan hierbij bijvoorbeeld gedacht worden aan de fase voorafgaand aan de aangifte, zoals het voeren van deugdelijke administratie. Indien dat niet met de juiste hoeveelheid zorg geschiedt zal dit gegeven kunnen worden betrokken bij de bewijsvoering voor de drie componenten van voorwaardelijk opzet, waaronder dus ook de aanmerkelijke kans.²¹³ Uiteindelijk zal het in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels ‘aanmerkelijk’ kan worden geacht. Dit element zal in het fiscale recht niet altijd het voor de vaststelling van een aanmerkelijke kans benodigde onderscheidend vermogen hebben. Vastgesteld moet immers worden dat er een aanmerkelijke kans bestaat op het doen van een onjuiste of onvolledige aangifte. Die onjuistheid of onvolledigheid wordt bepaald door het fiscale recht. De omvang en complexiteit van het fiscale recht brengen met zich dat bij iedere aangifte een (in sommige gevallen aanmerkelijke) kans bestaat dat de aangifte onjuist of onvolledig is.²¹⁴ De aanmerkelijke kans wordt in de fiscale jurisprudentie dan ook nauwelijks bediscussieerd.²¹⁵

Het bewustzijn van de aanmerkelijke kans dat een belastingaangifte onjuist of onvolledig is zal in elk geval kunnen worden vastgesteld indien de verdachte verklaart te hebben geweten van die aanmerkelijke kans. Maar, zoals gezegd, kan onder omstandigheden snel sprake zijn van een aanmerkelijke kans waardoor niet ondenkbaar is dat de verdachte zich er niet bewust van was. Via een objectivering – een niet ongebruikelijk instrument bij de vaststelling van (voorwaardelijk) opzet²¹⁶ – van het bewustzijn kan dit echter toch worden vastgesteld. Hiervoor zal beredeneerd moeten worden dat een ‘gemiddelde derde’ zich bewust zou zijn van de aanmerkelijke kans, waardoor het niet anders kan zijn dan dat de verdachte zich van die aanmerkelijke kans eveneens bewust was. Hierbij kunnen feiten van algemene bekendheid een rol spelen. De omvang en complexiteit van het fiscale recht vormen echter ook bij de vaststelling van het bewustzijn een complicerende factor,²¹⁷ zeker indien bedacht wordt dat het adagium ‘een ieder wordt geacht de wet te kennen’ ook in het bijzonder strafrecht van

213 Kors 2017, p. 117-119.

214 De Bont 2005, p. 1-2; Kors 2017, p. 117; Valkenburg 2003; Bakker 2019, p. 290-291; Van Riel 2011, p. 13; Wattel 1989, p. 126.

215 Kors 2017, p. 117-118.

216 De Hullu 2021, p. 221-223; In HR 13 januari 2004, *NJ* 2005, 63 laat de HR een redenering van het Hof waarin werd overwogen dat de verdachte zich ‘bewust moet zijn geweest’ (ondanks dat de verdachte het bewustzijn ontkende) in stand.

217 Bakker 2019, p. 291.

toepassing is.²¹⁸ Op deze manier zal snel beredeneerd kunnen worden dat een gemiddelde derde zich bewust zou zijn van de aanmerkelijke kans op een onjuiste of onvolledige aangifte, en daardoor de verdachte ook.

De derde component van het voorwaardelijk opzet betreft het aanvaarden (van de aanmerkelijke kans waarvan men zich bewust was). Dit is het volitieve aspect binnen het voorwaardelijk opzet en vormt derhalve het wezenskenmerk daarvan. Voor dit aanvaarden is het voldoende dat de verdachte de aanmerkelijke kans 'op de koop toenam'.²¹⁹ Het 'op de koop toenemen' kan (naast eventuele (getuigen)verklaringen) worden vastgesteld op basis van de gedraging(en), waarbij door de Hoge Raad wordt gesteld dat 'bepaalde gedragingen naar hun *uiterlijke verschijningsvorm* kunnen worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard'.²²⁰ Indien we dit vertalen naar de fiscaal strafrechtelijke context van artikel 69 AWR dan kan ten eerste worden gesteld dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging(en) doorgaans niet veelzeggend zal zijn; zoals hierboven besproken is de gedraging in de regel neutraal en daarmee onvoldoende basis voor de vaststelling van opzet. Ook bij de omstandigheden voorafgaand aan de gedraging (in fiscale context vaak het voeren van een administratie) biedt het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm weinig houvast voor het vaststellen van het aanvaarden.²²¹ Vaak zal in fiscaalstrafrechtelijke context voldoende zijn dat de verdachte – hoewel hiertoe wel aanleiding had – onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de juistheid of volledigheid van zijn aangifte (bijvoorbeeld door een belastingadviseur te raadplegen, of de situatie voor te leggen aan de belastinginspecteur, waarbij dit laatste – indien de verdachte dit wel gedaan heeft – als contra-indicatie op het aanvaarden kan dienen, aldus Kors in haar dissertatie).²²²

4.4.1.3 Tussenconclusie: opzet in het fiscale strafrecht

De schuldvormen opzet en grove schuld spelen zowel in het fiscale boeterecht als in het fiscale strafrecht een rol. Het boeterechtelijke (voorwaardelijk) opzetbegrip is, zowel in betekenis als in de toepassing, inmiddels in sterke mate toegegroeid naar het strafrechtelijk (voorwaardelijk) opzetbegrip. Hierom valt in het fiscale recht geen eenvoudige tweedeling tussen de boeterechtelijke overtredingen en de strafrechtelijke overtredingen te maken aan de hand van de ernst van de vergrijpen en de zwaarte van de sanctienorm. De overtredingen die kunnen worden gestraft met een ver-

218 De Hullu 2021, p. 214.

219 HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327 (*Enkhuizer doodslag*)

220 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, m.nt. Buruma (*HIV-I*).

221 Uitzondering hierop is het door Kors genoemde arrest Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AU9261.

222 Kors 2017, p. 126-128.

grijpboete zijn zowel qua materiële norm als qua sanctienorm ernstiger dan de strafrechtelijke overtredingen in artikel 68 AWR.

Een kenmerkend verschil tussen fiscaalstrafrechtelijke overtredingen en misdrijven wordt gevormd door de aanwezigheid van het bestanddeel opzet bij de misdrijven. Hoewel om die reden verwacht zou kunnen worden dat het vaststellen van opzet in fiscale context een behoorlijke bewijsdrempel oplevert, blijkt in praktijk dat de toepassing van het voorwaardelijk opzet *de facto* ingevuld kan worden met de vaststelling dat de verdachte onvoldoende zorg heeft betracht inzake het vervullen van zijn fiscale verplichtingen. Het vervullen van die verplichtingen zal regelmatig ingewikkeld zijn vanwege de omvang en complexiteit van het fiscale recht. In de context van sociaal-economisch strafrecht wordt ter verzachting van de complexiteit van de regelgeving nogal eens gewezen op het feit dat de normadressaten (doorgaans) professionele marktdeelnemers zijn waarvan verwacht mag worden dat zij het in hun sector geldende (straf)recht kundig bestuderen en zich hierover (indien nodig) laten adviseren.²²³ Deze verzachtende omstandigheid is in het fiscale recht echter niet aanwezig, omdat elke belastingplichtige hiervan *verplicht* normadressaat is. De relatieve eenvoud waarmee het voorwaardelijk opzet in het fiscale strafrecht kan worden vastgesteld verhoudt zich bovendien slecht met het uitgangspunt dat de belastingplichtige het voor hem meest gunstige fiscale regime mag samenstellen.

Mede tegen deze achtergrond speelt binnen de vaststelling het voorwaardelijk opzet in het fiscale (straf)recht de figuur van het pleitbaar standpunt een rol. Deze komt hieronder aan bod, en dient mede begrepen te worden tegen de achtergrond van het opzetvereiste in artikel 69 AWR.

4.4.1.4 De figuur van het pleitbaar standpunt²²⁴

Het vaststellen van voorwaardelijk opzet in het fiscale strafrecht heeft regelmatig weinig om het lijf, vanwege het gebruik van zorgplichten en bewijsvermoedens als basis voor een bewezenverklaring. Dit kan de verdachte in de positie brengen waarin hij zich amper kan verweren tegen een tenlastegelegde overtreding van artikel 69 AWR. Hierom is er in de afgelopen decennia een belangrijke mutatie ontstaan in het fiscaalstrafrechtelijke opzetbegrip: de figuur van het pleitbaar standpunt. Deze figuur wordt door de Hoge Raad als volgt uitgelegd:

“Indien een onjuiste of onvolledige belastingaangifte wordt gedaan, maar de betrokkene ten tijde van het doen van die aangifte – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze aangifte juist en volledig

223 Zie bijvoorbeeld HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14, r.o. 3.5 (Krulsla).

224 Over deze figuur heb ik eerder een bijdrage geschreven in Straffblad. De volgende paragraaf bevat daarom passages die eveneens in mijn bijdrage in Straffblad voorkomen. Zie: Cnossen 2017b, p. 469-475.

was, bijvoorbeeld omdat deze gebaseerd was op een pleitbaar standpunt (...), kan niet worden gezegd dat hij opzettelijk een onjuiste of onvolledige aangifte heeft gedaan”²²⁵

Het pleitbaar standpunt betreft dus een verweer van de verdachte waarin hij stelt dat hij tijdens het doen van belastingaangifte is uitgegaan van een verdedigbare uitleg van het fiscale recht.

Deze figuur is aanvankelijk ontwikkeld binnen het fiscale boeterecht. Hierin heeft het pleitbaar standpunt zich ontwikkeld als (bewijs)verweer binnen de leerstukken opzet en grove schuld, die in het boeterecht een rol spelen indien wordt overgegaan tot het opleggen van een (bestuurlijke) vergrijpboete. Ook in het fiscale boeterecht is sprake van een gekleurd opzetbegrip; in de artikelen 67cc tot 67f AWR valt er immers telkens een bestanddeel als ‘onjuist’ ‘te weinig belasting’ ‘niet binnen de in de belastingwet gestelde termijn’ binnen het opzetverband. Hierom zal, net als bij de strafrechtelijke bepaling in artikel 69 AWR, het opzet steeds mede moeten zien op de (fiscale) formele wederrechtelijkheid.²²⁶ Binnen dit gekleurde opzet-begrip is de hiervoor genoemde figuur van het pleitbaar standpunt in 1984 geïntroduceerd binnen het fiscale boeterecht.²²⁷ Het opzet op, bijvoorbeeld, de ‘onjuistheid’ is namelijk niet aanwezig indien de belastingplichtige een uitleg van het geldende fiscale recht voor ogen had die zodanig verdedigbaar is dat de rechter dit bestempelt als ‘pleitbaar standpunt’. Deze figuur fungeert als correctie op de complexe wet- en regelgeving binnen het fiscale recht waardoor de belastingplichtige, vanwege die complexiteit, regelmatig geen volledige zekerheid kan verkrijgen over zijn rechtspositie.²²⁸ Het pleitbaar standpunt functioneert in het fiscaal boeterecht dus als bijzondere contra-indicatie binnen het gekleurde opzet. De figuur van het pleitbaar standpunt werd vervolgens ook in het fiscale strafrecht geïntroduceerd.²²⁹ Ook in het fiscale strafrecht betreft het pleitbaar standpunt een bewijsverweer met betrekking tot het (gekleurde) opzet. Binnen het voorwaardelijk opzet betreft dit een verweer met betrekking

225 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542, r.o. 4, waarin de strafkamer van Hoge Raad verwijst naar de uitleg van deze figuur door de belastingkamer van de Hoge Raad in HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

226 Hierin volg ik (wederom) de zienswijze van Kors 2017, p. 109-110 (mede onder verwijzing naar jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad). In andere literatuur wordt wel verdedigd dat het opzet in het fiscale boeterecht een boos opzetvereiste betreft, zie: Van Riel 2011, p. 12, onder verwijzing naar meer literatuur waarin dezelfde opvatting wordt verdedigd. Ik denk dat aan deze verschillende zienswijzen uiteindelijk enige begripsverwarring ten grondslag ligt, die valt terug te voeren op het als te binair opgevatte verschil tussen boos en kleurloos opzet. Ik heb mijzelf hieraan ook schuldig gemaakt in Cnossen 2017b, p. 472.

227 HR 11 juli 1984, ECLI:NL:HR:1984:BH6683, BNB 1984/268.

228 Van Immerseel & Liem 2011, p. 11.

229 HR 8 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3719; HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596, r.o. 7.3. Zie over het inpassen van de figuur van het pleitbaar standpunt in het fiscale strafrecht: Kors 2017, p. 255-283.

tot de aanmerkelijke kans.²³⁰ Aanvankelijk werd deze figuur in het fiscale strafrecht anders uitgelegd dan in het fiscale boeterecht,²³¹ maar inmiddels is er sprake van een uniforme uitleg.²³²

Hiermee heeft er een interessante mutatie plaatsgevonden van het leerstuk voorwaardelijk opzet binnen het fiscale strafrecht. Over deze mutatie kan op verschillende manieren worden gedacht. Ten eerste kan deze mutatie verwelkomd worden als correctie op de erg ruim uitpakkende mogelijkheden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in artikel 69 AWR. Die ruim uitpakkende strafrechtelijke aansprakelijkheid valt mede terug te voeren op de hierboven beschreven toepassing van het voorwaardelijk opzet, waardoor het gepast is dat de figuur van het pleitbaar standpunt juist binnen dit leerstuk gepositioneerd wordt. Ten tweede is het feit dat er kennelijk behoefte bestond aan de invoering van deze figuur in het fiscale strafrecht wellicht ook een teken aan de wand; een symptoom van een dieperliggend probleem. Het pleitbaar standpunt werd immers vanaf 1984 toegepast in het fiscale boeterecht, waarin destijds (zoals in paragraaf 4.4.1.1 naar voren kwam) een andere toepassing gegeven werd aan het (voorwaardelijk) opzet dan in het commune strafrecht; er kon eenvoudiger tot voorwaardelijk opzet worden gekomen vanwege een soepeler bewijsregime. De uitleg van het boeterechtelijke opzetbegrip is sinds 1984 naar de strafrechtelijke uitleg van het opzetbegrip toegegroeid, maar blijft mede gemodelleerd naar de mogelijkheden tot efficiënte rechtshandhaving.²³³ De introductie van het pleitbaar standpunt in het fiscale strafrecht lijkt er echter sterk op te duiden dat het fiscaalstrafrechtelijke opzetbegrip echter ook naar de boeterechtelijke betekenis van het opzetbegrip is toegegroeid. Het hedendaagse fiscale strafrecht biedt blijkbaar namelijk ook een vruchtbare ondergrond voor deze figuur. Het fiscale strafrecht is in de toepassing van het voorwaardelijk opzet kennelijk meer naar het fiscale boeterecht toegegroeid dan naar het commune strafrecht. Dit werpt de cruciale vraag op wat het onderscheidend vermogen van het materieel strafrechtelijke artikel 69 AWR eigenlijk nog is ten opzichte van de bestuursrechtelijke bepalingen in de AWR. Het verschil lijkt nu alleen gelegen in een ander handhavingsorgaan en een ander sanctiearsenaal. In de materiële norm, althans de wijze

230 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542, r.o. 4, waarin de strafkamer van de Hoge Raad verwijst naar de uitleg van deze figuur door de belastingkamer van de Hoge Raad in HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

231 In het fiscale strafrecht kreeg het pleitbaar standpunt aanvankelijk een subjectieve invulling, zie bijvoorbeeld HR 6 maart 2012, NJ 2012, 176. Hierbij ligt de nadruk meer op de vraag in welke veronderstelling de verdachte verkeerde tijdens het doen van aangifte. In het fiscale boeterecht bestond een uitleg van het pleitbaar standpunt, waarin de focus lag op de vraag of het ingenomen standpunt objectief (gelet op de heersende leer en de jurisprudentie) pleitbaar was. Zie hierover Kors 2017, p. 19-29; Van Immerseel & Liem 2011, p. 10-14.

232 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 & HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542. De huidige uitleg kan binnen het onderscheid tussen subjectief en objectief opgevat worden als gematigd objectief; enerzijds staan objectieve maatstaven voorop, maar anderzijds gaat het er wel om dat de verdachte kon en mocht menen dat die uitleg juist was.

233 Zie paragraaf 4.4.1.1.

waarop het voorwaardelijk opzet wordt toegepast, komt het verschil echter nauwelijks nog tot uitdrukking.

Op basis van het bovenstaande ontwikkeling lijkt het wenselijk het schuldbeginnsel in het fiscale strafrecht een uitwerking te geven waarmee het strafrechtelijk verwijt zich duidelijker onderscheidt van het boeterechtelijk verwijt dan thans het geval is. Dit zou kunnen worden vormgegeven door het destijds door de Commissie-Van Slooten reeds geadviseerde oogmerkvereiste in te voeren in artikel 69 AWR. Dat oogmerk zou moeten zien op het betalen van 'minder belasting dan materieel is verschuldigd'.²³⁴ Het (geobjectiveerde) strekkingsvereiste in het huidige artikel 69 AWR zou dan kunnen worden geschrapt, en de toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt kan worden beëindigd.

Dit heeft tot gevolg dat de bewijslast van artikel 69 AWR aanzienlijk wordt verzwakt ten opzichte van huidige bepaling en in vergelijking met de boeterechterlijke bepalingen. Dat maakt handhaving via het strafrecht moeilijker, omdat het Openbaar Ministerie zal moeten kunnen bewijzen dat dat oogmerk aanwezig was bij de verdachte. In de huidige situatie ligt de bewijslast echter in belangrijke mate bij de verdachte, die – al dan niet met behulp van een pleitbaar standpunt – zal moeten aantonen dat hij wel degelijk mocht menen juist te handelen. Met de invoering van het oogmerkvereiste is dus zowel de procesrechtelijke onschuldpresumptie gediend, nu de bewijslast weer in sterkere mate bij het Openbaar Ministerie komt te liggen, als het materieelrechtelijk schuldbeginnsel, dat een stevigere uitwerking krijgt in de delictsomschrijving. Het toepassen van artikel 69 AWR wordt hiermee beperkt tot de echt ernstige gevallen van belastingfraude, waarbij aantoonbaar en moedwillig de schatkist is benadeeld. Voor een potentieel tekort aan handhavingsmogelijkheden als gevolg van dit voorstel hoeven we – voorzover dat belang overigens moet worden meegewogen bij de vormgeving van het materiële strafrecht – niet snel te vrezen, nu de mogelijkheden van het opleggen van een bestuurlijke boete in veel gevallen voldoende handhavingsmogelijkheden biedt. Indien zou blijken dat deze voorgestelde wijziging tot een 'waterbedeffect' leidt richting commune delictsomschrijvingen als valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr) – fiscale fraude kan namelijk in sommige gevallen ook op basis van commune delictsomschrijvingen vervolgd worden – dan kan overwogen worden de vervolgingsuitsluitingsgrond van artikel 69 lid 4 AWR, die zich thans enkel richt op artikel 225 lid 2 Sr, uit te breiden naar meer commune bepalingen.²³⁵

4.4.1.5 Conclusie: uitwerking van het schuldbeginnsel in het fiscale strafrecht

Hierboven stond de vraag centraal op welke wijze het schuldbeginnsel is uitgewerkt in het fiscale strafrecht. De stand van zaken in de wetgeving is

234 *Kamerstukken II* 1993/94, 23470, 3, p. 20.

235 Zie hierover ook par. 5.3.4.1.

overzichtelijk: het fiscale strafrecht kent een beperkt aantal strafbare feiten en het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen is, conform het uitgangspunt in het commune strafrecht, gelegen in de aanwezigheid van opzet bij de misdrijven, waarvan artikel 69 AWR de belangrijkste is. Artikel 72 AWR neemt de sanctienorm tot uitgangspunt voor dit onderscheid, maar dat leidt tot dezelfde uitkomst.

Onder de motorkap blijkt de positiefrechtelijke situatie, althans de positiefrechtelijke uitwerking van het schuldbeginsel, in het fiscale strafrecht evenwel minder overzichtelijk. De vormgeving van het materiële strafrecht lijkt in het fiscale strafrecht op geen moment prioriteit te zijn geweest. Het strafrecht functioneert binnen het fiscale recht onomwonden als sanctionerend sluitstuk, als mogelijk handhavingsmechanisme in een bredere handhavingsstrategie. Het belang van een effectieve handhaving staat hierin boven het belang van een goede uitwerking van het schuld-beginsel in het positieve recht. De zaken lijken zodoende omgedraaid: de uitwerking van het schuld-beginsel is gemodelleerd naar de handhavingswensen. Dat wordt expliciet zichtbaar op legislatief niveau, waar een door de Commissie-Van Slooten voorgesteld oogmerkvereiste in artikel 69 AWR door de wetgever wordt afgewezen om de strafrechtelijke handhaving te vereenvoudigen. In de jurisprudentie wordt zichtbaar dat het de toepassing van het voorwaardelijk opzet, ondanks een gekleurd opzetvereiste, weinig om het lijf heeft. Intussen lijkt ook sprake van een convergentie tussen het boeterechtelijke opzetbegrip en het strafrechtelijke opzetbegrip. Hierbij is het strafrechtelijk opzetbegrip het boeterechtelijk opzetbegrip in elk geval in die mate genaderd dat het blijkbaar nodig was eenzelfde compenserend figuur in te voeren als in het fiscale boeterecht; het fiscale strafrecht bleek een voedingsbodem te hebben ontwikkeld voor de figuur van het pleitbaar standpunt. Zo heeft het materiële fiscale strafrecht langzamerhand de signatuur van het schuld-beginsel verloren. Het is beslist niet onmogelijk die signatuur terug te brengen in artikel 69 AWR, maar daarvoor zal die bepaling wel gewijzigd moeten worden.

4.4.2 Legaliteit in de AWR

In de afgelopen paragrafen is bijna dwangmatig genegeerd dat er in het fiscale strafrecht ook een duidelijke spanning bestaat met het legaliteitsbeginsel. De complexiteit van de fiscale wet- en regelgeving passeerde wel regelmatig, omdat het – zo bleek – verband houdt met de uitwerking van het schuld-beginsel in het fiscale strafrecht. Deze olifant in de kamer werd hierboven genegeerd, maar mag zich nu op het podium melden.

In hoofdstuk 3 is het legaliteitsbeginsel aan de orde gesteld. Hier bleek dat de rechtszekerheid als overkoepelend belang kan worden beschouwd van het legaliteitsbeginsel. Daarnaast zagen we dat het legaliteitsbeginsel kan worden onderverdeeld in een aantal deelbeginselen, waardoor het zoge-

heten *lex certa*-gebod. In het bijzonder, maar niet uitsluitend, dit gebod is een belangrijke vingerwijzing voor de wetgever om strafbaarstellingen zo helder mogelijk te formuleren, waardoor rechtssubjecten in staat worden gesteld de norm te kennen en hun gedrag daarop aan te passen. Die helderheid en kenbaarheid dient tenminste op twee niveaus aanwezig te zijn: op het niveau van de taalkundige vormgeving van de strafbepalingen (semantiek) en op het niveau van de wetssystematische inbedding van bepalingen (wetssystematiek). Ten gunste van de systematische helderheid heeft de wetgever van het Wetboek van Strafrecht ervoor gekozen om de verschillende onderdelen die een specifieke strafbaarstelling kent te verwerken in één delictsomschrijving (op gekwalificeerde delicten, zoals artikel 311 Sr na). Hierom treffen we in het Wetboek van Strafrecht in elke delictsomschrijving een (materiële) norm, de kwalificatie daarvan en de strafbedreiging (sanctienorm) daarop.

In het bijzonder strafrecht zien we dat de vormgeving van strafbaarstelling doorgaans anders is. Vaak zijn sanctienorm en de materiële norm verspreid over meerdere bepalingen in een bijzondere wet, en datzelfde geldt voor de kwalificatie van een strafbaarstelling als misdrijf of overtreding. Problematischer – vanuit legaliteitsperspectief – is het als de (materiële) norm zélf verspreid is over meerdere bepalingen in een bijzondere wet, of zelfs in verschillende wetten. In de literatuur staat een dergelijke verspreiding van de norm wel bekend als een ‘gelede normstelling’.²³⁶ Deze wetgevingstechniek doet zich voor in het fiscale strafrecht, waardoor het van belang is om hieronder eerst wat uitgebreider bij deze techniek stil te staan. Daarnaast wordt stilgestaan bij een tweede verschijnsel op dit gebied: de zogenoemde ‘administratieve afhankelijkheid’, waarbij de inhoud van wettelijke normen deels bepaald wordt door een bestuursorgaan. Ook dit verschijnsel doet zich namelijk voor in het fiscale strafrecht.

4.4.2.1 Gelede normstelling en administratieve afhankelijkheid

Een gelede normstelling kan worden omschreven als één norm(stelling) die verspreid is over meerdere geledingen in wet- en regelgeving. Om de norm te kennen zal een rechtssubject dus een constellatie aan bepalingen moeten raadplegen aan de hand waarvan de norm samengesteld is.²³⁷ Kristen spreekt van een gelede normstelling als ‘de norm is gebaseerd op een hogere regeling en op grond van een delegatiebevoegdheid in die hogere

236 Beschrijvingen van deze legislatieve techniek treffen we vooral in bestuursrechtelijke literatuur. Zie bijvoorbeeld: Van den Broek 2012, p. 158-161; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 134-141. Zie met betrekking tot gelede normstellingen in het economisch strafrecht: Lindeman 2004, p. 78-83; met betrekking tot gelede normstellingen in het bijzonder strafrecht in het algemeen: Kristen 2019, p. 430-435.

237 Zie voor een definitie in bestuursrechtelijke literatuur: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 135.

regeling gestalte krijgt in een lagere regeling of een combinatie van samenhangende regelingen'.²³⁸

Deze wetgevingstechniek moet worden onderscheiden van de situatie waarin de materiële norm, de sanctienorm en de kwalificatie als misdrijf of overtreding in verschillende bepalingen zijn vermeld. Deze laatste situatie doet zich eveneens veelvuldig voor in bijzondere strafwetten;²³⁹ deze constellatie zal echter in één wet te vinden zijn en is reeds daarom minder problematisch vanuit legaliteitsperspectief dan een verspreiding van de materiële norm.

De techniek van de gelede normstelling kent een aantal voordelen voor de wetgever. Lagere regelgeving kan eenvoudiger worden aangepast (er is geen complex wetgevingstraject voor nodig), en daardoor kan beter ingespeeld worden op actuele ontwikkelingen.²⁴⁰ Deze flexibiliteit is zeker in fiscaalrechtelijke context wenselijk vanuit de gedachte dat fiscaal beleid bij uitstek kan wisselen qua inhoud, in een tempo dat via de formele wetgever nimmer bijgebeend zou kunnen worden. Deze flexibiliteit kan eveneens de precisie van de norm ten goede komen. Door bijvoorbeeld in een hogere regeling handelen zonder vergunning strafbaar te stellen maakt het in de lagere regeling mogelijk de vergunningsvoorwaarden tot op een hoog detailniveau te regelen (en zo nodig snel aan te passen aan nieuwe ontwikkelingen, al dan niet afkomstig uit internationale of Europese context). Kristen wijst daarnaast op het voordeel dat de (nadere) regeling op lager niveau het eenvoudiger mogelijk maakt de nodige specifieke deskundigheid ten aanzien van de te regelen materie te betrekken bij de vormgeving van de norm.²⁴¹ Hoewel deze besproken voordelen in de eerste plaats ten gunste komen van de wetgever is met name het als tweede genoemde voordeel (de precisie, de mate van detail) in beginsel gunstig voor de burger. De burger dient dan echter wel – en zo belanden we op het terrein van de nadelen van een gelede normstelling – in die diverse geledingen te geraken tot de lagere regeling. Een gelede normstelling, zeker bij een groot aantal geledingen, komt de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van het recht immers niet ten goede. Bovendien is de vraag of de systematiek en consistentie van de strafwetgeving als geheel wel voldoende gewaarborgd wordt indien de inhoud van de norm van een aantal delictsomschrijvingen steeds pas op lager niveau wordt bepaald.²⁴²

238 Kristen 2019, p. 430.

239 Zoals in de Wegenverkeerswet, zie bijvoorbeeld de constellatie van art. 6 WVV, art. 175 WVV en art. 178 WVV.

240 Deze flexibiliteit is zeker in fiscale context wenselijk vanuit de gedachte dat fiscaal beleid bij uitstek kan wisselen qua inhoud, in een tempo dat via de formele wetgever nimmer bijgebeend zou kunnen worden.

241 De vraag is of dit een werkelijk voordeel is ten opzichte van de niet-gelede normstelling: ook op het gebied van formele wetgeving is het goed mogelijk specifieke expertise in het wetgevingstraject te betrekken, hetgeen in praktijk (hopelijk) veelvuldig gebeurt.

242 Zie uitgebreid over de diverse (deels eveneens hierboven besproken) voor- en nadelen van de wetgevingstechniek van de gelede normstelling: Kristen 2019, p. 431-435.

Een hiermee samenhangend verschijnsel is (wat in de bestuursrechtelijke literatuur getypeerd wordt als) de ‘terugtrek van de wetgever’. Hier wordt bedoeld op het verschijnsel waarin de wetgever de invulling van de door hem opgestelde normen (groten)deels overlaat aan de besluiten van bestuursorganen. Dit kan zo ver gaan dat in sommige gevallen de werkelijke normstelling door het bestuursorgaan wordt verricht.²⁴³ Voor de burger betekent dit dat het raadplegen van de relevante wetgeving slechts in beperkte mate duidelijkheid zal verschaffen over de voor hem geldende normen.

In de literatuur met betrekking tot het bijzonder strafrecht is een vergelijkbare ontwikkeling als de ‘terugtrek van de wetgever’ beschreven. Hier wordt deze ontwikkeling getypeerd als ‘administratieve afhankelijkheid’. Deze wordt vaak in verband gebracht met de legislatieve situatie in het milieustrafrecht.²⁴⁴ Ook hier gaat het om de situatie waarin de invulling van de normen (groten)deels wordt overgelaten aan bestuursorganen. Vaak ontstaat deze legislatieve situatie doordat (in de formele wet) strafbaar is gesteld het handelen in strijd met administratieve voorwaarden (zoals vergunningsvoorwaarden).²⁴⁵ Die administratieve voorwaarden worden opgesteld door een bestuursorgaan. Voor deze administratieve afhankelijkheid bestaan gelijklopende voordelen als voor de hierboven beschreven gelede normstelling.²⁴⁶

Een niet onbelangrijk verschil tussen de bestuursrechtelijke ‘terugtrek van de wetgever’ en de strafrechtelijke ‘administratieve afhankelijkheid’ is echter dat laatstgenoemde – in tegenstelling tot eerstgenoemde – ook een domeinoverschrijdende dimensie kent: bestuursorganen bepalen hier immers voor een deel de invulling van strafrechtelijke normen. Hiermee verliest het strafrecht in een zekere mate de controle over de uiteindelijke strafbaarstelling, waardoor zeker dit legislatieve verschijnsel steeds kritisch moet worden bekeken in het licht van het legaliteitsbeginsel. Uiteindelijk zal deze werkwijze op zichzelf geen strijd opleveren met het *lex scripta*-gebod, omdat gelede normstellingen en administratieve afhankelijkheid uiteindelijk zijn terug te voeren tot een wet in formele zin. Een interessantere vraag is of de norm als geheel nog voldoende beantwoordt aan de rechtszekerheid voor de burger en de voorzienbaarheid van strafrechtelijk ingrijpen (*lex certa*). Hierover valt natuurlijk niet in algemene zin een oordeel te vellen. Wel is duidelijk dat dergelijke legislatieve technieken niet op zichzelf reeds strijdig zijn met het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM. Wel zal de onduidelijkheid in de normen ‘onvermijdelijk’ moeten zijn, waardoor inspanning mag worden verwacht

243 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 139-140, waarin de auteurs een aantal redenen geven voor dit verschijnsel, waaronder: de omvang van de materie en de veranderlijkheid van de materie.

244 Zie bijvoorbeeld: Faure 1991.

245 Faure 1991, p. 91.

246 Faure 1991, p. 92-96.

om de aan de genoemde legislatieve technieken inherente onduidelijkheid tot een minimum te beperken.²⁴⁷ In een niet-bindend²⁴⁸ advies (*advisory opinion*) geeft het EHRM hierover, met betrekking tot gelede normstellingen, interessante gezichtspunten.²⁴⁹ Zo dient de strafbepaling waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt expliciet te verwijzen naar de achterliggende bepaling(en). Daarnaast moet de strafbepaling de (strafbepalende) bestanddelen van de strafbaarstelling bevatten, zodat in de achterliggende bepaling(en) de strafbaarstelling enkel verder kan worden uitgewerkt (door bijvoorbeeld meer gedetailleerd een van de bestanddelen uit te werken), maar die achterliggende bepalingen de reikwijdte van de strafbaarstelling niet zullen uitbreiden.²⁵⁰ Deze gezichtspunten vormen voor het EHRM de ‘meest effectieve’ manier om onduidelijkheid in gelede normstellingen tot een minimum te beperken, waardoor andere manieren op zichzelf niet uitgesloten zijn.

4.4.2.2 De gelede normstelling in artikel 69 AWR

Een voorbeeld bij uitstek van een gelede normstelling treffen we in artikel 69 AWR. Hierin is strafbaar gesteld het niet (binnen de termijn), het *onjuist of onvolledig* doen van een *bij de belastingwet* voorziene aangifte. Die ‘voorziene aangifte’ bestaat zodra de belastingplichtige een uitnodiging heeft ontvangen van de fiscus tot het doen van aangifte (artikel 6 lid 1 AWR). De wijze waarop het doen van aangifte dient plaats te vinden is bepaald in artikel 8 AWR. Een onjuiste of onvolledige aangifte kan, mutatis mutandis, eveneens strafbaar zijn indien een belastingplichtige vrijwillig tot het doen van aangifte is overgegaan.²⁵¹ Of een aangifte onjuist of onvolledig is wordt bepaald door ‘de belastingwet’. Artikel 2, lid 1, sub a AWR definieert ‘de belastingwet’ als volgt: “zowel deze wet als andere wettelijke bepalingen betreffende de heffing van de onder artikel 1 vallende belastingen”. Hiermee strekt de strafbaarstelling van artikel 69 AWR zich uit tot overtredingen van de AWR, alsmede andere ‘wettelijke bepalingen’ met betrekking tot de (heffing van) belastingen. Hier begint de enorme omvang van de wet- en regelgeving waarvoor de belastingplichtige zich gesteld ziet zichtbaar te worden. ‘De belastingwet’ in artikel 69 AWR heeft namelijk betrekking op 10 ministeriële besluiten en 8 (andere) formele wetten, waaronder bijvoorbeeld de Wet op de loonbelasting. Onder deze Wet op de loonbelasting hangen vervolgens weer 45 ministeriële besluiten of regelingen, om

247 Zie hierover paragraaf 3.4.2.2.

248 Zie over de vraag of deze adviezen wellicht (deels) toch als ‘bindend’ moeten worden beschouwd: EHRM 22 november 2022, nrs. 58817/15 en 58252/15 (D.B. e.a. t. Zwitserland), *EHRC Updates*, m.nt. Loven.

249 EHRM 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM, *EHRC Updates* 2020/160, m.nt. Gerards & Cnossen. In de tekst hierboven komt een passage voor uit deze annotatie bij dit advies.

250 EHRM 29 mei 2020, Advies P16-2019-001, par. 73.

251 Kors 2017, p. 64.

nog maar te zwijgen over de 30 beleidsregels en circulaire's die betrekking hebben op deze wet. En nu dit de Wet op de loonbelasting betreft ziet iedere belastingplichtige burger zich ieder jaar geconfronteerd met dit enorme woud aan regelgeving, het betreffen hier dus niet slechts professionele marktdeelnemers die normadressaat zijn van de wet- en regelgeving.²⁵²

Het behoeft derhalve geen betoog dat artikel 69 AWR een schoolvoorbeeld bevat van een gelede normstelling. Hierbij kan vastgesteld worden dat deze gelede normstellingen niet voldoen aan de vormgeving waaraan het EHRM de voorkeur geeft. Weliswaar bevat artikel 69 AWR de strafbepalende bestanddelen, maar er vindt geen expliciete doorverwijzing plaats naar de achterliggende bepalingen. Tegelijk kan de vraag gesteld worden of dit laatste mogelijk zou zijn, gelet op de hierboven genoemde enorme hoeveelheid bepalingen waarin de 'onjuistheid' of 'onvolledigheid' van een belastingaangifte uiteindelijk kan worden bepaald. De functie van het strafrecht als sanctionerend sluitstuk in het fiscale recht verzet zich in zekere zin reeds tegen een goede invulling van dit gezichtspunt van het EHRM. Dit kan niet zomaar veranderd worden. Wel kan dit een aansporing voor de wetgever zijn om op een andere wijze te voorkomen dat rechtssubjecten op voor hen niet voorzienbare wijze bestraft worden voor overtreding van artikel 69 AWR. Hierbij kan wederom gedacht worden aan een verzwaring van het schuldvereiste in deze bepaling, zoals de hierboven reeds bepleite invoering van een oogmerkvereiste in de bepaling.

4.4.2.3 *Conclusie: legaliteit in het fiscale strafrecht*

Geconcludeerd kan worden dat de vormgeving van de normen in het fiscale strafrecht wezenlijk anders is dan de vormgeving van de normen in het commune strafrecht. Het commune strafrecht hanteert het uitgangspunt dat strafbaarstellingen doorgaans in één bepaling zijn vervat. Dit verschaft de burger de nodige (systematische) helderheid; vanuit het legaliteitsbeginsel bezien een aantrekkelijke legislatieve gewoonte.

Dit ligt anders in het fiscale strafrecht. In artikel 69 AWR is sprake van een gelede normstelling waardoor rechtssubjecten in veel gevallen een complexe constellatie aan bepalingen dienen te raadplegen alvorens zekerheid te kunnen verkrijgen over hun rechtspositie. Tegelijk hebben we in het fiscale (straf)recht niet te maken met professionele marktdeelnemers van wie bijzondere kennis verwacht mag worden over de voor hen relevante wet- en regelgeving. Derhalve kan sterk in twijfel worden getrokken of het credo dat een ieder geacht wordt de wet te kennen hier ook feitelijk opgaat. Tegelijk is juist op dit complexe terrein enige onduidelijkheid in de normen onvermijdelijk.

252 Zie hierover ook: Bakker 2019, p. 296.

4.5 WET OP DE ECONOMISCHE DELICTEN

De Wet op de Economische Delicten (WED)²⁵³ herbergt een enorm deel-terrein van het bijzonder strafrecht. De wet voorziet in strafrechtelijke handhaving van sociaal-economische wetgeving (artikel 1 WED) en milieuwetgeving (artikel 1a WED). Een blik in artikel 1, artikel 1a en artikel 2 WED laat zien dat de wet functioneert als kaderwet van een groot aantal andere wetten in de zojuist genoemde rechtsgebieden. Met recht wordt de WED dan ook wel als ‘deelcodificatie’ getypeerd.²⁵⁴ In de considerans van de wet is te lezen dat de wet voorzag in een tweetal behoeftes:

“Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is, het Besluit berechting economische delicten te vervangen door een wet, die de *doeltreffendheid* bevordert van de opsporing, vervolging en berechting van handelingen, welke schadelijk zijn voor het economische leven, en die in het bijzonder daarin meer *eenheid* brengt;” (mijn cursivering, JC)

De recursieve woorden geven de twee hoofddoelstellingen van de wet aan: doeltreffende opsporing, vervolging en berechting van economische delicten en het aanbrengen van eenheid in de economische wetgeving. Laatstgenoemde doelstelling was ook te zien als argument voor de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886. En net als de situatie van het strafrecht voor 1886, was de situatie van het economisch strafrecht voor 1951 (inderdaad) bepaald onoverzichtelijk. Vanaf de jaren dertig was er een aantal economische (nood)wetten ingevoerd die uitblonken in een gebrek aan samenhang en overzichtelijkheid.²⁵⁵ Deze (nood)wetten waren met name ingevoerd vanwege een behoefte aan regulering van het in belang en omvang toenemende economische leven.²⁵⁶ Op voorstellen van de commissie-Langemeijer werden deze wetten bijeengebracht en geüniformeerd in de nieuwe WED. De (nood)wetten dienden nog wel als inspiratie voor de WED; zo werd voor de strafbaarheid van de rechtspersoon aangeknoopt bij de regeling in het Economisch Sanctiebesluit.²⁵⁷

Redengevend voor regeling in een bijzondere wet – en de materie dus niet in het Wetboek van Strafrecht onder te brengen – was het volgende:

“Het is niet moeilijk te beredeneren, dat de berechting van vergripen tegen het economische leven een aantal belangrijke bijzondere regelingen eist zowel op het stuk van rechterlijke organisatie als van strafrecht en strafprocesrecht. Men bedenke slechts het volgende. Het gros der economische delicten kenmerkt zich door drieërlei eigenschappen: zij zijn nog slechts sedert kort delict, zij treffen

253 Wet van 22 juni 1950, *Stb.* 1950, K258 (i.w.tr. op 1 mei 1951).

254 Doorenbos 2015, p. 14-15.

255 Zie voor een overzicht en bespreking van de tot 1951 tot stand gekomen economische wetten: Mulder 1949, p. 104-197.

256 *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 2-3, p. 10.

257 Mulder 1949, p. 164.

belangen, die te gecompliceerd zijn om door ieder aanstonds te worden overzien en die soms voor uiteenlopende waardering, ook door de rechter, vatbaar zijn, en ten slotte brengen zij grote voordelen voor de delinquent mede, die hun aantrekkingskracht niet alleen in een voorbijgaand affect, maar ook bij nuchtere afweging doen gelden.

Van deze eigenaardigheden van het economische delict moet de eerste haar tegenwicht vinden in een zo volkomen mogelijke inschakeling van de repressie in de bestaande strafrechtspraak – het reeds besproken punt –; de tweede zal vooral moeten worden ondervangen door een speciale deskundigheid van de rechter en vooral ook van het vervolgende orgaan en de opheffing van de veelsoortigheid van rechters, welke opheffing de uniforme waardering zal bevorderen; tegen de laatste zal moeten opwegen een snelle, afdoende, met de grootst bereikbare zekerheid volgende straf en tenietdoening van behaald voordeel.”²⁵⁸

Aldus werd besloten tot een regeling van het economisch recht in een bijzondere wet. In deze wet werden speciale voorzieningen getroffen op het gebied van materieel strafrecht (waarbij de mogelijkheid tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel als belangrijke nieuwe voorziening naar voren wordt geschoven), formeel strafrecht, en rechterlijke organisatie – deels geïnspireerd op bestaande afwijkingen in het fiscale recht.²⁵⁹

Vanaf de jaren zeventig werden er milieuwetten onder het bereik van de WED gebracht. De aanvankelijke gedachte hierachter was deze milieuwetten gericht waren tegen schade die juist door economische activiteiten werd toegebracht aan het milieu.²⁶⁰

Later werd het feit dat iets een milieuwet was (en er al milieuwetten in de WED gebracht waren) een zelfstandig argument om ook volgende milieuwetten aan de WED toe te voegen.²⁶¹ Deze praktijk werd legislatief vereeuwigd in het in 1994 ingevoerd artikel 1a WED, waarin exclusief ruimte is gemaakt voor milieuwetten.²⁶²

4.5.1 Schuldvormen in de WED

Het opzet speelt een belangrijke rol in de WED. Ingevolge artikel 2 WED, eerste lid, is de aanwezigheid van opzet beslissend voor de vraag of strafbaar gestelde gedragingen als misdrijf of overtreding bestempeld worden:

258 *Kamerstukken II 1947/48, 603, 2-3, p. 11-12.* Deze argumenten voor een regeling in een bijzondere wet zijn vatbaar voor kritiek. Zie bijvoorbeeld: Doorenbos 2015, p. 3-4. Bovendien is het begrip ‘economisch leven’ bepaald niet scherpomlijnd, zie hierover: De Roos 1987, p. 85-88.

259 *Kamerstukken II 1947/48, 603, 2-3, p. 13.*

260 De Roos 1987, p. 87; Kessler 2001, p. 120.

261 Kessler 2001, p. 120.

262 Zie uitgebreid over deze wetgevingsoperatie: Visser & Heemskerk 2001, p. 23-30.

“1. De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 1° en 2°, en artikel 1a, onder 1° en 2°, zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen.”

Met deze bepaling wordt het opzet als het ware op de genoemde bepalingen geplakt. Het opzet vormt in deze bepaling op het eerste gezicht een onderscheiding van de achterliggende bepalingen; als zij opzettelijk zijn begaan worden zij als misdrijf bestempeld; zonder opzet vormen zij overtredingen. De WED kent op deze plaats geen culpa, waardoor deze ‘tussenvorm’ ontbreekt. Artikel 2 WED doet echter meer dan het bepalen van de kwalificatie van misdrijf of overtreding. De achterliggende bepalingen bevatten namelijk, uitzonderingen daargelaten (zie paragraaf 4.5.1.2), geen subjectieve bestanddelen. De in de literatuur thans breed gedeelde opvatting is daarom dat artikel 2 WED het opzet ook als strafverzwarend bestanddeel toevoegt aan de genoemde bepalingen.²⁶³ Ontbreekt dat strafverzwarend opzet, dan is enkel het overtreden van de achterliggende norm (doorgaans dus zonder subjectief bestanddeel) nog strafbaar als overtreding. Op deze wijze worden de achterliggende bestuursrechtelijke bepalingen voorzien van een strafrechtelijke signatuur; de WED vormt immers, zoals hierboven beschreven, een kaderwet waarin voorzien wordt in een mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen. De achterliggende bestuursrechtelijke normen zullen hierom een transitie moeten ondergaan naar het strafrecht, artikel 2 WED voorziet daar voor een deel in.

In de literatuur en jurisprudentie is echter ook een andere uitleg van artikel 2 lid 1 WED gegeven. Aanvankelijk luidde lid 5 van artikel 2 WED als volgt:

“De economische delicten, bedoeld in artikel 1, onder 5°, voor zover hun omschrijving opzet insluit, zijn misdrijven; sluit hun omschrijving geen opzet in, dan zijn zij overtredingen, een en ander voor zover de wet niet anders bepaalt.”²⁶⁴

Hiermee kregen bepalingen die in de toekomst onder het bereik van de WED werden gebracht, naast een vaste plek in artikel 1 onder 5°, ook direct een kwalificatie als misdrijf of overtreding.²⁶⁵ Artikel 2 *lid 5* voegde het opzet dus niet als strafverzwarend bestanddeel toe, maar bracht enkel categorisering aan in toekomstige bepalingen binnen de WED.²⁶⁶ Later is dit vijfde lid komen te vervallen,²⁶⁷ maar de functie van dit lid als categoriseringsbepaling heeft schijnbaar nog voor enige verwarring gezorgd in de rechtspraak. Zo veronderstelt Fokkens in zijn conclusie bij HR 23 april

263 Kessler 2001, p. 190; De Jong & Sikkema 2019, p. 512-514; ook Wolswijk schaaft zich achter deze uitleg in (§5 van) zijn annotatie bij HR 14 februari 2017, NJ 2017, 306.

264 *Kamerstukken II*, 1947/48, 603, 1-2, p. 1.

265 *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 3, p. 14.

266 Kessler bestempelt dit voormalig lid 5 daarom als ‘delictensorteerbepaling’, Kessler 2001, p. 113.

267 Zie hierover Kessler 2001, p. 116-117.

1996, NJ 1996, 512 dat artikel 2, lid 1 enkel de functie van categoriseringsbepaling heeft. In paragraaf 20 van zijn conclusie concludeert hij namelijk dat er een misdrijf is tenlastegelegd, terwijl het opzet uit artikel 2 lid 1 WED niet in de tenlastelegging is opgenomen.²⁶⁸ De Hoge Raad volgt hem niet in deze uitleg, en bevestigt daarmee de rol van het opzet als strafverzwarend bestanddeel in artikel 2 lid 1 WED.²⁶⁹ Doorenbos geeft aan artikel 2 lid 1 WED tot slot nog een andere uitleg; hij stelt dat deze bepaling primair een functie heeft in het kader van de kwalificatiebeslissing.²⁷⁰ Het is in dat geval een voorschrift dat de rechter dient te hanteren om een bewezenverklaring van een kwalificatie als misdrijf of overtreding te voorzien. Deze uitleg wordt in de literatuur²⁷¹ en jurisprudentie van de Hoge Raad (zoals hierboven bleek) niet gevolgd.

Bij invoering van de WED is zodoende in één pennenstreek het opzet als strafverzwarend bestanddeel toegevoegd aan een enorm aantal bepalingen die onder de WED zijn gebracht. Deze werkwijze stond haaks op de werkwijze in het Wetboek van Strafrecht, waarin bij elke delictsomschrijving de plaats van het opzet zorgvuldig werd uitgedacht.²⁷² Een zorgvuldige uitwerking van het schuldbeginnsel stond bij de vormgeving van de WED blijkbaar niet voorop. Het strafrecht is binnen de WED dan ook geen doel op zich, maar vooral een middel om een 'doeltreffende' handhaving en sanctionering mogelijk te maken van 'handelingen in het economische leven', aldus de eerder aangehaalde considerans. Door het opzet zomaar op alle genoemde bepalingen te plakken is in al deze bepalingen een opzetverband ontstaan, zonder op dit punt enig maatwerk te kunnen bieden zoals de wetgever van het wetboek deed. Bijgevolg roept het opzetverband in de WED met enige regelmaat vragen op. Hierop hebben de volgende paragrafen betrekking.

4.5.1.1 De kleur van het opzet

In het economisch strafrecht is het opzet (net als in het Wetboek van Strafrecht) kleurloos; geen opzet is vereist op de strafbaarheid van de gedragingen. Dit uitgangspunt van kleurloos opzet economische context is – zowel in de literatuur als in de jurisprudentie – niet onomstreden. De discussie over kleurloos opzet in economische context barstte al direct na de invoering van de WED los – hoewel de feiten uit de zaak waaraan hierna gerefereerd wordt nog stammen uit de periode voor inwerkingtreding

268 PHR 23 april 1996, ECLI:NL:PHR:1996:AD2537.

269 Ik kan overigens in het gepubliceerde deel van dit arrest deze overweging van de Hoge Raad niet terugvinden, maar volg Kessler 2001, p. 155 en Wolswijk in zijn annotatie bij HR 14 februari 2017, NJ 2017, 306 op dit punt. De Hoge Raad overweegt dit wel expliciet in HR 24 april 2007, NJ 2008, 357, m.nt. Mevis, r.o. 3.7.

270 Doorenbos 1990, p. 810-819, i.h.b. p. 815 en 817.

271 Zie onder nadere verwijzingen: De Jong & Sikkema 2019, p. 515-516.

272 Zie Appendix I, §2.

van de WED. In het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 1952 ligt de vraag voor of het opzet in artikel 31, lid 1, Deviezenbesluit 1945 zich enkel uitstreckte tot de gedraging ‘in haar bestanddelen’, of ook tot de ‘onrechtmatigheid’ van de gedraging (vaak aangeduid als boos opzet). De Hoge Raad besloot in eerstgenoemde zin, waarmee hij het uitgangspunt van kleurloos opzet ook in economische context toepaste. Dit terwijl de Hoge Raad vanaf 1939 tot aan 1952 in de context van de economische noodwetten wél opzet op de ‘onwettigheid’ van de gedragingen had geëist.²⁷³ Deze omslag in de jurisprudentie van de Hoge Raad had grote relevantie voor de op dat moment recent in werking getreden WED, en van deze relevantie was A-G van Asch van Wijck, en daardoor ook de Hoge Raad, zich expliciet bewust.²⁷⁴ Relevante bijkomstigheid is dat de Hoge Raad vervolgens in 1954 expliciet het voorwaardelijk opzet in z’n huidige vorm aanvaardde als opzetgradatie.²⁷⁵ Hiermee veranderde de inhoud van het opzet in het economisch strafrecht in twee jaren dus flink. Er kan niet met zekerheid worden vastgesteld waarom de Hoge Raad in de economische noodwetten koos voor een boos opzet-vereiste, en na invoering van de WED (en afschaffing van die noodwetten) weer voor een kleurloos opzet-vereiste. Het kan echter geen toeval zijn dat de inwerkingtreding van de WED en de omslag van de Hoge Raad bijna gelijktijdig plaatsvonden. Het lijkt er sterk op dat de omslag van de Hoge Raad dus gerelateerd is aan de inhoud van noodwetten in vergelijking met WED. Blijkbaar was er gedurende de korte tijd waarin de economische noodwetten vigeerden behoefte aan een boos opzet-vereiste, om daarmee een scherper onderscheid te maken tussen de straffeloze onwetende wetsovertreder en de strafbare bewuste wetsovertreder. Dat onderscheid dreigde te vervagen vanwege het feit dat de inhoud van de normen in de economische noodwetten niet algemeen bekend waren.²⁷⁶ Zo beschouwd vormde het arrest van 18 maart 1952 geen omslag, maar een terugkeer naar de normale situatie zoals die voor de economische noodwetten gold.²⁷⁷

De draai van de Hoge Raad van boos naar kleurloos opzet in de WED kon echter niet op de goedkeuring van annotator Röling rekenen. Hij stelde dat het opzet in het economisch strafrecht weinig betekenis zou hebben indien het kleurloos is, en dat het gevolg van deze koerswijziging is dat een te zware sanctie dreigt voor de ‘onwetende’ deelnemers aan het economisch leven:

273 Zie over deze jurisprudentie omtrent het opzetverband in de economische noodwetten: Kessler 2001, p. 141-145.

274 Zie het slot van zijn (contraire) conclusie bij HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314.

275 Zie Appendix I.

276 Kessler 2001, p. 206-207.

277 Zie over deze economische noodwetten en hun inhoud uitgebreid: Mulder 1949, p. 121-145.

“men blik nu eenmaal geen boontjes in uit nonchalance (...). Bouwen, bedrijven vestigen of uitbreiden, prijzen berekenen, kopen en verkopen, bomen kappen, het zijn allemaal activiteiten die gemeenlijk als activiteit het opzet impliceren. (...)

Samenvattend en afrondend: de verandering van standpunt van ons hoogste rechtscollege lijkt geen verbetering. Zij maakt strafbaar wegens misdrijf een groep van delinquenten, die dat niet verdient. Zij stelt op bepaalde gedragingen die nu misdrijf worden (n.l. de niet-bewust-onwettige opzettelijke gedragingen) een strafmaximum, dat niet is gerechtvaardigd. Zij schept voorziening voor een groep gedragingen, n.l. de niet-opzettelijke, die in het economisch leven niet die speciale voorziening waard zijn. Zij miskent het principiële onderscheid tussen de opzettelijk-onwettige en de niet-opzettelijk-onwettige verboden gedragingen als bruikbaar onderscheid in deze materie tussen misdrijf en overtreding. Zij breidt een zeer zware strafsancie uit over een grote groep van feiten, die een dergelijk maximum niet behoeven, en geeft daardoor een niet te verantwoorden macht aan de overheid (OM en rechter). Vroeger bestond de zegswijze: men kan zich hoeden voor de galg maar niet voor het zwaard. In de moderne tijd dient de regeling zo te zijn, dat men, aan het economisch leven deelnemend, zich tenminste kan hoeden voor de strafgevangenis, al is het dan niet voor het huis van bewaring. De nieuwe leer van de Hoge Raad miskent, gezien de genoemde arresten 1951 No. 237 en 1952 No. 243, deze minimum eis.”²⁷⁸

Met dit arrest was – niet geheel verbaasd lettend op de kritische noot erbij – de discussie over de kleur van het opzet in de WED nog niet gesloten. In latere jurisprudentie werd echter aan deze lijn vastgehouden.²⁷⁹ In de literatuur zijn de opvattingen over de wenselijkheid van een eventueel boos opzet-vereiste in de WED verdeeld.²⁸⁰ In de afweging omtrent een boos opzet-vereiste kan aan de volgende argumenten worden gedacht. Enerzijds staan de normen in de WED vaak ver af van de samenlevingsmoraal, waardoor het argument van Modderman voor een kleurloos opzet-vereiste hier

278 HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314, m.nt. Röling.

279 HR 19 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1803 (zie ook de conclusie van A-G Wattel hierbij: PHR 24 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:842); HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544, m.nt. Buruma (zie ook de kritische conclusie van A-G Vellinga bij dit arrest, PHR 24 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783).

280 De Hullu noemt de hoofdregel van kleurloos opzet in het bijzonder strafrecht ‘aanvaardbaar’ en wijst er in dit verband op dat van een burger die zich op een bepaald terrein begeeft mag worden verwacht dat hij zich verdiept in het op dat terrein geldende orderingsrecht. Daarnaast stelt hij dat verontschuldigbare rechtsdwaling in bijzondere gevallen voor een correctie kan zorgen, zie De Hullu 2021, p. 213-218; Ook Kessler ziet in zijn dissertatie geen aanleiding om de hoofdregel van het kleurloos opzet niet toe te passen op de bijzondere wetten, zie Kessler 2001, p. 201-209; De Jong en Sikkema achten het uitgangspunt van kleurloos opzet in bijzondere wetten ‘in beginsel verdedigbaar’. Ze voeren hiervoor onder meer aan dat dit vanuit het oogpunt van wetssystematiek en rechtseenheid de voorkeur verdient. Ze wijzen daarnaast net als De Hullu op de mogelijkheid van een beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling (die ‘met de nodige soepelheid’ zal moeten worden beoordeeld) en eventueel een correctie via de strafmaat, zie De Jong & Sikkema 2019, p. 504-505. Kritischer zijn Buruma in zijn noot bij HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 en vooral ook Doorenbos 2021a, p. 253-257.

niet zonder meer gevoerd kan worden.²⁸¹ Daarnaast bevat de WED vaak neutrale gedragingen zoals ‘verwerken’ of ‘verkopen’; opzet hierop ligt besloten in deze gedragingen, terwijl dit opzet nog niets zegt over de vraag of het in een concreet geval om strafwaardig ‘verwerken’ of ‘verkopen’ gaat.²⁸² Voorts zou een boos opzet-vereiste kunnen dienen als compensatie voor vaak zeer complexe normen in de WED.²⁸³ Anderzijds is eenvormigheid in de kleur van het opzet aantrekkelijk vanuit het perspectief van wets-systematiek en rechtseenheid.²⁸⁴ Daarnaast zou een boos opzet-vereiste, zeker als dat vandaag in één pennenstreek zou worden ingevoerd, een flinke verhoging van de bewijsdrempel opleveren, waarmee de handhaving van het economisch strafrecht complexer zou worden. Voorts ziet het opzet in de WED in sommige gevallen reeds op een deel van de wederrechtelijkheid; hierop kom ik hieronder nog terug. Tot slot kan gewezen worden op de mogelijkheid van een beroep op rechtsdwaling;²⁸⁵ het lijkt niet toevallig dat de Hoge Raad deze avas-variant juist in de periode rondom de omslag naar een kleurloos opzet-vereiste heeft aanvaard.²⁸⁶

Op basis van het voorgaande kan, zoals gezegd, niet de conclusie worden getrokken dat het opzet in economische sfeer altijd *volledig* kleurloos is. Bestudering van verschillende normen in de WED laat zien dat er wel degelijk soms kleur te bespeuren valt in de opzetconstructies in de WED, waarbij snel duidelijk wordt dat er licht zit tussen kleurloos en boos opzet. De cruciale vraag hierbij is hoever het opzetverband precies rijkt. Hierboven bleek dat het opzet als strafverzwarend bestanddeel op de onderliggende bepalingen is ‘geplakt’. Hierbij dient vervolgens de hoofdregel uit het commune strafrecht te worden gevolgd.²⁸⁷ Die hoofdregel volgend komt Kessler tot de conclusie dat het opzet in de WED steeds dient te zien op de ‘kernbestanddelen’ van de strafbaarstellingen. Die kernbestanddelen zullen doorgaans bestaan uit een handelingsbestanddeel en een objectbestanddeel.²⁸⁸ Die bestanddelen kunnen vervolgens een facet van de wederrechtelijkheid bevatten, waardoor het opzet enige kleuring krijgt.

Zo stelt Buiting dat de WED vele voorbeelden kent van gedragingen die reeds een deel van de wederrechtelijkheid impliceren. Indien de gedraging bijvoorbeeld omvat het zonder vergunning handelen (zie bijvoorbeeld

281 “De wet stempelen dus alleen als misdrijf opzettelijk gepleegde handelingen, van welke het ieder normaal ontwikkeld mensch duidelijk moet zijn dat zij in strijd zijn met de zedelijke en maatschappelijke orde.”, Smidt I, p. 77. Zie hierover nader Appendix I, par. 4.

282 Aldus ook Röling in zijn noot bij HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314.

283 Aldus ook Vellinga in PHR 24 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, par. 24.

284 De Jong & Sikkema 2019, p. 504-505.

285 De Hullu 2021, p. 216-217; De Jong & Sikkema 2019, p. 504-505.

286 HR 22 november 1949, NJ 1950, 180 (*Motorpapieren*). In de literatuur werd de rechtsdwaling overigens al langer gezien als mogelijke grond voor het ontbreken van verwijtbaarheid, zie bijvoorbeeld Pompe 1938, p. 111-113, maar in de jurisprudentie van de Hoge Raad was deze vorm van avas tot aan het Motorpapieren-arrest niet voorgekomen.

287 Appendix I, §2.

288 Kessler 2001, p. 210-215.

artikel 6.2 Waterwet), of het lozen van verontreinigende stoffen (zie bijvoorbeeld artikel 6.8 Waterwet of artikel 13 Wet bodembescherming) dan strekt het opzet zich uit tot het ontbreken van die vergunning respectievelijk het verontreinigende karakter van die stoffen.²⁸⁹ Kessler concludeerde in gelijkluidende zin.²⁹⁰ De twee auteurs verschillen overigens van opvatting met betrekking tot de precieze inhoud van het opzet op het handelen zonder vergunning; Buiting stelt dat het opzet ook moet zien op het feit dat de wet een dergelijke vergunning vereist, terwijl Kessler stelt dat enkel opzet op het ontbreken van die vergunning is vereist.²⁹¹ Hierbij baseert Kessler zich op een arrest van de Hoge Raad van 7 november 1995,²⁹² dat dus gewezen is nadat Buiting zijn analyse had gemaakt, waardoor de opvatting van Kessler in dit verband de juiste lijkt.²⁹³

Over de kleur van het opzet in de WED kan het volgende geconcludeerd worden. De Hoge Raad heeft in 1952 het uitgangspunt van kleurloos opzet van toepassing verklaart in het economisch strafrecht, nadat er onder vigeur van de economische noodwetten tijdelijk werd gekozen voor een boos opzet-vereiste. Dit kleurloos opzet-vereiste is sindsdien bestendige jurisprudentie. Desondanks heeft het opzet in het economisch strafrecht wel degelijk soms enige kleur, afhankelijk van de specifieke strafbaarstellingen. Daarnaast kan het leerstuk avas een bevrijdende rol spelen voor de verdachte die zijn uiterste best heeft gedaan om grip te krijgen op de geldende regelgeving, maar desondanks in overtreding bleek.

4.5.1.2 *Cumulatie aan schuldvormen*

Een tweede punt dat aandacht verdient in het kader van de schuldvormen in de WED is de combinatie van verschillende schuldvormen in één strafbaarstelling. Eerder zagen we al dat artikel 2 WED, eerste lid, een aantal in artikel 1 en 1a WED genoemde overtredingen als misdrijf bestempelt indien zij opzettelijk zijn begaan. Met deze bepaling is het opzet (als strafverzwarend bestanddeel) toegevoegd aan een groot aantal (gelede) strafbaarstellingen, en dat pakt niet altijd even gelukkig uit. Zo bevat een aantal van de in artikel 2 WED bedoelde delictsomschrijvingen reeds het bestanddeel opzet (via de term 'weet') of culpa (via de termen 'redelijker-

289 Buiting 1993, p. 76-83. Zie ook HR 14 februari 2017, *NJ* 2017, 306, m.nt. Wolswijk.

290 Kessler 2001, p. 204-207.

291 Kessler 2001, p. 148-150.

292 Ongepubliceerd arrest, uitgebreid geciteerd in Kessler 2001, p. 149.

293 Zie ook: De Jong & Sikkema 2019, p. 494-499.

wijs kunnen vermoeden'),²⁹⁴ of reeds een verzwaarde opzeteis vanwege de term 'oogmerk'.²⁹⁵ Deze opzetgradatie kan niet worden ingevuld met voorwaardelijk opzet.²⁹⁶ In deze situaties dient er dus – hoe eigenaardig ook – opzet te bestaan op culpa²⁹⁷ of op oogmerk.²⁹⁸ Er lijkt namelijk geen andere conclusie denkbaar gelet op de in de WED aangebrachte systematiek; de in artikel 2 WED bedoelde delicten zijn overtredingen tenzij ze opzettelijk zijn gepleegd. Zo bezien is het niet voor de hand liggend om bij de aldus ontstane misdrijven het opzet weg te redeneren in bepalingen die reeds een ander subjectief bestanddeel bevatten.²⁹⁹ Daarmee zou het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen immers verdwijnen. Wellicht nog vreemder is het gegeven dat een aantal bepalingen in bijzondere wetten naast culpa ('redelijkerwijs kunnen vermoeden') als alternatief opzet ('weet') kennen, zoals te zien is in de hierboven gegeven voorbeelden. Indien die bepalingen in combinatie met artikel 2 WED worden gelezen dan verdwijnt ook het laatste restje logica in deze materie. In bijvoorbeeld artikel 6.8 Waterwet dient óf opzet ('weet') óf culpa ('redelijkerwijs kunnen vermoeden') te worden bewezen. Indien opzet wordt bewezen dan is het via artikel 2 WED aangebrachte onderscheid tussen overtredingen en misdrijven om zeep geholpen, indien culpa wordt bewezen dan ontstaat de hierboven genoemde onmogelijke combinatie van opzettelijk culpoos handelen.

Mede gevoed door in de literatuur aangedragen oplossingen³⁰⁰ kiest de Hoge Raad voor een benadering waarin het opzet uit artikel 2 WED – ondanks op zichzelf sterke argumenten voor andere oplossingen – als

294 Zie bijvoorbeeld art. 6.8 Waterwet: "Ieder die handelingen verricht of nalaat en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen of het nalaten daarvan de bodem of oever van een oppervlaktewaterlichaam kan worden verontreinigd of aangetast (...)" of art. 13 Wet bodembescherming: "Ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast (...)". Ook in het financiële strafrecht zijn voorbeelden te vinden, zoals art. 46a Wet toezicht effectenbeheer (oud), zie hierover HR 24 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ5699, NJ 2008, 357.

295 Zie bijvoorbeeld art. 6.3, lid 1, sub c, Waterwet: "Het is zonder daartoe strekkende vergunning van Onze Minister verboden: (...) stoffen aan boord van een vaartuig of luchtvaartuig te nemen met het oogmerk zich daarvan op een wijze als bedoeld in onderdeel a te ontdoen of die stoffen in zee te brengen ten behoeve van een activiteit als bedoeld in onderdeel d, dan wel met dat oogmerk stoffen af te geven of op te slaan;"

296 Zie Appendix I.

297 Modderman sloot deze combinatie al uit door te stellen: "Schuld (culpa, faute, Fahrlässigkeit) is in al de artikelen van het tweede boek, waarin deze uitdrukking voorkomt, de zuivere tegenstelling van opzet aan de eene, van toeval (casus) aan de andere zijde.", Smidt I, p. 84.

298 Het uitgangspunt is immers dat het schuldverband alle bestanddelen na het woord 'opzettelijk' (of synoniemen daarvan) omvat.

299 Zo concludeert de Hoge Raad ook in HR 23 april 1996, NJ 1996, 512 en HR 6 juni 2000, NJ 2000, 445.

300 Zie par. 4.5.1.

onderdeel van de strafbaarstelling dient te worden tenlastegelegd en bewezen.³⁰¹ Het opzet uit artikel 2 WED sluit in deze benadering het opzet in de achterliggende bepaling in. Indien het opzet ontbreekt – en culpa wordt vastgesteld – resteert de overtredingsvariant. Deze listige oplossing neemt niet weg dat de wetgever de uitwerking van het schuldbeginself in de WED bepaald geen dienst heeft bewezen, er moesten immers vele hersens kraken voordat deze anomalie werd opgelost. Deze omgang met subjectieve bestanddelen – die in de literatuur wel aangeduid is als ‘gekwadrateerde schuld’³⁰² – getuigt al met al niet van behendige wetgevingstechniek. Deze situatie valt echter eenvoudig te verklaren vanuit de tamelijk achteloze wijze waarop via artikel 2 lid 1 WED het opzet op alle achterliggende bepalingen is ‘geplakt’.

Zo eenvoudig als de verklaring is, kan ook de oplossing zijn: het herinvoeren van een artikellid in artikel 2 WED dat als categoriseringsbepaling dient, waarbij het schuldverband in de achterliggende bepaling beslissend is voor het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen. Dat artikellid kan luiden: ‘De economische delicten, bedoeld in (...), voor zover hun omschrijving opzet insluit, zijn misdrijven; sluit hun omschrijving geen opzet in, dan zijn zij overtredingen, een en ander voor zover de wet niet anders bepaalt’. In artikel 1 en 1a WED dient vervolgens een apart onderdeel te worden gereserveerd waarin de bepalingen die reeds een eigen schuldverband kennen in kunnen worden geplaatst; naar die onderdelen dient het voorgestelde nieuwe artikellid van artikel 2 WED te verwijzen in het deel dat aangeduid werd met ‘(...)’.

4.5.1.3 *Tussenconclusie: schuldvormen in de WED*

Ten aanzien van de schuldvormen in de WED kunnen we intussen het volgende concluderen. Bij de invoering van de WED is via artikel 2, lid 1 het opzet als strafverzwarend bestanddeel op alle genoemde bestuursrechtelijke bepalingen geplakt. Hiermee wordt het onderscheid tussen misdrijven (wel opzet) en overtredingen (geen opzet) gemaakt. Zodoende is in al die bepalingen met één penne-streek een schuldverband gecreëerd. Dit levert in een aantal bepalingen moeilijkheden op. Die moeilijkheden kunnen drie zaken betreffen. In de eerste plaats zal niet altijd direct duidelijk zijn op welke bestanddelen het opzet dient te zien. Weliswaar kan daarbij als regel worden gehanteerd dat het opzet op de kernbestanddelen dient te zien, maar dat betekent wel dat de rechtssubjecten eerst zelf dat verband dienen te construeren. Problematischer is het wanneer die achterliggende bepalingen zélf ook subjectieve bestanddelen bevatten. Het strafverzwarende opzet in artikel 2 WED sluit doleuze bestanddelen in achterliggende bepalingen in, terwijl de aanwezigheid van culpa in die bepalingen op basis van artikel 2 lid 1 WED dan als overtreding worden gecategoriseerd. Een

301 HR 24 april 2007, NJ 2008, 357, m.nt. Mevis.

302 Doorenbos 1990, p. 810-819; De Jong & Sikkema 2019, p. 514.

derde moeilijkheid betreft het gegeven dat achterliggende bepalingen soms een facet van de wederrechtelijkheid bevat. Het niet onomstreden uitgangspunt van kleurloos opzet in de WED wordt hierdoor gecompliceerd, nu bij sommige bepalingen tóch enige kleur in het opzet ontstaat.

4.5.1.4 *Verandering schuldvormen vanwege een uitbreiding van daderschapsvormen*

Vlak na de tweede wereldoorlog ontwikkelden zich twee nieuwe daderschapsconstructies, die deels met elkaar samenhangen: het functioneel daderschap en daderschap van de rechtspersoon. Beide daderschapsconstructies kwamen tot ontwikkeling binnen het economisch strafrecht, en hangen (net als de invoering van de WED) samen met de zich in omvang en complexiteit sterk ontwikkelende economie, waarin de rol en omvang van ondernemingen toenam. Het ontstaan van de wens om adequaat strafrechtelijk te kunnen reageren op strafbare feiten die zich in ondernemingscontext voordeden viel dan ook samen met deze ontwikkeling.³⁰³

Vooropgesteld moet worden dat het strafrecht van oudsher in de verschillende deelnemingsvormen reeds constructies kent waardoor men bestraft kan worden voor een strafbaar feit dat (deels) door een ander is gepleegd. In de (eveneens klassieke) deelnemingsvormen van uitlokken en doen plegen wordt bovendien niet vereist dat er een bijdrage wordt geleverd aan het plegen van het strafbare feit *an sich*, maar op grond van deze deelnemingsvormen is strafbaar degene die tot die strafbare feiten heeft aangezet of aangemoedigd. Er dient dan wel te worden vastgesteld dat er voorafgaand aan of ten tijde van het strafbare feit een voldoende gewichtig aandeel bestond in de beslissing het strafbare feit te plegen.³⁰⁴ En een cruciaal vereiste in verband met het schuldbeginsel is bij alle klassieke deelnemingsvormen dat bij iedere pleger individueel opzet of schuld dient te worden vastgesteld.

Binnen het functioneel daderschap en het daderschap van de rechtspersonen komt het uitgangspunt van de individuele schuldvaststelling, zoals dat volgt uit het schuldbeginsel, echter onder druk te staan. Die ontwikkeling staat in de paragrafen hieronder centraal.

4.5.1.4.1 *Daderschap van de rechtspersoon*

De strafwetgever van 1886 koos ervoor niet te voorzien in een regeling betreffende de strafbaarheid van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht. Wel werd voorzien in een regeling voor de strafbaarheid van bestuurders in artikel 51 Sr:

“In de gevallen waarin wegens overtreding straf wordt bepaald tegen bestuurders, leden van eenig bestuur of commissarissen, wordt geene straf uitgesproken

303 Hierover ook Röling in zijn noot bij HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

304 Zie uitgebreid over deze deelnemingsvormen: De Hullu 2021, p. 454-469.

tegen den bestuurder of commissaris van wien blijkt dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd.”

De gedachte achter deze regeling was de volgende:

“Een strafbaar feit kan alléén worden gepleegd door den natuurlijke persoon. De fictie der rechtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van het strafrecht. Alzoo, waar de strafwet wordt overtreden door het besluit eener vereeniging, hetzij dan rechtspersoon of niet volgens de begrippen van het privaatrecht, treft de strafbepaling slechts hen wier persoonlijke medewerking tot het besluit of de daaraan gegeven uitvoering bewijsbaar is. Bij misdrijven geldt deze regel algemeen, omdat geen misdrijf bestaat zonder bewezen opzet of schuld; bij overtredingen lijdt hij uitzondering in die gevallen, waarin de wet straf bedreigt tegen bestuurders of leden van eenig bestuur als zoodanig. In die gevallen ware de krachtige handhaving van het verbod of gebod der wet niet mogelijk, zoo ieder lid van het bestuur zich kon verdedigen met de bloote bewering, dat hij in de minderheid was geweest of tot de uitvoering van het besluit niet had medegewerkt. Om zich te vrijwaren tegen straf wordt dus van hem het bewijs gevorderd dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd. Bepalingen van gelijke strekking vindt men thans in enkele bijzondere wetten. Hier zijn zij teruggegeven in één algemeen voorschrift, dat geldt bij elke strafbedreiging wegens overtreding tegen bestuurders of leden van eenig bestuur, waar die in bijzondere wetten voorkomen.”³⁰⁵

In deze overweging valt in de eerste plaats een zienswijze te ontwaren met betrekking tot de mogelijkheid om een rechtspersoon strafrechtelijke aansprakelijk te stellen. Er wordt hier gerefereerd aan de (op dat moment heersende³⁰⁶) fictieleer van Von Savigny. In deze theorie is de rechtspersoon een fictie; de rechtspersoon handelt enkel via zijn vertegenwoordigers. Dit heeft als consequentie dat rechtspersonen geen rechtssubjectiviteit bezitten. Op de vertegenwoordigers van de rechtspersoon rust, ingevolge artikel 51 Sr (oud), de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de handelingen van de rechtspersoon. Naast deze fictieleer bestond de zogenoemde orgaanleer, afkomstig van Beseler en Von Gierke. In deze theorie is de rechtspersoon geen fictie maar realiteit en kan hijzelf handelingen verrichten; hij bezit rechtssubjectiviteit. Binnen deze theorie zou het passen om te voorzien in de mogelijkheid om rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen.³⁰⁷ Ten derde bestond er nog de zogenoemde ‘leer van de juridische realiteit’. Hierin wordt de rechtspersoon gezien als volwaardig rechtssubject, omdat de rechtspersoon juist in het recht volwaardig drager van rechten en plichten (kortom: rechtssubject) kan zijn. Deze theorie

305 Smidt I, p. 450-451.

306 Nolte 1949, p. 219.

307 Katan 2017, p. 85-86; Topping 1984 p. 4-5, waarin Topping deze orgaanleer aanduidt als ‘De theorie van de reële collectieve persoon’.

genoot veel gezag in het begin van de 20^e eeuw (met name onder juristen die zich in het civiele recht gespecialiseerd hadden).³⁰⁸

De wetgever van 1886 volgde echter nadrukkelijk de fictieleer, waardoor alleen natuurlijke personen rechtssubjectiviteit bezaten.³⁰⁹ Dit had belangrijke gevolgen voor verschillende keuzes die in het Wetboek van Strafrecht werden gemaakt ten aanzien van bijvoorbeeld het sanctie-arsenaal en de wijze waarop subjectieve bestanddelen dienden te worden vastgesteld.³¹⁰

In de tweede plaats valt op dat de wetgever ervoor koos de bewijslastverdeling in artikel 51 Sr (oud) afhankelijk te stellen van het type delict. Bij misdrijven zouden de normale regels gelden; het openbaar ministerie diende te bewijzen dat de bestuurders een relevant aandeel hadden in de strafbare feiten, en dat zij opzet of schuld daaraan hadden. Ook bij overtredingen gold in beginsel deze normale bewijslastverdeling, met uitzondering van overtredingen die de bestuurder van een rechtspersoon als bijzondere normadressaat kende; in die gevallen diende juist de bestuurder te bewijzen dat hij geen relevant aandeel had in het strafbare feiten. De omkering van de bewijslast werd ingegeven door de mogelijkheid tot 'krachtige handhaving'.³¹¹

In de derde plaats valt op dat de wetgever beoogde voor de laatstgenoemde categorie overtredingen (die bestuurders als bijzondere normadressaat kenden) de verschillende bepalingen die hieromtrent reeds bestonden in bijzondere wetten te uniformeren; een herkenbaar codificatie-argument.

Nolte beschrijft hoe de omkering van de bewijslast na de invoering van het Wetboek van Strafrecht ook van toepassing werd verklaard op sommige misdrijven in bijzondere wetten.³¹² Bovendien heeft de wetgever (vrijwel direct) na 1886 de fictieleer (deels) verlaten (geïnspireerd door ontwikkelingen in het civiele recht),³¹³ blijkens de vele bepalingen omtrent de mogelijkheid dat een rechtspersoon een strafbaar feit kan begaan in bijzondere wetten.³¹⁴ De wijze waarop die bijzondere wetten de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon regelden verschilde echter. Daarnaast kende het fiscale recht van oudsher reeds een regeling omtrent de aansprakelijkheid van de rechtspersoon.³¹⁵ Dit bracht Pompe in 1938 tot de volgende gedachte: "De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor feiten,

308 Topping 1984, p. 6.

309 Topping beschrijft ook nog de 'nominalistische leer', die echter geen relevantie heeft voor het strafrechtelijke denken over de rechtspersoon, Topping 1984, p. 5-6.

310 Topping 1984, p. 7.

311 Zie hierover ook: Nolte 1949, p. 220-222.

312 Nolte 1949, p. 222.

313 Topping 1984, p. 9.

314 Nolte brengt deze afwijkingen in bijzondere wetten in kaart, en telt tientallen afwijkingen op dit punt tot 1947: Nolte 1949, p. 229-238.

315 Dit gebied bleef buiten beschouwing in het codificatiewerk van 1886, waardoor deze bepaling bleef bestaan naast het in 1886 ingevoerde art. 51 Sr; Topping 1984, p. 7.

gepleegd door naamlooze vennootschappen of andere rechtspersonen, verdient een algemeene regeling in het Eerste Boek van het W. v. Sr.”³¹⁶

Toen men na de tweede wereldoorlog begon met de samenstelling van de WED bestond aldus in verschillende bepalingen in het economisch strafrecht en het fiscale recht reeds de figuur van daderschap van de rechtspersoon. Deze bepalingen hadden gemeen dat zij weliswaar de mogelijkheid erkenden dat een rechtspersoon strafbare feiten beging, maar die strafbare feiten konden alleen voor rekening komen van de vertegenwoordigers of bestuurders van die rechtspersoon. Dit gold aanvankelijk ook voor de regeling in het Economisch Sanctiebesluit 1941. Artikel 6 van dit besluit luidde oorspronkelijk:

“Indien een der in de artikelen 1 en 5 strafbaar gestelde feiten wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, wordt de strafvervolg ing ingesteld en de straf uitgesproken tegen hem, die tot het plegen van het feit opdracht gaf of die de feitelijke leiding had bij het verboden handelen of het nalaten.”³¹⁷

In 1943 werd deze bepaling gewijzigd en kwam hij als volgt te luiden:

“(1) Indien een der in de artikelen 1 en 5 strafbaar gestelde feiten wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, eenige andere vereniging van personen of een doelvermogen, dan wordt de strafvervolg ing ingesteld en de straf uitgesproken hetzij tegen den rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, hetzij tegen hem, die tot het feit opdracht gaf of die de feitelijke leiding had bij het verboden handelen of het nalaten, hetzij tegen beiden.

(2) Een strafbaar feit wordt geacht begaan te zijn door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, indien het begaan is door personen, die in dienst zijn van den rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, daarbij betrokken zijn of anderszins in hun sfeer handelen, ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het strafbaar feit hebben begaan of dat bij hen gezamenlijk de elementen van het strafbaar feit aanwezig zijn.”³¹⁸

Deze bepaling vormt een fundamenteel omslagpunt in het Nederlandse strafrecht; voor het eerst konden rechtspersonen *zelf* berecht en bestraft worden.³¹⁹ Nog tijdens de oorlog nam de ‘Londense wetgever’ dit onderdeel over van de bezettingswetgever in artikel 4 van het Besluit Berechting Economische Delicten.³²⁰ Hij gebruikte hiervoor echter de hierboven

316 Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, ECLI:NL:HR:1938:153, NJ 1938, 820 (*Wilde autobussen*). Hierin liep Pompe al enigszins vooruit op het voorstel hiertoe dat hij met Wijnveldt en Van Rijn van Alkemade schreef voor de vergadering van de Vereniging voor Strafrechtspraak in 1941, zie Nolte 1949, p. 241.

317 Economisch Sanctiebesluit 1941, *Stb.* 1941, 709.

318 Verordeningenblad voor het bezette Nederlandsche gebied, 1943, afl. 5, nr. 17, p. 81.

319 Topping 1984, p. 45.

320 Besluit van 31 oktober 1944, *Stb.* E 135.

weergegeven redactie van de bepaling uit 1941 (en niet de uitgebreidere regeling van 1943). Dit leek geen bewuste keuze te zijn geweest, want de uitgebreide regeling in het Economisch Sanctiebesluit van 1943 vormde uiteindelijk de blauwdruk voor de regeling rondom de strafbaarheid van de rechtspersoon in de WED.³²¹ Het is tekenend voor de (natuurlijk goed verklaarbare) onoverzichtelijkheid die er, ook op wetgevend vlak, bestond in Nederland tijdens en vlak na de oorlog.³²² Het illustreert ook direct dat aan deze ingrijpende verandering in het materiële strafrecht – op dat moment althans – geen uitgebreide bezinning was vooraf gegaan.

De regeling omtrent de strafbaarheid van de rechtspersoon werd in de WED geplaatst in artikel 15, lid 1, dat luidde:

“1. Indien een economisch delict wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, wordt de strafvervolg ingesteld en worden de straffen en maatregelen uitgesproken hetzij tegen die rechtspersoon, die vennootschap, die vereniging of dat doelvermogen, hetzij tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gehad bij het verboden handelen of het nalaten, hetzij tegen beiden.”

Hiermee werd dus de fundamentele verandering in het denken over de rechtspersoon (de fictieleer werd immers, eenvoudig gesteld, ingeruild voor de orgaanleer) overgenomen in de WED. Niet alleen de regeling uit het Economisch Sanctiebesluit zelf, maar ook het daaraan gekoppelde sanctie-arsenaal inspireerde de wetgever bij de invoering van de WED. In het Economisch Sanctiebesluit 1941 was onder meer voorzien in een regeling tot ontneming van wederrechtelijke verkregen voordeel. Dit sprak de wetgever bij de invoering van de WED aan:

“In het economische strafrecht echter komt men veel meer in aanraking met de rechtspersoon dan in het algemene strafrecht. De straffen en maatregelen, die hier in de eerste plaats gericht zijn op ontneming van onrechtmatig genoten voordeel en op herstel van de schade, aan het economische leven der gemeenschap toegebracht, komen dientengevolge dikwijls niet volledig tot hun recht, wanneer men de strafbare handelingen uitsluitend beschouwt als de daad van de handelende persoon. In de bezettingstijd is dan ook, voor het eerst in het Besluit tuchtrechtspraak voedselvoorziening en kort daarop in een wijzigingsbesluit van het Economisch Sanctiebesluit 1941, een bepaling van dergelijke strekking opgenomen. Het is deze bepaling, welke heeft bijgedragen tot de thans voorgestelde tekst van artikel 15.”³²³

321 *Kamerstukken II 1947/48, 603, 2-3, p. 19.*

322 *Mulder 1949, p. 163-165.*

323 *Kamerstukken II 1947/48, 603, 2-3, p. 19.*

In lid 2 van artikel 15 WED worden vervolgens aanknopingspunten gegeven om het daderschap van de rechtspersoon vast te stellen, en ook hier blijkt artikel 6 van het Economisch Sanctiebesluit 1941 grote invloed te hebben uitgeoefend op de inhoud:

“2. Een economisch delict wordt onder meer begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, indien het begaan wordt door personen, die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit andere hoofde handelen in de sfeer van de rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het economische delict hebben begaan dan wel bij hen gezamenlijk de elementen van dat delict aanwezig zijn.”

Via de woorden ‘onder meer’ wilde de wetgever de mogelijkheid openlaten dat daderschap van rechtspersonen niet alleen via natuurlijke personen zou kunnen worden vastgesteld, maar dat dit eventueel ook bij de rechtspersoon zelf zou kunnen worden vastgesteld. De rechtsontwikkeling op dit punt was in 1948 nog niet zo ver, maar de wetgever sloot niet uit dat dit in de toekomst zou veranderen.³²⁴ In de regeling van artikel 15 WED werd geen expliciete aandacht besteed aan de vaststelling van subjectieve bestanddelen bij rechtspersonen. Blijkbaar werd aangenomen dat het opzet of de culpa van natuurlijke personen, net als de andere bestanddelen van strafbare feiten, kon worden toegerekend aan rechtspersonen. Hier lijkt de wetgever althans van uit te gaan:

“De elementen van het economische delict behoeven, om de rechtspersoon strafbaar te doen zijn, niet ten opzichte van één handelende persoon te zijn verenigd, doch zij kunnen door meerdere personen tezamen opgeleverd worden. Zo is het zeer wel denkbaar, dat de directeur ener naamloze vennootschap het opzet tot een bepaalde strafbare handeling heeft gehad, terwijl de handeling zelf door een lid van het lagere personeel is verricht, zonder het vereiste opzet.”³²⁵

De wetgever ging er blijkbaar – stilzwijgend – van uit dat voor de subjectieve bestanddelen hetzelfde gold als voor de andere bestanddelen van een strafbaar feit. Hier ontbreekt, net als in 1943, enige contemplatie op het gegeven dat het materiële strafrecht niet is toegesneden op de strafbaarheid van de rechtspersoon. Zo had de wetgever blijkbaar niet voor ogen dat *toerekening* van subjectieve bestanddelen een breuk opleverde met de fundamentele gedachte dat schuld (individueel) dient te worden *vastgesteld*.³²⁶ Vanwege het tamelijk fundamentele karakter van deze wijziging in

324 *Kamerstukken II 1947/48, 603, 2-3, p. 19.*

325 *Kamerstukken II 1947/48, 603, 2-3, p. 19.*

326 Niet revolutionair was de gedachte dat *gedragingen* konden worden toegerekend aan natuurlijke personen of rechtspersonen; de deelnemingsregeling in het WvSr bood daar immers al mogelijkheid toe. In die gevallen dient er echter wel individuele opzet of schuld te worden vastgesteld.

de omgang met schuld waren enige gedachtes hierover van de wetgever op z'n plaats geweest, zeker nu de wetgever in 1948 niet kon uitsluiten dat het ouderschap van de rechtspersoon zich nader zou ontwikkelen, geaccentueerd door de woorden 'onder meer' in artikel 15 lid 2 WED. In de gehele parlementaire geschiedenis rondom de invoering van de WED ontbreekt echter nadere gedachtevorming van de wetgever op dit punt.

Dit valt mogelijk te verklaren doordat het opzet van de natuurlijke persoon ook al vóór de invoering van de WED, en buiten het Economisch Sanctiebesluit 1941, kon worden toegerekend aan de rechtspersoon.³²⁷ Belangrijk verschil was echter dat – zoals we eerder in deze paragraaf al zagen – niet de rechtspersoon *zelf* bestraft kon worden, maar alleen de natuurlijke personen die in die rechtspersoon een rol van voldoende gewicht hadden. Bij die natuurlijke personen zou dan vervolgens nog opzet of schuld moeten worden vastgesteld.³²⁸ Deze gang van zaken stuit daarom minder op fundamentele bezwaren als het met de WED ingevoerde juridisch kader rondom de strafbaarheid van de rechtspersoon.

Het toerekenen van opzet of schuld van de natuurlijke persoon aan de rechtspersoon was echter niet de enige methode om subjectieve bestanddelen bij de rechtspersoon te kunnen bewijzen. Later in de geschiedenis, nadat het ouderschap van de rechtspersoon in 1976 in het Wetboek van Strafrecht is overgenomen,³²⁹ treffen we voorbeelden in de jurisprudentie waarbij opzet (of schuld) (deels) bij de rechtspersoon *zelf* wordt vastgesteld.³³⁰

Een tweede afwijking met betrekking tot de uitwerking van het schuldbeginsel bij rechtspersonen ligt op het terrein van de schulduitsluitingsgronden. Waar de geschreven en ongeschreven schulduitsluitingsgronden bij natuurlijke personen voor een vangnet zorgen waardoor de dader straffeloos blijft indien schuld (in de zin van verwijtbaarheid) ontbreekt, is dit vangnet bij rechtspersonen grotendeels buiten werking gesteld. Er vindt immers geen beoordeling plaats van de geestesgesteldheid van de rechtspersoon. Dit belet de rechtspersoon in een mogelijk beroep op de meeste schulduitsluitingsgronden. Alleen de meer naar rechtvaardigingsgrond neigende avas-varianten van de rechtsdwaling en de maximaal te vergen zorg³³¹ lijken in aanmerking te komen voor toepassing op de rechtspersoon.³³²

327 Zie bijvoorbeeld HR 14 maart 1950, ECLI:NL:HR:1950:65, NJ 1952, 656, m.nt. Pompe.

328 Uitgezonderd van de situaties waarin de bewijslast was omgedraaid, zie Nolte 1949, p. 222.

329 Zie hierover uitgebreid in hoofdstuk 5.

330 Zie daarover (met verwijzingen): Torringa 1984 p. 97-102; Kesteloo 2013, p. 86-89; Van Elst 1997, p. 38-43; Wortel 1987, p. 57-67.

331 Zie hierover nader: Torringa 1984, p. 144-145; Kesteloo 2013, p. 95-96; Van Elst 1997, p. 43-45; Wortel 1987, p. 67-69; Van Strien 1996, p. 94-95.

332 In hoofdstuk 5 zullen we echter zien dat de ontwikkeling van de ouderschapscriteria, waar ook het 'beschikken en aanvaarden' aan zal worden toegevoegd, ervoor heeft gezorgd dat ook deze avas-varianten feitelijk al zijn opgeslokt door ouderschapscriteria.

Uit de invoering van de strafbaarheid van de rechtspersoon in de WED kan het volgende worden geconcludeerd. De wetgever van 1886 verwierp het idee van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon op grond van de op dat moment heersende fictieleer. Vrij snel na invoering van het Wetboek van Strafrecht begonnen de ideeën over de mogelijkheid dat een rechtspersoon een strafbaar kan begaan te verschuiven; hierdoor werd in verschillende bijzondere wetten voorzien in de mogelijkheid dat de rechtspersoon een strafbaar feit kan begaan. In de WED werd ook gekozen voor een regeling hiervoor, waarbij bovendien de mogelijkheid werd gecreëerd deze rechtspersonen *zelf* te bestraffen. Dit illustreert dat de verschuiving van de fictieleer naar de orgaanleer heeft doorgezet. Toch is de wetgever bij de invoering van de WED op dit punt ambigu; hoewel hij wél het daderschap van de rechtspersoon regelt, voorziet hij niet in een regeling om opzet of schuld bij de rechtspersoon vast te stellen. Stilzwijgend gaat de wetgever ervan uit dat deze bestanddelen via natuurlijke personen kunnen worden toegerekend aan rechtspersonen. Met dit laatste houdt de wetgever deels nog vast aan de fictieleer. Het had voor de hand gelegen dat de wetgever, bij de introductie van het daderschap van de rechtspersoon in de WED, consequent en expliciet had gekozen voor de orgaanleer. Hierop voortbouwend had de wetgever een 'eigen' regime moeten ontwerpen voor de wijze waarop opzet of schuld bij de rechtspersoon diende te worden vastgesteld.³³³ Op dit laatste deed de wetgever er echter het stilzwijgen toe, waarmee hij ongemotiveerd zorgde voor een breuk met de fundamentele gedachte dat schuld (individueel) dient te worden vastgesteld. Een tweede afwijking op de toepassing van het schuldbeginsel wordt gevormd door het gegeven dat de meeste schulduitsluitingsgronden niet van toepassing kunnen zijn op rechtspersonen, die immers naar hun aard geen geestesgesteldheid hebben. Dientengevolge wordt de werking van het schuldbeginsel bij rechtspersonen op twee belangrijke punten beperkt.

4.5.1.4.2 *Functioneel daderschap*

Het functioneel daderschap is het product van een jurisprudentiële ontwikkeling van enige decennia, met als sluitstuk het IJzerdraad-arrest³³⁴ van 1954. In de decennia daaraan voorafgaand had zich in de rechtspraak een ontwikkeling afgetekend waarin het accent voor wat betreft het daderschap begon te verschuiven van een puur fysiek handelingsbegrip naar een meer functionele benadering.³³⁵ Niet de fysieke gedragingen, maar de (maatschappelijke) positie en verantwoordelijkheden vormen de basis voor daderschap in de functionele benadering. Deze functionele benadering vertaalt zich expliciet naar de criteria die voor het functioneel daderschap gelden sinds het IJzerdraad-arrest.

333 Zo bestaan er verschillende zienswijzen over het vermogen van een rechtspersoon om schuld te hebben. Zie hierover: Van Strien 1996, p. 75-82.

334 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

335 Topping 1984, p. 14-38; De Hullu 2021, p. 152-153.

In deze zaak werd de eigenaar van een exportbedrijf³³⁶ (als natuurlijk persoon) vervolgd voor het, ‘middels J. D. M., Export-manager tevens chef-inkoper bij genoemd exportbedrijf’, valselijk invullen van een formulier waarmee een exportvergunning werd aangevraagd voor de export van ‘verzinkt ijzerdraad en/of blank ijzerdraad uit het vrije verkeer in Nederland naar Finland’, zijnde een strafbaar feit op grond van het Deviezenbesluit 1945³³⁷ (via artikel 1 WED). Centraal staat de vraag of de eigenaar strafrechtelijk aansprakelijk is voor de gedragingen van deze exportmanager en, zo ja, volgens welke materieelrechtelijke criteria die strafrechtelijke aansprakelijkheid dient te worden vastgesteld. Rechtbank en hof beantwoordden de eerste vraag bevestigend, maar dit hield in cassatie geen stand. Ten onrechte hadden rechtbank en hof geoordeeld dat hetgeen door ondergeschikten in een eenmanszaak ter uitoefening van hun taak wordt verricht automatisch voor rekening van de eigenaar van de eenmanszaak komt.³³⁸ Ter onderbouwing van deze gedachte hadden rechtbank en hof (impliciet) geput uit het toen recent ingevoerde artikel 15, lid 2, WED (oud):

“2. Een economisch delict wordt onder meer begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, een vereniging van personen of een doelvermogen, indien het begaan wordt door personen, die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit andere hoofde handelen in de sfeer van de rechtspersoon, de vennootschap, de vereniging of het doelvermogen, ongeacht of deze personen ieder afzonderlijk het economische delict hebben begaan dan wel bij hen gezamenlijk de elementen van dat delict aanwezig zijn.”

Deze uitgangspunten gelden volgens de Hoge Raad echter alleen voor rechtspersonen en niet voor een natuurlijk persoon, ook al is hij ondernemer en eigenaar van een eenmanszaak. Er is echter wel ruimte om daderschap bij hem vast te stellen ten aanzien van gedragingen die door ondergeschikten werden verricht op basis van andere criteria, namelijk:

“indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard;”

Onder deze voorwaarden – beschikken en (plegen te) aanvaarden – kunnen gedragingen van ondergeschikten worden toegerekend aan een natuurlijk

336 Dit bedrijf was een eenmanszaak, de eigenaar werd als natuurlijk persoon vervolgd.

337 Besluit van 10 oktober 1945, *Stb.* F 222, i.w.tr. op 20 oktober 1945.

338 Het arrest van het hof verschilde echter al op een belangrijk punt van het vonnis van de rechtbank. In hoger beroep hield namelijk de toerekening van het opzet van de exportmanager aan de eigenaar geen stand, waardoor het opzet niet langer bewezenverklaard kon worden. Het daderschap van de eigenaar bleef echter overeind in hoger beroep, waardoor hij wel voor de overtredingsvariant (waarvoor opzet geen vereiste was) kon worden veroordeeld.

persoon. Deze redenering gaat echter niet op ten aanzien van het opzet,³³⁹ omdat:

“opzet t.a.v. enig delict of delictsbestanddeel door het Nederlandse strafrecht nergens wordt toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest;”

Hierin volgde de Hoge Raad het arrest van het Hof waarin toerekening van opzet van de exportmanager aan de eigenaar, zoals de rechtbank had gedaan, werd verworpen.³⁴⁰ Een dergelijke toerekeningsconstructie had de Hoge Raad kort voor dit arrest nog wél toegepast op een rechtspersoon.³⁴¹

Deze invulling van functioneel daderschap, waarin gedragingen kunnen worden toegerekend aan natuurlijke personen maar schuldvormen niet, is een bestendige jurisprudentiële lijn gebleken. De belangrijkste wijziging vond vermoedelijk plaats in 2003, toen het ‘aanvaardings-criterium’ werd verruimd tot gevallen waarin niet de ‘zorg wordt betracht die in redelijkheid kan worden geleverd ter voorkoming van de gedraging’³⁴² (van ondergeschikten).

De toepassing van de figuur van het functioneel daderschap is overigens niet beperkt gebleven tot het economisch strafrecht; het heeft zich ontwikkeld tot algemeen leerstuk dat in het gehele strafrecht kan worden gehanteerd. In hoofdstuk 5 kom ik uitgebreid terug op deze intussen veralgemeniseerde figuur.

4.5.1.4.3 *Tussenconclusie: schuldvormen in nieuwe daderschapsconstructies*

In de bovenstaande paragrafen is onderzocht op welke wijze twee nieuwe daderschapsconstructies die zijn ontwikkeld in de context van het eco-

339 In voorkomende gevallen geldt hetzelfde voor culpa. Vaak zal de aanwezigheid van opzet al volgen uit de vaststelling van het functioneel daderschap volgens de criteria van beschikken en aanvaarden, maar dat hoeft niet altijd zo te zijn. Zie hierover Doorenbos 2015, p. 45.

340 Het hof stelde: “dat echter deze aansprakelijkstelling van verd. niet zover gaat dat hij ook voor het bij M. aanwezige opzet aansprakelijk is; dat immers het begrip ‘opzet’ in het strafrecht betekent een bepaalde psychische instelling van de dader t.a.v. het strafbare feit of bepaalde onderdelen daarvan, welke psychische instelling de grondslag vormt van zeer ernstige door de rechter op de persoon toe te passen correcties, dat de wetgever niet kan hebben bedoeld, deze correcties mogelijk te maken op de enkele grond, dat die psychische instelling bij een ondergeschikte van de dader aanwezig is; dat het evenmin de strekking der wet kan zijn, iemand voor een feit, t.a.v. waarvan te zijnen aanzien van enige criminele geestesgesteldheid niet blijkt, aan misdrijf schuldig te verklaren; dat het Hof daarom dan ook opzet niet bewezen heeft verklaard;”

341 HR 14 maart 1950, ECLI:NL:HR:1950:65, NJ 1952, 656, m.nt. Pompe.

342 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006, 328, m.nt. Mevis (Drijfmest), r.o. 3.4. Hoewel dit arrest betrekking heeft op het daderschap van de rechtspersoon mocht worden aangenomen dat deze uitbreiding van het aanvaardingscriterium ook gold voor het functioneel daderschap. Dit werd expliciet bevestigd door de Hoge Raad in HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, NJ 2016, 23.

nomische strafrecht de toepassing van het schuldbeginnsel op dat terrein hebben beïnvloed. Gebleken is dat de wetgever bij de invoering van de strafbaarheid van de rechtspersoon zich niet erg bewust toonde van de materieelrechtelijke inbedding van deze nieuwe figuur. Dit terwijl deze figuur voor een fundamentele omslag heeft gezorgd in het denken over schuld; de subjectieve bestanddelen mogen via natuurlijke personen aan rechtspersonen worden toegerekend. Deze toerekening gold jarenlang als dogmatisch taboe. Daarnaast is het scala aan schulduitsluitingsgronden slechtst in beperkte mate toepasbaar op de rechtspersoon.

Min of meer gelijktijdig met de invoering van het ouderschap van de rechtspersoon in de WED kwam via jurisprudentie de figuur van functioneel ouderschap voor het eerst expliciet naar voren. Net als bij het ouderschap van de rechtspersoon wordt hier ouderschap niet fysiek maar functioneel benaderd. In deze vorm van ouderschap gaat het, in beginsel, om natuurlijke personen die uit hoofde van hun functie strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor gedragingen van ondergeschikten. Bij deze natuurlijke personen dient – in tegenstelling tot de rechtspersonen – wel opzet of schuld te worden vastgesteld indien de delictsomschrijving dat vraagt.

4.5.2 Legaliteit in de WED

In de inleiding op paragraaf 4.5 kwam reeds naar voren dat de WED als kaderwet functioneert, waarin voorzien is in de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving van de in artikel 1 en 1a genoemde (bestuursrechtelijke) bepalingen. Door deze werkwijze is reeds een duidelijk verschil ontstaan met het Wetboek van Strafrecht in de vormgeving van strafbaarstellingen: de eigenlijke strafbaarstelling vindt namelijk plaats in de WED, terwijl de gedragsnormen in de achterliggende wetten zijn opgenomen. Hieronder zal de vormgeving van de strafbaarstellingen nader worden onderzocht. Hierbij komen drie punten aan de orde. In de eerste plaats de wetssystematische vormgeving van de normen: de gelede normstellingen en de administratieve afhankelijkheid van sommige normen. In de tweede plaats komt de semantische vormgeving van de gedragsnormen aan de orde, waarbij vooral aandacht zal worden besteed aan de zorgplichtbepalingen die op een aantal plaatsen in de WED voorkomen. Hoewel daarmee drie punten afzonderlijk aan de orde komen, moet bedacht worden dat de legislatieve verschijnselen vaak in combinatie met elkaar voorkomen.

4.5.2.1 Gelede normstellingen

De WED wordt voor wat betreft de vormgeving van de delictsomschrijvingen gekenmerkt door de legislatieve techniek van de gelede normstellingen. In een dergelijke normstelling is de materiële norm verspreid over verschillende geledingen; verschillende onderdelen van (hogere en lagere) wet- en regelgeving zullen moeten worden geraadpleegd om de gehele

norm te kennen.³⁴³ Deze techniek is in de WED veelvuldig gebruikt en is zelfs onderdeel van het basisontwerp van deze wet. Een van de hoofddoelstellingen van de WED was het bijeenbrengen en uniformeren van de verschillende economische (nood)wetten binnen één 'raamwet'.³⁴⁴ De vigerende economische (nood)wetten bleven dus bestaan, maar opereerden sinds 1951 onder dezelfde vlag. In de basisstructuur van de WED ligt reeds een scheiding besloten tussen de eigenlijke strafbaarstelling, de kwalificatie als misdrijf of overtreding en de materiële normen; in artikel 1 WED werden de verschillende wetten waarin de materiële normen staan onder het bereik van de raamwet gebracht, terwijl artikel 2 het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen regelde. Doordat artikel 2 WED het opzet als strafverzwarend bestanddeel toevoegt aan de bepalingen is de materiële norm ook gescheiden, waardoor gesproken kan worden van gelede normstellingen.

De in artikel 1 (en inmiddels ook artikel 1a) WED genoemde bepalingen verwijzen naar een veelvoud van wetten. Bij de invoering van de WED betroffen het (bepalingen uit) zeventien wetten,³⁴⁵ terwijl dit aantal anno 2020 met gemak de honderd overstijgt. Aanvankelijk werden alleen zuiver economische wetten onder de WED gebracht. Dit werd later uitgebreid met milieuwetten omdat deze milieuwetten met name van toepassing waren op economische activiteiten van, doorgaans, rechtspersonen. De enorme uitbreiding van de WED sinds de invoering is derhalve niet alleen kwantitatief, maar het betreft ook een flinke thematische uitbreiding.

De wijze waarop de gelede normstellingen zijn vormgegeven komt, *mutatis mutandis*, overeen met vormgeving van deze normstellingen in het fiscale strafrecht;³⁴⁶ de WED bepaalt in de eerste bepalingen dát overtreding van de genoemde bepalingen in achterliggende wetten strafbaar zijn als misdrijf of overtreding, voegt het opzet daaraan toe als strafverzwarend bestanddeel, terwijl de materiële norm in de achterliggende administratief-rechtelijke wetten of regelingen wordt uitgewerkt. De uitwerking van de materiële norm kan ook verspreid zijn over verschillende administratief-rechtelijke geledingen, en mondt soms uit in een vergunningsplicht.³⁴⁷

Een bijzonderheid ten opzichte van het fiscale strafrecht is dat het economisch strafrecht in beginsel de (professionele) marktdeelnemer als norm-adressaat heeft³⁴⁸ (terwijl het fiscale strafrecht zich in beginsel tot iedere belastingplichtige richt). Van deze marktdeelnemer mag worden verwacht

343 Zie over dit verschijnsel in het algemeen: par. 4.4.2.1

344 Zie de Inleiding op par. 4.5 voor een uitgebreider overzicht van de ontstaansgeschiedenis van de WED.

345 Uitgaande van de telling bij het Ontwerp van wet, *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 1-2, p. 1.

346 Zoals art. 69 AWR, zie par. 4.4.2.2.

347 Koopmans 1996, p. 29-33. Zie hierover ook: Buruma 1993, p. 106-110.

348 Hier bestaan uitzonderingen op. Zo kan de Wet Dieren zich richten tot iedere bezitter van een huisdier.

dat hij zich gedegen verdiept in of laat informeren over het op zijn terrein geldende recht, ook indien dat uiterst complexe gelede normstellingen zijn.³⁴⁹ Aldus geldt een bepaalde zorgplicht voor deze marktdeelnemers.³⁵⁰

In welke mate een gelede normstelling problematisch is in het licht van het legaliteitsbeginsel hangt derhalve af van de duidelijkheid van de concrete constellatie aan bepalingen, en van de normadressaat in kwestie. Hier kunnen vanzelfsprekend niet alle gelede normstellingen uit de WED worden besproken. Wel kan één algemene opmerking worden gemaakt en kan een illustratie gegeven worden van de mogelijke complexiteit van een gelede normstelling in de WED. De algemene opmerking betreft de vaststelling dat de gelede normstellingen in de WED niet voldoen aan de voorkeur van het EHRM op dit gebied (die beschreven werd in paragraaf 4.4.2.1). De doorverwijzingen zijn immers in vrijwel alle gevallen niet expliciet. Uiteraard zijn de strafbaarstellingen wel expliciet genoemd in de artikelen 1 en 1a WED, maar daarna wordt de zoektocht een stuk complexer vanwege het ontbreken van doorverwijzingen. Een voorbeeld kan illustreren hoe een gemiddelde gelede normstelling in de WED eruit kan zien.³⁵¹

Artikel 1a WED (juncto artikel 2 WED) stelt de opzettelijke overtreding van de artikelen 6-13 van de Wet Bodembescherming strafbaar als misdrijf. In deze bestuursrechtelijke bepalingen wordt vervolgens weer verwezen naar (onderliggende) regels die 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur' kunnen worden gesteld. Via de woorden 'bij algemene maatregel van bestuur' (AMvB) wordt de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels gedelegeerd aan een bestuursorgaan. Via de woorden 'krachtens algemene maatregel van bestuur' wordt het gedelegeerde bestuursorgaan toegestaan die bevoegdheid zelf weer te delegeren (subdelegatie). Zo gaan alleen al achter artikel 6 van de Wet bodembescherming diverse besluiten (AMvB's) schuil, die op hun beurt de mogelijkheid bieden de bevoegdheid tot het stellen van regels nogmaals te delegeren. De achterliggende besluiten worden in artikel 6 Wet bodembescherming noch art. 1a WED expliciet vermeld. Aldus heeft de wetgever rondom artikel 6 Wet bodembescherming een legislatieve situatie gecreëerd die doet denken aan een speurtocht op een kinderfeestje, waarbij de organiserende ouders onderweg een pijl vergeten zijn te zetten.

Zo zijn er vele voorbeelden te geven van meer³⁵² of minder complexe gelede normstellingen in de WED. De hierdoor ontstane onduidelijkheid is (tenminste deels) onvermijdelijk, omdat hij samenhangt met de (uiteindelijk

349 Doorenbos 2015, p. 33-34.

350 HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (*Krulsia*).

351 Dit voorbeeld heb ik eerder gebruikt in de annotatie bij EHRM 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM, *EHRC Updates* 2020/160.

352 Kristen geeft een voorbeeld van een gelede normstelling die nog vele malen complexer is dan het hierboven gegeven voorbeeld, zie Kristen 2019, p. 433-434.

rechtspolitieke) keuze om strafrechtelijke handhaving mogelijk te maken in de door de WED bestreken gevallen.

4.5.2.2 *Administratieve afhankelijkheid*³⁵³

Een met de techniek van gelede normstelling samenhangend verschijnsel is dat van de administratieve afhankelijkheid (of: bestuursafhankelijkheid). Dit legislatieve verschijnsel komt bij uitstek in de WED voor, nu daar geregeld strafbaar is gesteld het handelen zonder daartoe vereiste vergunning. Die vergunning dient te worden verkregen bij een bestuursorgaan, die bij het verlenen van een vergunning bepaalde voorwaarden of voorschriften zal (op)stellen. Overtreding daarvan zal in principe via het administratieve recht gesanctioneerd worden.³⁵⁴ Het geheel ontbreken van de vergunning opent echter de weg naar het strafrecht. Zowel in de normstelling³⁵⁵ als in de handhaving smelten het strafrecht en het bestuursrecht derhalve samen: het verkrijgen van een vergunning is een administratiefrechtelijke aangelegenheid, terwijl het handelen zonder die vergunning strafrechtelijk gehandhaafd wordt. Dit roept de vraag op of in het strafrecht de juistheid van het wel of niet afgeven van die vergunning dient te worden beoordeeld (door de rechter). Geldt hier de autonomie van de strafrechter of dient de strafrechter uit te gaan van de formele rechtskracht van bestuursrechtelijke besluiten (indien er geen administratieve rechtsgang meer open staat)?³⁵⁶ De opvattingen hierover in de literatuur lopen uiteen. Buruma verdedigt in zijn dissertatie het standpunt dat in beginsel ook voor de strafrechter de formele rechtskracht van bestuursbesluiten geldt. Dit ligt alleen anders indien bijvoorbeeld blijkt dat sprake was van misleiding ter verkrijging van de vergunning.³⁵⁷ Koopmans verdedigt in haar dissertatie juist het standpunt dat uitgaan van de formele rechtskracht van bestuursbesluiten door de strafrechter 'nauwelijks te rechtvaardigen' valt, omdat de strafrechter dan blindelings uit dient te gaan van de juistheid van het besluit, ook al

353 Zie over administratieve afhankelijkheid in het algemeen par. 4.4.2.1.

354 Hoewel ook strafrechtelijke handhaving mogelijk is indien de vergunning betrekking had op andere gedragingen of stoffen dan waar de betrokkene van verdacht wordt, zie hierover HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605, m.nt. 't Hart. De consequentie hiervan is overigens ook dat het opzet van de verdachte dan toch ook op de inhoud van de vergunning moet zien, waardoor dit opzet meer kleur heeft dan het enkele opzet op het ontbreken van een vergunning zoals beschreven in paragraaf 4.5.1.1.

355 Hoewel het wetstechnisch gezien verschillende normen zijn (het hebben van een vergunning is een andere norm dan het voldoen aan de vergunningsvoorschriften) zal het rechtssubject dit doorgaans niet zo ervaren: om bepaald afval te verwerken is een vergunning vereist, en om die vergunning te krijgen (en houden) dient te worden voldaan aan bepaalde voorschriften.

356 Bij het wel of niet afgeven van een vergunning zal het om een specifieke vorm van besluiten gaan: (begunstigende) beschikkingen i.d.z.v. art. 1:3 AWB.

357 Buruma 1993, p. 111-114.

zijn er sterke signalen die op het tegendeel lijken te duiden.³⁵⁸ Principieel liggen de meningen van deze twee auteurs behoorlijk uit elkaar, praktisch gezien liggen hun meningen echter minder ver van elkaar verwijderd. Immers: indien we uitgaan van de formele rechtskracht van het besluit tot het afgeven van een vergunning, terwijl er sterke signalen zijn dat dit besluit niet rechtmatig is genomen, dan zal de strafrechter coulance kunnen betrachten jegens de verdachte in wiens nadeel de formele rechtskracht uitpakt, door bijvoorbeeld ruimhartig te zijn in de beoordeling van een avas-verweer (bij de derde vraag van het rechterlijk beslissingsmodel). Indien we ervan uitgaan dat de strafrechter de rechtmatigheid van het besluit zelfstandig mag onderzoeken dan zal de verdachte met succes verweer kunnen voeren inzake de bewijs- of kwalificatiebeslissing (de eerste en tweede vraag van het rechterlijk beslissingsmodel). In elk geval zijn de auteurs het op één belangrijk punt eens: er bestaat onduidelijkheid over de formele rechtskracht van bestuursbesluiten in het strafrecht, terwijl daar in het civiele recht een kraakheldere lijn over bestaat.³⁵⁹

Eveneens complex is de situatie waarin het besluit tot afgeven van een vergunning door de bestuursrechter (die ex tunc beoordeelt) wordt vernietigd: er was aanvankelijk wel een vergunning, maar die is met terugwerkende kracht vernietigd. Heeft de verdachte in deze situatie strafbaar gehandeld door te handelen zonder daartoe vereiste vergunning? Deze situatie is een legaliteitskwestie indien hiermee feitelijk met terugwerkende kracht bepaald handelen strafbaar is gesteld (vgl. artikel 1 lid 1 Sr). Meer specifiek raakt deze situatie ook aan het leerstuk van wederrechtelijkheid; is er sprake van wederrechtelijk handelen indien de verdachte aanvankelijk een vergunning verkreeg, maar het besluit tot afgeven van de vergunning met terugwerkende kracht is vernietigd? In voorkomende gevallen kan dit ongetwijfeld worden opgelost via bijvoorbeeld een beroep op avas, maar het moge duidelijk zijn dat het 'strafrechtelijk sluitstuk' (WED) en de achterliggende administratiefrechtelijke bepalingen niet naadloos op elkaar aansluiten, hetgeen tot het nodige gekraak en gepiep in de strafrechtelijke leerstukken en uitgangspunten kan leiden.

4.5.2.3 *Semantische onduidelijkheid*

De strafbaarstellingen in de WED kunnen dus in een bepaalde mate onduidelijk zijn vanwege de beschreven wetgevingstechnieken. Zodra de uiteindelijke gedragsnorm gevonden is kan echter een volgende vorm van onduidelijkheid ontstaan. De in de WED ondergebrachte normen zijn

358 Koopmans 1996, p. 126-132. Zie voor een uitgebreid jurisprudentie-onderzoek naar de omgang van de strafrechter met (begunstigende of belastende) vergunningen: Koopmans 1996, p. 132-139.

359 Voor de civiele rechter geldt dat hij gebonden is aan bestuursbesluiten zodra er geen administratieve rechtsgang meer open staat.

namelijk niet altijd scherp omschreven, waardoor ook een meer semantische onduidelijkheid kan ontstaan. Die semantische onduidelijkheid kan in de eerste plaats ontstaan vanwege zeer technische of specialistische termen in de bepalingen; deze onduidelijkheid zal doorgaans onvermijdelijk zijn omdat regulering anders categorisch onmogelijk is in specialistische sectoren. In de jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM is met betrekking tot de wet- en regelgeving in die sectoren dan ook meer complexiteit toegestaan, omdat van de normadressaat meer specialistische kennis mag worden verwacht.³⁶⁰

Er kan ook onduidelijkheid ontstaan doordat de normen op zichzelf weinig afgebakend zijn. Op veel terreinen binnen de WED valt op voorhand niet altijd in te schatten op welke wijze het achterliggende rechtsbelang geschonden zal worden. Tegelijk zal de wetgever in sommige gevallen willen voorkomen dat schenden van dat rechtsbelang niet binnen het bereik van de wet vallen. In dit geval wordt aan de handhavingsmogelijkheden voorrang gegeven, ten koste van de duidelijkheid van de norm. Dientengevolge kent een aantal wetten binnen de WED zorgplichtbepalingen; hierin is strafbaar gesteld het niet nemen van maatregelen om een bepaald ongewenst rechtsgevolg te voorkomen. Soms is dat rechtsgevolg concreet aangeduid (dan wordt wel gesproken van een concreet gevaarzettingsdelict), soms wordt dat gevolg niet aangeduid (dan wordt van een abstract gevaarzettingsdelict gesproken).³⁶¹

Een voorbeeld is artikel 13 van de Wet bodembescherming, dat luidt:

“Ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd, teneinde die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, worden de maatregelen onverwijld genomen.”

Overtreding van deze bepaling is strafbaar gesteld via artikel 1a onder 1° WED. Is de bepaling opzettelijk overtreden, dan is het een misdrijf (artikel 2 lid 1 WED). Omdat de wetgever niet in staat is een scherpere omschrijving te geven van het gewenste gedrag wordt het probleem in zekere zin doorgeschoven naar de rechtssubjecten. Een legislatieve kwestie is veranderd in een legaliteitskwestie. Eerst was immers het probleem dat gewenst gedrag niet goed legislatief gevat kon worden; nu is het probleem dat de rechtssubjecten niet met zekerheid hun gedrag kunnen afstemmen op de wet. Op

360 Zie par. 3.4.

361 Visser 2001, p. 18-21 en p. 407-413.

voorhand zal namelijk niet volkomen duidelijk zijn welke maatregelen precies ‘redelijkerwijs kunnen worden gevegd’.³⁶² De norm krijgt pas concrete precisie zodra er handhavend wordt opgetreden; de genomen maatregelen waren dan kennelijk onvoldoende.

Visser concludeert in haar dissertatie dat niet in algemene zin gezegd kan worden of zorgplichtbepalingen in overeenstemming zijn met het legaliteitsbeginsel (in het bijzonder het *lex certa*-gebod). Zorgplichtbepalingen die, naast de zorgplicht, ook meer concrete, beperkende bestanddelen bevat zullen bijvoorbeeld geen strijd opleveren met het legaliteitsbeginsel. Andere zorgplichtbepalingen, zoals de hierboven genoemde artikel 13 Wet bodembescherming, zijn – zo stelt Visser – echter wél in strijd met het legaliteitsbeginsel, omdat zij dergelijke concretiserende of beperkende bestanddelen niet bevatten.³⁶³

Binnen de WED komen meer zorgplichtbepalingen voor. Sommige daarvan zijn uitgebreid besproken door Visser in haar zojuist aangehaalde dissertatie.³⁶⁴ Daaraan valt in elk geval nog artikel 6.8 van de Waterwet aan toe te voegen, die een grote gelijkenis toont met het hierboven besproken artikel 13 van de Wet bodembescherming. Zoals in paragraaf 3.4.2.2 al werd gesteld, heeft de noch de Hoge Raad, noch het EHRM ooit geoordeeld dat een strafbaarstelling in strijd met het *lex certa*-gebod is. Dat geldt dus ook voor de strafbaarstellingen in de WED. Wel kan de (feiten)rechtspraak eraan bijdragen dat vage normen, zoals de hier besproken zorgplichtbepalingen, nader aangescherpt worden. Maar nu WED-zaken in toenemende mate buitengerechtelijk worden afgedaan, moet van deze nadere aanscherping niet veel verwacht worden.

4.5.3 Conclusie: schuld en legaliteit in de WED

De WED omvat een belangrijk deel van het strafrecht in bijzondere wetten. In de literatuur wordt de WED dan ook wel als deelcodificatie van het strafrecht getypeerd. In het ontwerp van de WED ligt besloten dat het strafrecht als (strafrechtelijk) sluitstuk fungeert op een groot aantal administratieve wetten. Het strafrecht is vanwege zijn ruime opsporingsmogelijkheden en sanctiearsenaal op deze administratieve wetten geplakt. Tegelijk is slechts in beperkte aangesloten bij de uitgangspunten van het commune strafrecht. De uitwerking van het schuldbeginnsel in de WED is daardoor soms ronduit slordig.

Ook in het licht van het legaliteitsbeginsel laat de WED te wensen over. Door gebruik te maken van op zichzelf verklaarbare wetgevingstechnieken

362 Om maar één van de (drie) zorgplichten te noemen die deze bepaling bevat. Zie Visser 2001, p. 362-363.

363 Visser 2001, p. 440-444.

364 Visser 2001, p. 287-398. Zie hierover ook uitgebreid: Keupink 2011, p. 133-306. Ook in de Omgevingswet (die bij verschijning van dit boek in werking getreden is) staan weer enkele zorgplichtbepalingen, zie hierover Doorenbos 2021b.

is het in veel gevallen complex om de materiële norm te vinden en samen te stellen. Hierbij is het niet ondenkbaar dat een gelede normstelling uiteindelijk leidt naar zorgplichtbepaling. Zeker in die gevallen is het voor de rechts-subjecten onmogelijk om hun gedrag precies af te stemmen op de norm.

4.6 OPIUMWET

Sinds 1919 is met de Opiumwet voorzien in een bijzondere wet waarmee het bezit van en de handel in drugs strafbaar is gesteld. De eerste Opiumwet³⁶⁵ (1919) vormde de legislatieve vertaling van internationale afspraken over de bestrijding van de handel in (bepaalde) drugs. In 1928 werd een nieuwe Opiumwet³⁶⁶ ingevoerd vanwege (wederom) internationale afspraken (in het bijzonder het Verdrag van Genève van 1925) en de nationale wens tot ruimere mogelijkheden betreffende de opsporing en bestraffing van drugsdelicten.³⁶⁷ Deze wet uit 1928 vormt de basis voor de huidige Opiumwet, hoewel de wet sinds 1928 veel gewijzigd is (78 wijzigingen tot 2023).

Uit de parlementaire geschiedenis komt niet duidelijk naar voren waarom met de Opiumwet van 1919 werd gekozen voor een regeling buiten het Wetboek van Strafrecht. Het Internationaal Opiumverdrag van 1911 (die aan de basis lag van de Opiumwet 1919) dwong in elk geval niet tot een regeling in een bijzondere wet. Kessler meent dat het onderscheid tussen wetsdelicten en rechtsdelicten evenmin aan de Opiumwet 1919 ten grondslag lag; hij stelt dat de Opiumwet 1919 namelijk enkel overtredingen bevatte.³⁶⁸ Dit verklaart nog niet meteen waarom de wetgever koos voor een bijzondere wet; de wetgever van 1886 had weliswaar de ruimte gelaten voor regeling van overtredingen in bijzondere wetten, maar daarmee is nog niet gezegd dat van deze ruimte gebruik moet worden gemaakt. Mogelijk – maar dit valt niet goed te achterhalen – achtte men de drugsdelicten in 1919 te veel tijdsgebonden, waardoor de drugsdelicten niet voor opname in het Wetboek van Strafrecht geschikt waren. Het meest plausibel is echter dat men reden zag om de opiumdelicten in 1919 buiten het wetboek te regelen omdat er reeds een wettelijke basis voor de strafrechtelijke handhaving van deze delicten bestond buiten het wetboek, namelijk in de wet van 1 juni 1865 (*Stb.* 61), regelende ‘de uitoefening der artsenijsbereidkunst’. Deze wet was geen onderdeel van het codificatiewerk bij het Wetboek van Strafrecht in 1886, en via artikel 10, onder 19, Invoeringswet Wetboek van Strafrecht bleef deze wet vigeren na de invoering van het wetboek. Met deze wet was voorzien in een beperkte regulering van de verkoop van opium. De

365 Wet van 4 oktober 1919, *Stb.* 1919, 592.

366 Wet van 12 mei 1928, *Stb.* 1928, 167.

367 Zie over de historische achtergrond van de Opiumwet uitgebreid: Blom 1998, p. 29 e.v.

368 Kessler 2001, p. 17.

wet bevat enkel overtredingen.³⁶⁹ Deze wet kwam niet voldoende tegemoet aan de verdragsverplichtingen van het Internationaal Opiumverdrag, maar aannemelijk is dat de reeds bestaande regeling buiten het Wetboek van Strafrecht de wetgever op het spoor zette om de nieuwe Opiumwet 1919 eveneens buiten het wetboek te houden.³⁷⁰

Ook bij de invoering van de 'huidige' Opiumwet (1928) valt geen discussie te bespeuren omtrent de vraag of de drugsdelicten regeling in een bijzondere wet of in het wetboek verdienen. Mogelijk volgde men gewoon de in 1919 ingeslagen weg. In de Opiumwet van 1928 werd echter wel voorzien in misdrijven,³⁷¹ waarmee (anders dan eerdere regeling van opiumdelicten) werd gebroken met de in de Invoeringswet Wetboek van Strafrecht aangebrachte systematiek (overtredingen mogen buiten het Wetboek van Strafrecht geregeld worden, misdrijven in principe binnen het wetboek).

Sinds 1928 is de Opiumwet vaak gewijzigd. De wet is op zichzelf (inclusief de lijsten en achterliggende regelgeving) beknopt en overzichtelijk; na een definitiebepaling (artikel 1) volgen de verbodsbepalingen in artikel 2 en 3 (en, voor de volledigheid, artikel 3b en 4). Uit de verbodsbepalingen wordt duidelijk dat de Opiumwet is opgebouwd volgens een 'lijstensystematiek'; lijst 1 (artikel 2) bevat harddrugs, waarvan de sanctionering geregeld is in artikel 10; voorbereidingshandelingen hierop zijn (sinds 1985) strafbaar via artikel 10a. Lijst 2 (artikel 3) bevat softdrugs, waarvan de sanctionering is geregeld in artikel 11. Voorbereidingshandelingen gericht op illegale hennepeteelt zijn sinds 2015 strafbaar via artikel 11a. Via artikel 13 zijn de opzettelijk gepleegde handelingen strafbaar als misdrijf, terwijl de niet-opzettelijk gepleegde handelingen strafbaar zijn als overtreding. Het systeem van het 'strafverzwarende' opzet is sinds 1928 dus niet veranderd.³⁷²

Een belangrijk deel van de systematiek wordt gevormd door de 'lijsten-systematiek'. De (opzettelijke) gedragingen met betrekking tot de op lijst 1 (harddrugs) genoemde stoffen worden met zwaardere straffen bedreigd dan de gedragingen met betrekking tot de stoffen op lijst 2 (softdrugs). De stoffen op lijst 1 vormen – anders dan de stoffen op lijst 2 – een 'onaanvaardbaar risico' voor de volksgezondheid; dat maakt de gedragingen met betrekking tot de stoffen op lijst 1 meer strafwaardig.³⁷³ Door te werken met deze lijsten kunnen de strafbaarstellingen desgewenst worden uitgebreid met nieuwe stoffen, door een specifieke stof aan een van beide lijsten toe te voegen. De indeling in lijsten brengt ook het centrale rechtsbelang in de Opiumwet aan de oppervlakte: de bescherming van de volksgezondheid.

369 Zo volgt ook uit de wetssystematiek van de Invoeringswet Wetboek van Strafrecht, waar in art. 10 enkel overtredingen zijn genoemd (die buiten het wetboek bleven bestaan).

370 Blom 1998, p. 36.

371 Feiten waren misdrijven indien ze opzettelijk waren gepleegd (en indien het opzet ontbrak resteerde een overtreding), zie: Kessler 2001, p. 18.

372 Kessler 2001, p. 41.

373 *Kamerstukken II* 1974/75, 13407, 3, p. 16.

Aan de Opiumwet is een beperkt aantal besluiten en regelingen gekoppeld die nadere uitwerking geven aan de regelgeving in de Opiumwet. De meest belangrijke is het Opiumwetbesluit.³⁷⁴ Dit besluit geeft uitwerking aan de ontheffingen die voor sommige middelen in de Opiumwet kunnen worden gegeven, zoals genoemd in de artikelen 3c, 4, eerste lid, en 5, eerste en tweede lid, van de Opiumwet.

4.6.1 Legaliteit in de Opiumwet

De Opiumwet kent een vrij heldere opzet, waarbinnen de strafbaarstellingen op zichzelf betrekkelijk eenvoudig kunnen worden gevonden. Weliswaar dient hiervoor steeds een constellatie aan bepalingen en lijsten te worden geraadpleegd, maar dit levert – anders dan in de WED en de AWR – geen grote legaliteitsproblemen op. Hierom volsta ik hieronder met enkele opmerkingen over de verwezenlijking van het legaliteitsbeginsel in de Opiumwet.

Binnen de Opiumwet bestaat, sterker dan op veel andere strafrechtelijke terreinen, een natuurlijke spanning tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag. De wet slaagt er niet altijd in die grens haarscherp te trekken. Dat heeft een aantal oorzaken. Als eerste kan worden gewezen op de stoffen die onder het bereik van de Opiumwet vallen. Bij bepaalde harddrugs is het niet problematisch dat ze onder de Opiumwet vallen, omdat van de gedragingen met deze harddrugs (artikel 2 Opw) geen legale variant denkbaar is. Dat ligt evenwel anders bij bepaalde stoffen op lijst 2 (softdrugs). Hierbij springt de recente toevoeging van lachgas (distikstofmonoxide) in het oog, omdat deze stof verschillende volstrekt gangbare legale toepassingen kent (in de keuken bijvoorbeeld). Tegelijk vormt het ‘oneigenlijk’ gebruik van lachgas een probleem vanwege de grote potentiële gezondheidsschade voor de gebruiker, en de gevaren die het gebruik meebrengt bij verkeersdeelname.³⁷⁵ Van de wet mag (vanuit legaliteitsperspectief) worden verwacht dat het onderscheid tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag scherp naar voren komt. In artikel 15a van het Opiumwetbesluit is daarom een bepaling opgenomen waarin het lachgasverbod ‘niet van toepassing’ wordt verklaard wanneer het ‘bestemd is voor technische doeleinden of als voedingsadditief’. In veel gevallen zal een duidelijke bestemming aanwijsbaar zijn (bijvoorbeeld omdat een horecabedrijf lachgas besteld voor gastronomische

374 Besluit van 9 december 2002, houdende uitvoeringsvoorschriften krachtens de Opiumwet (Opiumwetbesluit), *Stb.* 2002, 625, meest recent gewijzigd bij besluit van 17 november 2022, *Stb.* 2022, 461.

375 Nota van toelichting bij Besluit van 17 november 2022, houdende wijziging van het Opiumwetbesluit en lijst II, behorende bij de Opiumwet, in verband met plaatsing van distikstofmonoxide (lachgas) op deze lijst, *Stb.* 2022, 461, p. 4.

doeleinden³⁷⁶), maar uiteindelijk is de vraag waartoe het ‘bestemd is’ een subjectieve en tamelijk fragiele basis om het onderscheid tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag op te kunnen funderen. In de praktijk levert het criterium wel de gewenste opsporingsmogelijkheden op, zodat tot inbeslag-neming kan worden overgegaan bij ‘een of meerdere aanwijzing(en) dat het lachgas niet is bestemd voor technische doeleinden of voor de toepassing als voedingsadditief’.³⁷⁷ Hierin wordt een spanning tussen handhavingsbelangen enerzijds en de helderheid en afbakening van materiële normen anderzijds zichtbaar.

Deze zelfde spanning komt duidelijk naar voren in het thans aanhangige wetsvoorstel waarbij een nieuwe lijst (1a) wordt gecreëerd ten behoeve van de zogenoemde ‘designerdrugs’.³⁷⁸ Hiermee zou de huidige lijsten-systematiek worden doorbroken. Op dit moment staan namelijk specifieke (verboden) stoffen genoemd op de lijsten 1 en 2. Met het wetsvoorstel zou op de nieuw te vormen lijst 1a ‘stofgroepen’ worden toegevoegd, een meer generieke aanduiding van verboden stoffen.³⁷⁹ Hiermee tracht de wetgever een einde te maken aan de voortdurende ‘uitputtingsslag tussen de producenten en de dealers en de autoriteiten’.³⁸⁰ In een toekomstig artikel 2a Opw wordt voorzien in een aparte strafbaarstelling van gedragingen met betrekking tot ‘een substantie die deel uitmaakt van een stofgroep als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst IA of een preparaat daarvan’.³⁸¹ Opzettelijke overtreding van die bepaling kan via een toekomstig artikel 10b Opw worden gestraft met maximaal zes jaren gevangenisstraf, terwijl een toekomstig artikel 10c Opw voorbereidingshandelingen gericht op deze stoffen strafbaar zal stellen.³⁸² Ook met dit voorstel wordt een belangrijke verandering aangebracht in de vormgeving van het materiële strafrecht om een probleem binnen de opsporingspraktijk te verhelpen. Daarnaast is met dit voorstel een uitwerking beoogd van Europese en internationale regelgeving.³⁸³ Het gaat echter ten koste van de verwezenlijking van het legaliteitsbeginsel; de basisstructuur van de Opiumwet is immers geënt

376 Nota van toelichting bij Besluit van 17 november 2022, houdende wijziging van het Opiumwetbesluit en lijst II, behorende bij de Opiumwet, in verband met plaatsing van distikstofmonoxide (lachgas) op deze lijst, *Stb.* 2022, 461, p. 16-17.

377 Nota van toelichting bij Besluit van 17 november 2022, houdende wijziging van het Opiumwetbesluit en lijst II, behorende bij de Opiumwet, in verband met plaatsing van distikstofmonoxide (lachgas) op deze lijst, *Stb.* 2022, 461, p. 16.

378 Deze drugs, ook wel ‘nieuwe psychoactieve stoffen’ genoemd, worden ontwikkeld door producenten om de Opiumwet te omzeilen; door de chemische samenstelling van een stof (iets) te wijzigen komt die stof plotseling niet meer voor op een van de lijsten van de Opiumwet. De wijziging of aanvulling van deze lijsten neemt meer tijd in beslag dan het ‘designen’ van een nieuwe drug. Deze trend moet worden gestuit met het wetsvoorstel dat thans in voorbereiding is.

379 *Kamerstukken II* 2021/22, 36159, 3. Zie over dit wetsvoorstel: Blom 2021.

380 *Kamerstukken II* 2021/22, 36159, 3, p. 3.

381 *Kamerstukken II* 2021/22, 36159, 2, p. 2.

382 *Kamerstukken II* 2021/22, 36159, 2, p. 5.

383 *Kamerstukken II* 2021/22, 36159, 3, p. 2-3.

op de lijsten waarop de strafbare drugs expliciet vermeld staan, terwijl met de nieuwe lijst 1a proactief stoffen worden verboden voordat ze zijn ontwikkeld tot drug. Bovendien kan alleen een ter zake kundige chemicus de inhoud van lijst 1a vatten.³⁸⁴ Deze voorgestelde wetswijziging brengt daardoor nadere spanning aan op de soms toch al flinterdunne lijn tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag binnen de Opiumwet.

Tot slot is voor de verwezenlijking van het legaliteitsbeginsel binnen de Opiumwet de rol van strafrechtelijk beleid een relevante factor. Net als bij andere bijzondere wetten (zoals de WED en de AWR) komt soms pas in de handhaving naar voren wat de precieze materiële norm is. In de Opiumwet speelt op dit punt het bekende gedoogbeleid (van verkoop van bepaalde softdrugs in beperkte hoeveelheden door coffeeshops³⁸⁵) een bijzondere rol. Deze verkoop is volgens de Opiumwet strafbaar, maar wordt gedoogd. Hierdoor lopen de grenzen van strafbaar en niet-toegestaan gedrag en niet-strafbaar en toegestaan gedrag niet synchroon. Hoewel dit gedoogbeleid in het voordeel van de rechtssubjecten uitpakt, tast dit wel de exclusiviteit aan die aan de wet toekomt om via materiële gedragsnormen te bepalen welk gedrag binnen de samenleving niet toegestaan is. Kenmerkend aan ons door artikel 1 Sr beheerste gesloten materieelrechtelijk systeem was immers, zo is besproken in paragraaf 3.4.2.1, dat 'de predikaten strafrechtelijk niet-verboden en strafrechtelijk toegestaan per definitie equivalent zijn'.³⁸⁶

4.6.2 Opzet in de Opiumwet

Hierboven bleek al dat het opzet een strafverzwarende rol speelt in de Opiumwet. Die rol is van groot gewicht; zonder opzet zijn de gedragingen in artikel 2 bedreigd met hechtenis van maximaal zes maanden of een geldboete van de vierde categorie (artikel 10 lid 1), terwijl de strafbedreiging bij opzettelijke gedragingen uit artikel 2 een maximale gevangenisstraf van zes, acht of twaalf jaren is of een geldboete van de vijfde categorie (artikel 10 lid 3, 4 en 5). Voor de gedragingen uit artikel 3 geldt eveneens een groot verschil in strafbedreiging tussen de opzettelijke en niet-opzettelijke variant (vergelijk artikel 11 lid 1 met artikel 11 lid 2, 3 en 4). Via artikel 13 is de aanwezigheid van opzet ook beslissend voor de vraag of sprake is van een misdrijf of overtreding. Bovendien zijn voorbereidingshandelingen van bepaalde misdrijven strafbaar via artikel 10a en 11a. Kortom: het opzet speelt een rol van groot gewicht in de Opiumwet, mede omdat niet is

384 Blom 2021, p. 236-237. De voorgestelde lijst kan worden ingezien via *Kamerstukken II* 2021/22, 36159, 2, p. 8 e.v.

385 Aanwijzing Opiumwet, *Stcrt.* 2015, 5391.

386 Brouwer 1979, p. 135.

voorzien in een ‘tussenvorm’ tussen opzettelijk en niet-opzettelijk handelen (zoals culpoos handelen).³⁸⁷

Vaak zal in de Opiumwetjurisprudentie het voorwaardelijk opzet worden gebruikt als constructie om het opzet te bewijzen (uitgaande van de situatie waarin er geen sprake is van een bekennende verklaring van de verdachte of ander bewijs dat zuiver opzet van de verdachte op de tenlastegelegde gedraging(en) kan dragen). Een gangbare objectivering binnen de constructie van het voorwaardelijk opzet is de ‘uiterlijke verschijningsvorm’ van de gedragingen; is uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging(en) af te leiden dat die gedraging(en) opzettelijk zijn gepleegd?³⁸⁸ De gedragingen in de Opiumwet dragen echter naar hun aard vaak een heimelijk, niet-zichtbaar karakter. Hierdoor komt, voor de constructie van voorwaardelijk opzet in Opiumwetgevallen, veel nadruk te liggen op ‘algemene ervaringsregels’ (een andere wijze van objectiveren), zo blijkt uit onderstaande impressie van de jurisprudentie rondom het aanwezig hebben van drugs. In deze impressie bespreek ik een beperkt aantal zaken die tot een arrest van de Hoge Raad hebben geleid. Dit beperkte aantal is in dit geval verantwoord omdat de bespreking aansluit bij eerdere bevindingen in de literatuur omtrent de vaststelling van het voorwaardelijk opzet in opiumwetgevallen.³⁸⁹ In de analyse van deze zaken komt in dit onderzoek vooral de focus te liggen op de vraag of in deze jurisprudentie een mutatie zichtbaar is in de toepassing van het voorwaardelijk opzet. Deze bevindingen kunnen in het volgende hoofdstuk worden gebruikt om te onderzoeken of een eventuele *bijzondere* invulling van het voorwaardelijk opzet (vervolgens) *veralgemeniseerd* is. Om dezelfde reden worden er juist zaken besproken waarin van een vrij minimale invulling van het voorwaardelijk opzet gesproken kan worden. De bespreking is niet per zaak gestructureerd, maar per element van het voorwaardelijk opzet.

4.6.2.1 Aanmerkelijke kans

De ‘aanmerkelijke kans’ binnen het voorwaardelijk opzet krijgt binnen de literatuur en jurisprudentie rondom de Opiumwet weinig afzonderlijke aandacht.³⁹⁰ Zo geeft Kessler in zijn proefschrift geen afzonderlijke aandacht aan dit element, hoewel hij het (voorwaardelijk) opzet binnen de Opiumwet tamelijk uitgebreid bespreekt.³⁹¹ In veel andere (vaak com-

387 In art. 10a (onder 3) en 11a is wel een vorm van culpa opgenomen (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’). De culpa ziet hier specifiek op de ‘bestemming’ van bepaalde zaken. Ook in deze gevallen blijft opzet vereist op de voorbereiding zelf.

388 Zie over het bewijs van voorwaardelijk opzet Appendix 1, par. 5.3.

389 Kessler 2001, p. 44-50; De Jong & Kessler 1999.

390 Zo lijkt ook De Hullu te signaleren: De Hullu 2021, p. 234. Er zijn ook voorbeelden te geven van zaken waarin de aanmerkelijke kans wel nadrukkelijk wordt besproken, zie bijvoorbeeld: HR 28 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0264.

391 Kessler 2001, p. 44-50.

mune) jurisprudentie vormt de aanmerkelijke kans vaak wel een centraal discussiepunt. Hierbij valt natuurlijk aan het HIV-1-arrest te denken, maar ook aan jurisprudentie naar aanleiding van geweldsincidenten. Hieronder wordt zichtbaar gemaakt waarom aan de vaststelling van de aanmerkelijke kans in bepaalde Opiumwetzaken relatief weinig aandacht wordt besteed.

In de Opiumwetdelicten zal binnen de voorwaardelijk opzet-constructie in algemene zin een aanmerkelijke kans te worden vastgesteld op de aanwezigheid van drugs. Vervolgens dient een van de in artikel 2 en 3 Opw omschreven gedragingen te zijn verricht met die aanwezige drugs (aanwezig hebben, binnen Nederland brengen et cetera). Omdat er niet het veroorzaken van een bepaald gevolg strafbaar is gesteld, hoeft de aanmerkelijke kans daar ook niet op te zien. Met andere woorden: de delicten in de Opiumwet zijn formeel omschreven, en dat heeft gevolgen voor de vraag waar de aanmerkelijke kans precies op moet zien.³⁹² In het HIV-I-arrest overwoog de Hoge Raad dat een bewezenverklaring van een aanmerkelijke kans dient te worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. Hierbij komt betekenis toe aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder de gedraging is verricht. Het zal in elk geval moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten is. Zodra drugs worden aangetroffen in een koffer, in een voertuig of anderszins in de nabijheid van de verdachte, maar hij enige betrokkenheid bij die aanwezige drugs ontkent, dan zal over de gedraging (het plaatsen van drugs op de plek waar het werd aangetroffen) weinig bekend zijn. Indien bewijsmateriaal voorhanden is waaruit blijkt dat de verdachte het zelf plaatste zal de voorwaardelijk opzet-constructie niet nodig zijn om tot een bewezenverklaring van opzet te komen. Bij aangetroffen drugs, een ontkennende verdachte en ook overigens weinig of geen bewijsmateriaal dreigt in zekere zin een impasse te ontstaan, die zich in de eerste plaats al voordoet bij het vaststellen van een aanmerkelijke kans. De enige manier om die impasse te doorbreken is door gebruik te maken van de in het HIV-I-arrest genoemde algemene ervaringsregels. Deze behoeven geen bewijs.³⁹³ In Opiumwetjurisprudentie worden algemene ervaringsregels geformuleerd die specifiek zijn toegesneden op situaties waarin contrabande zijn aangetroffen in de nabijheid van de ontkennende verdachte: de bezitter van een koffer is met de inhoud ervan bekend of de bestuurder van een auto is met de inhoud van de auto bekend.

In de jurisprudentie wordt hierom zichtbaar dat van een aanmerkelijke kans in Opiumwetgevallen al snel sprake kan zijn. Zo vormt het achterwege

392 Dit werpt een vraag op die buiten de beantwoording van de in dit onderzoek centraal gestelde onderzoeksvraag valt: in welke mate is het 'archetype' van voorwaardelijk opzet geschikt voor toepassing op meer formeel omschreven delicten? Nu daar geen gevolg in beeld is, zal de aanmerkelijke kans op iets anders dan een strafbaar gesteld gevolg moeten zien. Dan moet de aanmerkelijke kans zien op een strafbare omstandigheid of een strafbare toestand. De vraag is of het archetype voorwaardelijk opzet hiervoor altijd goed geschikt is.

393 HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291, r.o. 3.2.1 en art. 339 lid 2 Sv.

laten van onderzoek naar een op een luchthaven van een vreemde gekregen koffer niet zelden reeds de basis voor (het ontstaan van) een aanmerkelijke kans op het uitvoeren of invoeren van drugs,³⁹⁴ in het bijzonder indien vanuit bepaalde landen wordt gereisd waarvoor een 'verhoogd risico' bestaat op drugstransporten (zoals Suriname).³⁹⁵ In dezelfde lijn ligt de jurisprudentie omtrent het voorhanden hebben van drugs in een voertuig³⁹⁶ waarin de verdachte zich bevond. In deze gevallen had de verdachte vanwege verdachte omstandigheden onraad moeten ruiken (al dan niet letterlijk), waarmee de verdachte (door zich in het voertuig te bevinden) de aanmerkelijke kans (blijkbaar) in het leven roept drugs voorhanden te hebben. In laatst aangehaalde zaak ontbreekt overigens een expliciete overweging omtrent de aanwezigheid van de aanmerkelijke kans; het bestaan daarvan (en overigens ook van de andere onderdelen van het voorwaardelijk opzet) wordt impliciet aangenomen met de vaststelling van de algemene ervaringsregel dat 'de bestuurder, tevens enige inzittende, van een hem toebehorende personenauto, waarin zich een niet onaanzienlijke hoeveelheid heroïne bevindt, met de aanwezigheid van die heroïne in zijn auto bekend pleegt te zijn'.³⁹⁷ Tevergeefs had de verdachte aangevoerd dat deze algemene ervaringsregel in zijn geval geen toepassing vond, onder verwijzing naar een alternatief scenario (dat het Hof blijkbaar als onaannemelijk heeft verworpen). Met dit verweer betwistte de verdachte het bewustzijn en het aanvaarden, en niet zozeer het bestaan van een aanmerkelijke kans – dit verklaart mogelijk het ontbreken van een afzonderlijke overweging omtrent het bestaan van een aanmerkelijke kans.

Vergelijkbaar is een zaak waarin een geopend flesje GHB werd aangetroffen in de tas van de verdachte.³⁹⁸ Deze tas werd aangetroffen in een voertuig waarin de verdachte zich niet bevond. Zij verklaarde dat de tas haar inderdaad toebehoorde, maar dat zij die tas een paar weken voor de vaststelling van de aanwezigheid van dit geopend flesje GHB in de tas, had laten staan in het voertuig. Dit verweer werd niet door de bewijsmiddelen weersproken. Niettemin neemt het Hof aan dat zij deze GHB opzettelijk aanwezig heeft gehad, welk oordeel door de Hoge Raad in stand gelaten wordt:

"Uitgaande van de algemene ervaringsregel dat de eigenares van een tas als de onderhavige, waarin zich behalve een flesje met de in de bewezenverklaring bedoelde GHB, ook een aantal vrouwenartikelen, een gedeeltelijk verbruikte strip anticonceptiepillen en een ten haren name gestelde identiteitskaart bevonden, bekend pleegt te zijn met de inhoud van die tas, heeft het Hof het bewezen-

394 HR 19 februari 1985, *NJ* 1985, 633. De verdachte had niet gezien dat de koffers een 'dubbele bodem' hadden, terwijl 'naar van algemene bekendheid is, [dat] veelal in deksels en bodems van koffers verdovende middelen worden vervoerd'.

395 Zie bijvoorbeeld HR 28 november 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AZ0264*.

396 HR 25 november 1986, *NJ* 1987, 493.

397 HR 25 november 1986, *NJ* 1987, 493, r.o. 5.2.

398 HR 5 februari 2013, *NJ* 2013, 114.

verklaarde uit de gebezigde bewijsmiddelen kunnen afleiden, in het bijzonder ook dat de verdachte opzettelijk heeft gehandeld als in de bewezenverklaring omschreven.”³⁹⁹

Hier wordt een materieelrechtelijk geladen oordeel over de subjectieve gezindheid van de verdachte achterwege gelaten, door – ondanks een *specifiek* verweer ter zake – toch de *algemene* ervaringsregel voorrang te geven. De A-G concludeerde op dit punt dan ook contrair.⁴⁰⁰

De aanmerkelijke kans speelt binnen deze jurisprudentie rondom opium-wetdelicten dus een marginale rol. Door ter onderbouwing hiervan een algemene ervaringsregel te hanteren is er voor de vaststelling van de aanmerkelijke kans geen bewijs benodigd, nu algemene ervaringsregels op dit punt, zoals gezegd, gelijkgesteld zijn met feiten van algemene bekendheid.⁴⁰¹ Hierom is niet uitgesloten dat de toepassing van een algemene ervaringsregel in het concrete geval tot een onverkwikkelijke uitkomst leidt: dat een bepaalde gang van zaken de algemene ervaring is, betekent nog niet dat dit in elk concreet geval overeenstemt met de waarheid.

4.6.2.2 Bewustzijn

Het bewustzijn binnen het voorwaardelijk opzet is binnen de Opiumwet-jurisprudentie sterk verweven met de aanwezigheid van de aanmerkelijke kans. Dit kan niet los gezien worden van het feit dat de Opiumwet sterk formeel omschreven delicten bevat. Bij een materieel delict lijkt het beter denkbaar dat er weliswaar een aanmerkelijke kans op het gevolg bestond, maar dat de verdachte zich daar niet bewust van was. Bij een formeel delict zal de aanmerkelijke kans moeten zien op bijvoorbeeld de aanwezigheid van drugs (in een koffer, een handtas of een voertuig). Indien wordt vastgesteld dat er vanwege de omstandigheden een aanmerkelijke kans bestond op de aanwezigheid van drugs, dan resteert er weinig ruimte voor een verweer betreffende het bewustzijn. Want als de kans op de aanwezigheid van drugs aanmerkelijk te noemen is, dan zal de gemiddelde derde zich ook bewust zijn van die aanmerkelijke kans – waardoor het niet anders kan zijn dan dat de verdachte zich daar ook bewust van was. Anders geformuleerd: op basis van dezelfde algemene ervaringsregel(s) die kunnen worden gebruikt voor het bewijs van de aanmerkelijke kans, kan geconstrueerd worden dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte zich daar bewust van was. En in de gevallen waarin geen afzonderlijke overweging nodig was om de aanmerkelijke kans te bewijzen, was het (blijkbaar) evident dat de verdachte ook degene was die de drugs in zijn voertuig, tas of koffer had geplaatst; in die gevallen zal ook het bewustzijn geen hoge bewijsdrempel opleveren.

399 HR 5 februari 2013, *NJ* 2013, 114, r.o. 2.3.

400 PHR 5 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY9993.

401 Art. 339, lid 2 Sv; HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291, *NJ* 2011, 116; Stevens 2012.

De eigenaar van een auto, handtas of koffer pleegt immers bekend te zijn met de inhoud ervan, zo luidt de gangbare redenering.⁴⁰² Het feit dat de verdachte zich bewust was van de aanwezigheid van drugs is derhalve een algemene ervaringsregel waarvoor geen afzonderlijk bewijs benodigd is. Dit bewijsvermoeden⁴⁰³ is niet eenvoudig te weerleggen door de verdachte, zo blijkt uit de rechtspraak die hierboven is besproken (met betrekking tot drugs in een koffer, auto of handtas).

De ondergrens van het bewustzijn lijkt te liggen bij de vaststelling dat de verdachte zich in 'meerdere of mindere mate' bewust moet zijn geweest van de aanwezigheid van drugs.⁴⁰⁴ Blijkbaar is ook een 'mindere mate' van bewustzijn voldoende om te kunnen spreken van het bewustzijn van de aanwezigheid van drugs, ook indien de verdachte woonachtig is bij zijn vader en het dus niet ondenkbaar is dat de verdachte niet wist van de aanwezige drugs.⁴⁰⁵ Met deze redenering wordt een motiveringsgebrek (waar in een eerder arrest met een vergelijkbare casuspositie wel sprake van was⁴⁰⁶) voorkomen.

De formule van een 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' is klaarblijkelijk overgewaaid vanuit de Wegenverkeerswet naar de Opiumwet. (Op de achtergrond en betekenis van deze formule ben ik in par. 4.3.4.2 ingegaan.) De toepassing van deze formule in Opiumwetgevallen richt zich echter alleen op de vaststellen van het 'bewustzijn', terwijl het in de gevallen binnen de WVV om een meer generieke vaststelling van het voorwaardelijk opzet ging. Indien een verdachte zich in meerdere of mindere mate bewust moet zijn geweest van de aanwezigheid van drugs, is daarmee nog niet gezegd dat hij die aanwezigheid ook aanvaard heeft.

4.6.2.3 *Aanvaarden*

Het aanvaarden (van de aanmerkelijke kans waarvan men zich bewust was) representeert het wilselement binnen het voorwaardelijk opzet. Dit wilselement is bepalend voor het opzet; zonder dit element zou de schuldvorm culpa in beeld kunnen komen. Zoals hierboven al benoemd is kent de Opiumwet geen culpoze delictsvarianten. Er is, met andere woorden, geen 'vangnet' aanwezig indien het voorwaardelijk opzet – en dan in het bijzonder het aanvaarden – niet kan worden bewezen. Dit kan problematisch zijn in gevallen waarin drugs zijn aangetroffen, de verdachte betrokkenheid hierbij ontkent en er ook overigens weinig of geen bewijsmateriaal voor de betrokkenheid van de verdachte voorhanden is.

402 Zie bijvoorbeeld HR 25 november 1986, *NJ* 1987, 493; HR 5 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9993, *NJ* 2013, 114.

403 Kessler 2001, p. 47.

404 HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 203, r.o. 4.3.

405 HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 203. Zie meer recent en vergelijkbaar: Hof Arnhem 8 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BS8950; HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1459.

406 HR 5 februari 1980, *NJ* 1980, 342 (*Heroïne in de dakgoot*).

Uit de hierboven besproken jurisprudentie komt het beeld naar voren dat de ondergrens van het aanvaarden ligt bij het niet doen van voldoende onderzoek naar (bijvoorbeeld) een tas of voertuig waarin zich drugs blijken te bevinden (terwijl de verdachte daartoe aanleiding had gelet op de verdachte omstandigheden waaronder hij de beschikking over dat voertuig of die tas had verkregen). In feite wordt hiermee het negeren van de algemene ervaringsregel waaruit zou volgen dat er drugs aanwezig zijn gelijkgesteld aan het aanvaarden van die aanmerkelijke kans. Over deze ondergrens lieten Kessler en De Jong zich eerder sterk kritisch uit.⁴⁰⁷ In hun ogen kwam de vaststelling van voorwaardelijk opzet (waaronder dus het aanvaarden) in de door hen besproken gevallen neer op 'het niet hebben voldaan aan bepaalde zorgvuldigheidsnormen'.⁴⁰⁸ Bij deze opvatting plaatste Machielse kritische kanttekeningen, door te wijzen op andere rechtspraak waarin het (voorwaardelijk) opzet bij drugsdelicten wel degelijk kon leunen op sterkere omstandigheden.⁴⁰⁹ Dit laat echter onverlet dat er wel degelijk ook zaken te noemen zijn waarin de constructie van het voorwaardelijk opzet wel erg sterk neigt naar een culpa-redenering (het niet voldoen aan bepaalde zorgvuldigheidsnormen). Het aanvaarden is hierbij afgezwakt tot het niet verrichten van voldoende onderzoek terwijl daartoe gelet op de omstandigheden van het geval aanleiding bestond.

4.6.2.4 Conclusie: opzet in de Opiumwet

In de jurisprudentie rondom strafbaarstellingen uit de Opiumwet is zichtbaar geworden dat, terwijl het opzet een bepalende rol speelt binnen de Opiumwet, aan de vaststelling van het (voorwaardelijk) opzet lage eisen worden gesteld. Dat geldt voor alle elementen van het voorwaardelijk opzet, zoals ze hierboven aan bod zijn gekomen.

Er zijn gevallen in de jurisprudentie waarbij de schending van een bepaalde zorgplicht (ten aanzien van een voertuig waarin de verdachte rijdt, de (hand)tas die hij bij zich draagt of de woning waarin hij woont) de basis vormt van de vaststelling van voorwaardelijk opzet op het voorhanden hebben van (hard)drugs. In de literatuur wordt het opzet in deze gevallen wel als 'waakzaamheidsopzet' getypeerd. Ook wordt geaarzeld of de vaststelling van opzet in deze gevallen niet te veel een generieke constructie is geworden waarbij onvoldoende aandacht bestaat voor de vaststelling van individuele schuld.⁴¹⁰ De Jong en Kessler kwamen zelfs tot de conclusie dat het onderscheid tussen opzet en de verwijtbaarheid in deze gevallen is verdwenen, waarmee het door de Opiumwet gemaakte onderscheid tussen

407 De Jong & Kessler 1999, p. 385-391.

408 De Jong & Kessler 1999, p. 391.

409 Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rammelink Strafrecht* 5.5; zie ook: De Hullu 2021, p. 233-235.

410 De Hullu 2021, p. 234-235; Kelk & De Jong 2023, p. 269-272.

misdrijven en overtredingen 'niet meer hanteerbaar' is.⁴¹¹ Zij stelden dit omdat aan de vaststelling van voorwaardelijk opzet dermate lage eisen worden gesteld dat het in hun ogen op nagenoeg dezelfde voet functioneert als de verwijtbaarheid, verwijzend naar de zogenoemde 'Sporttas'-zaak.⁴¹² Anders gesteld: de weg naar een avas-verweer is afgesneden zodra is vastgesteld dat de verdacht met voorwaardelijk opzet handelde door zich niet voldoende aan de zorgvuldigheidsnormen te houden.⁴¹³ Hier dienen zij de soep wel erg heet op. Het lijkt er eerder op dat het Hof het ontbreken van het voorwaardelijk opzet wat ongelukkig motiveert, althans zodanig dat daarmee niet verenigbaar lijkt dat het Hof wél voor de overtredingsvariant veroordeelt. Zo begrijp ik althans rechtsoverweging 3.4 in het arrest waarin de Hoge Raad tot vernietiging van het arrest van het Hof komt.⁴¹⁴

Dit neemt niet weg dat de ruimte tussen de ondergrens van voorwaardelijk opzet bij drugsdelicten laag ligt, en de grens van de verwijtbaarheid op alarmerende wijze benaderd heeft. Voldoende ruimte tussen opzet en verwijtbaarheid is namelijk een essentieel onderdeel van de wijze waarop het schuldbeginsel is uitgewerkt in het Nederlandse strafrecht.

In deze paragraaf heeft het perspectief centraal gestaan waarin onderzocht werd waar de ondergrens van het voorwaardelijk opzet bij drugsdelicten ligt binnen de jurisprudentie. Dit alles laat onverlet dat er vanuit handhavingsperspectief op zichzelf verklaarbare constructies zijn ontstaan en toegepast binnen de jurisprudentie. Dat handhavingsperspectief is in het bijzonder relevant bij de drugsdelicten, gelet op de voortdurende 'war on drugs' in Nederland. Bekend is immers dat Nederland wereldwijd een belangrijke rol speelt in de doorvoer en productie van drugs. De 'Schiphol-jurisprudentie' kan tegen deze achtergrond worden verklaard.

Dit handhavingsperspectief dient echter geen voorrang te krijgen boven de materieelrechtelijke uitwerking en toepassing van het schuldbeginsel; bewijsnood kan geen reden zijn om de standaard voor het voorwaardelijk opzet naar beneden te brengen. Bovendien zijn meer vindingrijke oplossingen denkbaar dan de eenvoudige verlaging van de bewijslast, waarmee zowel recht gedaan wordt aan het schuldbeginsel als aan het handhavingsperspectief. Enige aanpassingen in de wettelijke systematiek zouden wellicht voor een betere oplossing kunnen zorgen. Zo suggereerde Corry Terwee-van Hilten (voormalige president van de rechtbank Haarlem, waar de 'Schipholzaken' in eerste aanleg worden behandeld) in het verleden al eens om het strafmaximum van de overtredingsvarianten in de Opiumwet

411 De Jong & Kessler 1999.

412 HR 24 november 1998, NJ 2000, 54 (Sporttas).

413 De Jong & Kessler 1999, p. 390-391.

414 HR 24 november 1998, NJ 2000, 54 (Sporttas), r.o. 3.4. Eenzelfde interpretatie van dit arrest wordt verdedigd door Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht* 5.5 en Kessler in zijn dissertatie die later verschenen is dan zijn publicatie met De Jong waaraan hierboven wordt gerefereerd: Kessler 2001, p. 49-50.

flink te verhogen, om daarmee de druk bij de misdrijfvarianten (en de druk om het voorwaardelijk opzet te bewijzen) weg te halen.⁴¹⁵ Dat kan een goede suggestie zijn: de gevallen waarbij (teveel) twijfel bestaat over het bestaan van voorwaardelijk opzet kunnen worden afgedaan via de overtredingsvariant, terwijl excessen – waarbij alle verwijtbaarheid bij de verdachte ontbreekt – via de avas kunnen worden opgelost.

Ik zou daar nog een suggestie aan willen toevoegen die meer recht doet aan het schuldbeginnel. Het grote verschil in strafmaxima tussen de misdrijfvarianten (waarvoor opzet is vereist) en de overtredingsvarianten kan blijven bestaan indien gekozen wordt voor een tussenvariant: een culpoze delictsvariant. Gangbare voorwaardelijk opzet-constructies binnen de Opiumwet zouden goed bij deze schuldvorm passen: veel aandacht voor zorgplichten, onoplettendheid, en een vorm van een Garantenstellung (een verhoogde oplettendheidsstandaard op bepaalde luchthavens bijvoorbeeld) zouden goed invulling kunnen geven aan de culpa. Meer evidente gevallen kunnen alsnog worden afgedaan via de opzetvariant. Sinds 1985 bevat de Opiumwet een vorm van culpa binnen artikel 10a,⁴¹⁶ en in 2015 is een tweede vorm van culpa toegevoegd binnen artikel 11a.⁴¹⁷ In verband met de vorm van culpa in artikel 11a merkte de Minister op:

“Bij en rond de illegale hennepsteelt is er per definitie sprake van schimmige vormen van samenwerking. Dit brengt mee dat niet steeds met scherp te onderscheiden zal zijn of er sprake is van opzet dan wel culpa, terwijl dit onderscheid er voor het lakenswaardige van de gedraging niet toe hoeft te doen. Het kabinet acht het wenselijk dat ook in gevallen van verwijtbare of wellicht gefingeerde naïviteit strafrechtelijk kan worden opgetreden en verwacht dan ook met deze strafbaarstelling een effectiever optreden tegen dergelijk gedrag.”⁴¹⁸

Deze gedachtegang laat zich ook voorstellen in gevallen waarbij nu – met hangen en wurgen – voorwaardelijk opzet wordt vastgesteld, waarvan er in deze paragraaf enkele zijn besproken. Het niet willen ‘belonen’ van (gefingeerde) naïviteit over bijvoorbeeld een koffer die een verdachte vervoerde stimuleert op dit moment immers tot een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet, zodat voor de misdrijfvariant kan worden veroordeeld. Om enerzijds te voorkomen dat het voorwaardelijk opzet blijft worden opgerekt in voorkomende gevallen, en anderzijds recht te doen aan de behoefte aan een veroordeling voor een misdrijfvariant in de gevallen waarin er sprake is van meer dan enkele verwijtbaarheid zou er daarom voor gekozen kunnen worden een culpoze misdrijfvariant als tussenvorm op te nemen.

415 Geciteerd in: De Hullu 2018, p. 246 (in De Hullu 2021 is deze passage niet meer opgenomen).

416 Wet van 4 september 1985, *Stb.* 1985, 495. Zie in het bijzonder omtrent de vorm van culpa in art. 10a: *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, 3 (MvT), p. 13.

417 Wet van 12 november 2014, *Stb.* 2014, 444 (i.w.tr. 1 maart 2015). Zie in het bijzonder omtrent de vorm van culpa in art. 11a: *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, 3 (MvT), p. 7.

418 *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, 3 (MvT), p. 7.

4.7 WET WAPENS EN MUNITIE

Een laatste deelgebied binnen het bijzonder strafrecht dat aan bod komt in dit onderzoek is de wet- en regelgeving met betrekking tot wapens en munitie. De huidige Wet Wapens en Munitie kent een vrij uitgebreide legislatieve voorgeschiedenis. De Wet Wapens en Munitie stamt uit 1997.⁴¹⁹ Deze wet is een ingrijpend herziene versie van de Wet Wapens en Munitie van 1986.⁴²⁰ De wet van 1986 vormde de opvolger en samenvoeging van drie wetten: de Wapenwet,⁴²¹ de Vuurwapenwet 1919⁴²² en de Wet tot Wering van Ongewenste Handwapenen.⁴²³

Rondom de vorming van het Wetboek van Strafrecht is ervoor gekozen om het dragen van wapens niet in het wetboek te regelen. De reden hiervoor was een zeer pragmatische: men kon het niet eens worden óf het dragen van wapens strafbaar gesteld moest worden – zouden immers kwaadwillenden niet profiteren doordat zij als enigen wél wapens droegen? – en, als het strafbaar gesteld zou worden, waar het strafbaar gesteld moest worden; op centraal of lokaal niveau. Het resultaat – een uiterst magere regeling in de Wapenwet uit 1890 met slechts zes bepalingen – kan dan ook met recht getypeerd worden als een politiek compromis.⁴²⁴

In 1919 werd de wapenwetgeving uitgebreid met de Vuurwapenwet 1919. Nadere wetgeving rondom het dragen van (specifiek) vuurwapens bleek noodzakelijk vanwege de gevolgen van de Eerste Wereldoorlog.⁴²⁵ Ook aan de invoering van de Wet tot Wering van Ongewenste Handwapenen (1965) ging een periode van maatschappelijke onrust vooraf waardoor het de wetgever noodzakelijk leek bepaalde handwapens, zoals de stiletto, te verbieden.⁴²⁶

In 1989 trad de Wet Wapens en Munitie in werking. Uit de lang durende parlementaire geschiedenis voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet blijkt dat er twee belangrijke redenen ten grondslag lagen aan de politieke wens voor een nieuwe wapenwet. In de eerste plaats was er vanwege de toenemende wens om het verbod op wapens grensoverschrijdend te bestrijden de zogeheten ‘Benelux-Overeenkomst’ gesloten, waarin de landen van de Benelux overeenkwamen gezamenlijk op te trekken in de bestrijding van wapenbezit. Om uitvoering te geven aan deze overeenkomst was een nieuwe wapenwet in Nederland noodzakelijk.⁴²⁷ De tweede

419 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 292.

420 Wet van 5 februari 1986, *Stb.* 1986, 41, i.w.tr. 1 september 1989. Zie voor een uitgebreid overzicht van de omvangrijke (voor)geschiedenis van de WWM: Sackers 2020, p. 37-64; Poelman 1989, p. 17-27.

421 Wet van 9 mei 1890, *Stb.* 81.

422 Wet van 7 juni 1919, *Stb.* 310.

423 Wet van 7 april 1965, *Stb.* 242.

424 Poelman 1989, p. 17-19.

425 Sackers 2020, p. 43-44.

426 Sackers 2020, p. 48-50.

427 Poelman 1989, p. 22-24; Sackers 2020, p. 50-57.

– hiermee samenhangende reden – was dat er een groeiende politieke wens in Nederland bestond om de ‘wapenwedloop’ die bestond tussen criminele groeperingen een halt toe te roepen.⁴²⁸

Kort na de invoering van de Wet Wapens en Munitie klonk al de roep om een (ingrijpende) herziening van de wet. Hiertoe werd onder meer de gewijzigde geopolitieke situatie aangevoerd – met de val van de Sovjet-Unie kreeg de (illegale) wapenhandel een ongekeende impuls waarvan we tot op de dag van vandaag last hebben – terwijl een Europese aanpak van verboden wapens de aanpak op Benelux-niveau had vervangen.⁴²⁹ Een niet onbelangrijke derde reden voor de herziening was dat de Wet Wapens en Munitie, mede doordat de wet zich flink bediende van de legislatieve techniek van gelede normstellingen, uitblonk in onoverzichtelijkheid – met rechtsonzekerheid voor de burger en onduidelijkheid voor de opsporingspraktijk als gevolg.⁴³⁰ De herziening van de wet was echter niet de reden waarom de Wet Wapens en Munitie in 1997 opnieuw werd vastgesteld en in werking trad; de reden hiervoor was het Securitelarrest van Hof van Justitie.⁴³¹ Dit arrest had als gevolg dat de rechter technische voorschriften, zoals die bijvoorbeeld in de Wet Wapens en Munitie stonden, buiten toepassing diende te laten indien die voorschriften in strijd met de Notificatierichtlijn van de EEG ingevoerd waren.⁴³² Hierom werd besloten de Wet Wapens en Munitie opnieuw – volgens de juiste procedure – vast te stellen.

Zodoende trad in 1997 uiteindelijk de thans geldende Wet Wapens en Munitie in werking. Deze wet kent op twee punten een binnen dit onderzoek relevante afwijking van het commune strafrecht: een subtiële – maar niet onbelangrijke – afwijkende interpretatie van het opzet en een andere vormgeving van de strafbaarstellingen, waardoor er een bepaalde spanning met het legaliteitsbeginsel ontstaat bij deze strafbaarstellingen.

4.7.1 Opzet in de WWM

Ook in de WWM is via één sorteerbepaling een onderscheid gemaakt tussen overtredingen en misdrijven. Artikel 56 bestempelt de in artikel 54 strafbaar gestelde feiten tot overtredingen en de in artikel 55 strafbaar gestelde feiten tot misdrijven. De term ‘opzet’ komt echter nergens in de WWM expliciet voor. In de wetsgeschiedenis van de WWM is niet terug te vinden of de wetgever zich op enig moment bekreund heeft over het opzet (of andere subjectieve bestanddelen) in de WWM. Kessler waagt zich zelfs aan de stelling dat de wetgever de subjectieve bestanddelen in de WWM is vergeten.⁴³³ Daaraan

428 Poelman 1989, p. 21-22. Sackers 2020, p. 52-53.

429 Sackers 2020, p. 58-61.

430 Sackers 2020, p. 57-58 en p. 61-64.

431 HvJ EG 30 april 1996, NJ 1997, 214.

432 Zie over de gevolgen van dit arrest voor Nederlandse wetgeving de brief van de Minister van 30 juni 1997: *Kamerstukken II 1996/97*, 25389, 18.

433 Kessler 2001, p. 68.

kan tenminste worden toegevoegd dat deze slordigheid mede zou kunnen zijn veroorzaakt door het gegeven dat een van de voorlopers van de huidige WWM, de Vuurwapenwet 1919, reeds de nodige onduidelijkheden bevatte. De Vuurwapenwet 1919 was, zo laat Sackers zien, het resultaat van paniekerig wetgeven en een slordige parlementaire behandeling (in de nasleep van de eerste wereldoorlog en de gigantische hoeveelheid vuurwapens die plotseling circuleerden).⁴³⁴ Hoewel de Vuurwapenwet 1919 in zekere zin een noodgreep was, bleef de wet lange tijd (tot 1989 uiteindelijk) vigeren.

Uiteindelijk ontbreekt het opzet echter niet geheel in de WWM. De misdrijven bevatten namelijk werkwoorden waarin steeds het opzet kan worden ingelezen.⁴³⁵

Ingevolge artikel 56 WWM is de systematiek van de WWM zo opgebouwd dat de delicten óf een misdrijf zijn óf een overtreding. De WWM kent geen misdrijven die een overtredingsvariant hebben.⁴³⁶

De bij artikel 55 WWM strafbaar gestelde misdrijven bevatten werkwoorden als 'vervaardigen', 'transformeren', 'vervoeren', 'dragen' en 'voorhanden hebben'. Deze bestanddelen veronderstellen (inderdaad) dat de verdachte dit opzettelijk deed; het laat zich immers moeilijk voorstellen dat die gedragingen niet-opzettelijk worden verricht (hoewel dat, zeker bij 'voorhanden hebben' ook weer niet volledig uitgesloten kan worden).⁴³⁷ Voorzover deze taalkundige interpretatie van de strafbaar gestelde gedragingen niet overtuigend leidt tot de conclusie dat opzet een impliciet bestanddeel is van deze misdrijven kan dit nader onderbouwd worden met een wetssystematisch argument dat de Hoge Raad aanvoert. Het gegeven dat de wet een gedraging als misdrijf bestempelt, is op zichzelf namelijk al reden om aan te nemen dat voor dit feit opzet dient te worden bewezen, althans een subjectief bestanddeel.⁴³⁸

In overeenstemming met het algemene uitgangspunt wordt aangenomen dat het opzet in de WWM kleurloos is.⁴³⁹

Aan het opzet in WWM-zaken wordt in de jurisprudentie niet zelden een eigenaardige, van de algemene interpretatie van het opzet afwijkende, uitleg gegeven. Dit lijkt zich voornamelijk voor te doen bij het opzet dat

434 Sackers 2020, p. 43-48.

435 Zie over deze wijze waarop het opzet kan worden verwerkt in een delictsomschrijving: Appendix I, par. 2.

436 Kessler 2001, p. 65. Dit is anders in andere bijzondere wetten, waardoor in die andere bijzondere wetten de overtredingsvariant als 'vangnet' resteert indien het opzet niet bewezen kan worden. Dit 'vangnet' ontbreekt dus in de WWM.

437 Zie over deze gedragingen in de WWM uitgebreid: Keulen 1989, p. 108-138.

438 HR 10 juni 1986, NJ 1987, 85, r.o. 6.1. Hoewel deze zaak betrekking heeft op een feit uit de voormalige Vuurwapenwet 1919 kan de overweging waarin een beroep wordt gedaan op de systematiek van de Vuurwapenwet 1919 mutatis mutandis worden toegepast op de huidige WWM; De Hullu 2021, p. 202-203; Kessler 2001, p. 72.

439 Sackers 2020, p. 291.

geïmpliceerd wordt door het bestanddeel ‘voorhanden hebben’. Een illustratie kan eenvoudig gevonden worden in het vrij recente arrest van de Hoge Raad van 23 april 2019. Dit voor wat betreft het feitencomplex weinig exotische arrest – in een woning is een tas gevonden met verboden munitie (100 patronen), en de vraag is of dit strafbaar ‘voorhanden hebben’ oplevert bij de bewoner van die woning – treffen we in rechtsoverweging 2.3 de volgende passage:

“Voor een veroordeling ter zake van het voorhanden hebben van een wapen of munitie in de zin van art. 26 WWM is vereist dat sprake is geweest van een *meerdere of mindere mate van bewustheid* bij de verdachte omtrent de aanwezigheid van dat wapen of die munitie (vgl. HR 26 januari 1999, ECLI:NL:HR: 1999:ZD1169).”⁴⁴⁰ (mijn cursivering, JC)

Blijkbaar is een ‘meerdere of mindere mate van bewustheid’ voldoende om te kunnen spreken van het voor dit delict benodigde subjectieve bestanddeel. Deze passage komt ook voor in recentere jurisprudentie, waarin overigens nog slechts van ‘waarschijnlijke aanwezigheid’ wordt gesproken.⁴⁴¹ Deze bewustheid hoeft niet te zien op de specifieke eigenschappen en kenmerken van het wapen of de munitie of op de exacte locatie van dat wapen of die munitie.⁴⁴² Deze eigenaardige passage heeft in de context van de WWM (of de voorlopers daarvan) oude papieren. Zo zagen we deze formulering reeds passeren in een arrest van de Hoge Raad van 10 juni 1986. In rechtsoverweging 6.1 overweegt de Hoge Raad:

“Het systeem van de in de Vuurwapenwet 1919 vervatte verbodsbepalingen, strafbepalingen en uitzonderingsbepalingen – waarvan te dezen in het bijzonder van belang zijn de bepalingen vervat in de art. 3, 6, 12 en 16 – brengt mede:

A. dat voor de strafbaarheid van de in art. 3 lid 1 en art. 6 lid 1 van gemelde Wet omschreven feiten, welke ingevolge art. 12 lid 5 misdrijven opleveren, vereist is dat de dader zich in meerdere of mindere mate er van bewust is geweest, dat zijn gedraging(en) betrekking had(den) op vuurwapenen (of munitie) in de zin van art. 1 lid 1 aanhef en onder 1e (of 2e) van die Wet, (...)”⁴⁴³

Na 1986 komt deze formulering nog een aantal keer voor in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot WWM-zaken.⁴⁴⁴ De formulering vindt echter niet zijn oorsprong in WWM-zaken; uit paragraaf 4.3.4.2

440 HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:679.

441 Zie de reeks arresten van 31 maart 2020: HR 31 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:507, ECLI:NL:HR:2020:510 en ECLI:NL:HR:2020:504. Deze drie zaken zijn van een gezamenlijke annotatie voorzien door Sackers onder HR 31 maart 2020, NJ 2020, 253.

442 HR 4 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:527, r.o. 3.3.

443 HR 10 juni 1986, NJ 1987, 85. Onduidelijk is of de omstandigheid dat de verdachte in casu een rechtspersoon was (Wehkamp BV) een rol speelde bij deze wonderlijke ‘opzet’-constructie.

444 Zie voor een overzicht: Sackers 2020, p. 292-296.

bleek al dat de formulering te herleiden is tot zaken met betrekking tot het verkeersstrafrecht.⁴⁴⁵ In de feitenrechtspraak werd deze formulering in de context van het verkeersstrafrecht reeds in 1954 gebruikt.⁴⁴⁶

Geconstateerd kan daarom worden dat de formulering ‘meerdere of minder mate van bewustzijn’ vanuit het verkeersstrafrecht is overgewaaid naar de jurisprudentie omtrent de WWM (of de voorlopers daarvan). Het gebruik van deze formulering is echter niet beperkt gebleven tot deze twee bijzondere terreinen. Zo is deze formulering te vinden in recente jurisprudentie inzake de Opiumwet (zoals beschreven in paragraaf 4.6.2.2) en (zelfs) in commune zaken klinkt deze formulering⁴⁴⁷ – hoewel de Hoge Raad zich nog niet expliciet heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van deze formulering in commune strafzaken. Het verband tussen alle zaken buiten het verkeersstrafrecht waarin deze formulering voorkomt lijkt te zijn dat in alle zaken iets ‘voorhanden hebben’ ten laste is gelegd. Het bestanddeel ‘voorhanden hebben’ verraadt een formeel omschreven misdrijf – waarbij het subjectieve bestanddeel zich dus niet uitstrekt tot het teweegbrengen van een bepaald gevolg. In het algemeen geldt dat de ‘klassieke’ voorwaardelijk opzet-constructie zich niet eenvoudig laat toepassen op formeel omschreven misdrijven.⁴⁴⁸ En juist bij het bestanddeel ‘voorhanden hebben’ had een voorwaardelijk opzet-constructie vanwege vaak voorkomende bewijsnood soelaas kunnen bieden. Dit zou kunnen verklaren waarom de eigenaardige formulering van een ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ hier door de Hoge Raad geaccepteerd wordt. Vaak zal het voorhanden hebben van (bijvoorbeeld) een vuurwapen erin bestaan dat er bij de verdachte in de auto of ergens in huis een vuurwapen is aangetroffen. De verdachte zal zich verweren door te stellen dat hij niet van het vuurwapen afwist. Dit zal niet zelden resulteren in bewijsnood voor het Openbaar Ministerie. In de rechtspraak wordt in deze gevallen veel belang toegekend aan de precieze plaats waar het vuurwapen is gevonden. Het verklaart in elk geval waarom de nadruk in deze zaken zo sterk op het cognitieve aspect van het subjectieve bestanddeel ligt, en aandacht voor het volitieve aspect (indien aangenomen wordt dat het hier om opzet gaat) niet lijkt te bestaan. Hierbij kan meespelen dat de wetgever de expliciete wens heeft uitgesproken de wapenwetgeving scherp strafrechtelijk te handhaven.⁴⁴⁹ Een te streng schuldbestanddeel zou hieraan in de weg kunnen staan.

445 HR 17 mei 1955, NJ 1956, 3.

446 Rb. Rotterdam 26 februari 1954, NJ 1954, 670.

447 Zie daarover ook paragraaf 5.3.3.

448 Voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet is het bestaan van een ‘aanmerkelijke kans’ immers een beslissende voorwaarde. Het vaststellen van een kans op een bepaald gevolg leent zich eenvoudig voor toepassing. Dat ligt anders bij formeel omschreven misdrijven, waarbij een bepaald gevolg niet in beeld is.

449 Kessler 2001, p. 73, met verwijzing naar parlementaire documenten in voetnoot 35.

Gelet op hetgeen besproken is in paragraaf 4.3.4.1 kan de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ op verschillende wijzen worden uitgelegd. Het meerderheidsstandpunt in de literatuur is dat deze formulering de delictsomschrijving waarin het wordt ingelezen *pro parte doleus, pro parte culpa* maakt. Er zijn echter ook argumenten te geven die erop duiden dat deze formulering, vanuit zijn oorsprong althans, was bedoeld om enkel opzet – in zijn verschillende gradaties – aan te duiden.

4.7.1.1 Conclusie: opzet in de WWM

In deze paragraaf stond de uitwerking van het schuldbeginnsel in de WWM centraal. De wetgever heeft in de WWM geen subjectieve bestanddelen aangebracht, noch zich (in de parlementaire documenten) bekommert over de vraag of de subjectieve bestanddelen impliciet aanwezig waren in bepaalde delictsomschrijvingen. Dit zorgt ervoor dat er op dit punt een belangrijke rol is weggelegd voor invulling door de rechtspraak, in het bijzonder de Hoge Raad. Volgens staande praktijk en systematiek wordt bij misdrijven waarin geen expliciet subjectief bestanddeel is opgenomen een dergelijk bestanddeel ingelezen, zo ook in de misdrijven in de WWM. Verondersteld mocht worden dat opzet zou worden ingelezen in de gedragingen in de delictsomschrijving van de misdrijven.⁴⁵⁰ Aan deze veronderstelling kan echter getwijfeld worden bij het bestanddeel ‘voorhanden hebben’. Hier is in de rechtspraak een eigenaardige invulling van een subjectief bestanddeel toegepast in de vorm van de – vanuit het verkeersstrafrecht bekende – ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’, waarvan de betekenis niet geheel duidelijk is. Anno 2023 zijn de voorbereidingen op een nieuwe Wet Wapens en Munitie afgerond.⁴⁵¹ Hierin wordt met betrekking tot de subjectieve bestanddelen in de WWM overwogen:

“De commissie Wwm neemt in overweging dat in de rechtspraak (jurisprudentie) inmiddels uitgekristalliseerd is hoe in het kader van de Wwm omgegaan moet worden met het thema opzet en schuld. De strafrechtelijke praktijk van dit moment geeft geen aanleiding dit nu als een belangrijk punt vanuit de commissie Wwm aan te pakken.”⁴⁵²

Ik zou op dit punt geheel tegengesteld concluderen op basis van paragraaf 4.7.1 en paragraaf 4.3.4.1. Er is namelijk een noodverband aangebracht door de Hoge Raad bij het bestanddeel ‘voorhanden hebben’, omdat de wetgever

450 Vanuit de wetsgeschiedenis van het wetboek vormt dit immers het uitgangspunt bij misdrijven, en culpa de uitzondering, zie Smidt I, p. 77. In deze lijn oordeelde de Hoge Raad ook ten aanzien van art. 240b Sr, waarbij hij opzet inlas in het bestanddeel ‘in bezit hebben’, zie: HR 28 februari 2006, NJ 2006, 179.

451 *Ringen rond de roos*, Eindrapport Commissie Wet wapens en munitie.

452 *Ringen rond de roos*, Eindrapport Commissie Wet wapens en munitie, p. 68. Op p. 20 van het rapport adresseert de commissie dit probleem wel, en op p. 86 onderschrijft de begeleidingscommissie dit probleem.

tot nu toe onduidelijk is geweest over de uitwerking van het schuldbeginsel in de misdrijven binnen de WWM. Dit noodverband bestaat uit een gemueterde schuldvorm uit het verkeersstrafrecht waarvan de precieze betekenis onduidelijk is. Zodra de wetgever overgaat tot een vernieuwing van de WWM dan ligt het sterk voor de hand om de WWM ook te voorzien van een duidelijkere en explicietere uitwerking van het schuldbeginsel.

4.7.2 Legaliteit in de WWM

Niet alleen met betrekking tot het schuldbeginsel bestaat in de WWM enige onduidelijkheid. De vormgeving van de strafbaarstellingen zorgt namelijk voor nadere onduidelijkheid binnen deze wet. Er kan hier onderscheid worden gemaakt tussen een vorm van wetssystematische onduidelijkheid en een vorm van semantische onduidelijkheid.

4.7.2.1 *Systematische duidelijkheid*

Ook in de WWM zal steeds een constellatie van bepalingen moeten worden geraadpleegd om uiteindelijk tot een gehele strafbaarstelling (materiële norm, kwalificatie als overtreding of misdrijf en sanctienorm) te komen. Daarnaast is bij bepaalde normen in de WWM sprake van een gelede normstelling, waarbij de materiële norm uit de WWM nader wordt ingevuld in lagere regelgeving (zoals de Regeling Wapens en Munitie⁴⁵³ (RWM) en de Circulaire Wapens en Munitie⁴⁵⁴). Hierdoor zal men, om de inhoud van de normen volledig te kennen, meer dan regelmatig ook de achterliggende regelingen of circulaire moeten raadplegen. Net als andere bijzondere wetgeving bestaat het geheel aan wet- en regelgeving rondom wapens en munitie uit een bestuursrechtelijk deel en een strafrechtelijk deel. In dit geval wordt met het bestuursrechtelijke deel het legale wapenbezit gereguleerd, en met het strafrechtelijke deel wordt het illegale wapenbezit strafrechtelijk genormeerd. De Commissie Wet wapens en munitie signaleert dit als problematisch gegeven vanuit legaliteitsperspectief, en stelt voor het strafrechtelijk en bestuursrechtelijk deel van de Wet Wapens en Munitie duidelijker van elkaar te scheiden in de wet.⁴⁵⁵ De onduidelijkheid van de wet- en regelgeving lijkt vooral aan de bestuursrechtelijke kant te zitten, waardoor dat in dit onderzoek buiten beschouwing blijft.

453 Regeling van 4 juli 1997, *Stcrt.* 1997, 129.

454 De meest recente versie is de Circulaire Wapens en Munitie 2019, *Stcrt.* 2020, 5669, i.w.tr. op 31 januari 2020.

455 *Ringten rond de roos*, Eindrapport Commissie Wet wapens en munitie, p. 32.

4.7.2.2 Semantische duidelijkheid⁴⁵⁶

Het strafrechtelijke deel van de WWM bevat echter wel een andere vorm van onduidelijkheid. Deze komt voort uit de norm in artikel 13, lid 1, WWM juncto artikel 2, lid 1, WWM en artikel 3, aanhef en onder a, RWM. Het gaat hier om het verbod van zogenoemde ‘nepwapens’, of meer precies: ‘voorwerpen die voor wat betreft hun vorm en afmetingen een sprekende gelijkenis vertonen met vuurwapens of met voor ontploffing bestemde voorwerpen, met uitzondering van speelgoedvoorwerpen als bedoeld in de Richtlijn 2009/48/EG’ (artikel 3 onder a RWM). Naast het feit dat het in dit geval een flinke puzzel is om alle stukjes van de norm bijeen te brengen – oftewel: het is een tamelijk complexe gelede normstelling, niet in de laatste plaats vanwege de samenhang met de genoemde ‘Speelgoedrichtlijn’ – is de norm taalkundig vaag. De voor de strafbaarheid van nepwapens beslissende vraag is immers of zij een ‘sprekende gelijkenis’ vertonen met echte wapens. Dit is in het bijzonder problematisch omdat deze strafbaarstelling zich in het algemeen niet richt tot professionele marktdeelnemers, waarvan verwacht mag worden dat ze zich verdiepen in de voor hen relevante juridische materie, maar potentieel tot een ieder – de Krulsla-redenering kan dus niet zonder meer toepasselijk worden geacht. In elke speelgoedwinkel en bij elke kermiskraam loopt de burger immers het risico dat het stuk speelgoed dat hij heeft aangeschaft te veel lijkt op een echt wapen, waardoor het voorhanden hebben ervan plotseling strafbaar is. Een kleine zoekslag in de media levert met gemak tientallen voorbeelden op van burgers die in de afgelopen jaren verrast werden door deze strafbaarstelling. Dit knelt temeer omdat, als die burger zich al zou willen verdiepen in de toelaatbaarheid van nepwapens, het antwoord op de vraag welke nepwapens toegestaan zijn niet in de wet te vinden is – het komt er niet eens in de buurt. Immers: de wet zegt niets over de vraag *hoe* een sprekende gelijkenis dient te worden opgevat of vastgesteld (behalve dat dit afhangt van de ‘vorm’ en ‘afmetingen’, maar dit verzacht het leed niet bepaald), en ook niet over de vraag *wie* de sprekende gelijkenis dient te beoordelen (wordt dit beoordeeld vanuit het perspectief van de gemiddelde rechtsgenoot, of bijvoorbeeld door een wapenexpert?).

Op basis van de feitenrechtspraak komt Sackers tot drie verschillende benaderingen, die naast elkaar bestaan, om te beoordelen of er sprake is van een sprekende gelijkenis, en daarmee van een strafbaar nepwapen.⁴⁵⁷

In een eerste benadering, die door Sackers ‘abstract’ wordt genoemd, wordt het voorwerp vergeleken met een vuurwapen in het algemeen. Hierbij draait het om de vraag hoe een slachtoffer zou reageren op het voorwerp bij een bedreiging. Dit criterium lijkt aan te sluiten bij artikel 2,

456 Eerder heb ik hierover geschreven in Cnossen 2017a. Bepaalde passages in deze paragraaf komen overeen met onderdelen uit die bijdrage.

457 Sackers 2016, p. 174-178.

lid 1, onder 7, WWM, waarop de strafbaarstelling van bepaalde nepwapens uiteindelijk is terug te voeren. Dat onderdeel luidt namelijk: ‘voorwerpen die een ernstige bedreiging van personen kunnen vormen of die zodanig op een wapen gelijken, dat zij voor bedreiging of afdreiging geschikt zijn.’ Het spreekt aan om de geschiktheid van een voorwerp voor bedreiging of afdreiging afhankelijk te stellen van een potentieel slachtoffer. Minder aansprekend is dat dit weinig zekerheid biedt aan de goedbedoelende burger die een nepwapen aanschaft.

In een tweede benadering staat een meer ‘concrete’ toets centraal. Hier wordt het nepwapen vergeleken met een concreet aangeduid vuurwapen. Dit dwingt het Openbaar Ministerie dat echte vuurwapen in de tenlastellegging te verwerken en levert in potentie meer zekerheid op voor de verdachte, hoewel in deze benadering niet duidelijk is hoe die gelijkenis dient te worden vastgesteld – op hoeveel punten moet het nepwapen overeenkomen met het vuurwapen? Veerman spreekt een voorkeur uit voor deze benadering.⁴⁵⁸

Een derde benadering is een mengvorm van de eerste twee benaderingen, en wordt door de feitenrechtspraak ‘in meerderheid’ gebruikt volgens Sackers. In deze benadering wordt allereerst de ‘concrete’ toets uitgevoerd, waarna wordt beoordeeld of het nepwapen is aangepast om het meer op een echt wapen te laten lijken (zodat het meer geschikt raakt voor bedreiging of afdreiging).⁴⁵⁹

Het gegeven dat deze drie benaderingen, met potentieel verschillende uitkomsten ten aanzien van eenzelfde voorwerp, naast elkaar bestaan in de rechtspraak, in combinatie met de ronduit vage wettelijke regeling, maakt de situatie rondom nepwapens voor burgers een juridische tombola. (Veelzeggend is dan ook het gegeven dat precies deze wettelijke regeling de enige is die – voor zover bekend – door de rechter als strijdig met het *lex certa*-gebod is beoordeeld.⁴⁶⁰)

De Hoge Raad biedt de burger in twee tamelijk recente arresten weinig verzachting. In het eerste arrest weigert de Hoge Raad een van de benaderingen te verkiezen, maar overweegt hij over het sprekende gelijkeniscriterium slechts:

“Een met de bedoeling van de wetgever strokende uitleg van art. 3 RWM houdt in dat er een lucht-, gas- of veerdrukwapen dat wat betreft vorm en afmetingen ‘een sprekende gelijkenis’ vertoont met een vuurwapen moet worden verstaan: een wapen als voormeld dat wat betreft vorm en afmetingen niet of nauwelijks van een echt vuurwapen te onderscheiden is.”⁴⁶¹

458 Veerman 2019, p. 38-47.

459 Sackers 2016, p. 177.

460 Rb. Amsterdam 9 maart 2016, *TBSH* 2016/179, m.nt. Nan.

461 HR 6 februari 2018, *NJ* 2018, 218, r.o. 3.4.3.

Hiermee spreekt de Hoge Raad geen voorkeur uit voor een van de drie benaderingen, waarmee de chaotische situatie in de feitenrechtspraak in stand blijft.

In een tweede arrest overweegt de Hoge Raad dat artikel 3 onder a RWM (waarin het sprekende gelijkenis-criterium is vervat) niet strijdig is met het *lex certa*-gebod:

“Anders dan het middel betoogt, is art. 3 RWM niet in strijd met het *lex certa*-beginsel (bepaaldheidsgebod). Die bepaling maakt, mede gelet op hetgeen in voornoemd arrest omtrent de uitleg van die bepaling is overwogen, voldoende concreet duidelijk op welke voorwerpen zij ziet en stelt de burgers voldoende in staat hun gedrag daarop af te stemmen.”⁴⁶²

Dit maakt het hierboven genoemde vonnis van de rechtbank Amsterdam van 9 maart 2016 tot een witte raaf waarvan geen precedentwerking meer verwacht mag worden.

Als we de huidige stand van zaken daarom kort overzien dan kan vastgesteld worden dat het verbod op ‘nepwapens’ een norm is die in de eerste plaats onduidelijk is vanwege het feit dat de norm uit een complexe constellatie aan bepalingen dient te worden samengesteld. Maar zodra men de norm heeft samengesteld ontstaat pas de grootste onduidelijkheid. Onduidelijk is wat de term ‘sprekende gelijkenis’ betekent, onduidelijk is hoe de gelijkenis moet worden vastgesteld, en onduidelijk is wie de gelijkenis moet vaststellen. In de feitenrechtspraak worden drie benaderingen gebruikt die bij één voorwerp tot verschillende uitkomsten kunnen leiden, en de rechtspraak van de Hoge Raad is op dit punt weinig richtinggevend. Intussen zijn de voorwerpen die potentieel verboden zijn onder dit criterium voor iedere burger te verkrijgen in de speelgoedwinkel en op de kermis. Uit het legaliteitsbeginsel volgt dat normen ten minste zo duidelijk dienen te zijn dat rechtssubjecten in staat zijn hun gedrag af te stemmen op de norm. Het verbod op ‘nepwapens’ verhoudt zich uiterst moeizaam tot dit criterium.

De Commissie Wet wapens en munitie stelt voor om het sprekende gelijkenis-criterium geheel te schrappen vanwege deze onduidelijkheid.⁴⁶³ Deze aanbeveling valt op basis van het bovenstaande geheel te onderschrijven, en kan zelfs worden voorzien van een uitroepteken.

4.7.2.3 Conclusie: legaliteit in de WWM

In de Wet Wapens en Munitie zijn de strafbaarstellingen, net als in andere bijzondere wetten, steeds samengesteld uit verschillende bepalingen. Bij een aantal normen is bovendien sprake van een gelede normstelling, waardoor bij deze normen enige spanning met het legaliteitsbeginsel bestaat. De

462 HR 20 november 2018, NJ 2019, 83, r.o. 2.8.

463 *Ringens rond de roos*, Eindrapport Commissie Wet wapens en munitie, p. 36.

grootste spanning met het legaliteitsbeginsel bestaat echter bij een specifiek onderdeel van de wet- en regelgeving met betrekking tot wapens en munitie. Dit betreft het verbod op ‘voorwerpen die voor wat betreft hun vorm en afmetingen een sprekende gelijkenis vertonen met vuurwapens of met voor ontploffing bestemde voorwerpen’. De onduidelijkheid van deze norm leidt tot verschillende benaderingen in de feitenrechtspraak, en de jurisprudentie van de Hoge Raad is hierin weinig richtinggevend. De aanbeveling van de Commissie Wet wapens en munitie om dit onderdeel te schrappen kan daarom van harte onderschreven worden.

4.8 RESUMERENDE EN CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in welke mate de huidige stand van zaken in het bijzonder strafrecht in overeenstemming is met het codificatiebeginsel, het schuldbeginsel en legaliteitsbeginsel. Hierbij is bij vijf bijzondere wetten steeds eerst besproken om welke reden de bijzondere wet buiten het Wetboek van Strafrecht is geregeld, en – in grote lijnen – waarom met de inhoud van die bijzondere wet wordt afgeweken van de uitgangspunten van de verhouding tussen het wetboek en de bijzondere wetten die de wetgever van 1886 had aangebracht.

Het fiscale strafrecht in de AWR neemt binnen de besproken bijzondere wetten een uitzonderingspositie in, doordat dit (in 1886 nog niet omvangrijke) deeldomein bij de samenstelling van het Wetboek van Strafrecht met opzet buiten de codificatie werd gehouden. De aard van de materie zou zich verzetten tegen het opnemen ervan in het Wetboek van Strafrecht, onder meer omdat het fiscale recht onvoldoende bestendig is voor een regeling in een wetboek. Tegen deze achtergrond valt te verklaren waarom juist in het fiscale strafrecht een afwijkende vormgeving van de normstellingen is gekozen, nu die flexibiliteit een dominant argument was in de keuze om het fiscale strafrecht buiten het codificatiewerk te houden. In dit intussen imposante rechtsdomein speelt het strafrecht een rol door strafrechtelijke sanctionering mogelijk te maken via een klein aantal bepalingen. Mede gevoed door deze hybride legislatieve constructie is – langzaam maar zeker – ook in de omgang met het opzet een mutatie ontstaan.

De andere in dit hoofdstuk besproken bijzondere wetten zijn bij totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht niet expliciet uitgezonderd van het codificatiewerk, maar zijn later wel een uitzondering gaan vormen op de met het codificatiebeginsel beoogde algemene regeling van het strafrecht in wetboeken. Voor elk van deze wetten geldt dat zij niet de in 1886 aangebrachte verhouding tussen het Wetboek van Strafrecht en de bijzondere wetten respecteerden door, naast overtredingen, ook misdrijven buiten het wetboek te plaatsen. Hieraan ligt, zoals in het vorige hoofdstuk werd beschreven, vermoedelijk een andere zienswijze met betrekking tot misdrijven ten grondslag. Bij invoering van het wetboek liep het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen synchroon met rechts- en

wetsdelicten. Hierbij waren misdrijven (rechtsdelicten) 'reeds onrecht voordat de wetgever sprak', en waren overtredingen (wetsdelicten) 'pas onrecht door de wet'.⁴⁶⁴ In de bijzondere wetten werden echter misdrijven ingevoerd vanwege de grotere sanctionerende mogelijkheden (dan overtredingen), in de overtuiging dat gewenst gedrag daarmee kon worden afgedwongen. De codificatiegedachte werd hiermee in feite ingeruild voor een modificatiegedachte. Deze misdrijven kwamen niet rechtstreeks voort uit de wens tot bestraffing van (intrinsiek) onrechtmatig gedrag, maar waren onderdeel van een breder juridisch instrumentarium waarmee op verschillende segmenten van de samenleving ordening werd beoogd. De behoefte tot functionele inzet van misdrijven in de onderzochte bijzondere wetten ontstaat soms plotseling, zoals in de wapenwetgeving, en soms geleidelijk, zoals in de economische wetten. Opvallend is dat bij alle bijzondere wetten het in 1886 gehuldigde onderscheid tussen misdrijven en overtredingen *stilzwijgend* is verlaten; in de parlementaire geschiedenis van de onderzochte wetten reflecteert de wetgever nergens op de (blijkbaar) andere zienswijze omtrent de inzet van misdrijven buiten het Wetboek van Strafrecht. De sanctionerende mogelijkheden van misdrijven worden zichtbaar in de sanctienorm die op de misdrijven is gesteld. De strafmaxima die op deze misdrijven is gesteld opent in de bijzondere wetten bovendien de deur naar de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden. Bij invoering van de WED wordt expliciet gemaakt dat het strafrecht mede betrokken is vanwege de opsporingsmogelijkheden die het (anders dan het bestuursrecht) biedt. Hiermee is de inzet en het karakter van het materiële strafrecht in de bijzondere wetten in sterke mate instrumenteel van aard.

Deze instrumentaliteit is onlosmakelijk verbonden met het strafrecht, en is alleen daarom al steeds een te respecteren belang bij de inzet van het strafrecht. Deze instrumentaliteit dient echter niet het dominante gezichtspunt te zijn, maar dient steeds gepaard te gaan met de rechtsbeschermende aspect van het strafrecht. In het materiële strafrecht komt deze rechtsbescherming onder meer tot uiting in het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel. De meer instrumentele benadering van het strafrecht in bijzondere wetten hoeft – los van het gegeven dat de hoeveelheid strafrecht buiten het wetboek op gespannen voet staat met de in het codificatiebeginnsel beoogde algemene regeling van het strafrecht in wetboeken – niet direct problematisch te zijn, zolang de vormgeving van het materiële strafrecht maar in voldoende mate aansluit bij de uitgangspunten in het commune strafrecht (artikel 91 Sr). In deze uitgangspunten ligt een zeker materieelrechtelijk schoonheidsideaal besloten, waarin een belangrijke plaats is weggelegd voor de fundamentele beginselen van legaliteit en schuld.

Een cruciale uitwerking van het schuldbeginnsel wordt gevormd door de schuldvormen opzet en culpa. In het Nederlandse strafrecht geldt als uitgangspunt dat elk misdrijf een van die schuldvormen bevat. Anders

464 Smidt I 1891, p. 64; zie hierover paragraaf 2.1.4.1.

dan de wetgever van 1886 voorzag, bestaan er anno 2024 veel misdrijven buiten het Wetboek van Strafrecht. De schuldvormen spelen daardoor ook een grotere rol buiten het wetboek dan voorzien. De uitwerking van deze schuldvormen is, over de gehele linie beschouwd, in de bijzondere wetten vaak ronduit slordig. In het verkeersstrafrecht wordt geëxperimenteerd met schuldvormen om daarmee de sterke wens voor hogere straffen voor ernstige verkeersongevallen (of ernstige gevaarstelling in het verkeer) te vertalen naar hogere sanctienormen. De materiële normen, waaronder een subjectief bestanddeel, wordt gemodelleerd naar deze sanctienormen, zo wordt goed zichtbaar bij de invoering van de schuldvorm roekeloosheid. Maar ook de recente invoering van artikel 5a WVV laat zich in deze ontwikkeling plaatsen. In het fiscale strafrecht is de schuldvorm opzet zodanig uitgehold dat de figuur van het pleitbaar standpunt intussen wordt toegepast om het opzet nog enige inhoud te geven. In de WED is het opzet met één penningstreep als strafverzwarend bestanddeel toegevoegd aan honderden achterliggende bestuursrechtelijke bepalingen, waardoor in veel gevallen het precieze schuldverband bij misdrijven onduidelijk is. Bovendien is in de WED een nieuwe daderschapsvorm geïntroduceerd (daderschap van de rechtspersoon) waarbij de rol van het schuldbeginnsel in de vormgeving van de nieuwe regeling in het geheel niet doordacht is. In de Opiumwet is het opzetvereiste in een aantal gevallen zodanig uitgehold dat het opzet kan worden vastgesteld op basis van het niet nakomen van een zorgplicht. In de WVM heeft de wetgever de uitwerking van de schuldvormen zodanig verwaarloosd dat er in de rechtspraak (van de Hoge Raad) een noodverband moest worden aangelegd om te voorkomen dat er misdrijven bestonden zonder schuldvorm; dit noodverband (de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’) roept vervolgens de vraag op hoe dat moet worden begrepen binnen de schuldvormen opzet en culpa. Zo kennen alle onderzochte bijzondere wetten aanwijsbare gebreken in de uitwerking van het schuldbeginnsel, terwijl deze precieze gebreken kunnen verschillen per wet.

In alle onderzochte bijzondere wetten zijn de schuldvormen uiteindelijk vooral vormgegeven in het licht van de sanctionerende mogelijkheden en is bij hun toepassing vooral rekening gehouden met handhavingsbelangen. Het schuldbeginnsel lijkt in de bijzondere wetten intussen op een verwaarloosd voertuig, dat nog gebruikt wordt om andersoortige juridische bepalingen naar het strafrecht te vervoeren, maar waarvan de motorkap al lange tijd niet meer geopend is voor een APK-keuring. Dat het motorblok al lange tijd tegensputtert wordt hierbij, naar het schijnt, voor lief genomen, zolang het voertuig maar elke keer opstart als hij nodig is.

Een tweede aspect van het materieelrechtelijk schoonheidsideaal dat aan de orde kwam in dit hoofdstuk is het legaliteitsbeginnsel. Hierbij is binnen de onderzochte bijzondere wetten steeds gekeken naar de vormgeving van de strafbaarstellingen. Eerder in dit onderzoek merkte ik al op dat het legaliteitsbeginnsel niet dwingt tot een eenvormige wijze van strafbaar stellen; de vormgeving van de normen kan variëren zonder dat met die

variaties inbreuk wordt gemaakt op het legaliteitsbeginsel. Uiteindelijk is steeds de cruciale vraag of rechtssubjecten in voldoende mate in staat worden gesteld hun gedrag af te stemmen op de norm.

In het verkeersrecht speelt, met betrekking tot het legaliteitsbeginsel, de verhouding tussen het achterliggende rechtsbelang en de concrete materiële normen een interessante rol. In het verkeersrecht is een permanente spanning aanwezig op dit vlak tussen het centrale rechtsbelang (de verkeersveiligheid) en de mate waarin via wet- en regelgeving getracht wordt verkeersgedrag af te dwingen waarmee dat rechtsbelang gediend is. De rol van verkeersrechtelijke beginselen illustreert deze spanning.

In het fiscale strafrecht heeft de rol die het strafrecht speelt (sanctionerend sluitstuk) tot gevolg dat om te kunnen bepalen welk gedrag uiteindelijk gewenst is op basis van de centrale strafbaarstelling van artikel 69 AWR in feite het gehele materiële belastingrecht moet worden overzien. Dat maakt deze norm tot een problematische norm vanuit legaliteitsperspectief, zeker nu die norm weinig begrensd is aan de hand van subjectieve bestanddelen.

In het economisch strafrecht komt in de vormgeving van de strafbaarstellingen wederom sterk naar voren dat het strafrecht in dit deelgebied als sanctionerend sluitstuk functioneert. Dat leidt in de WED tot soms uiterst complexe gelede normstellingen. Bovendien zijn de uiteindelijke gedragsnormen in sommige gevallen erg open (en daardoor vaag) geformuleerd, waardoor het voor rechtssubjecten niet goed mogelijk is om van tevoren te weten op welke wijze deze norm nageleefd kan worden.

In de Opiumwet komt, met betrekking tot het legaliteitsbeginsel, in toenemende mate een zekere onmacht van de wetgever aan de oppervlakte om ongewenst gedrag in het kader van deze wet te voorzien van scherpe materieelrechtelijke gedragsnormen.

In de Wet Wapens en Munitie speelt tot slot een beperkte mate van onduidelijkheid vanwege de wetssystematische vormgeving. Een grotere mate van onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het verbod op 'nepwapens'. Bij deze norm is het nagenoeg onmogelijk voor rechtssubjecten om zich normconform te gedragen, omdat ook in de strafrechtspraktijk een permanente onduidelijkheid bestaat met betrekking tot de betekenis van deze norm.

Het algehele beeld dat uit de bijzondere wetten naar voren komt is dat de wijze waarop strafbaarstellingen zijn vormgegeven in meer of minder sterke mate afwijkt van het commune strafrecht. Deze afwijkingen zijn niet zonder meer problematisch. Met name de wetssystematische onduidelijkheid is tot op zekere hoogte niet problematisch, hoewel de doorverwijzingen naar achterliggende bepalingen wellicht meer geëxpliciteerd zouden kunnen worden. Sterk problematisch is het wanneer de uiteindelijke materiële norm zo vaag is geformuleerd dat rechtssubjecten slechts in beperkte mate in staat worden gesteld hun gedrag daarop af te stemmen. Dit speelt bijvoorbeeld bij zorgplichtbepalingen.

Ter afronding van dit hoofdstuk breng ik graag enkele woorden van Nijboer in herinnering. Zijn werk vormt in dit gehele onderzoek een bron van inspiratie. Over de inzet van het (materiële) strafrecht in de bijzondere wetten schreef hij het volgende:

“Het strafrecht is (idealiter) geen bloot sanctioneringsstelsel ten behoeve van normen die in heel andere rechtsbetrekkingen aan de orde zijn en (nog minder) ten behoeve van andere ‘regelingsgebieden’. Het baseert zich op eigen beginselen in verband met vrijheid van het subject en vrije zelfbepaling, waar de in het strafrecht belichaamde correctie en/of sanctionering verband houdt met een oordeel over de *sociale onwaarde* van bepaald gedrag.”⁴⁶⁵

Een treffendere afsluiting van dit hoofdstuk is niet denkbaar.

465 Nijboer 1991, p. 84.

5.1 INLEIDING EN WERKWIJZE

In het vorige hoofdstuk is een beeld gevormd van de afwijkingen in het bijzonder strafrecht met betrekking tot de beginselen van schuld en legaliteit. Hierin is zichtbaar geworden dat die afwijkingen zich (uiteindelijk) voordoen via jurisprudentie of wetgeving. Deze twee modaliteiten zullen dan ook centraal staan om het onderstaande deel te structureren (hoewel sommige afwijkingen uiteindelijk een samenspel zijn van wetgeving en jurisprudentie).

In het vorige hoofdstuk kwamen vele concrete afwijkingen ter sprake, waarvan in dit hoofdstuk zal worden besproken of ze ingang hebben gevonden in het commune strafrecht; denk hierbij aan figuren als daderschap van de rechtspersoon of een gemuteerde schuldvorm. Daarnaast werd in het vorige hoofdstuk een tendens gesignaleerd in de aanwending van het materiële strafrecht. In die tendens is sprake van een zekere instrumentalisering in de opvattingen over de inzet van het materiële strafrecht; het invoeren of toepassen van een strafbaarstelling is hierbij niet primair ingegeven door het wederrechtelijk karakter van de gedraging maar door de sanctionerende of strafvorderlijke potentie. In die tendens kan ook een zekere geneigdheid tot thematisering van het materiële strafrecht worden herkend; hierbij wordt de materieelrechtelijke vormgeving in de eerste plaats afgestemd op de aard van de onderliggende materie, waardoor de in het codificatiebeginsel belichaamde gedachte van algemene regelingen soms plaatsmaakt voor verbrokkeling. Met name het leerstuk opzet lijkt gevoelig voor deze thematische toepassing. In die tendens kan tot slot gesproken worden van een zekere dedogmatisering van het materiële strafrecht, omdat de toepassing van materieelrechtelijke figuren bijvoorbeeld verloopt via weinig normerende begrippen als 'redelijke toerekening'. Hierbij wordt het materiële strafrecht niet aangewend als stelsel waarbinnen eigen waarden en beginselen op een consistente wijze de (mogelijkheid tot) vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid begrenzen, maar vooral als een soms lastig te openen deur naar de sanctionerende of strafvorderlijke mogelijkheden. Niet de begrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is dan zijn functie, maar het faciliteren van de strafvordering. In dit hoofdstuk zal ook onderzocht worden of deze bredere tendens vatbaar is gebleken voor doorwerking in het commune strafrecht.

Tussen de twee modaliteiten van wetgeving en rechtspraak kan onderscheid gemaakt worden voor wat betreft de mate waarin een door-

werking problematisch is. Een doorwerking van een 'bijzonder' figuur via de wetgeving heeft als voordeel dat deze doorwerking zichtbaar is. Dat neemt niet weg dat alsnog problemen kunnen ontstaan met betrekking tot de inbedding van deze van oorsprong bijzondere figuur in de commune systematiek. Een doorwerking van een figuur of interpretatie via jurisprudentie zal vaak minder zichtbaar of stilzwijgend zijn, en daarmee in potentie problematischer. Vanwege het meer problematische karakter van doorwerking via jurisprudentie heb ik eerst door middel van een empirisch-juridische analyse onderzocht of en in welke mate er via jurisprudentie *expliciete* doorwerking plaatsvindt van figuren of constructies uit het bijzonder strafrecht. Dat leverde weinig betekenisvolle resultaten op, waardoor een eerste resultaat van dit onderzoek reeds is dat van een dergelijke expliciete doorwerking in de jurisprudentie nauwelijks sprake is.¹ Daarna heb ik onderzocht of onder verwijzing naar artikel 91 Sr toepassing van afwijkingen uit bijzondere wetten in het commune strafrecht afgewezen wordt. In dat geval zou de bedoelde doorwerking juist actief geblokkeerd worden in de jurisprudentie. Dat bleek niet het geval,² waardoor het in de jurisprudentie zichtbare effect van artikel 91 Sr beperkt is tot de sporadische gevallen waarin de lagere wetgever in strijd met de strekking van artikel 91 Sr een beperking of uitbreiding aanbrengt op de algemene leerstukken in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht.³ Een tweede resultaat van dit onderzoek is derhalve dat doorwerking van afwijkingen uit bijzondere wetten in het commune strafrecht niet zichtbaar geblokkeerd wordt op basis van artikel 91 Sr.

Het beeld dat uit dit jurisprudentieonderzoek naar voren komt is aldus helder: er is in de jurisprudentie nauwelijks sprake van een op deze wijze te detecteren doorwerking van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht, en evenmin van een expliciete blokkade van een dergelijke doorwerking. Dat heeft voor dit onderzoek als consequentie dat de focus, voor wat betreft de jurisprudentie, komt te liggen op meer impliciete doorwerking van de in hoofdstuk 4 besproken afwijkingen, en op de in dat hoofdstuk gesignaleerde ontwikkelingen. Getracht zal worden deze impliciete doorwerking te signaleren en zichtbaar te maken, door te onderzoeken

1 Ik heb aan de hand van gerichte zoektermen de rechtspraak uit de NJ (voorzover opgenomen in de digitale catalogus van de Kluwer Navigator) doorgenomen. Die zoektermen betroffen verwijzingen in commune jurisprudentie naar een aantal bijzondere wetten (hierbij heb ik de analyse beperkt tot de WED, de AWR en de WVV). Dit leverde geen betekenisvolle resultaten op: tot 2015 waren er 27 uitspraken waarin een gemeen delict was tenlastegelegd en waarin ook de AWR vermeld werd, in 44 commune zaken werd de WED vermeld en in 61 zaken de WVV. In deze zaken was steeds sprake van een meervoudige tenlastelegging (van in elk geval één gemeen delict en één bijzonder delict), waardoor deze zaken niet betekenisvol zijn binnen dit onderzoek.

2 Er werd in 34 zaken expliciet verwezen naar art. 91 Sr. Dit bleken vrij algemene verwijzingen, waaruit al snel bleek dat die bepaling niet (zichtbaar) voorkomt dat 'bijzondere' figuren veralgemeniseerd worden.

3 Zie hierover par. 2.2.2.1.

of figuren en interpretaties uit het bijzonder strafrecht (vervolgens) in het commune strafrecht verschijnen, zonder dat hierbij expliciet verwezen is naar de herkomst.⁴

5.1.1 Functie codificatiebeginsel

Het codificatiebeginsel komt in dit hoofdstuk, net als in het vorige hoofdstuk, minder prominent in beeld dan het schuld- en legaliteitsbeginsel. Tegelijk is dit beginsel permanent op de achtergrond aanwezig; zowel in het vorige als het huidige hoofdstuk wordt immers onderzocht in welke mate de huidige stand van zaken in het bijzondere en commune strafrecht beantwoordt aan de in dit beginsel neergelegde idealen van algemeenheid, systematiek, ordening, samenhang en consistentie. De nadruk op het algemene komt vooral tot uitdrukking in de centrale positie van het Wetboek van Strafrecht en de hierin vervatte algemene leerstukken en beginselen, waarvan via artikel 91 Sr de algemene gelding benadrukt wordt. In wezen roept veralgemenisering van bijzondere figuren of interpretaties reeds daarom al spanning op met dit beginsel, dat zal in dit hoofdstuk niet bij elke doorwerking steeds afzonderlijk benoemd worden. Deze veralgemenisering is echter ronduit problematisch indien niet voorzien is in een zorgvuldige inbedding in de commune systematiek van een aanvankelijk bijzonder figuur of bijzondere interpretatie. Het Wetboek van Strafrecht is immers – vanuit de codificatiegedachte – ontworpen als een zorgvuldig samenhangend geheel, waarbij er alleen componenten kunnen worden toegevoegd of gewijzigd indien daarmee steeds het geheel, als samenhangend systeem, in het oog wordt gehouden. Het codificatiebeginsel vraagt derhalve om een vorm van permanent systeemonderhoud, zodat het systeem niet stap voor stap afgebroken wordt bij elke wijziging. In dit hoofdstuk zal het codificatiebeginsel op deze wijze dus permanent aanwezig zijn, maar daarbij vaak een onzichtbare achtergrondpositie aannemen. Die achtergrondpositie neemt het beginsel ook in bij de in paragraaf 2.4 beschreven betrokkenheid bij het schuld- en legaliteitsbeginsel. De onderzoeksresultaten in dit hoofdstuk worden steeds in het licht van deze beginselen geplaatst, waarbij de verbinding met het codificatiebeginsel niet steeds expliciet gezocht wordt.

4 Hierbij is in de eerste plaats onderzocht of en hoe vaak in Hoofdstuk 4 gesignaleerde afwijkingen die een min of meer vaste formulering hebben, zoals de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn', in commune jurisprudentie zijn verschenen, zonder dat hierbij de herkomst (het bijzonder strafrecht) expliciet is gemaakt. Dat leverde enkele resultaten op die in dit hoofdstuk zullen worden besproken. Daarnaast is door middel van een klassiek-juridische analyse besproken of gesignaleerde afwijkingen die geen vaste formulering hebben maar zich in de sfeer van de toepassing of interpretatie van leerstukken bevinden, zoals een grotere nadruk op zorgplichten bij de vaststelling van voorwaardelijk opzet, in het commune strafrecht zijn verschenen, zonder dat hierbij de herkomst expliciet is gemaakt.

5.2 DOORWERKING VAN AFWIJKINGEN VIA WETGEVING

Binnen het Wetboek van Strafrecht zijn op legislatief niveau meerdere invloeden vanuit het bijzonder strafrecht aanwijsbaar. Die invloed kan zijn ontstaan bij het verplaatsen van een figuur die aanvankelijk als uitzondering in het bijzonder strafrecht was opgenomen naar het commune strafrecht (zoals bij de regeling van daderschap van de rechtspersoon).⁵ Voorts kan die invloed ontstaan zodra in het bijzonder strafrecht een wijziging wordt aangebracht die ook directe gevolgen heeft voor het strafrecht in het wetboek (zoals bij de invoering van de schuldvorm roekeloosheid). Tot slot kan het bijzonder strafrecht als meer algemene inspiratiebron invloed uitoefenen op de commune strafwetgeving (zoals bij de vormgeving van strafbaarstellingen). Dit laatste betreft een meer impliciete invloed op legislatief niveau. Ik beperk dat deel tot enkele illustraties van delictsomschrijvingen met een (deels) 'open' materiële norm, om daarmee te laten zien dat er (ook) ten aanzien van de vormgeving van delictsomschrijvingen een zekere vatbaarheid bestaat voor beïnvloeding vanuit het bijzonder strafrecht, waarin een bepaalde openheid van delictsomschrijvingen meer gangbaar is.

5.2.1 Daderschap van de rechtspersoon

5.2.1.1 *Analyse*

In paragraaf 4.5.1.4.1 is de ontwikkeling van de figuur van daderschap van de rechtspersoon in de context van de WED beschreven. Deze figuur is in 1976 overgeheveld naar een algemene regeling in het Wetboek van Strafrecht. Om die veralgemenisering goed te kunnen duiden breng ik een aantal belangrijke punten uit paragraaf 4.5.1.4.1 in herinnering.

In 1943 werd de figuur van het daderschap van de rechtspersoon vrij geruisloos geïntroduceerd in het bijzonder strafrecht bij de wijziging van artikel 6 uit het Economisch Sanctiebesluit. Deze regeling vormde een belangrijke inspiratiebron voor het latere artikel 15 WED (oud), dat in 1951 werd ingevoerd. Deze regeling markeerde een belangrijke omslag in het denken over daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht; tot 1943 bestond enkel de mogelijkheid vertegenwoordigers of bestuurders van de rechtspersoon te bestraffen, voorzover zij (zelf) opzet of schuld aan het tenlastegelegde delict hadden. Noch bij de wijziging van het Economisch Sanctiebesluit, noch bij invoering van de WED valt een overdenking (van de wetgever) te bespeuren van de systematische en dogmatische gevolgen van de invoering van het daderschap van de rechtspersoon,

5 Hierbij haakt dit onderzoek nadrukkelijk aan bij de eerdere in de literatuur beschreven wettelijke osmose tussen het bijzonder strafrecht en het commune strafrecht. Hierbij kan worden gesproken van een 'proeftuin-constructie' in het bijzonder strafrecht of van de 'schrittmacherfunktion' van het bijzonder strafrecht, zie hierover respectievelijk: Bos 1976; Groenhuijsen 2004, par. 2; Schaffmeister 1978, p. 168.

terwijl dit brak met de fundamentele gedachte dat het strafrecht zich enkel tot natuurlijke personen richtte. Doorslaggevend voor de invoering was (slechts) de toepasselijkheid van een arsenaal aan sancties en maatregelen, zoals de ont-neming van onrechtmatig verkregen voordeel, op rechtspersonen die zich bin-nen de sfeer van de WED begaven. Hoe valide dit op zichzelf ook moge zijn, de contemplatie op de gevolgen van de introductie van daderschap van de rechts-persoon was hiermee verre van compleet. Terecht constateerde de wetgever dat 'in de wetenschap in beginsel niet meer bestreden' werd 'dat strafbaarheid van de rechtspersoon principieel toelaatbaar is'.⁶ In de wetenschap werd daarbij ech-ter wel gewezen op de systematische en dogmatische gevolgen die de wetgever diende te overzien, en de keuzes die hij diende te maken om een dogmatisch passende inbedding te bieden van deze, van oorsprong civielrechtelijke, figuur in het materiële en formele strafrecht.⁷ Zo ontbrak bijvoorbeeld bij de wetgever een doordenking over de wijze waarop individuele schuld diende te worden vastgesteld bij de rechtspersoon; het strafrechtelijke schuldbeginsel verdraagt zich slecht met het civielrechtelijke toerekeningsconcept. In de wetenschap werd over deze kwestie wisselend gedacht; Van Rijn van Alkemade stelde dat opzet of schuld kon bestaan bij de rechtspersoon indien het vastgesteld kon worden bij een 'handelend vertegenwoordiger' als 'orgaan' van de rechtspersoon.⁸ Tegelijk stelde hij voor om een strafuitsluitingsgrond te creëren voor de rechtspersoon; die is niet strafbaar indien hij, 'middels een toezichthoudend orgaan, alle maat-regelen heeft getroffen die in redelijkheid kunnen worden verlangd, om overtred-ing van strafbepalingen te voorkomen'.⁹ Hier valt eenvoudig de avas-variant van maximaal te vergen zorg (*avant la lettre*¹⁰) te herkennen. Hiermee werd enige compensatie geboden voor de zekere risicoaansprakelijkheid die de rechtsper-soon zou dragen als opzet of schuld van de handelend vertegenwoordiger onder alle omstandigheden zou kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon. De Commissie Wijnveldt – waar diezelfde Van Rijn van Alkemade onderdeel van was – kwam uiteindelijk tot het voorstel om in een wettelijke regeling in het Wetboek van Strafrecht onder meer een omkering van de bewijslast van de (bij misdrijven vereiste) subjectieve bestanddelen te regelen.¹¹

6 *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 2-3, p. 19. Hierbij dacht de wetgever vermoedelijk vooral aan het rapport van de Commissie Wijnveldt, waarin – naast de naamgever – ook Van Rijn van Alkemade en Pompe zitting hadden. Hun voorstel omvatte een algemene rege-ling in het Wetboek van Strafrecht, zie *NJB* 1941, p. 412-415; zie voorts *NJB* 1941, p. 404 e.v. voor een verslag van de bespreking van dit voorstel in de Vereniging voor Strafrecht-spraak. Zie ook Van Rijn van Alkemade 1941, p. 189-229 voor het voorstel waartoe men besloot de Commissie Wijnveldt in te stellen.

7 Zoals bijvoorbeeld Van Dullemen 1941, p. 529 e.v., in het bijzonder p. 532. Ook na invoe-ning van art. 15 WED werd op de gebreken en leemtes gewezen in de regeling van het daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht, zie Van Eck 1951.

8 Van Rijn van Alkemade 1941, p. 208.

9 Van Rijn van Alkemade 1941, p. 226-227.

10 Vellinga 1982, p. 173-176. Vellinga schaaft het overigens nog onder de iets bredere noemer 'zorgvuldig gedrag', waarbij hij ook het handelen met een 'geoorloofd risico' uit het verkeersrecht betreft.

11 Vgl. het voorstel van de Commissie Wijnveldt, *NJB* 1941, p. 412-415.

Het euvel in de wettelijke regeling van het ouderschap van rechtspersonen bleef tot 1976 in zekere zin beperkt doordat de regeling enkel van toepassing was binnen de WED – hoewel dat uiteindelijk uitgroeide tot een gigantisch deelterrein van het strafrecht. Tegelijk meende de Minister (van Justitie) in 1951 dat de ervaringen die in de WED werden opgedaan met het ouderschap van de rechtspersoon van waarde konden zijn voor een toekomstige algemene regeling in het wetboek;¹² een ware proeftuinconstructie aldus.

In 1976 werd uiteindelijk toch een algemene regeling van het ouderschap van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht geregeld, waarmee de afzonderlijke regeling in de WED verviel. Hiermee ontstond een uitgelezen kans om de regeling meer te modelleren naar de algemene uitgangspunten van het wetboek, zodat hij zou worden ingebed in de bestaande systematiek van het materiële strafrecht. Hiertoe waren in de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1966 ook (uiteenlopende) voorstellen gedaan door de preadviseurs Kist en Hulsman.¹³ Deze kans werd niet benut. De Minister stelde bij de invoering:

“Het wetsontwerp is de laatste stap op weg [sic] die in Nederland reeds lang is begaan. Het lijkt mij dan ook niet vereist aan de strafbaarstelling van de rechtspersoon thans een diepgaande rechtstheoretische beschouwing te wijden.”¹⁴

En bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de senaat:

“Ik geloof ook dat de wetgever als zodanig zich er beter van kan onthouden stelling te nemen in rechtstheoretische strijdvrage, anders dan daar waar hij aan het innemen van een positie niet kan ontkomen, omdat hij wetgeving moet plegen en daarom genoopt is een keuze te doen.”¹⁵

Hierin valt de pragmatische inslag te herkennen waarmee het Wetboek van Strafrecht tot stand kwam. Een ‘rechtstheoretische beschouwing’ was hier echter wenselijk geweest, alleen al om de gevolgen van de systeembreuk (die de invoering van ouderschap van de rechtspersoon in het wetboek teweegbracht) te doordenken.¹⁶ Er stond echter een ander belang voorop bij de invoering van ouderschap van de rechtspersoon in het wetboek: ‘doeltreffende’ of ‘doelgerichte’ mogelijkheden tot bestraffing van een rechtspersoon.¹⁷ Het feit dat de vergelijkbare regeling in de WED in de

12 *Handelingen II* 1950/51, 1900, nr. 7, p. 11 (zoals aangehaald in *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, nr. 1-3, p. 16 en Topping 1984, p. 54).

13 F.C. Kist & L.H.C. Hulsman, *Dient het W.v.S. bepalingen te bevatten betreffende het ouderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?* (Preadviezen voor de NJV), 1966.

14 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 8.

15 *Handelingen I* 1975/1976, p. 1227.

16 Vergelijkbare kritiek bestond ook in de behandeling van dit wetsvoorstel in de senaat, zie *Handelingen I* 1975/76, p. 1224-1225.

17 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 13.

praktijk ‘praktisch bruikbaar’ bleek vormde een belangrijk argument om de regeling uit de WED zonder inhoudelijke aanpassingen in het wetboek over te nemen.¹⁸ Ook in deze overweging wordt een doordachte inhoudelijke inbedding van deze (voor het commune strafrecht wezensvreemde) figuur expliciet afgewezen:

“De mogelijkheid die zij geeft om de vervolging hetzij alleen te richten tegen de corporatie, hetzij mede tegen een of meer natuurlijke personen, blijkt – al is de rechtstheoretische grondslag wellicht minder sterk – in de praktijk zeer doelmatig te werken.”¹⁹

Ook in de considerans van deze wet kwam al ondubbelzinnig naar voren dat ‘doeltreffende bestraffing’ van rechtspersonen het voornaamste motief vormde voor deze wijziging in het wetboek.²⁰ In zijn eerder aangehaalde preadvies stelde Hulsman voor om daderschap van de rechtspersoon enkel mogelijk te maken voor bepaalde, door de wetgever aangewezen, delicten in het wetboek. Hiermee zou recht gedaan worden aan de grondgedachte dat het wetboek zich enkel tot natuurlijke personen richt (met alle dogmatische gevolgen van dien).²¹ De wetgever overwoog hieromtrent als volgt:

“Een systeem waarin een strafbaar feit slechts kan worden begaan door een corporatie in de gevallen waarin zulks uitdrukkelijk bij of krachtens de wet is bepaald, gaat van de gedachte uit, dat ons strafrecht in beginsel alleen is geschreven voor natuurlijke personen. De ondergetekende meent evenwel dat de consequentie behoort te worden getrokken uit *de ontwikkeling van het strafrecht in vele bijzondere wetten*, zoals samengevat in het in i 3 en § 4 van deze memorie gegeven overzicht. Dit leidt tot afwijzing van de gedachte dat het strafrecht, voor zover dit zich richt tegen andere dan natuurlijke personen, slechts een aanvullend karakter kan hebben.”²² (Mijn cursivering, JC)

En de minister stelde hierover tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel in de senaat:

“Zouden wij hebben moeten kiezen voor een limitatieve opsomming van delict tot delict? (...) Ik houd het erop, dat wij in die gigantische operatie niet geslaagd zouden zijn en dat het daarom maar beter is de rechtspraak de gelegenheid te bieden nadere inhoud te geven aan het daderschap van rechtspersonen, beter dan dat de wetgever daartoe een vrijwel bij voorbaat tot mislukken gedoemde poging zou ondernemen.”²³

18 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 16-17.

19 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 17.

20 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 2, p. 1.

21 Hulsman 1966, p. 132 e.v.

22 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 17.

23 *Handelingen I 1975/76*, p. 1226.

Hiermee wordt het beeld wederom bevestigd dat de wetgever een systematische inbedding van deze nieuwe figuur in het wetboek bepaald geen prioriteit gaf. Veelzeggend is ook de plek die de regeling in het wetboek kreeg; artikel 51 Sr – waarin tot 1976 een regeling stond omtrent de reikwijdte van de aansprakelijkheid van bestuurders (van rechtspersonen) – werd gewijzigd in een regeling omtrent het ouderschap van de rechtspersoon. De wetgever had er ook voor kunnen kiezen om het ouderschap van de rechtspersoon in een nieuwe bepaling te regelen, zoals artikel 1a Sr. Hierbij zou de fundamentele plaats die de ouderschapsregeling heeft in het strafrecht tot uiting komen in de plaats die hij inneemt in het wetboek, terwijl de tekst van lid 1 ('Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.') ook niet zou misstaan in een van de openingsbepalingen van het wetboek. De wetgever koos er echter voor om de ouderschapsregeling volkomen misplaatst in de deelnemingstitel te regelen, waardoor de regeling thans plompverloren ingeklemd zit tussen de bepalingen omtrent de medeplichtigheid.²⁴

5.2.1.2 Waardering

De regeling in artikel 51 Sr was uiteindelijk zelfs summierder dan de regeling in artikel 15 WED. Waar laatstgenoemde bepaling nog enige sturing gaf aan de wijze waarop ouderschap kon worden vastgesteld door de rechter (in artikel 15 lid 2 WED), werd dit in artikel 51 Sr weggelaten om de rechter 'geheel vrij te laten in zijn oordeelvorming'.²⁵ In de jurisprudentie werd uiteindelijk een kader gevormd om ouderschap vast te stellen dat op een aantal punten overeenkomt met het voormalige artikel 15 lid 2 WED,²⁶ dat in de context van het economisch strafrecht was ontwikkeld. Zo keert het wat vage begrip van de 'sfeer van de rechtspersoon' expliciet terug,²⁷ evenals de voor ouderschap relevante omstandigheid dat 'het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon'. Hiervan gaat het betekenisvolle signaal uit dat de rechter in dit geval wel degelijk behoefte had aan sturing door de wetgever. Omdat die sturing met betrekking tot de commune regeling ontbrak, werd door de rechter aangeknoopt bij de oude regeling uit de context van het economisch strafrecht. De Hullu stelt terecht dat het criterium van de 'sfeer van de rechtspersoon' 'niet erg verhelderend' is, en dat het begrip zou kunnen worden weggedacht uit het denkschema van het Drijfmest-arrest.²⁸ Hierbij wordt

24 Hierover werd ook nog kort van gedachten gewisseld tijdens de kamerbehandeling, zie *Handelingen II* 1975/76, p. 4208.

25 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 5, p. 2.

26 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006, 328 (Drijfmest), r.o. 3.3-3.5.

27 Terwijl dit begrip nog resoluut van de hand werd gewezen als criterium door de Minister, zie *Handelingen II* 1975/76, p. 4209.

28 De Hullu 2021, p. 165.

overigens niet meteen duidelijk waarom hij (de terminologie van) de leer van de ‘redelijke toerekening’ – die niet uitblinkt in helderheid en op geen enkele wijze sturing geeft aan de invulling van daderschapscriteria – in dit verband wel positief ontvangt. Deze leer werd geïntroduceerd in het zojuist aangehaalde Drijfmest-arrest. De term ‘redelijk’ wordt in dit arrest voor het eerst gebezigd in deze context, hoewel het arrest bij het gebruik van deze term (r.o. 3.3) verwijst naar de wetsgeschiedenis en eerdere arresten. Uit deze documenten kan de term ‘redelijk’ echter niet expliciet worden gedestilleerd,²⁹ hoewel het er wel impliciet uit kan worden afgeleid.³⁰ Wellicht werd het uiteindelijk vooral geïntroduceerd om uitdrukking te geven aan het feit dat ‘toerekenen’ niet fraai is en slecht past in een strafrechtelijke context, terwijl de toevoeging van ‘redelijk’ het dogmatisch leed enigszins verhult. Een belangrijke kwestie is de herkomst echter niet, nu de term ‘redelijk’ in vrijwel elk denkbare juridische context een (pleonastische) rol kan spelen.

Opmerkelijk is in dit verband dat de wetgever van 1975 ervan uit lijkt te gaan dat artikel 15 lid 2 WED bedoeld was om te bepalen onder welke omstandigheden het opzet of de schuld van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon kon worden toegerekend.³¹ Artikel 15 lid 2 WED behelsde echter een niet-limitatief bedoelde regeling om daderschap (niet: schuld) vast te stellen bij de rechtspersoon.³² Hierin leek de wetgever van 1947 juist het vaststellen van opzet of schuld bij de rechtspersoon over het hoofd te zien.³³

Indien men de gehele totstandkomingsgeschiedenis van de figuur van het daderschap van de rechtspersoon van 1943 tot 1976 in ogenschouw neemt, dan valt niet aan de indruk te ontkomen dat de wijze waarop opzet of schuld (in de zin van culpa of in de zin van verwijtbaarheid) dient te worden vastgesteld bij de rechtspersoon slechts een beperkte bijrol speelt.³⁴ Tegen de achtergrond van het schuldbeginsel is dit hoogst verwonderlijk, nu juist de idee van individuele schuldvaststelling bij rechtspersonen moeilijk denkbaar is, en op z’n minst veel hersenacrobatiek vraagt. Het

29 In de gehele wetsgeschiedenis, alsmede de arresten waarnaar de HR verwijst, ontbreekt de terminologie ‘redelijke toerekening’, waardoor het bijvoorbeeld ook ontbreekt in de dissertatie van Torringa van 1984.

30 Schaap 2022, p. 85.

31 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 18: “In dit voorschrift is getracht aan te geven wanneer het bij een in dienst van een rechtspersoon handelende natuurlijk persoon bestaande opzet of schuld aan de corporatie kan worden toegerekend.”; *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 5, p. 2: “Door ervan af te zien in het wetsontwerp een bepaling analoog aan die van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de economische delicten op te nemen, wordt de rechter geheel vrij gelaten in zijn oordeelvorming of, alle concrete omstandigheden in aanmerking genomen, het opzet of de schuld van de handelende natuurlijk persoon kan worden toegerekend aan de rechtspersoon bij wie hij in dienst is.”

32 *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 2-3, p. 19-20.

33 Zie paragraaf 4.5.1.4.1.

34 Illustratief is de (in zijn eigen woorden: ‘hulpeloze’) reactie van de Minister op vragen hierover in de senaat, *Handelingen I* 1975/76, p. 1226.

civielrechtelijke toerekeningsconcept staat nu eenmaal haaks op het strafrechtelijke schuldbeginnsel. Dit vormde in onze buurlanden dan ook lange tijd een voornaam bezwaar tegen de invoering van daderschap van de rechtspersoon;³⁵ in België werd in 1999 pas een vergelijkbare regeling in het commune strafrecht ingevoerd,³⁶ en in Duitsland ontbreekt die regeling tot op de dag van vandaag.^{37, 38}

Het feit dat individuele schuldvaststelling bij rechtspersonen zich moeilijk laat bedenken is niet alleen een abstracte, normatieve vaststelling; ook positiefrechtelijk is dit zichtbaar in de wijze waarop rechtspersonen in het strafrecht bejegend worden. In de daderschapscriteria (sinds het Drijfmest-arrest) rust veel gewicht op het beschikken en aanvaarden (over en van de gedragingen van natuurlijke personen),³⁹ terwijl daarmee ook reeds een voorschot wordt genomen op het vaststellen van opzet of schuld en verwijtbaarheid. Mocht er in de bedrijfspolitik vervolgens onvoldoende aanwijzingen worden gevonden voor het bestaan van opzet of schuld bij de rechtspersoon dan kan de subjectieve gezindheid (bestaande in opzet of schuld) van relevante personen binnen de rechtspersoon worden toegerekend aan de rechtspersoon. Zorgplichten spelen binnen de rechtspersoon op dit vlak een belangrijke rol ter invulling van het daderschaps criterium van beschikken en aanvaarden en binnen de vaststelling van het (voorwaardelijk) opzet; ook hierin illustreert het positieve recht de gevolgen van de meer abstracte, fundamentele breuk die het toerekeningsconcept teweegbracht.

Binnen de verwijtbaarheid kan worden aangetekend dat de klassieke schulduitsluitingsgronden deels zijn uitgesloten voor rechtspersonen, nu er geen acuut of duurzaam manco kan bestaan in de uitoefening van de vrije wil. De meer naar rechtvaardigingsgrond neigende schulduitsluitingsgronden (zoals de dwaling omtrent het recht of de dwaling in de vorm van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) laten zich wel bedenken in de sfeer van rechtspersonen. Dat neemt niet weg dat de aansprakelijkheidsconstructie van rechtspersonen binnen het strafrecht wel erg ruim kan uitpakken. Dit realiseerde de Hoge Raad zich mogelijk ook toen hij de avas-variant van de maximaal te vergen zorg (in bedrijfsmatige context) accepteerde.⁴⁰ Dit was een van de voorzieningen geweest waarin de wet-

35 Legros 1985, p. 137 e.v.

36 Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *BS* 22 juni 1999.

37 Duitsland kent wel een beperkte regeling hiertoe in het bijzonder strafrecht (§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz); zie hierover uitgebreid M.P. Waßmer, in: E. Hilgendorf, H. Kudlich & B. Valerius (red.), *Handbuch des Strafrechts: Band 3: Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Heidelberg: C.F. Müller 2021, par. 49D, p. 55-125.

38 Zie voor een rechtsvergelijkende analyse waarbij onder meer Nederland, België en Duitsland betrokken worden: Geeroms 1997, p. 421-454.

39 Schaap 2022, p. 94.

40 HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, NJ 1993, 476 (Aflatoxinepinda's).

gever met gemak had kunnen voorzien in de wettelijke regeling; Van Rijn van Alkemade deed deze aanbeveling al in 1941.⁴¹

Op een aantal plaatsen in de parlementaire documenten wordt een tweede argument genoemd voor invoering van een algemene regeling van daderschap van de rechtspersoon in het wetboek. Er wordt gewezen op het voordeel van de uniformiteit van een algemene regeling in het wetboek boven verscheidene regelingen in bijzondere wetten.⁴² In dit argument schuilt enige ironie. Weliswaar valt dit argument terug te voeren op het codificatie-ideaal (waarin een algemene regeling de voorkeur verdient boven verschillende bijzondere regelingen), maar dan dient deze nieuwe regeling wel gemodelleerd te worden naar de algemene uitgangspunten van de codificatie waarin deze geplaatst wordt – terwijl de wetgever dit juist bewust naliet. Bovendien had het euvel van uiteenlopende regelingen in verschillende wetten anders kunnen worden opgelost dan met een algemene regeling in het wetboek. De verschillende regelingen hadden bijvoorbeeld kunnen worden aangepast op de regeling in de WED, of de wetten waarin die regelingen stonden hadden kunnen worden ondergebracht in de raamwet-constructie van de WED, waardoor de afzonderlijke regelingen konden vervallen.

5.2.1.3 *Tussenconclusie: daderschap rechtspersonen in wetgeving*

Op basis van het voorgaande kan een aantal kanttekeningen geplaatst worden bij de legislatieve geschiedenis van het daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht. In de eerste plaats valt op dat deze geschiedenis aan elkaar hangt van een aantal losstaande, maar opeenvolgende wettelijke aanvullingen of wijzigingen. De regeling in het Economisch Sanctiebesluit (1943) kwam tot stand in een roerige periode, waardoor er weinig ruimte was voor bezinning over de inbedding in bestaande materieelrechtelijke uitgangspunten. Het civielrechtelijke toerekeningsconcept werd hierbij ingevoerd in het materiële strafrecht, zonder dat het gemodelleerd werd naar het fundamentele strafrechtelijke schuldbeginnsel. Het bereik van de regeling was echter nog beperkt tot het Economisch Sanctiebesluit. De regeling diende evenwel als blauwdruk voor de regeling in de WED (1951). Hierbij heeft de wetgever vooral oog gehad voor de sanctiemogelijkheden jegens de rechtspersoon, en ging men er blijkbaar (ten onrechte) van uit dat de regeling in het Economisch Sanctiebesluit reeds systematisch doordacht was.⁴³ De regeling in de WED was op zijn beurt een belangrijke inspiratie voor de regeling in het wetboek (1976). Bij deze wijziging wordt gewezen op het feit dat de vergelijkbare regeling in de WED in de rechtspraak niet

41 Van Rijn van Alkemade 1941, p. 226-227

42 Dat gebeurt al in de considerans: *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 2, p. 1; zie ook *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 14.

43 Zie hierover uitgebreid par. 4.5.1.4.1.

tot grote problemen heeft geleid, zonder daar verdere ‘rechtstheoretische beschouwingen’ aan te wijden. Ook hier domineert de pragmatiek en de wens tot ‘doeltreffende bestraffing’ van rechtspersonen. Het feit dat de wetgever van 1975 het onderscheid tussen daderschap en schuld (onder verwijzing naar artikel 15 lid 2 WED) niet scherp voor ogen heeft is veelzeggend in dit verband. De pragmatische inslag van de wetgever – eufemistisch uitgedrukt als het ‘overlaten aan de rechtspraak’ of het ‘vrij laten van de rechter in zijn oordeelsvorming’ – is hierbij niet uniek. Integendeel; het lijkt bij netelige strafrechtelijke kwesties welhaast een gewoonte te zijn. Het Wetboek van Strafrecht ademt deze ‘pragmatiek’, en ook in de huidige wetgevingsoperatie naar een nieuw Wetboek van Strafvordering bedient de wetgever zich van dit gemak, hetgeen tot kritiek van de Raad van State heeft geleid:

“Daarbij mag van de wetgever worden verwacht dat hij sturing geeft aan de rechtspraak en dat hij de wijze waarop de strafvorderlijke regels in de praktijk worden toegepast nader normeert door in de toelichting een visie daarop te formuleren.”⁴⁴

Deze kritiek is *a fortiori* van toepassing op de wijze waarop het daderschap van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht is geregeld.

De legislatieve geschiedenis van het daderschap van de rechtspersoon vertoont derhalve kenmerken van een cadavre exquis; de wettelijke figuren volgen elkaar op, zijn op elkaar geïnspireerd, maar zijn niet gemodelleerd naar de wettelijke omgeving waarin zij dienden te gaan functioneren.

5.2.1.4 Bredere invloed van invoering van het daderschap van de rechtspersoon in het wetboek

In het voorgaande werd duidelijk dat de overplaatsing van de ‘bijzondere’ daderschapsfiguur van de rechtspersoon naar het commune strafrecht een systeembreuk in het wetboek betekende. De idee van individuele schuldvaststelling gold immers niet langer in het algemeen; er was een (civielrechtelijk) toerekeningsconcept geïntroduceerd in het commune strafrecht. De invloed van de figuur van daderschap van de rechtspersoon blijft echter niet beperkt tot zaken waarin de rechtspersoon centraal staat. De invoering van het daderschap van de rechtspersoon staat mede aan de voet van een bredere ontwikkeling die vanuit het bijzonder strafrecht is overgewaaid naar het commune strafrecht; een meer functionele benadering van de rechtssubjecten. Op deze functionalisering van de rechtssubjecten, het breder trekken van de kring van aansprakelijken dan enkel de direct fysiek betrokkenen, kom ik bij de bespreking van functioneel daderschap nog terug.

44 Advies van 6 april 2022, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, Den Haag 2022, p. 7.

Het ouderschap van de rechtspersoon heeft daarnaast in het commune strafrecht een holistisch aansprakelijkheidsconcept geïntroduceerd, dat hierna ook opduikt binnen andere leerstukken. Dit concept kan zich manifesteren *binnen* leerstukken en *tussen* leerstukken *onderling*. Op dit laatste kom ik verderop eveneens nog terug, omdat dit niet alleen betrekking heeft op het hier aan de orde gestelde ouderschap van de rechtspersoon.

Bij een holistische invulling *binnen* een leerstuk ontbreekt het aan een (duidelijke) materieelrechtelijke norm, maar wordt een toerekeningsconcept gekozen waarvan de invulling variabel is; niet-limitatieve criteria kunnen (in wisselende samenstelling) leiden tot de vaststelling van aansprakelijkheid. Redelijke toerekening is hiervan bij uitstek een voorbeeld.⁴⁵ Hierboven werd al opgemerkt dat in het Drijfmestarrest de term ‘redelijke toerekening’ in het kader van ouderschap van de rechtspersoon voor het eerst expliciet gebruikt wordt. Het concept ontwikkelde zich echter al langer, zoals al blijkt uit de verwijzing van de Hoge Raad naar eerdere jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis.⁴⁶ Kort na invoering van het ouderschap van de rechtspersoon in het wetboek (1976) introduceerde de Hoge Raad de leer van de redelijke toerekening in een geheel ander materieelrechtelijk leerstuk: de causaliteit (1978).⁴⁷ De Hoge Raad overwoog in het Letale longembolie-arrest, een verkeersrechtelijke casus, dat

“het optreden van letale longembolie na als gevolg van een botsing bekomen letsels als voormeld *niet van zodanige aard is dat het overlijden van het slachtoffer redelijkerwijze niet meer als gevolg van de botsing aan de dader zou kunnen worden toegerekend;*”⁴⁸ (mijn cursivering, JC)

Deze niet-onredelijke toerekening, die niet veel later werd omgedoopt tot leer van de redelijke toerekening, is sindsdien de heersende theorie om een strafrechtelijk causaal verband vast te stellen. Tot dit arrest werd de causaliteit vastgesteld volgens de voorzienbaarheidstheorie.⁴⁹ Deze laatstgenoemde theorie was veel bekritiseerd omdat het *de facto* weinig sturing gaf aan de vaststelling van causaliteit; ook een onvoorzienbare reeks van

45 Het is niet het enige voorbeeld. Verderop in dit hoofdstuk kom ik nog terug op de in het bijzonder strafrecht ontwikkelde meer holistische benadering van het materiële strafrecht.

46 “Blijkens de *wetsgeschiedenis* kan een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr) worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. Ook in de rechtspraak is *die* toerekening erkend als grondslag voor het ouderschap van de rechtspersoon (vgl. onder meer HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605 en HR 13 november 2001, NJ 2002, 219).” (mijn cursivering, JC), HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006, 328 (Drijfmest), r.o. 3.3.

47 Ik ga op de inhoud van dit leerstuk slechts kort – namelijk: voorzover relevant binnen de onderzoeksafbakening – in, omdat het als zodanig buiten de afbakening valt. Het komt hier slechts voorbij omdat het een voorbeeld vormt van eenzelfde holistische aansprakelijkheidsbenadering als bij het ouderschap van de rechtspersoon.

48 HR 12 september 1978, NJ 1979, 60.

49 De Hullu 2021, p. 174-175 (die deze theorie overigens de adequatietheorie noemt).

gebeurtenissen werd binnen de voorzienbaarheidstheorie gebracht indien het gevolg in zijn algemeenheid voorzienbaar was bij het verrichten van de gedragingen.⁵⁰ Het bood echter *de iure* tenminste nog een materieelrechtelijke norm, waarmee in potentie sturing kan worden gegeven aan een leerstuk. Met de introductie van de leer van de redelijke toerekening werd die potentie geheel losgelaten, en werd gekozen voor een open, holistische invulling. Deze invulling komt niet alleen overeen met de wijze waarop ouderschap van de rechtspersoon wordt vastgesteld voor wat betreft de heersende leer (redelijke toerekening), maar ook betreffende de invulling ervan: een samenstel van vooraf niet limitatief opgesomde omstandigheden kan bepalen of toerekening in een concreet geval redelijk is. Niet de redelijkheid van de uitkomst staat hierbij ter discussie, maar de voorspelbaarheid ervan.

Opmerking verdient overigens nog dat bij de introductie van de leer van de redelijke toerekening binnen de causaliteit een belangrijke rol is weggelegd voor het verkeersrecht; eerst werd deze leer toegepast om de *civielrechtelijke* causaliteit van schade na verkeersongevallen vast te stellen (vanaf 1970),⁵¹ waarna het in 1978 dus voor het eerst werd gebruikt om de *strafrechtelijke* causaliteit van schade na verkeersongevallen vast te stellen. Toepassing van de leer van de redelijke toerekening bleef echter, zoals bekend, niet beperkt tot verkeersrechtelijke casuïstiek, maar werd in het gehele strafrecht de heersende leer.

De maatstaf van de redelijke toerekening wint ook terrein buiten de leerstukken van causaliteit en ouderschap van de rechtspersoon, zij het (nog) niet zo expliciet zichtbaar. Onder de oppervlakte lijkt deze maatstaf steeds dominanter te worden bij het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook buiten de hierboven besproken leerstukken.⁵² De Jong spreekt in dit verband van een ‘vervlakking’ van het algemeen deel.⁵³ Hierbij valt te wijzen op de deelnemingsconstructies en het voorwaardelijk opzet.⁵⁴

Deze benadering is problematisch vanuit het perspectief van legaliteit, en in het verlengde daarvan vanuit het perspectief van het codificatiebeginsel en de daarmee verbonden functie van het algemeen deel van het wetboek. Niet alleen de delictomschrijvingen in het bijzonder deel van het wetboek dienen duidelijkheid te verschaffen over de grens tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag; ook de grenzen van de strafrechtelijke aanspra-

50 Hiervan vormt het Etalageruit-arrest een sprekend voorbeeld: HR 13 januari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4614, NJ 1970, 144.

51 Op deze zaken wijst annotator Van Veen in zijn noot bij het Letale longembolie-arrest: HR 12 september 1978, NJ 1979, 60, m.nt. Van Veen.

52 De Hullu 2021, p. 22-24.

53 De Jong 2012, p. 16-19 en p. 21-23.

54 Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:232, r.o. 8.5. Hier wordt (een deel van) het voorwaardelijk opzet beredeneerd aan de hand van de redelijke toerekening. Knigge pleit voor deze maatstaf in het kader van het (uiteenlopend) opzet bij medeplegers, zie Knigge 2003, p. 309-321.

kelijkheid die (impliciet of expliciet) in het algemeen deel van het wetboek zijn geregeld dienen die voorspelbaarheid te bieden. Door ‘redelijke toerekening’ als maatstaf te kiezen verliest het materiële strafrecht terrein bij het vaststellen van de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid (dedogmatisering), en komt de klemtoon meer te liggen op de bewijsvoering van dit begrip en de wijze waarop de rechter de invulling van dit begrip motiveert in zijn vonnis.

5.2.2 Schuldvorm roekeloosheid

5.2.2.1 Analyse en waardering

Een directe vorm van doorwerking in het commune strafrecht van een figuur die ontwikkeld is tegen de achtergrond van een bijzondere wet is de schuldvorm roekeloosheid. Deze figuur is op hetzelfde moment ingevoerd in artikel 175 WVV en artikel 307 en 308 Sr.⁵⁵ Hierom kan de vraag gesteld worden of het wel een vorm van doorwerking is. Bestudering van de parlementaire behandeling van de invoering van roekeloosheid (paragraaf 4.3.5.5) laat echter geen misverstand bestaan over de verkeersrechtelijke context waarbinnen deze invoering begrepen dient te worden. Het feit dat deze schuldvorm ook bij artikel 307 en 308 Sr is ingevoerd diende de ‘consistentie’ tussen die delicten en artikel 6 WVV te bevorderen.⁵⁶ Dit terwijl artikel 6 WVV als logische specialis dient te worden beschouwd van artikel 307 en 308 Sr.⁵⁷ Met andere woorden: de wetgever had niet hoeven vrezen voor het uitblijven van toepassing van de roekeloosheid via de artikelen 307 en 308 Sr – hij beoogde immers de mogelijkheid tot zwaardere bestrafing te creëren bij ‘ernstige verkeersongevallen’. Niettemin werd de nieuwe schuldvorm ook in die bepalingen ingevoerd.

Zoals in paragraaf 4.3.5.5 reeds werd beschreven werd het bestanddeel roekeloosheid (om verklaarbare redenen) restrictief uitgelegd door de Hoge Raad. Dit gold ook voor de toepassing van roekeloosheid binnen artikel 307 en 308 Sr.⁵⁸ Deze restrictieve toepassing vormde voor de wetgever aanleiding om met de invoering van artikel 5a WVV (onder meer) een ruimere toepassing van de roekeloosheid mogelijk te maken. In paragraaf 4.3.5.7 werd al besproken dat de invulling die roekeloosheid heeft gekregen via artikel 5a WVV de in de rechtspraak ontwikkelde (restrictieve) invulling van roekeloosheid vrijwel geheel buitenspel plaatst, waardoor de meerwaarde van de ‘tussenstap’ die roekeloosheid nu feitelijk vormt in de

55 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11.

56 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 13-14.

57 Machielse in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 308 Sr, aant. 3.

58 HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057, *NJ* 2015, 15, m.nt. Keijzer; HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482, *NJ* 2015, 404, m.nt. Keijzer; HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, *NJ* 2019, 359, m.nt. Vellinga.

WVW betwist kan worden. Bovendien zorgt artikel 5a WVW ervoor dat de – door de wetgever nog stellig gewenste – consistentie tussen artikel 6 WVW en artikel 307 en 308 Sr verdwenen is. Vanwege de logische specialis verhouding tussen die bepalingen zal er immers geen verkeersongeval via de commune culpoze bepalingen worden bestraft, waardoor de aanvankelijk gewenste consistentie plaats heeft gemaakt voor divergentie. Het is onduidelijk of de roekeloosheid in artikel 307 en 308 thans een volledig autonome betekenis heeft, maar aangenomen mag worden dat de (restrictieve) invulling die de Hoge Raad aan de roekeloosheid gaf hier nog leidend is. (Voor de volledigheid: die is in artikel 175 WVW op zichzelf ook nog van toepassing, maar naar verwachting zal die daar vrijwel geheel overschaduwde worden door de invulling via artikel 5a WVW.) De enige zaak waarin de Hoge Raad 's Hofs oordeel dat sprake was van 'commune' roekeloosheid in stand liet is de zaak naar aanleiding van het ongeval op de Vinkeveense plassen.⁵⁹ Het betrof een aanvaring tussen een speedboot en een sloep, waarbij twee opvarenden van de sloep om het leven kwamen. De bestuurder van de speedboot werd primair doodslag tenlastegelegd en subsidiair dood door schuld met roekeloosheid. Het Hof had vrijgesproken van de doodslag, omdat niet vastgesteld kon worden dat de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans op een dodelijk ongeval (en die kans dus ook niet kon hebben aanvaard).⁶⁰ Het Hof kwam wel tot een bewezenverklaring van roekeloosheid, en motiveerde dit door te wijzen op een uitgebreid samenstel van gedragingen, waarmee het uitdrukking gaf aan de ernst van de schuld. Deze gedragingen bestonden onder meer in het varen met 39 kilometer per uur (waar 6 kilometer per uur was toegestaan), zonder verlichting varen terwijl het donker was, en varen onder invloed van driemaal de toegestane hoeveelheid alcohol.⁶¹ Met deze uitgebreide motivering deed het Hof 'recht aan het bijzonder karakter van roekeloosheid', waardoor dit oordeel in cassatie standhield. Dit arrest is vooralsnog de enige houvast die gevonden kan worden in de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent roekeloosheid in het commune strafrecht. Het betreft echter een tamelijk unieke zaak, waarin de verdachte met zijn gedragingen een groot aantal (zorgvuldigheids)normen heeft geschonden, waardoor de motivering van roekeloosheid zich liet vormgeven door op al deze normschendingen te wijzen. Het is daarom sterk de vraag of een dergelijke motivering in andere (eveneens ernstige ogende) casuïstiek kan worden geboden, zoals bij de merkwaardige schietincidenten waarin een bewezenverklaring van roekeloosheid in een commune zaak geen standhield.⁶² In deze casuïstiek kan immers niet gemotiveerd worden met verwijzing naar een groot aantal normschendingen, waardoor het 'samenstel van gedragingen' lastiger het oordeel van roekeloosheid kan dragen. Anders gezegd: roekeloosheid zal

59 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, NJ 2019, 359, m.nt. Vellinga.

60 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10871.

61 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, NJ 2019, 359, r.o. 2.2.3.

62 HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057 en HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482.

in commune casuïstiek met name een rol kunnen spelen indien de feitelijke context sterk door normen beheerst wordt (zoals het verkeer niet zijnde wegverkeer, of een context waarin veel veiligheidsnormen en protocollen gelden zoals riskante sport- of amusementsaangelegenheden). Roekeloosheid is geen generieke 'reserve-optie' voor voorwaardelijk opzet.

Daarnaast moet bedacht worden dat deze zaak onmiskenbaar een verkeersrechtelijk karakter heeft, alleen betreft het het waterverkeer en niet het wegverkeer. Voorts valt op dat het alcoholgebruik in deze zaak wél ondersteunend werkte voor de bewezenverklaring van roekeloosheid; in het commune strafrecht is dat namelijk geen zelfstandige strafverzwarende omstandigheid (zoals in de Wegenverkeerswet), waardoor het wetssystematische bezwaar van de Hoge Raad op dit punt is weggenomen. Dit zou het bewijs van roekeloosheid kunnen vereenvoudigen voor commune zaken in vergelijking met de verkeersrechtelijke zaken, ware het niet dat de Wegenverkeerswet intussen met artikel 5a een eenvoudiger route naar roekeloosheid kent.

De ontwikkeling van de schuldvorm roekeloosheid past naadloos binnen de ontwikkelingen in het verkeersstrafrecht sinds de jaren negentig van de vorige eeuw. Die ontwikkeling kan kort omschreven worden als een zoektocht (van de wetgever) naar mogelijkheden om de veroorzakers van (ernstige) verkeersongevallen zwaarder te kunnen bestraffen, waarbij het oprekken en aanpassen van materieelrechtelijke grenzen en leerstukken niet geschuwd wordt. De stand van zaken tot aan de jaren negentig was immers dat het commune strafrecht enkel ingezet werd bij 'verkeerszaken' indien de gedragingen van de verdachte min of meer rechtstreeks gericht waren op iets *anders* dan verkeersdeelname. Te denken valt aan situaties waarbij een voertuig is ingezet als wapen, door (opzettelijk) in te rijden op een persoon. Er ontstond echter een sterke behoefte om veroorzakers van ernstige verkeersongevallen – ook buiten de zojuist genoemde gevallen – zwaarder te kunnen bestraffen (paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.5.4), en hiertoe werden allereerst de commune mogelijkheden verkend (in het bijzonder (poging tot) artikel 287 en 302 Sr). Er kunnen op dit punt twee situaties worden onderscheiden: een ongeval tussen *gelijkwaardige* verkeersdeelnemers en een ongeval tussen *ongelijkwaardige* deelnemers. Ingeval van ongelijkwaardige verkeersdeelnemers kan de veroorzaker (de 'sterke' verkeersdeelnemer) soms veroordeeld worden voor een commun delict, zoals bij het Enkhuizer doodslag-arrest.⁶³ Bij een bewezenverklaring zal bijzondere aandacht moeten uitgaan naar de onderbouwing van het voorwaardelijk opzet, waaruit blijkt dat de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans (op de dood), en hij die kans minstens op de koop toenam. Hiervoor zullen verklaringen (van de verdachte of eventuele getuigen) niet zelden essentieel zijn. Ook in het geval van een verkeersongeluk tussen gelijkwaardige deelnemers

63 HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327.

zijn de mogelijkheden voor een veroordeling voor een gemeen delict nadrukkelijk verkend sinds de jaren negentig. Hierbij zijn de grenzen van het voorwaardelijk opzet opgezocht, zoals in het Porsche-arrest.⁶⁴ Toen die grens bereikt was (omdat veroordeling voor het dodelijke artikel 287 Sr niet haalbaar bleek in deze zaak) werd de zoektocht naar mogelijkheden tot zwaardere straffen voor veroorzakers van ernstige verkeersongevallen voortgezet met de introductie van de roekeloosheid.⁶⁵ Die schuldvorm had, zoals bekend, ook gevolgen voor de commune artikel 307 en 308 Sr, zonder dat helder werd waarom aanpassing van die bepalingen noodzakelijk was in het licht van de wens tot zwaardere bestraffing bij ernstige verkeersongevallen. De roekeloosheid in die bepalingen werd vervolgens nader gecompileerd door de introductie van artikel 5a WVV, waardoor het commune strafrecht nu opgescheept zit met een blindganger van de roekeloosheid in de Wegenverkeerswet.

Uit deze analyse volgt de bevinding dat de werkwijze van de wetgever bij de invoering van roekeloosheid frictie oplevert met het schuldbeginnsel als fundament van het strafrecht. Het is daarom niet verwonderlijk dat in de strafrechtspraak moeite bleek te bestaan met de toepassing van deze schuldvorm. Zo kan de grote terughoudendheid van de Hoge Raad in de toepassing van deze schuldvorm mede verklaard worden vanuit een zeker ongemak met de verhouding tussen roekeloosheid en de 'gewone' culpa. De wetgever legde de klemtoon op de mogelijkheid tot zwaardere bestraffing, terwijl de Hoge Raad zich geconfronteerd zag met de vraag hoe het strafverhogende effect van deze schuldvorm kon worden ingepast in een strafrechtelijk systeem waarin het schuldbeginnsel reeds zorgvuldig uitgewerkt was in de schuldvormen opzet en culpa. Deze terughoudendheid resulteerde in onvrede bij de wetgever, omdat de gewenste hogere straffen in veel gevallen uitbleven. Die onvrede valt uiteindelijk echter vooral terug te voeren tot een gebrekkige doordenking van de precieze plaats van de roekeloosheid ten opzichte van bestaande schuldvormen, en een overmatige focus op de gewenste strafverzwarende mogelijkheid ervan. De divergentie die intussen is opgetreden tussen de roekeloosheid in de Wegenverkeerswet en de commune roekeloosheid kan een herhaling van zetten opleveren, zodra blijkt dat de verkeersrechtelijke roekeloosheid via artikel 5a WVV frequent wordt toegepast terwijl de commune roekeloosheid nog steeds slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wordt toegepast.

64 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

65 De uitkomst van het Porsche-arrest werd expliciet gebruikt in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel waarmee roekeloosheid werd geïntroduceerd, zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 10.

5.2.3 Vormgeving strafbaarstellingen

5.2.3.1 Analyse en waardering

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat de vormgeving van de strafbaarstellingen in de bijzondere wetten regelmatig sterk afwijkt van de vormgeving in het commune strafrecht. Hierdoor ontstaat met betrekking tot de normen in het bijzonder strafrecht vaak enige spanning met het legaliteitsbeginsel.

In hoofdstuk 4 is besproken dat in bijzondere wetten in toenemende mate gebruik gemaakt wordt van strafbaarstellingen die de materiële norm minder scherp aanduiden, of de invulling van die materiële norm overlaten aan lagere wet- of regelgeving. In het eerste geval kan wel gesproken worden van semantische onduidelijkheid, en in het laatste geval van systematische onduidelijkheid. In beide gevallen verschuift het belang van het legaliteitsbeginsel naar de achtergrond, en het belang van de rechtshandhaving naar de voorgrond. In veel gevallen zal er sprake zijn van een zekere onmacht van de wetgever om de strafbaarstellingen scherper te omschrijven, bijvoorbeeld omdat het wenselijk wordt geacht om de normen wisselend te kunnen invullen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan fiscaal strafrechtelijke normen, waarvan de invulling zal kunnen afhangen van het fiscaal beleid (dat frequent zal wijzigen). Toch kiest de wetgever in gevallen waarin hij onmachtig is de norm scherp aan te duiden voor een strafbaarstelling; doorgaans om daarmee het strafvorderlijk instrumentarium of het strafrechtelijk sanctiearsenaal beschikbaar te maken. In bijvoorbeeld het fiscale strafrecht en, in het bijzonder, in de WED wordt op deze wijze het strafrecht als 'sluitstuk' ingezet. Hiermee is het materiële strafrecht een middel geworden om de strafvordering en sanctionering te faciliteren. In veel strafbaarstellingen in het bijzonder strafrecht is de daadwerkelijke materiële norm niet opgenomen; de materiële wederrechtelijkheid blijkt hier niet uit de strafbaarstelling. De materiële norm wordt vaak (via delegatie) op lager niveau bepaald in regelgeving, of de norm wordt zo bepaald dat de werkelijke invulling wordt overgelaten aan een bestuursorgaan (administratieve afhankelijkheid). Ook komen in het bijzonder strafrecht zorgplichtbepalingen voor. In deze gebodsbepalingen worden de rechtssubjecten opgedragen een bepaalde mate van zorg te betrachten met betrekking tot een bepaald rechtsgoed. In het vorige hoofdstuk werd bij wijze van voorbeeld artikel 13 van de Wet bodembescherming besproken (paragraaf 4.5.2.3). Deze normen kunnen vanuit legaliteitsperspectief sterk problematisch zijn omdat niet altijd op voorhand duidelijk is welke mate van zorg voldoende is; hierdoor wordt het haast onmogelijk voor rechtssubjecten om hun gedrag af te stemmen op de norm. Naast deze expliciete zorgplichtbepalingen bestaan in het bijzonder strafrecht ook impliciete zorgplichtbepalingen. Via de constructie van het voorwaardelijk opzet worden bijvoorbeeld verbodsbepalingen in de Opiumwet in wezen getransformeerd naar gebodsbepalingen waarin het niet betrachten van een bepaalde mate van zorg feitelijk reeds strafbaar is.

Met deze werkwijze worden de grenzen van het legaliteitsbeginsel opgezocht, maar volgens bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad niet overschreden.⁶⁶ Vanuit Straatsburg lijkt een strengere lijn te zijn ingezet omtrent

66 Zie hierover par. 3.4.2.2.1 en bijvoorbeeld HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (*Krulsla*).

het gebruik van gelede normstellingen,⁶⁷ waardoor het niet ondenkbaar is dat de Nederlandse bijzondere strafwetgeving op dit punt in de nabije toekomst enige aanpassing behoeft. Binnen dit alles blijft echter verschil bestaan tussen toelaatbare (semantische of systematische) vaagheid in bijzondere wetten en de toelaatbare vaagheid in het commune strafrecht, zoals naar voren kwam in paragraaf 3.4.2.2.2. Tegen deze achtergrond is het opvallend dat deze vormgeving van de normen uit de bijzondere wetten ook voet aan de wal lijkt te krijgen in het commune strafrecht.

Dit wordt onder meer zichtbaar in een aantal strafbaarstellingen binnen het terrorismedomein. Zo luidt het voorgestelde artikel 134b Sr, voorzover hier van belang en zoals de bepaling is voorgesteld aan de Eerste Kamer:

“1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft de Nederlander die, anders dan in opdracht van de staat of een volkenrechtelijke organisatie of als afgevaardigde van het Internationaal Comité van het Rode Kruis of van het Rode Kruis, bedoeld in artikel 1, tweede lid, van het Besluit Rode Kruis 1988, zonder toestemming van Onze Minister van Justitie en Veiligheid, opzettelijk verblijft in een gebied dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen als een onder controle van een terroristische organisatie staand gebied. Toestemming kan worden verleend aan een groep personen werkzaam voor een bepaalde organisatie.”⁶⁸

Uit deze strafbaarstelling op zichzelf valt voor de rechtssubjecten weinig te achterhalen met betrekking tot de precieze materiële norm. De norm houdt namelijk, kort gezegd, in: het zonder toestemming van de minister verblijven in een bepaald gebied. Daarin is geen enkele precisie aangebracht. Een intrinsiek onrecht valt in deze bepaling niet te bespeuren,⁶⁹ de wederrechtelijkheid ontstaat pas zodra de minister een gebied per AMvB aanwijst. De werkelijke norm wordt hier aldus per AMvB vormgegeven. De onmacht tot scherpere aanduiding van de norm blijkt voorts uit de laatste volzin, waarbij de reikwijdte van de strafbaarstelling wordt beperkt in geval er toestemming is gegeven; ook dit markeert het totale gebrek aan precisie in de gehele norm.⁷⁰ Niet alleen in de mate van onduidelijkheid van de materiële norm, maar ook in de ratio achter deze strafbaarstelling bestaat een gelijkenis met de strafbaarstellingen in bijzondere wetten: het wordt ingevoerd om de effectiviteit van de handhaving van (andere) terroristische misdrijven te verbeteren, en bewijsproblemen van andere misdrijven te

67 EHRM 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM, *EHRC Updates* 2020/160, m.nt. Gerards & Nossen.

68 *Kamerstukken I* 2019/20, 35125, A, p. 2.

69 Van Kempen 2019, p. 783-800;

70 Dit dreigende legaliteitsprobleem werd eerder al gesignaleerd in een (WODC-)onderzoek dat voorafging aan de huidige voorgestelde strafbaarstelling: Van Kempen & Fedorova 2015, p. 14-50.

omzeilen.⁷¹ Deze twee overeenkomsten doen zich natuurlijk niet toevallig tegelijk voor, nu de openheid van de materiële norm juist faciliterend werkt voor de mogelijkheden tot strafvordering.

Ook in het reeds bestaande artikel 134a Sr maakt de delictsomschrijving maar amper duidelijk wat de materiële norm is, in het bijzonder bij het deel van de delictsomschrijving waarin het gaat om 'een ander kennis of vaardigheden bijbrengen' die uiteindelijk benut kunnen worden 'bij het plegen van een terroristisch misdrijf dan wel een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf'; ook wel het 'trainen voor terrorisme' genoemd. Hierbij hoeft niet bewezen te worden dat degene die de training geeft daadwerkelijk weet van de terroristische motieven van degene die de training volgt; voorwaardelijk opzet hierop volstaat.⁷² Dit voorwaardelijk opzet bestaat volgens de wetgever reeds indien er 'geen navraag wordt gedaan' bij degenen die de training volgen, waardoor niet voldaan is aan de 'onderzoeksplicht' ter zake.⁷³ Dit opzetvereiste ligt aanmerkelijk lager dan waartoe de wetgever verplicht was; artikel 7 van het Verdrag van de Raad van Europa ter voorkoming van terrorisme spreekt in dit verband namelijk van een oogmerkvereiste.⁷⁴ Een dergelijk opzetvereiste ligt in deze bepaling ook voor de hand, om enige begrenzing te geven aan de strafbaarstelling. Daar is niet voor gekozen, waardoor deze bepaling strafrechtelijke aansprakelijkheid in het leven kan roepen bij het niet-voldoen aan een onderzoeksplicht, terwijl de in de delictsomschrijving aangeduide gedragingen volstrekt neutraal (kunnen) zijn. Hiermee is een breed strafvorderlijk vangnet opgezet, dat ten koste gaat van de precisie van de materieelrechtelijke strafbaarstelling. Bij deze strafbaarstelling kan de vraag gesteld worden of hij voldoet aan wat de absolute kerneigenschap van het materiële strafrecht (vanuit legaliteitsperspectief) dient te zijn: onderscheid maken tussen strafbaar en straffeloos gedrag.

Ook in een tweetal commune milieubepalingen⁷⁵ (artikel 173a en 173b Sr) is in de vormgeving van de strafbaarstellingen gebruik gemaakt van een normstellingsconstructie die afkomstig is uit de bijzondere wetten. Hoewel

71 *Kamerstukken II* 2018/19, 35125, 3, p. 1-3.

72 Ten Voorde, in: *T&C Strafrecht*, art. 134a Sr, aant. 7.

73 *Handelingen II* 20 januari 2009, 43, p. 3795, via: Ten Voorde, in: *T&C Strafrecht*, art. 134a Sr, aant. 7.

74 Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang: "Voor de toepassing van dit Verdrag wordt verstaan onder 'training voor terrorisme', het geven van instructie voor het vervaardigen of gebruiken van explosieven, vuurwapens of andere wapens of schadelijke of gevaarlijke stoffen, of voor andere specifieke methoden of technieken, met als doel het plegen van of bijdragen aan het plegen van een terroristisch misdrijf, *in de wetenschap dat beoogd wordt* de verstrekte vaardigheden daarvoor in te zetten." (mijn cursivering, JC).

75 Het verschil met de bijzondere milieubepalingen is gelegen in het beschermde rechtsbelang: in de art. 173a en 173b gaat het om de bescherming van de veiligheid c.q. gezondheid van personen, terwijl in de bijzondere milieubepalingen de bescherming van het milieu centraal staat.

op het eerste gezicht niet zichtbaar, schuilt achter het bestanddeel 'wederrechtelijk' in deze delictsomschrijvingen zowel een gelede normstelling als een vorm van administratieve afhankelijkheid. De wetgever stelde bij de invoering van deze bepalingen namelijk het volgende:

"Een afzonderlijke bespreking behoeft het bestanddeel «wederrechtelijk» in de voorgestelde delictsomschrijving. Het is hier niet de plaats uitvoerig op dit leerstuk in zijn algemeenheid in te gaan. In de voorgestelde bepalingen wordt beoogd hiermee het volgende aan te geven. Verschillende bijzondere milieuwetten kennen het vereiste van een vergunning voor het verrichten van daarbij omschreven handelingen die verband houden met het milieu. Handelt iemand in overeenstemming met zo een vergunning, dan is dit niet wederrechtelijk. Ook al zou hij voor het overige voldoen aan alle bestanddelen van de voorgestelde strafbepalingen, dan nog is zijn handelen niet strafbaar."⁷⁶

De artikelen 173a en 173b Sr bevatten aldus zowel een gelede normstelling (via de achterliggende norm in de bijzondere milieuwetten waarin het vergunningsvereiste is opgenomen) als een vorm van administratieve afhankelijkheid (het stellen van vergunningsvoorwaarden is overgelaten aan een bestuursorgaan).

Ook in de reden om deze strafbaarstellingen op deze wijze vorm te geven is een verband te leggen met het bijzonder strafrecht. Een blik op de memorie van toelichting bij de wijziging van deze bepalingen in hun huidige vorm leert namelijk dat de bepalingen zijn ingevoerd om – via de gestelde strafmaxima – verjaringsproblematiek te omzeilen,⁷⁷ toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen mogelijk te maken⁷⁸ en om de 'bewijsbaarheid' te vergemakkelijken.⁷⁹ Net als in de bijzondere wetten wordt het belang van de strafvordering gesteld boven het materieelrechtelijke belang. Niet de (strafwaardigheid van de) gedragsnorm is doorslaggevend voor de vormgeving van de strafbaarstellingen, maar de sanctienorm (en de daaraan verbonden strafvorderlijke mogelijkheden).

De vier hierboven besproken delictsomschrijvingen illustreren dat het commune strafrecht vatbaar is voor doorwerking van de in de bijzondere wetten gangbare vormgeving van strafbaarstellingen, zeker indien strafvorderlijke motieven een sterke rol spelen bij het opstellen of wijzigen van een strafbaarstelling. Dat laatste komt steeds nadrukkelijker naar voren als patroon in de hier aan dit in dit onderzoek aan de orde gestelde materie. Het is goed denkbaar dat zich een vergelijkbaar patroon voordoet indien de focus niet op het schuld- of legaliteitsbeginsel wordt gelegd, maar op bijvoorbeeld het beginsel van het daadstrafrecht. Een eerste indruk die ik

76 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 13.

77 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 9.

78 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 1.

79 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 13.

hierbij heb, is dat de focus in voorkomende gevallen minder komt te liggen op dit beginsel omwille van met name strafvorderlijke redenen.⁸⁰ Omdat dit beginsel buiten de afbakening van dit onderzoek ligt laat ik dit punt verder rusten.

De rol die zorgplichten spelen bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid kwam hierboven al even aan de orde, maar zal hieronder nog nadrukkelijker worden besproken met betrekking tot het (voorwaardelijk) opzet.

5.3 DOORWERKING VAN AFWIJKINGEN VIA JURISPRUDENTIE

Een tweede wijze waarop afwijkingen uit het bijzonder strafrecht kunnen doorwerken in het commune strafrecht is via de jurisprudentie. Hierbij zal een figuur of interpretatie eerst in de jurisprudentie van het bijzonder strafrecht moeten zijn ontstaan (hoofdstuk 4), om vervolgens ook ingang te vinden in het commune strafrecht. Wellicht ten overvloede wijs ik er hierbij op dat deze doorwerkingen naar hun aard problematisch zijn vanwege de codificatiesystematiek, waarbinnen de algemene regeling van het materiële strafrecht in het wetboek vooropgesteld wordt. Deze positie staat onder druk zodra het materiële strafrecht buiten het wetboek de ontwikkeling van het gehele materiële strafrecht mede gaat beïnvloeden. Een dergelijke ontwikkeling via wetgeving (paragraaf 5.2) heeft vaak tenminste als voordeel dat hij zichtbaar is, en weloverwogen kan worden ingebed in zijn 'nieuwe' (commune) omgeving – hoewel we hierboven zagen dat dit inbedden niet altijd zorgvuldig is gebeurd. Indien deze ontwikkeling zich via de jurisprudentie voltrekt, ontbreken die voordelen grotendeels – hoewel van de rechter wel mag worden verwacht dat hij niet zomaar een figuur of interpretatie uit het bijzonder strafrecht overneemt in het commune strafrecht.

Hieronder wordt van de in het vorige hoofdstuk beschreven afwijkingen in het bijzonder strafrecht besproken of en op welke wijze zij terugkeren in het commune strafrecht, waarbij die doorwerking telkens gewaardeerd kan worden in het licht van het schuld- en legaliteitsbeginsel. Hierbij neem ik soms ontwikkelingen samen die in het vorige hoofdstuk afzonderlijk werden besproken, zoals mutaties in de schuldvormen. Hierbij werk ik met observaties, en niet met causale relaties, omdat de nodale structuur van die ontwikkelingen niet altijd te ontrafelen is.

80 Dit gold reeds voor de strafbare voorbereidingshandelingen die als uitzondering in de Opiumwet werden geregeld en later werden veralgemeniseerd in het Wetboek van Strafrecht, alsmede voor de bijzondere voorbereidingsdelicten binnen bijvoorbeeld het terrorismedomein of de zedendelicten, met artikel 240c Sr als meest recente toevoeging.

5.3.1 Functioneel ouderschap

5.3.1.1 *Nadere analyse van de totstandkoming*

In het vorige hoofdstuk is stilgestaan bij de ontwikkeling van het functioneel ouderschap in de context van de jurisprudentie inzake de WED.⁸¹ Deze figuur is tot ontwikkeling gekomen in de context van de revolutie in het economisch strafrecht die zich halverwege de twintigste eeuw afspeelde; in de jaren '40 werd een dogmatische grens doorbroken met de invoering van het ouderschap van de rechtspersoon, direct na de oorlog werd begonnen met de vorming van de WED en er werd belangrijke jurisprudentie gewezen over de toepasselijkheid van het uitgangspunt van kleurloos opzet in het economisch strafrecht. Bovendien werd in 1951 het voorwaardelijk opzet als opzetgradatie geaccepteerd door de Hoge Raad.⁸² Binnen deze ontwikkeling past ook de ontwikkeling van het functioneel ouderschap. De feiten in het IJzerdraad-arrest⁸³ zijn in 1952 gepleegd, nog geen jaar na de inwerkingtreding van de WED.⁸⁴ Hieruit valt mogelijk te verklaren waarom de rechtbank en het hof artikel 15 WED – waarin de regeling van het ouderschap van de rechtspersoon stond – (ten onrechte) analoog hadden toegepast op de eigenaar van een eenmanszaak die de verdachte was in het IJzerdraad-arrest.⁸⁵ Relevant is dat aan de verdachte het *plegen* van de feiten is tenlastegelegd, niet het medeplegen of doen plegen, terwijl de feitelijke gedragingen werden verricht door de persoon die als export-manager in dienst was in de eenmanszaak van de verdachte. In de tenlastelegging wordt echter gesteld dat de verdachte heeft 'ingevuld', heeft 'doen toekomen' en heeft 'uitgevoerd' "middels J. D. M., Export-manager tevens chef-inkoper". Hieraan ligt dus de gedachte ten grondslag dat een natuurlijk persoon ook strafbare feiten kan plegen middels een ander; een vorm van doen plegen, zonder dat straffeloosheid van de onmiddellijk pleger vereist is. Deze functionele benadering van ouderschap was in de decennia voorafgaand aan het arrest reeds tot ontwikkeling gekomen,⁸⁶ maar was beperkt tot toepassing op delictsniveau (niet op het niveau van algemene leerstukken). Het leek hierbij in de eerste plaats te gaan om delicten waarin de strafbaarstelling bestond uit een verboden toestand,⁸⁷ waarbij degene in

81 Par. 4.5.1.4.2.

82 HR 6 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:2, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent).

83 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

84 Wet van 22 juni 1950, *Stb.* 1950, K258 (i.w.tr. op 1 mei 1951).

85 Overigens werd in de literatuur ook gepleit voor deze analoge toepassing (vanwege de uniformiteit), zie de noot van Mulder bij dit arrest, *SEW* 1954-3, p. 85-92, waarin hij onder meer het volgende overweegt: "Rechtspersonen en natuurlijke personen zullen, indien zij eigenaars van ondernemingen zijn, dikwijls elkanders concurrenten op de markt zijn. Een gelijkstelling in strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het handelen door middel van derden mag daarom eis van goed recht zijn." (p. 91).

86 Zie hierover uitgebreid: Torringa 1984, p. 14-43.

87 Torringa 1984, p. 32.

wiens macht het lag om een einde te maken aan een verboden toestand als dader kan worden aangemerkt. De in het IJzerdraadarrest geformuleerde criteria van beschikken en aanvaarden lijken ook rechtstreeks afkomstig uit jurisprudentie over het in stand laten van een verboden toestand.⁸⁸ In de tweede plaats was deze functionele benadering ontwikkeld op delictsniveau door een functionele interpretatie van strafbaar gestelde gedragingen in economische sfeer, zoals het verrichten van activiteiten zonder een daartoe vereiste vergunning te hebben.⁸⁹

Röling wijst in zijn noot bij het IJzerdraadarrest ook op de ontwikkeling van een 'sociaal-economisch gedragingsbegrip'.

"Het is een heroriëntatie van het begrip 'plegen' op grond van een nieuwe sociale werkelijkheid. Het 'bewerken', dat vroeger noodzakelijkerwijze leidde tot deelnemingsconstructie, wordt in het soc.-ec. recht de belangrijkste vorm van 'plegen'."⁹⁰

Het IJzerdraadarrest kan derhalve niet gezien worden als startpunt van een functionele benadering van daderschap. De Hoge Raad stelt immers, in aansluiting op de bestaande functionele benadering:

*"dat toch handelingen zoals dergelijk in strijd met de wet invullen van formulieren, doen toekomen van die formulieren aan den Dienst van In- en Uitvoer en uitvoeren van goederen, slechts dan waren aan te merken als gedragingen van verd., indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welke plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard;"*⁹¹

Zo kwam een vorm van daderschap tot ontwikkeling die specifiek was toegesneden op gedragingen in de economische sfeer, en daarmee was de toepassing meteen beperkt tot het economisch strafrecht. Het is dan ook niet toevallig dat, zoals zojuist gesteld, het IJzerdraadarrest is gewezen vlak na invoering van de WED. Hierbij zal de Hoge Raad in overweging hebben genomen dat de regeling van daderschap van rechtspersonen in artikel 15 WED zich niet uitstrekte tot eenmanszaken, terwijl voorkomen moest worden dat er in het strafrecht een verschil zou ontstaan tussen deze eenmanszaken en andere civielrechtelijke bedrijfsconstructies.

5.3.1.2 Veralgemeenisering tot algemeen leerstuk

Waar het functioneel daderschap in de periode rondom het IJzerdraadarrest nog werd ingelezen in bepaalde delictsgedragingen in economische context,

88 Torringa 1984, p. 35.

89 Torringa 1984, p. 30-32.

90 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad), m.nt. Röling.

91 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

heeft het zich in de decennia erna ontwikkeld tot algemeen leerstuk. Het is een gangbare daderschapsconstructie geworden, ook in zaken die niet direct een economische lading hebben. Dit kan niet treffender geïllustreerd worden dan met een overweging ten overvloede uit het overzichtsarrest dat de Hoge Raad in 2014 wees met betrekking tot medeplegen:

“Het valt overigens op dat het openbaar ministerie bij het tenlasteleggen van commune en andere niet-economische strafbare feiten – in vergelijking met economische delicten – vaker gebruik lijkt te maken van (soms ingewikkelde) deelnemingsconstructies dan van het meer geëigend lijkende functionele daderschap.”⁹²

Dit arrest werd gewezen om meer duidelijkheid te verschaffen over de grens tussen medeplegen en andere deelnemingsvormen, in het bijzonder de medeplichtigheid. Hierbij is een expliciete aanmoediging aan het openbaar ministerie om vaker de figuur van functioneel daderschap te gebruiken in een tenlastelegging niet noodzakelijk, maar in de ogen van Hoge Raad blijkbaar dus wel gewenst. Hierin valt te constateren dat het functioneel daderschap zich sterk heeft veralgemeniseerd; aanvankelijk was de toepassing van deze figuur beperkt tot gedragingen in economische sfeer (daar werd deze vorm van daderschap ‘ingelezen’), terwijl deze vorm van *daderschap* nu een relevant alternatief is voor *deelnemingsconstructies* binnen het gehele materiële strafrecht.

Naast het feit dat functioneel daderschap een gangbare daderschapsconstructie is geworden in het gehele materiële strafrecht, heeft deze figuur ook invloed uitgeoefend op de interpretatie en toepassing van andere materieel-rechtelijke leerstukken. Niet zelden valt de feitenrechter te betrappen op het gebruiken van de maatstaf van beschikken en aanvaarden buiten gevallen waarin het om functioneel daderschap gaat,⁹³ zo constateert ook de Hoge Raad in zijn eerder aangehaalde overweging uit het overzichtsarrest.⁹⁴ Dat wordt mede veroorzaakt door het feit dat functioneel daderschap toepasbaar is op de deelnemingsvormen; functioneel medeplegen, functioneel uitlokken, maar ook functionele medeplichtigheid en zelfs functioneel doen plegen zijn (theoretisch) mogelijk. Tegelijk tekent zich binnen het medeplegen een ontwikkeling af waarin de medepleger ook op afstand kan staan van het plegen van het delict. Deze ontwikkeling, die duidelijk zichtbaar werd in het Containerdiefstalarrest,⁹⁵ vergroot ook de mogelijkheden om een persoon die functioneel betrokken is als volwaardig pleger te bestraffen. Een grote functionele betrokkenheid kan hierbij een geringe fysieke betrokkenheid compenseren. Aldus vindt er over de gehele linie een verbreding plaats van de kring van strafrechtelijk aansprakelijken.

92 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015, 390, r.o. 3.3.1.

93 Zie bijvoorbeeld HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2344.

94 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015, 390, r.o. 3.3.1.

95 HR 17 november 1981, NJ 1983, 84.

Hoewel de zojuist geschetste ontwikkeling past binnen de wijze waarop de samenleving zich heeft ontwikkeld in de twintigste eeuw, roept hij wel vragen op in het licht van artikel 91 Sr in verbinding met het legaliteitsbeginsel. Het algemeen deel van het wetboek bepaalt de voorwaarden waaronder strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd kan worden, terwijl artikel 91 Sr deze voorwaarden versleuteld en van toepassing verklaard op het gehele materiële strafrecht. Hierin valt duidelijk de legaliteitsgedachte te herkennen, nu het algemeen deel hiermee zekerheid verschaft omtrent de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Legaliteit stelt niet alleen eisen aan delictsomschrijvingen maar ook aan de algemene leerstukken die bepalend zijn voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het legaliteitsbeginsel verliest veel waarde zodra er weliswaar sprake is van heldere en tijdig ingevoerde strafbaarstellingen, maar de voorwaarden waaronder men als pleger of dader van de strafbaarstelling kan worden bestraft niet helder zijn vastgelegd.

De geschetste ontwikkeling van het functioneel daderschap en de bredere functionalisering van strafrechtelijke aansprakelijkheid is problematisch in het licht van artikel 91 Sr. Het functioneel daderschap is ontwikkeld in de context van het bijzonder strafrecht en daarna veralgemeniseerd, en is ontwikkeld in de jurisprudentie, zonder solide wettelijke basis. Hierin vallen twee problemen te signaleren. De veralgemenisering van deze bijzondere figuur is allereerst een directe doorkruising van de grondwettelijke verhouding tussen het wetboek en de bijzondere wetten. Wie (het algemeen deel van) het wetboek erop naslaat heeft geen idee van het bestaan van functioneel daderschap, terwijl het intussen een prominente vorm van daderschap is geworden in het gehele strafrecht. Bovendien is deze figuur niet ontwikkeld door de wetgever – de ‘beheerder’ van het algemeen deel – maar door de rechter. Dit terwijl artikel 91 Sr een uitbreiding van het algemeen deel slechts toestaat bij formele wet (en niet bij jurisprudentie). Dit euvel is in het IJzerdraadarrest nog niet zichtbaar; we constateerden immers eerder al dat de Hoge Raad in dit arrest een meer functionele vorm van daderschap kon baseren op de functioneel getinte bestanddelen van de delictsomschrijving (uit het economisch strafrecht). Het ‘beschikken en aanvaarden’ werden hierbij geleend uit de jurisprudentie omtrent het in stand laten van een verboden toestand; een eveneens (tot de WED beperkte) functioneel getinte vorm van strafbaar stellen (wie niet ingrijpt, laat in stand). De Hoge Raad wees dit arrest ongetwijfeld mede om onverantwoorde ongelijkheid tussen eenmanszaken en andere ondernemingen – die vanuit artikel 15 WED (oud) kon ontstaan – te voorkomen. De figuur van functioneel daderschap heeft zich nadien echter geleidelijk ontwikkeld tot algemene vorm van daderschap, die niet beperkt is tot strafbaarstellingen die functioneel getinte bestanddelen bevatten, en evenmin beperkt is tot strafbaarstellingen in bijzondere wetten. Hiermee is de reikwijdte van het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder twijfel flink uitgebreid, zonder dat het te herleiden valt uit het algemeen deel van het wetboek. Want bij de toepassing van het functioneel daderschap wordt niet

meer gekeken of de bestanddelen uit de delictsomschrijving een functionele interpretatie toestaan; het is intussen een gangbare en algemeen toepasbaar algemeen leerstuk geworden. Deze vorm van *daderschap* heeft zich ontwikkeld tot volwaardige *deelnemingsvorm*. Veelzeggend is ook de passage uit het overzichtsarrest waarin de Hoge Raad wijst op het functioneel *daderschap* als alternatief voor een gekunstelde medeplegen-constructie:

“Het gebruikmaken van aan *andere deelnemingsvormen* ontleende begrippen of constructies kan de bewijsvoering voor medeplegen compliceren en verdient daarom in zulke gevallen geen aanbeveling. (Vgl. HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5140 en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1593, in welke zaken het medeplegen door het hof was bewezenverklaard aan de hand van criteria voor het zogenoemde functionele *daderschap*).”⁹⁶

De Hoge Raad ziet het functioneel *daderschap* intussen kennelijk als *deelnemingsvorm*, en dat onderstreept nog maar eens de veralgemenisering van het functioneel *daderschap*. Bovendien gaat hiervan het signaal uit dat deze figuur, bij gebrek aan een wettelijke regeling, zich heeft kunnen ontwikkelen tot een soort hybride tussenvorm van een *daderschaps-* en een *deelnemingsfiguur*.

5.3.2 Ontwikkeling voorwaardelijk opzet (met mogelijkhedenbewustzijn)

Een van de meest belangrijke leerstukken die zich voor een belangrijk deel heeft ontwikkeld over de bandbreedte van het bijzonder strafrecht is het voorwaardelijk opzet. In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde op welke wijze die opzetgradatie wordt geïnterpreteerd en toegepast in een aantal bijzondere wetten. Het behoeft hier geen betoog dat het voorwaardelijk opzet intussen een gangbare opzetgradatie is in het *commune* strafrecht. In de appendix bij dit onderzoek heb ik de ontwikkeling hiervan in grote lijnen beschreven. Hoewel het eindresultaat helder is (voorwaardelijk opzet is een geaccepteerde opzetgradatie), kan over het startpunt nog wel getwist worden. Modderman erkende het voorwaardelijk opzet reeds als opzetgradatie: “Ik erken slechts twee soorten van opzet en schuld: onvoorwaardelijk opzet en voorwaardelijk opzet, bewuste schuld en onbewuste schuld.”⁹⁷ Hij erkende tegelijk dat er discussie bestond over de grens tussen opzet en culpa, waardoor hij – geheel passend bij de pragmatische werkwijze die ook ten aanzien van andere dogmatische kwesties werd gehanteerd – de nadere ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet overliet aan de ‘wetenschap en praktijk’.⁹⁸ In de rechtspraak van de Hoge Raad werd deze opzetgradatie uiteindelijk nader uitgewerkt. In dit verband wordt regelmatig gewezen

⁹⁶ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015, 390, r.o. 3.3.1.

⁹⁷ Smidt I, p. 87.

⁹⁸ Smidt I, p. 89.

op het antieke Hoornse Taart-arrest.⁹⁹ In dit arrest was echter geen sprake van het accepteren van het voorwaardelijk opzet zoals dat tegenwoordig ingevuld wordt. Er was weliswaar sprake van een *error in persona*, maar er bestond geen twijfel over de vraag of de verdachte het delictsgevolg (de dood van ‘een ander’) beoogde. Annotator Simons bestempelde dit arrest desondanks als “een belangwekkend voorbeeld voor de leer van het voorwaardelijk opzet”.¹⁰⁰ De Hoge Raad laat zich in dit arrest echter niet uit over de vraag op welke wijze dat voorwaardelijk opzet ingevuld dient te worden. Sterker: de Hoge Raad hanteert in dit arrest niet de term ‘voorwaardelijk opzet’, en hij geeft evenmin een invulling aan het opzet die doet denken aan de thans gangbare invulling van het voorwaardelijk opzet.¹⁰¹ Bovendien raakte dit arrest ook niet de kern van de discussie over de toelaatbaarheid van het voorwaardelijk opzet, nu op zichzelf (ook in 1911) breed aanvaard was dat het waarschijnlijkheidsbewustzijn (waarvan getuige de bewijsmiddelen in het Hoornse Taart-arrest sprake was¹⁰²) een acceptabele vorm van opzet opleverde.

Pas decennia na het Hoornse Taart-arrest liet de Hoge Raad zich expliciet uit over de toelaatbaarheid van het voorwaardelijk opzet als opzetgradatie. In de jaren na de Tweede Wereldoorlog spitste deze discussie zich wél toe op de toelaatbaarheid van het mogelijkheidsbewustzijn als basis voor (voorwaardelijk) opzet. Dat gebeurde in een periode (begin jaren vijftig) waarin er binnen het materiële strafrecht in een paar jaren veel veranderde.¹⁰³ In het arrest dat bekend staat onder de naam ‘Inrijden op agent’¹⁰⁴ treffen we voor het eerst een formulering aan die doet denken aan de hedendaagse invulling van voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad overweegt daar immers:

“dat toch de automobilist, die *bewust een kans* om een ander omver te rijden en dan naar redelijke verwachting van het leven te beroven, zo hachelijk dat hem alleen een ijlings opzij springen van dien ander zelf nog aan haar verwerkelijking kan onttrekken, in het leven roept en blijkens zijn doorrijden blijft *aanvaarden*, handelt met het voor poging tot doodslag vereiste opzet;”

99 HR 19 juni 1911, ECLI:NL:HR:1911:1, W 9203.

100 HR 19 juni 1911, W 9203, p. 2.

101 Het is ook veelzeggend dat het arrest niet voorkomt in het handboek van De Hullu (De Hullu 2021) en bovendien niet in Brouns 1988.

102 De verdachte verklaarde in deze zaak onder meer “dat hij in den trein tusschen Amsterdam en Hoorn (namelijk ná de verzending der taart uit Amsterdam) tot het *duidelijk inzicht* en de *stellige verwachting* is gekomen, dat de vrouw van [betrokkene 1] wel van de taart zoude eten; dat hij desondanks evenwel, hoewel het toen daarvoor nog tijd was, niets gedaan heeft om te voorkomen, dat genoemde [slachtoffer] van die taart gebruikte;” (mijn cursivering, JC).

103 Te wijzen valt op de invoering van de WED, het functioneel ouderschap kwam tot ontwikkeling, het ouderschap van de rechtspersoon werd ingevoerd, de Hoge Raad bevestigde de lijn dat in bijzondere wetten geen boos opzet-vereiste gold en de rechtsdwaling werd (als avas-variant) voor het eerst als buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond geaccepteerd.

104 HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent).

Tegelijk spreekt de Hoge Raad van een ‘waarschijnlijk gevolg’ voor de verdachte, waardoor in dit arrest nog gesproken kan worden van waarschijnlijkheidsbewustzijn.¹⁰⁵ Dat neemt niet weg dat in dit arrest de basis is gelegd voor de bekende formule die gehanteerd wordt bij de invulling van het voorwaardelijk opzet. Er valt op twee relevante eigenaardigheden te wijzen in deze zaak: de feiten spelen zich af in een verkeersrechtelijke context (maar wordt tenlastegelegd en bewezenverklaard als *commuun delict*)¹⁰⁶ en het betreft een poging. Wat dat laatste betreft, een poging is (per definitie) toekomstgericht. Het opzetvereiste in de poging (het ‘voornemen’) drukt dat ook uit. Dat toekomstgerichte komt in de gebezigde formulering van het opzet tot uitdrukking in het ‘in het leven roepen van een kans’.

Ondanks deze eigenaardigheden heeft dit arrest aan de wieg gestaan van het voorwaardelijk opzet. Dat valt zeker ook te zeggen van het Cicero-arrest.¹⁰⁷ In deze zaak was een delict tenlastegelegd uit een bijzondere wet (de Auteurswet).¹⁰⁸ Om tot een bewezenverklaring te komen moest onder meer opzet bestaan op ‘het inbreuk maken op het auteursrecht van een ander’. Dat opzet werd door de verdachten tot in cassatie betwist. Ter onderbouwing stelden de verdachten (zonder dat ze hieromtrent zekerheid hadden) dat een van de eisen die werd gesteld door de houder van het auteursrecht ter verkrijging van een ‘opvoeringsvergunning’ ‘zonder recht gesteld werd’. Door wél aan de andere vergunningsvoorwaarde te voldoen meenden de verdachten daarom dat zij in overeenstemming handelden met het auteursrecht. Zij werden in de feitelijke instanties echter veroordeeld, welk oordeel de Hoge Raad in stand liet:

“dat toch hij die, zich ervan bewust dat de vertegenwoordiger van den recht-hebbende hem tot de opvoering slechts vergunning geeft indien hij aan twee daartoe gestelde eisen voldoet, daarop den enen eis vervullende den anderen bepaaldelijk niet vervult, zonder te weten of deze ten onrechte werd gesteld, en dan desalniettemin, in stede van vooraf daarnaar te informeren, tot de opvoering overgaat, zich *willens en wetens blootstelt aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans*, dat die vertegenwoordiger ook dergelijken tweeden eis niet zonder grond zal hebben gesteld;”

Hierom hadden de verdachten ‘voorwaardelijk hun opzet mede gericht’ op het opvoeren van dit toneelstuk zonder de vereiste vergunning te hebben. In dit arrest treffen we de waarschijnlijkheid van het gevolg (en het bewustzijn van die waarschijnlijkheid) niet aan.¹⁰⁹ Het bewustzijn van de

105 Daar wijst annotator Röling ook op in zijn noot bij dit arrest.

106 De verdachte zet hierbij zijn voertuig in als wapen, waardoor de verkeersrechtelijke context naar de achtergrond verdwijnt.

107 HR 9 november 1954, NJ 1955, 55.

108 Het betrof art. 31 Auteurswet, dat thans luidt: ‘Hij, die opzettelijk inbreuk maakt op eens anders auteursrecht, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.’

109 Zie hierover ook Appendix I.

mogelijkheid is hier voor de Hoge Raad blijkbaar voldoende, zo stelde ook annotator Pompe – die dit arrest dan ook plaatst in een ‘bedenklijke ontwikkeling’ – vast.¹¹⁰ Hiermee stond een arrest omtrent een strafbaarstelling in het bijzonder strafrecht – het handelen zonder vergunning, een typisch ‘bijzonder feit’ – aan de voet van het accepteren van het voorwaardelijk opzet met mogelijkheidsbewustzijn als opzetgradatie. Brouns bracht in kaart hoe de acceptatie van deze opzetgradatie in latere jurisprudentie werd bevestigd.¹¹¹ In 1956 betrof het een zaak waarin een overtreding van bepalingen in het Kwekersbesluit 1941 (dat strafbaar gesteld was via de WED) werd bewezenverklaard door de rechtbank Middelburg;¹¹² in 1962 betrof het een zaak waarin de Hoge Raad een veroordeling voor een commun feit (heling) in stand liet.¹¹³ Deze laatste zaak vormt daarom een mijlpaal, nu de Hoge Raad deze invulling van de voorwaardelijk opzet-constructie ook accepteerde in een commune zaak. Het was dus geen uitzondering meer in bijzondere wetten, maar een volwaardig geaccepteerde (invulling van een) opzetgradatie. Voorzover ik heb kunnen achterhalen heeft dit gegeven destijds (en nadien) niet tot discussie geleid, waardoor het voorwaardelijk opzet met mogelijkheidsbewustzijn zich impliciet vestigde binnen het gehele materiële strafrecht. Dat is opvallend. Terwijl er decennialang was gediscussieerd over de vraag of mogelijkheidsbewustzijn ‘voldoende’ was voor voorwaardelijk opzet, wordt er niet gediscussieerd over de vraag of deze invulling van voorwaardelijk opzet – zodra die voet aan wal heeft gekregen in de bijzondere wetten – ook in het commune strafrecht geaccepteerd dient te worden. Zo had bijvoorbeeld gesteld kunnen worden dat de ‘Cicero-redenering’ acceptabel was tegen de achtergrond van het ordeningsrechtelijk karakter van het tenlastegelegde delict in kwestie (het strafrecht vormt in het auteursrecht of intellectueel eigendomsrecht een ‘sluitstuk’ op overigens civielrechtelijke normen, tot uiting komend in de strafbaarstelling van het zonder vergunning (van de rechthebbende) handelen), waarin een wat ruimer uitpakkende opzet-constructie niet direct misstaat. De consequentie van die stelling had kunnen zijn dat deze invulling van het voorwaardelijk opzet als uitzondering op de hoofdregel beperkt had moeten blijven tot die bijzondere wet (of tot bijzondere wetten waarin eenzelfde ordeningsrechtelijk karakter te herkennen valt). Deze stelling valt te betwisten, maar toont in elk geval aan dat er discussie mogelijk was over deze doorwerking van de ‘bijzondere’ invulling van het voorwaardelijk opzet. Het valt op dat deze discussie niet (zichtbaar) gevoerd is.

Intussen heeft het voorwaardelijk opzet (met mogelijkheidsbewustzijn)

110 HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55, m.nt. Pompe.

111 Brouns 1988, p. 224-225. Een zoekopdracht in de gepubliceerde jurisprudentie in online bronnen laat zien dat de door hem genoemde jurisprudentie nog steeds een accuraat beeld geeft van de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet met mogelijkheidsbewustzijn in de eerste jaren na het Cicero-arrest.

112 Rb. Middelburg 6 juli 1956, *ECLI:NL:RBMID:1956:8*, *NJ* 1957, 385.

113 HR 26 juni 1962, *ECLI:NL:HR:1962:150*, *NJ* 1963, 10, m.nt. Pompe.

zich ontwikkeld tot breed geaccepteerde – en in de praktijk veelvuldig toegepaste – opzetgradatie. Hierbij had verwacht kunnen worden dat er (nadat het in 1962 onderdeel werd van het algemene, commune strafrecht) sprake is van een helder, eenvormig kader voor de toepassing ervan. Uiteraard heeft het opzet een delictsgekleurde invulling, maar dat hoeft eenvormigheid in de toepassing niet in de weg te staan. Van een dergelijke eenvormigheid lijkt momenteel echter geen sprake. Zo zou gesproken kunnen worden van een differentiatie naar de kenmerken van delicten; zoals formeel en materieel omschreven delicten¹¹⁴ of gevaarzettingsdelicten en krenkingsdelicten. Er zou ook gesproken kunnen worden – nog problematischer dan een differentiatie vanwege delictskenmerken – van een differentiatie naar thematiek. Zo onderscheidt De Hullu in zijn handboek opzet in Opiumwetgevallen, opzet bij ‘schietincidenten’, en opzet bij ernstige verkeersongevallen.¹¹⁵ Uit het voorgaande hoofdstuk bleek eveneens dat de wijze waarop voorwaardelijk opzet wordt ingevuld in bijzondere wetten niet altijd hetzelfde is. Veelzeggend is het dat in de literatuur wel wordt gesproken van facetopzet (als pendant van de meer bekende facetwederrechtelijkheid¹¹⁶).¹¹⁷ Brouns concludeerde hieromtrent dat ‘het opzet zich niet steeds in hetzelfde gewaad vertoont’,¹¹⁸ en dat een verlaagd opzetvereiste (bij formeel omschreven delicten, zoals heling, komt de nadruk geheel op de cognitieve component te liggen) bewijsproblemen dient te voorkomen.¹¹⁹ Van Dijk keert zich juist tegen deze gedifferentieerde benadering van het opzet, waarbij hij zich met name baseert op de gelijkheidsassumptie (gelijke woorden dienen zoveel mogelijk hetzelfde geïnterpreteerd te worden).¹²⁰ Dit argument is rechtstreeks ontleend aan de codificatiesystematiek, waarin ‘het algemene’ vooropgesteld wordt. Ik voeg aan zijn pleidooi voor eenvormigheid graag twee argumenten toe. Vanuit het schuldbeginnsel bezien ligt een eenvormig opzetbegrip sterk voor de hand. Het opzet vormt immers de belangrijkste uitwerking van het schuldbeginnsel op positiefrechtelijk niveau. Een gevarieerde uitwerking daarvan is niet verdedigbaar omdat dit resulteert in een betrekkelijk willekeurig beschermingsniveau van de rechts-

114 Zo maakt het voor de invulling van het voorwaardelijk opzet nogal verschil of er opzet bewezen dient te worden op het veroorzaken van de dood van een ander, of opzet op het voorhanden hebben van een verboden wapen. Het voorwaardelijk opzet lijkt met name geschikt voor materieel omschreven delicten, vanwege de benodigde aanmerkelijke kans op het gevolg. Bij formeel omschreven delicten komt de nadruk meer te liggen op de cognitieve component. Ook wordt wel gesteld dat elk delict in wezen een materiële component heeft, waarbij het gevolg (altijd) is een ‘verandering in de rechtstoestand’. Over dit laatste valt echter te twisten in delictomschrijvingen waarin de concrete krenking van een rechtsgoed nog uit beeld is (en de nadruk op de gevaarzetting komt te liggen), zoals bij het ‘voorhanden hebben’ van verboden voorwerp.

115 De Hullu 2021, p. 232-238.

116 De Jong 2009, p. 397-398.

117 Van Veen 1972, p. 466-469.

118 Brouns 1988, p. 167.

119 Brouns 1988, p. 155-156, die spreekt van een ‘amputatie’ in het opzetbegrip.

120 Van Dijk 2008, p. 341-346 en p. 331-333.

subjecten op basis van het schuldbeginnsel. Een (te) gevarieerde invulling van het opzetbegrip staat daarnaast op gespannen voet met het legaliteitsbeginnsel omdat daarmee ook de voorzienbaarheid van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het geding is; een delictsomschrijving kan keurig afgebakend zijn maar een onvoorzienbaar ruim bereik krijgen via de (delictsgekleurde) uitwerking van het opzet.¹²¹

De stand van zaken is echter dat – zoals hierboven werd vastgesteld – van een eenvormig opzetbegrip geen sprake is. Het voorwaardelijk opzet is niet gemodelleerd als (gradatie van een) algemeen leerstuk, maar als bewijsconstructie waaraan op delictsniveau een variabele invulling kan worden gegeven. Dit laat ook onzuivere argumenten toe bij de invulling van het voorwaardelijk opzet op delictsniveau, zoals argumenten die rechtstreeks ontleend zijn aan een dreigende bewijsnood. Vanwege deze delictsgebondenheid kan de vraag gesteld worden of er een basisvorm aanwezig is waaruit de variaties ontstaan. Het HIV I-arrest¹²² wordt in de regel wel als het ‘standaardarrest’ inzake de betekenis van het voorwaardelijk opzet beschouwd. De vraag is hoe terecht dat label is nu het opzet in die zaak niet alleen delictstypisch is, maar de feiten in deze zaak ook nog eens markant zijn. Een ‘standaarddefinitie’ van het voorwaardelijk opzet kan wellicht enkel ontleend worden aan een constellatie van verschillende zaken, met verschillende delictstypen (tenzij de Hoge Raad een overzichtsarrest zou wijzen). Tegelijk bevat het HIV I-arrest wel de meest uitgebreide en algemeen geformuleerde rechtsoverweging van de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet; aan deze rechtsoverweging wordt sindsdien dan ook veelvuldig gerefereerd in de rechtspraak. Aan de ‘algemeenheid’ kan echter worden getwijfeld omdat de HIV I-overweging niet expliciet refereert aan het bewustzijn, de cognitieve component binnen het voorwaardelijk opzet.¹²³ Dit kan, naast het gegeven dat dit bewustzijn niet ter discussie werd gesteld in de cassatiemiddelen, verklaard worden door de sterk materieel omschreven delictsomschrijving en tenlastelegging. Bij meer formeel omschreven misdrijven zal de klemtoon binnen het voorwaardelijk opzet juist meer op de cognitieve component komen liggen dan op het volitieve element, waardoor de HIV I-overweging binnen die delictsomschrijvingen niet compleet lijkt. Tot slot valt in de overweging het laatste deel op:

“Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de

121 Zie in deze zin ook: EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yüksel Yalçinkaya t. Turkije), §271-272.

122 HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552, m.nt. Buruma. Zie Appendix 1, par. 5.3 voor een bespreking van dit arrest.

123 Zie hierover ook Appendix I, par. 5.3.

gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. *Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.*"¹²⁴

In de gecursiveerde woorden komt een veruiterlijkt bewijsvermoeden tot uitdrukking (dat overigens op zichzelf weer bijdraagt aan een gedifferentieerde toepassing op delictsniveau¹²⁵); dat vermoeden kan worden weerlegd door 'contra-indicaties'. Deze contra-indicaties kwamen in de rechtspraak van de Hoge Raad voorafgaand aan de HIV I-arrest niet voor. Wel kwam enkel in het Porsche-arrest het hieraan synonieme 'behoudens aanwijzingen voor het tegendeel' voor.¹²⁶ Hier fungeerden die aanwijzingen echter precies spiegelbeeldig aan de contra-indicaties in het HIV I-arrest. In laatstgenoemd arrest werken de contra-indicaties bevrijdend voor de verdachte ten opzichte van een bezwarend bewijsvermoeden, in het Porsche-arrest werken de aanwijzingen voor het tegendeel juist bezwarend voor de verdachte ten opzichte van een bevrijdende algemene ervaringsregel (dat de verdachte doorgaans niet zijn eigen dood op de koop toeneemt). Er valt op basis hiervan niet vast te stellen of de 'contra-indicaties' in het HIV I-arrest zijn geïntroduceerd door de Hoge Raad, of dat ze geïnspireerd zijn op het Porsche-arrest. Een tweede aanwijzing die erop duidt dat het Porsche-arrest een inspiratiebron was voor contra-indicaties in de HIV I-formule betreft de overweging van de Hoge Raad in het Porsche-arrest waarin hij wijst op de eerder afgebroken inhaalmanoeuvre; dit neemt de Hoge Raad 'in aanmerking' voor de vaststelling van het opzet.¹²⁷ Dit lijkt wél overeen te stemmen met de functie van contra-indicaties in het HIV I-arrest. Het lijkt er sterk op dat het (verkeersrechtelijk getinte) Porsche-arrest het latere 'standaard'-arrest van de Hoge Raad heeft beïnvloed, maar dit kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Wel valt vast te stellen dat ze onderdeel zijn van een zeker veruiterlijkt bewijsvermoeden (de uiterlijke verschijningsvorm), waardoor het aan de verdachte is om de veronderstelde betekenis van zijn gedraging te bestrijden.

De vraag kan tot slot gesteld worden in welke mate deze stand van zaken – een versnipperde en tamelijk uitgeholde toepassing van het voorwaardelijk opzet – valt toe te schrijven aan het bijzonder strafrecht. Hiertoe deel ik de volgende observaties. De hedendaagse invulling van het voorwaardelijk opzet ontstond in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het bijzonder strafrecht. Die invulling was delictsgebonden; er werd niet voorzien in een basismodel dat zich eenvormig op verschillende delictscategorieën liet toepassen. In hoofdstuk 4 zagen we dat juist in de bijzondere wetten die delictsgebondenheid resulteerde in een tamelijk

124 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003, 552, m.nt. Buruma (HIV I), r.o. 3.6.

125 Zie hierover de uitgebreide analyse in: Arendse 2020, p. 145-258.

126 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199, r.o. 5.4.

127 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199, r.o. 5.5.

uitgeholde, vaak op onderzoeks- of zorgplichten gebaseerde, invulling. Die invulling kan in die bijzondere wetten vaak verklaard (maar daarmee nog niet altijd gerechtvaardigd) worden vanuit een dreigende bewijsnood. Het voorwaardelijk opzet is geruisloos geïntroduceerd in het commune strafrecht, en daarin treffen we eenzelfde delictsvariabele invulling aan. Ook in het commune strafrecht ontbreekt het aan een eenvormig basismodel waarmee bewaakt kan worden dat de delictsvariaties binnen een bepaalde bandbreedte blijven. Commune delictsgroepen waarin handhavingsbelangen, net als in bijzondere wetten, sterker op de voorgrond komen te staan zijn daarmee vatbaar voor een vergelijkbare, uitgeholde invulling. Alleen al in het vaak als ‘standaard’ beschouwde HIV I-arrest worden bewijsvermoedens en algemene ervaringsregels aan de basis gelegd van de bewijsconstructie van het voorwaardelijk opzet. Hierboven stelde en beargumenteerde ik al dat deze stand van zaken op gespannen voet staat met het schuld- en het legaliteitsbeginsel.

5.3.3 Doorwerking van een enkel cognitief geladen opzetmutatie

Voor de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet met mogelijkhedenbewustzijn in het commune strafrecht is – naast de hierboven beschreven ‘directe’ ontwikkeling – een tweede ontwikkeling relevant. Dat betreft de ontwikkeling van een gemuteerde schuldvorm in de context van het bijzonder strafrecht: ‘de meerdere of mindere mate van bewustzijn’ die in het vorige hoofdstuk reeds werd beschreven (in het bijzonder in paragraaf 4.3.5.2). Deze schuldvorm kwam tot ontwikkeling binnen misdrijven waarin de wetgever verzuimd had een schuldvorm op te nemen (terwijl als uitgangspunt elk misdrijf in Nederland een schuldvorm behoort te bevatten). Zoals reeds werd besproken bestaat er over de betekenis van deze schuldvorm discussie, en bestaat er naast de in de literatuur besproken mogelijkheid (pro parte doleus, pro parte culpoos) nog een mogelijke duiding. Deze schuldvorm kan namelijk geduid worden in het licht van de discussie die in de jaren vijftig gevoerd werd over de vraag of ‘mogelijkheidsbewustzijn’ een acceptabele vorm van opzet kon opleveren. Het kan goed zijn dat de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ vooral duidt op de verschillende vormen van bewustzijn (van zekerheids- tot mogelijkheidsbewustzijn), waarbij de Hoge Raad te kennen geeft dat elk van deze vormen van bewustzijn (of dat nu een meerdere of mindere mate oplevert) voldoende is binnen de delictsomschrijving waarin deze schuldvorm werd ingelezen. Dat zou passen in de ontwikkeling die in die periode gaande was, waarin de Hoge Raad uiteindelijk het mogelijkheidsbewustzijn (ook) onder het voorwaardelijk opzet schaarde. De ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ vormt dan een variant op de opzetuitdrukking ‘wetende dat’.

Opvallend is dat de toepassing van het criterium van een ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ niet beperkt is gebleven tot de uitzonderlijke misdrijven in de bijzondere wetten waarin een schuldvorm ontbrak. In de

feitenrechtspraak wordt dit criterium ook gebruikt in gevallen waarin de delictsomschrijving uit het bijzonder strafrecht wel een expliciete vorm van opzet bevat.¹²⁸ Bovendien wordt dit criterium intussen toegepast in commune zaken. Zo paste het Hof Leeuwarden dit criterium toe voor een bewezenverklaring van het opzet in artikel 234 Sr ('skimmen').¹²⁹ Het criterium duikt ook op in conclusies van het parket bij de Hoge Raad en in de feitenrechtspraak inzake het commune artikel 240b Sr (kinderpornografie), waarbij het wordt gebruikt ter invulling van het opzet op de (verboden) 'aard' van de afbeelding¹³⁰ of op de aanwezigheid van de afbeelding op een computer (waardoor er sprake is van 'bezit'),¹³¹ artikel 420bis Sr (witwassen), waarbij het wordt gebruikt ter invulling van het opzet op het 'voorhanden hebben' van een (uit misdrijf afkomstig) voorwerp,¹³² en artikel 98c Sr.¹³³ In deze gevallen wordt het criterium dus toegepast bij delicten waarbij een schuldvorm niet ontbrak, maar (het opzet) op impliciete wijze was verwerkt in de delictsomschrijving.

Het is opmerkelijk dat het criterium van de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' wordt toegepast in deze zaken. Er bestond immers geen dwingende reden tot toepassing, nu de delictsomschrijvingen in deze zaken gewoon een opzetvereiste bevatten. Waarom is er dan een criterium toegepast waarvan de precieze betekenis al geruime tijd voer is voor discussie?

De Hoge Raad heeft zich niet expliciet uitgesproken over de toelaatbaarheid van dit criterium in commune zaken, maar heeft toepassing van het criterium (in feitelijke instanties) in elk geval niet expliciet van de hand gewezen. Ook in zijn arrest bij een van de hierboven aangehaalde conclusies wijst de Hoge Raad de toepassing van dit criterium niet af. De Hoge Raad overweegt namelijk:

128 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 18 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4662 en Rb. Rotterdam 17 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10384. In deze zaken was een gedraging tenlastegelegd die strafbaar is gesteld op basis van het Vuurwerkbesluit (jo. Wet milieubeheer jo. art. 1a WED), namelijk het voorhanden hebben van illegaal vuurwerk. In deze zaken werkt het opzet strafverzwarend (art. 2, lid 1, WED), waardoor ook tot een veroordeling kon worden gekomen voor de overtredingsvariant zonder (gekunstelde) opzetconstructie.

129 Hof Leeuwarden 15 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3265 ("Voor 'voorhanden hebben' is vereist dat verdachte zich in meerdere of mindere mate bewust is geweest van de aanwezigheid van skimapparatuur.")

130 PHR 23 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2095, par. 6.2.

131 Rb. Utrecht 31 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9249; Rb. Utrecht 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO2816; Rb. Utrecht 24 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1677; Rb. Middelburg 16 december 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL658; Rb. Utrecht 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8542; Hof Leeuwarden 22 maart 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT6636; Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:CA2321; Rb. Noord-Nederland 10 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3617; Rb. Utrecht 1 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7585; Rb. Utrecht 6 juni 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW7647; Rb. Gelderland 8 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9813; Rb. Rotterdam 5 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2538;

132 PHR 4 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:106; PHR 17 februari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:493.

133 Hof Den Haag 25 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ8627.

“Voor het – als pleger – ‘voorhanden hebben’ van een voorwerp in de zin van artikel 420bis lid 1 Sr is vereist dat de verdachte het voorwerp opzettelijk aanwezig had. Dat houdt in dat de verdachte zich bewust was van de (waarschijnlijke) aanwezigheid van het voorwerp, zonder dat die bewustheid zich hoeft uit te strekken tot de precieze eigenschappen en kenmerken van dat voorwerp (waaronder begrepen de precieze omvang van een geldbedrag) of tot de exacte locatie daarvan. Voor het bewijs van dergelijke bewustheid geldt dat daarvan ook sprake kan zijn in een geval dat het niet anders kan dan dat de verdachte zulke bewustheid heeft gehad.”¹³⁴

Ook hier wordt het opzet verengd tot een vorm van bewustzijn, waarbij opvalt dat wordt overwogen dat hiervoor voldoende kan zijn ‘dat het niet anders kan dan dat de verdachte zulke bewustheid heeft gehad’. Dit is op zichzelf geen bijzondere overweging (hiermee wordt het bewustzijn binnen het voorwaardelijk opzet regelmatig vastgesteld), ware het niet dat hieraan in dit geval het gehele opzet wordt opgehangen. Waar is het volitieve element van het opzet gebleven? Eerder werd al uiteengezet dat de focus op het cognitieve element van het opzet verklaarbaar is vanwege het sterk formele karakter van delictsomschrijvingen (zoals het voorhanden hebben van een verboden voorwerp). Dit lijkt ook de overeenkomst te zijn tussen de hierboven aangehaalde zaken; bestanddelen als ‘aanwezig’ of ‘voorhanden’ hebben lijken vooral vatbaar te zijn voor toepassing van het criterium van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’. Maar dit verklaart dan toch vooral de *bewijsrechtelijke* kant van het voorwaardelijk opzet (uit de aanwezigheid van een verboden voorwerp, en het bewustzijn van die aanwezigheid kan doorgaans volgen dat die aanwezigheid ook gewild was). Bij die stand van zaken mag echter nog wel verlangd worden dat dit onder woorden wordt gebracht, omdat de *materieelrechtelijke* standaard nog steeds verlangt dat er ook sprake was van willen (of aanvaarden). Overwogen zou op z’n minst kunnen worden dat er geen contra-indicaties zijn die wijzen op het tegendeel. Was dit niet de essentie van de standaardoverweging van de Hoge Raad in de befaamde rechtsoverweging 3.6 van het HIV I-arrest?¹³⁵

Een dergelijke overweging blijft echter achterwege, waardoor ook in het commune strafrecht thans een moeilijk vatbare schuldvorm gehanteerd wordt. Het ligt voor de hand dat hier, sterker dan thans, gestreefd wordt naar een eenvormig opzetbegrip van het opzet bij sterk formele bestanddelen als ‘voorhanden hebben’ of ‘aanwezig hebben’.

134 HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:570, r.o. 2.4.

135 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, r.o. 3.6. “Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is *niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden*, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.”

5.3.4 Doorwerking van een zorgplichtopzet

Een derde ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet in de bijzondere wetten werd omschreven in paragraaf 4.6.2. Hier ging het om het opzet in Opiumwetgevallen, dat in de literatuur wel als ‘waakzaamheidsopzet’ is getypeerd.¹³⁶ De vaststelling van het voorwaardelijk opzet komt in deze zaken in wezen neer op het schenden van een zorgplicht (met betrekking tot bijvoorbeeld een reistas of een voertuig), terwijl algemene ervaringsregels in die specifieke context voor verhoogde alertheid hadden moeten zorgen (een *Garantenstellung*). Net als bij andere formeel omschreven delicten ligt de nadruk in het vaststellen van het voorwaardelijk opzet in die gevallen op het cognitieve aspect (het bewustzijn). Niet toevallig duikt ook hier het criterium van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ op.¹³⁷ Het onderscheid tussen deze opzetmutatie en de mutatie van de meerdere of mindere mate van bewustzijn is – zo moet worden toegegeven – deels semantisch. Want in beide gevallen komt de klemtoon in het vaststellen van het opzet geheel te liggen op een redenering waarbij het niet anders kan dan dat de verdachte wist van de aanwezigheid van een verboden voorwerp. In het geval van waakzaamheidsopzet wordt hierbij echter explicieter verwezen naar een (niet vervulde) onderzoeks- of zorgplicht of een niet uitgevoerde controle, en daarin schuilt toch een nuanceverschil.

Dit waakzaamheidsopzet kan deels begrepen worden tegen de achtergrond van de problematiek rondom drugskoeriers op Schiphol (en het ontbreken van een culpa-variant van de misdrijven in de Opiumwet).¹³⁸ Zonder deze mutatie zou het haast onmogelijk zijn om het opzet in deze gevallen te bewijzen. Deze mutatie in een belangrijk materieelrechtelijk leerstuk is aldus ontstaan vanuit een dreigend bewijs- en handhavingstekort, en vormt een voorbeeld van een delictsafhankelijke invulling van het voorwaardelijk opzet waar hierboven in par. 5.3.2 al op werd gewezen.

Ook in het fiscale strafrecht ligt de nadruk bij het vaststellen van het opzet feitelijk geheel op het niet vervullen van een zorgplicht, zoals beschreven werd in paragraaf 4.4.1. De precieze wijze waarop het opzet functioneert in *fiscalibus* is echter – net als in de Opiumwet-gevallen – contextbepaald. Zo heeft het opzet in artikel 69 AWR enige kleur (in de zin dat het op een deel van de wederrechtelijkheid dient te zien), en mede tegen die achtergrond is de figuur van het pleitbaar standpunt ontstaan.¹³⁹

De vraag van de doorwerking van dit ‘zorgplichtopzet’ kan op twee manieren benaderd worden: is er sprake van een rechtstreeks doorwerking

136 Kelk & De Jong 2023, p. 271. Eerder hanteerde De Hullu deze term al in zijn noot bij HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 215. Zie ook HR 6 december 2016, *NJ* 2017, 85, m.nt. Keulen.

137 Zie bijvoorbeeld HR 1 oktober 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1459*.

138 Zie hierover uitgebreider par. 4.6.2.

139 Deze figuur, en de specifieke fiscaalrechtelijke context waarbinnen die ontwikkeld is, bespreek ik uitgebreider in: Cnossen 2017b.

in het commune strafrecht (1) of is er sprake van een doorwerking door bij te dragen aan een tendens waarin zorg- of onderzoeksplichten een (grotere) rol zijn gaan spelen (2).

Ad. 1 De rechtstreekse doorwerking in het commune strafrecht is beperkt. Zo wordt in de context van artikel 184 Sr wel gesproken van 'waakzaamheidsopzet',¹⁴⁰ terwijl de Hoge Raad het nalaten van (nader) onderzoek naar een door een bestuursorgaan uitgevaardigd gebiedsverbod uiteindelijk onvoldoende acht voor een bewezenverklaring van opzet.¹⁴¹ De advocaat-generaal concludeerde op dit punt echter contrair,¹⁴² onder specifieke verwijzing naar de wijze waarop het opzet in opiumwetgevallen wordt geconstrueerd. Het waakzaamheidsopzet lijkt daarom wel voet aan de grond te *kunnen* krijgen in deze context.¹⁴³ Buiten artikel 184 Sr lijken er in het commune strafrecht echter geen voorbeelden te bestaan waarin het opzet *louter* op basis van het nalaten van (nader) onderzoek wordt geconstrueerd (behalve als de delictsomschrijving als omissiedelict is vormgegeven, zoals artikel 255 Sr).¹⁴⁴

Ad. 2 Wel komt in veel andere commune jurisprudentie de klemtoon in de bewijsvoering van het voorwaardelijk opzet *meer* te liggen op het niet voldoen aan een bepaalde zorg- of onderzoeksplicht. In feite komt dit al tot uiting in het hierboven besproken HIV I-arrest, waarin naar voren komt dat de bewijsconstructie van het voorwaardelijk opzet grotendeels kan leunen op bewijsvermoedens, feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels. Niet zelden komt de verdachte daardoor in de positie waarin hij – als contra-indicatie voor het aanvaarden of ter weerlegging van een algemene ervaringsregel – zal moeten betogen dat hij sterker dan vermoed wordt, getracht heeft te voorkomen dat het gevolg, de toestand of de omstandigheid (waarop het opzet moet zien) zich zou voordoen. Dit kan zomaar uitmonden in een sterke nadruk op een niet-vervulde onderzoeks- of zorgplicht. Bijgevolg transformeren verbodsbepalingen – waaruit het commune strafrecht grotendeels bestaat – impliciet deels in gebodsbepalingen – die veelvuldig voorkomen in de bijzondere wetten.¹⁴⁵ Dat doet zich voor bij de eerder besproken Opiumwetgevallen; het is *verboden* om bepaalde middelen aanwezig te hebben, en de burger is vanwege de inter-

140 Eggen 2021.

141 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2766, NJ 2017, 85, m.nt. Keulen.

142 PHR 25 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1202, par. 20.

143 Eggen 2021; Zie voorts L. Dallau, 'Schadelijk in de zin van artikel 174 Sr, maar niet opzettelijk', *TBS&H* 2020/6, p. 336-338, waarin de auteur pleit voor een toepassing van een vorm van waakzaamheidsopzet in de context van art. 174 Sr (zie in het bijzonder randnummer 7).

144 Hierbij kan ook gedacht worden aan art. 425 Sr; hierin is de norm expliciet als zorgplicht geformuleerd.

145 Bij verbodsbepalingen worden de rechtssubjecten opgedragen om bepaalde, specifiek aangeduide, gedragingen na te laten, terwijl ze bij gebodsbepalingen worden opgeroepen tot een 'doen'. Geboden zijn hierom notoir onbepaalder dan verboden; de burger zal zelf moeten herkennen wanneer zich een situatie voordoet waarin de wet hem opdraagt iets te doen. Schaffmeister 1986, p. 206; Wladimiroff 1990, p. 186; Cnossen & Ölçer 2021, par. 4.2.

pretatie en toepassing van het voorwaardelijk opzet in die context *geboden* om zorgvuldig om te gaan met zijn koffer op een luchthaven. Of: het is verboden een ander te ‘trainen voor terrorisme’, waardoor het onder omstandigheden geboden is onderzoek te doen naar de redenen waarom een ander aan de training deelneemt. Dit geeft deze formele delictsomschrijvingen een ruimer bereik dan op basis van de delictsomschrijving gedacht zou worden.

Deze grotere nadruk op zorgplichten binnen de voorwaardelijk opzetconstructie komt duidelijk naar de oppervlakte in het toenemend gebruik van de figuur van Garantenstellung voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet. Een zoekslag binnen recente jurisprudentie levert tal van resultaten op waarin deze figuur is toegepast binnen dodelijke delicten.¹⁴⁶ Een Garantenstellung drukt uit dat van een (rechts)persoon een hogere mate van zorg of kundigheid mag worden verwacht vanwege zijn bepaalde (professionele) hoedanigheid.

De grotere nadruk op onderzoeks- of zorgplichten, al dan niet via een Garantenstellung, vormen een voor het opzet wezensvreemde ontwikkeling. Er wordt met deze figuren immers uitdrukking gegeven aan het feit dat van de verdachte meer mag worden verwacht dan hij blijkbaar daadwerkelijk heeft gedaan of nagelaten. Hiermee wordt ten hoogste vastgesteld dat de verdachte anders moest handelen, of van de aanmerkelijke kans moet hebben geweten. Dit legt een psychisch manco bloot dat nu juist typerend voor de culpa is.

5.3.4.1 Doorwerking van de figuur van het pleitbaar standpunt

In paragraaf 4.4.1.4 is besproken dat in het fiscale strafrecht de figuur van het pleitbaar standpunt is ontstaan. Deze figuur is oorspronkelijk afkomstig uit het fiscale boeterecht. Het pleitbaar standpunt betreft een verweer van de verdachte waarin hij stelt dat hij tijdens het doen van belastingaangifte is uitgegaan van een verdedigbare uitleg van het fiscale recht.¹⁴⁷ Indien van een pleitbaar standpunt sprake is, ontbreekt binnen het voorwaardelijk opzet de aanmerkelijke kans (waardoor vrijspraak voor artikel 69 AWR volgt). In paragraaf 4.4.1.4 liet ik zien dat over de introductie van deze figuur in het fiscale strafrecht verschillend kan worden gedacht. Enerzijds kan het als correctie dienen op de ruim uitpakkende strafrechtelijke

146 Ik noem enkele voorbeelden. Een Garantenstellung wordt betrokken bij de aanmerkelijke kans in: Concl. A-G Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2022:427, bij HR 12 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:982 (het betrof hier een medisch behandelaar); alsmede in ‘s Hofs arrest voorafgaand aan HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:54 (zie Concl. A-G Jörg, ECLI:NL:PHR:2013:2115, par. 14), hier werd de Garantenstellung betrokken bij het bewustzijn, en betrof het een kandidaat-notaris; in Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6848 werd een Garantenstellung betrokken bij het bewustzijn, en betrof het een ‘geoeffend vechtsporter’. A-G Frielink betreft in dezelfde zaak deze Garantenstellung overigens op het aanvaarden, zie Concl. A-G Frielink, ECLI:NL:PHR:2023:735, bij tot ‘81 RO’ leidend HR 10 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1412.

147 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542.

aansprakelijkheid (onder meer vanwege de uitleg van het voorwaardelijk opzet, zoals hierboven beschreven) op basis van artikel 69 AWR. Anderzijds moet geconstateerd worden dat de fiscaal *strafrechtelijke* toepassing van voorwaardelijk opzet blijkbaar een vruchtbare ondergrond biedt voor dit correctiemechanisme uit het *boeterechtelijke* opzetbegrip, waardoor het een symptoom vormt van een sterk uitgehold opzetvereiste in het fiscale strafrecht.

Het is niet ondenkbaar dat feiten zowel onder de delictsomschrijving van artikel 69 AWR, als onder een commune delictsomschrijving kunnen worden gebracht (zoals valsheid in geschrifte, artikel 225 Sr, of witwassen, artikel 420bis Sr). Hierdoor ontstaat de vraag of de bijzonderheden van het fiscale strafrecht worden meegenomen naar het commune strafrecht zodra gekozen wordt voor een tenlastelegging op basis van een commune delictsomschrijving. Artikel 69 lid 4 AWR verhindert namelijk enkel een vervolging op basis van artikel 225 lid 2 Sr indien de feiten ook onder artikel 69 lid 1 of lid 2 AWR vallen. Hierdoor blijft de weg open naar een vervolging op basis van artikel 225 lid 1 (het valselijk opmaken van een geschrift).¹⁴⁸ Die valsheid zal dan bestaan uit valse informatie die overhandigd is aan de fiscus. De valsheid hangt dan dus mede af van het materiële belastingrecht. De in paragraaf 4.4.2 besproken enorme complexiteit van dit rechtsgebied kan hierdoor het commune strafrecht binnenkomen. Zo bezien ligt het voor de hand om dan ook de mogelijkheid open te houden dat de verdachte een verweer kan voeren aan de hand van de figuur van het pleitbaar standpunt, nu dat als correctiemechanisme dient voor deze enorm complexe wet- en regelgeving. Anders zou een belangrijk potentieel verweer van de verdachte reeds buiten werking kunnen worden gesteld door middel van een tenlastelegging op basis van artikel 225 lid 1 Sr. Anderzijds verzet de codificatiesystematiek zich tegen een doorwerking in het commune strafrecht van deze fiscaalrechtelijke eigenaardigheden;¹⁴⁹ zowel de enorme complexiteit van de fiscale wet- en regelgeving als de daaruit voortgekomen figuur van het pleitbaar standpunt dienen buiten het algemene strafrecht te worden gehouden.¹⁵⁰ De Hoge Raad lijkt een eventuele toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt in het commune strafrecht (althans, in gevallen waarin een fiscaal feitencomplex als overtreding van artikel 225 lid 1 Sr is

148 Er bestaat discussie over de vraag of dit wenselijk is, zie hierover (met nadere verwijzingen): Hofman 2021, p. 341.

149 Dit heb ik ook betoogd in Cnossen 2017b.

150 Kors beantwoordt de vraag naar de wenselijkheid van doorwerking van het figuur van het pleitbaar standpunt ontkennend met betrekking tot het bestuursrecht, zie Kors 2018. Ze wijst hierbij onder meer op het feit dat deze figuur voortkomt uit de eigenaardigheden van het fiscale (straf)recht, waardoor die niet goed zou aarden in een andere juridische omgeving.

tenlastegelegd) niet in algemene zin af te wijzen.¹⁵¹ Een rigide afwijzing van deze figuur in het commune strafrecht lijkt bij de huidige stand van zaken ook niet goed verdedigbaar.

Wel bestaat er aanleiding om de strafrechtelijke mogelijkheden binnen het fiscale fraudebeleid als geheel opnieuw te doordenken. Hofman doet daartoe de aanbeveling om de vervolgingsuitsluitingsgrond voor artikel 225 lid 2 Sr ingeval feiten tevens binnen artikel 69 lid 1 en 2 AWR vallen, als vervat in artikel 69 lid 4 AWR, uit te breiden met artikel 225 lid 1 Sr.¹⁵² Aan haar argumenten hiervoor valt toe te voegen dat deze ingreep ook vanuit het perspectief van het codificatiebeginsel toe te juichen is; hiermee wordt voorkomen dat fiscale feiten – die niet voor niets als ‘bijzondere’ feiten buiten het Wetboek van Strafrecht zijn gehouden – via een sluiproute alsnog in het commune strafrecht terechtkomen (inclusief hun ‘bijzondere’ kenmerken zoals de enorme complexiteit van het materiële belastingrecht). Daarnaast bestaat er aanleiding om het opzetvereiste in artikel 69 AWR meer in lijn te brengen met het strafrechtelijk opzetbegrip; hiertoe heb ik in paragraaf 4.4.1.4 een aanbeveling gedaan. Een daardoor potentieel veroorzaakt ‘waterbedeffect’ naar het commune artikel 225 lid 1 Sr kan worden vermeden door de hierboven bedoelde uitbreiding van de vervolgingsuitsluitingsgrond in artikel 69 lid 4 AWR.

5.3.5 Bijzondere mutaties van schuldvormen

In paragraaf 4.3.5.1 is een gemuteerde schuldvorm in artikel 8 en 9 WWV (‘weet of redelijkerwijs moet weten’) besproken. Deze doet zich niet voor in het commune strafrecht. Van directe doorwerking is daarom geen sprake. Wel valt op dat, nadat de Wegenverkeerswet 1935 in werking trad (in 1951), nog op dertig plaatsen in het wetboek een hierop lijkend bestanddeel is ingevoerd, namelijk het ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’, of het ‘weten of ernstige reden hebben om te vermoeden’. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wegenverkeerswet 1935 kwam dit bestanddeel ‘slechts’ op vijf plaatsen (in wisselende formuleringen) voor. De invoering van een vergelijkbaar bestanddeel in commune strafbepalingen na 1951 is echter niet (zichtbaar) geïnspireerd op de passage in de Wegenverkeerswet

151 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542. Zie hierover ook uitgebreid de conclusie van de A-G Hofstee bij deze zaak: ECLI:NL:PHR:2017:796. Sinds dit arrest is het aantal als pleitbaar standpunt vormgegeven verweren binnen zaken met betrekking tot artikel 225 lid 1 Sr overigens bepaald niet geëxplodeerd; ik trof nog Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2035 en Rb. Overijssel 1 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3445; ook in de zaak resulterend in HR 18 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:734 werd een dergelijk verweer in commune context gevoerd; tot slot werd een dergelijk verweer gevoerd met betrekking tot een tenlastegelegde oplichting (van de fiscus) (art. 326 Sr) in Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8833.

152 Hofman 2021, p. 567-568.

1935. Bovendien bestaat bij deze bestanddelen niet de onduidelijkheid die bij het subjectieve bestanddeel in artikel 8 en 9 WVV bestaat.

Wel lijkt de ratio achter het bestanddeel 'weet of redelijkerwijs moet weten' terug te keren binnen de genoemde bestanddelen het commune strafrecht. Steeds keert namelijk de gedachte terug dat met een dergelijk bestanddeel – waar opzet en culpa op gelijke voet zijn gesteld – 'bewijsmoeilijkheden' met het opzet vermeden moesten worden. De invoering van een culpoos bestanddeel als alternatief voor een doleus bestanddeel verdient, vanuit het schuldbeginsel bezien, de voorkeur boven een (door bewijsmoeilijkheden) uitgehold opzetvereiste. Wel valt op dat dit slechts in enkele gevallen resulteert in een lager wettelijk strafmaximum voor de culpoze variant, namelijk alleen zodra het culpoze alternatief in een aparte bepaling is opgenomen (zoals bij heling, artikel 416 en 417bis Sr). Deze zelfde strafmaat kan mogelijk verklaard worden door het gegeven dat de culpa als alternatief voor opzet in de regel ziet op een omstandigheid, terwijl er nog opzetverband aanwezig is in diezelfde bepaling.¹⁵³

Daarnaast werd met het deze passage in de Wegenverkeerswet 1935 een formulering toegevoegd voor een bestanddeel dat reeds verschillende formuleringen kende. In 1951 bestonden reeds de formuleringen 'weet of *redelijkerwijs* moet vermoeden' (artikel 437bis Sr), '*kent* of redelijkerwijs moet vermoeden' (artikel 250 Sr) en 'weet of ernstige reden heeft [om] te vermoeden' (artikelen 132, 134 en 271 Sr). Tijdens de totstandkoming van de Wegenverkeerswet 1935 bestonden zelfs alleen de passages in artikel 437bis Sr en artikel 250 Sr. Hierom kan het goed zijn dat de wetgever van de Wegenverkeerswet 1935 zich niet bewust is geweest van het feit dat er kon worden aangeknoopt bij een reeds bestaande formulering, om daarmee een consequent gebruik van terminologie in de wet te bevorderen. Het gebruik van opzet en culpa als gelijkwaardige alternatieven in een delictsomschrijving heeft sindsdien echter een flinke vlucht genomen. Hierbij zijn verschil-

153 Zie bijvoorbeeld artikel 225, lid 2 Sr: "(...) hij die *opzettelijk* gebruik maakt van het valse of vervalste geschrift als ware het echt en onvervalst dan wel *opzettelijk* zodanig geschrift aflevert of voorhanden heeft, terwijl hij *weet of redelijkerwijs moet vermoeden* dat dit geschrift bestemd is voor zodanig gebruik." (mijn cursivering, JC).

lende formuleringen gebruikt om hetzelfde uit te drukken.¹⁵⁴ Soms levert

-
- 154 Het bestanddeel ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’ (of een equivalent daarvan, in dat geval heb ik dat equivalent weergegeven) is op de volgende momenten ingevoerd, of via een wijziging toegevoegd aan een reeds bestaande bepaling:
- Art. 97b: Ingevoerd bij wet van 10 juli 1952, *Stb.* 1952, 408 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 98: Gewijzigd bij wet van 5 april 1951, *Stb.* 1951, 92
- Art. 98a: Ingevoerd bij wet van 5 april 1951, *Stb.* 1951, 92
- Art. 132: Ingevoerd bij wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405 (‘weet of ernstige reden heeft te vermoeden’)
- Art. 134: Gewijzigd bij wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 137e: Ingevoerd bij wet van 18 februari 1971, *Stb.* 1971, 96
- Art. 139e: Ingevoerd bij wet van 7 april 1971, *Stb.* 1971, 180
- Art. 139g: Gewijzigd bij wet van 27 juni 2018, *Stb.* 2018, 322
- Art. 139h: Ingevoerd bij wet van 27 september 2019, *Stb.* 2019, 311
- Art. 197: Gewijzigd bij wet van 23 juni 1960, *Stb.* 1960, 239 (‘weet of ernstige reden heeft te vermoeden’)
- Art. 197a: Ingevoerd bij wet van 24 februari 1993, *Stb.* 1993, 141 (‘weet of ernstige *redenen* heeft te vermoeden’)
- Art. 197b: Ingevoerd bij wet van 23 december 1993, *Stb.* 1993, 707 (‘weet of ernstige *redenen* heeft om te vermoeden’)
- Art. 225: Gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287
- Art. 226: Gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287
- Art. 227: Gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287
- Art. 227a: Ingevoerd bij wet van 20 januari 2000, *Stb.* 2000, 40
- Art. 227b: Ingevoerd bij wet van 20 januari 2000, *Stb.* 2000, 40
- Art. 231: Gewijzigd bij wet van 24 mei 1989, *Stb.* 1989, 189
- Art. 232: Gewijzigd bij wet van 20 januari, *Stb.* 2000, 40
- Art. 240: Gewijzigd bij wet van 3 juli 1985, *Stb.* 1985, 385 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 240a: Ingevoerd bij wet van 3 juli 1985, *Stb.* 1985, 385
- Art. 248c: Ingevoerd bij wet van 13 juli 2002, *Stb.* 2002, 388 (Oorspronkelijk: wiens minderjarigheid hij *kent* of redelijkerwijs moet vermoeden)
- Art. 248d: Ingevoerd bij wet van 26 november 2009, *Stb.* 2009, 544
- Art. 248f: Ingevoerd bij wet van 12 februari 2014, *Stb.* 2014, 74
- Art. 250: Gewijzigd bij wet van 20 mei 1911, *Stb.* 1911, 130 (‘wiens minderjarigheid hij *kent* of redelijkerwijs moet vermoeden’, kwam ook voor in art. 240bis (oud) en art. 248ter (oud))
- Art. 271: Gewijzigd bij wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 272: Gewijzigd bij wet van 30 juni 1967, *Stb.* 1967, 377
- Art. 273d: Ingevoerd bij wet van 1 juni 2006, *Stb.* 2006, 300
- Art. 273f: Ingevoerd bij wet van 9 december 2004, *Stb.* 2004, 645 (destijds nog art. 273a)
- Art. 273g: Ingevoerd bij wet van 29 juni 2021, *Stb.* 2021, 467 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 285a: Ingevoerd bij wet van 11 november 1993, *Stb.* 1993, 603 (‘weet of ernstige reden heeft te vermoeden’)
- Art. 296: Gewijzigd bij wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257
- Art. 385c: Ingevoerd bij wet van 10 mei 1973, *Stb.* 1973, 228 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 437bis: Ingevoerd bij wet van 7 juni 1919, *Stb.* 1919, 311 (‘weet of *redelijk*wijs moet vermoeden’)
- Art. 447c: Ingevoerd bij wet van 20 januari 2000, *Stb.* 2000, 40.

dat alleen semantische onduidelijkheid op. Zo mag aangenomen worden dat 'kent of redelijkerwijs moet vermoeden' (artikel 250 Sr) hetzelfde betekent als de meer voorkomende passage 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden' (hoewel de neurowetenschappers hier vermoedelijk nog wel iets meer over zouden kunnen zeggen). En 'redelijkerwijs' in artikel 437bis Sr geeft de bepaling vooral een antiek karakter, maar creëert toch weinig onduidelijkheid over de betekenis. Er ontstaat wel enige onduidelijkheid zodra de passages 'redelijkerwijs moet vermoeden' en 'ernstige reden (om) te vermoeden' naast elkaar gelegd worden. Een ernstige reden hebben om iets te vermoeden lijkt een strenger criterium dan iets redelijkerwijs moeten vermoeden; bij een ernstige reden zal het doorgaans ook redelijk zijn, terwijl een redelijk vermoeden niet altijd gebaseerd zal zijn op een ernstige reden. Bij de artikelen 197a en 197b Sr wordt de lat zelfs nog iets hoger gelegd door te spreken over 'ernstige *redenen* om te vermoeden'. Zo lijken er zware en minder zware vormen van culpa te bestaan in de bedoelde bepalingen, terwijl in de dogmatiek – afgezien van het uitgangspunt dat altijd *culpa lata* moet worden bewezen om culpa te kunnen aannemen – geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende gradaties van culpa.¹⁵⁵

In dit toch al complexe landschap van uitdrukkingen helpt het niet mee dat in de huidige Wegenverkeerswet een afwijkende formulering is gekozen, waarmee (aanvankelijk) iets anders bedoeld werd dan hoe het vandaag de dag wordt opgevat.¹⁵⁶ Bovendien maakte deze afwijkende formulering onderdeel uit van de ontwikkeling van tientallen (wisselend geformuleerde) bestanddelen. Door opzet en culpa op gelijke voet te plaatsen zou bewijsproblematiek in de rechtspraak vermeden worden. Het zou de rechtspraak echter vooral helpen als er op dit gebied voor een consequente formulering wordt gekozen, zodat dit bestanddeel niet bij ieder delict op de dogmatische weegschaal hoeft te worden gelegd. Vanuit wetssystematisch oogpunt verdient een gelijke formulering van gelijke bestanddelen bovendien ook de voorkeur boven de huidige situatie.

Een tweede bijzondere mutatie van schuldvormen die in hoofdstuk 4 werd gesignaleerd is een cumulatie van verschillende subjectieve bestanddelen. Deze doet zich in het bijzonder voor in de context van de WED, waar artikel 2 WED, eerste lid, een aantal in artikel 1 en 1a WED genoemde overtredingen als misdrijf bestempelt indien zij opzettelijk zijn begaan. Daarmee is het opzet toegevoegd aan de bedoelde overtredingen, terwijl die overtredingen soms zelf reeds een subjectief bestanddeel, zoals culpa, bevatten (zoals beschreven in paragraaf 4.5.1.2). De Wegenverkeerswet bevat in de constellatie van artikel 5a, artikel 6 en artikel 175 WVV ook een complexe combinatie aan schuldvormen (zoals beschreven in paragraaf 4.3.5.6). Deze ontwikkelingen zijn op dit moment geïsoleerd gebleven tot deze deelgebieden; in het commune strafrecht doet deze problematiek zich niet voor.

155 Afgezien van de roekeloosheid, maar dat staat los van deze materie.

156 Par. 4.3.5.1.

5.4 RESUMEREND

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in welke mate in hoofdstuk 4 beschreven afwijkingen in het bijzonder strafrecht veralgemeniseerd zijn in het commune strafrecht. Op *legislatief* niveau werd zichtbaar dat er op verschillende plaatsen sprake is van een veralgemenisering van een figuur of ontwikkeling uit het bijzonder strafrecht. Dat gebeurt op drie plaatsen.

In de eerste plaats betreft dit de openheid van de normen. Waar in het bijzonder strafrecht het al langer een gebruik was om te werken met open normen die delicten potentieel een breed bereik geven, lijkt zich dat bij een aantal (tamelijk recent ingevoerde) delicten in het wetboek ook voor te doen. De grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn hier bewust minder scherp zichtbaar, omdat de wetgever bij het vormgeven van de delictsomschrijving niet in staat was om de norm nader te expliciteren. Dit werd geïllustreerd aan de hand van strafbaarstellingen binnen het terrorismedomein. Hierbij speelt het belang van effectieve handhaving een grotere rol dan het belang van een precieze delictsomschrijving. Vanuit legaliteitsperspectief bestaat hier het risico dat de precieze norm pas bij de handhaving duidelijk wordt.

In de tweede plaats betreft dit de openheid van de regeling omtrent de strafbaarheid van de rechtspersoon. De regeling omtrent daderschap van de rechtspersoon is in het bijzonder strafrecht stapsgewijs ingevoerd, zonder dat de strafbaarheid van de rechtspersoon als geheel – dat wil zeggen: daderschap én de vaststelling van de subjectieve zijde van strafbaarheid – fundamenteel werd doordacht. Eenzelfde regeling werd ingevoerd in het commune strafrecht, zonder dat de regeling (alsnog) fundamenteel door-dacht werd. De wens van ‘doeltreffende’ of ‘doelgerichte’ mogelijkheden tot bestraffing van een rechtspersoon voor commune delicten domineerde boven het systematisch inbedden van de regeling in het wetboek.

In de derde plaats betreft dit de doorwerking op het gebied van de schuldvormen. Zichtbaar werd dat de wetgever met de introductie van de schuldvorm roekeloosheid, die gemotiveerd werd vanuit de wens om hoger te kunnen straffen bij ernstige verkeersongevallen, ook het commune strafrecht heeft beïnvloed. Niet alleen werd de schuldvorm ook geïntroduceerd bij artikel 307 en 308 Sr, maar intussen is ook de precieze betekenis van deze commune roekeloosheid niet helder. Aanvankelijk werd aansluiting gezocht bij de betekenis van roekeloosheid in de Wegenverkeerswet, maar sinds de introductie van artikel 5a WvW liggen de zaken complexer. De figuur roekeloosheid is bovendien dikwijls bekritiseerd in de literatuur, omdat hij moeilijk past in de systematiek van en verhouding tussen de schuldvormen opzet en culpa. Ook hier lijkt de conclusie te moeten zijn dat de wens om hoger te kunnen straffen (bij ernstige verkeersongevallen) prevaleerde boven een goede systematische inbedding van deze figuur. De roekeloosheid introduceren was geen doel, maar een middel om hogere straffen in bepaalde situaties te kunnen rechtvaardigen.

Op het terrein van de schuldvormen heeft het bijzonder strafrecht

daarnaast een ontwikkeling gestimuleerd waarbij binnen één delictsom-schrijving culpa als (gelijkwaardig) alternatief voor opzet fungeert ('weet of redelijkerwijs moet vermoeden'). Hierbij worden 'bewijsmoeilijkheden' met betrekking tot het opzet voorkomen, omdat teruggevallen kan worden op de (lichtere) culpa. De semantische vormgeving van deze bestanddelen varieert, waarbij niet altijd goed verklaarbaar is waarom de wetgever voor wisselende formuleringen kiest. Het meest problematische bestanddeel in deze categorie is te vinden in de Wegenverkeerswet ('weet of redelijkerwijs moet weten'), waarbij het niet te verwachten is dat deze formulering door de wetgever vaker gebruikt gaat worden (vanwege de moeilijkheden die dit bestanddeel in de praktijk oplevert).

Op *jurisprudentieel* niveau werd eveneens zichtbaar dat er een zekere veralgemenisering plaatsvindt van figuren uit bijzondere wetten. Dat gebeurt op drie plaatsen; soms goed, soms minder goed zichtbaar.

Goed zichtbaar is de ontwikkeling van het functioneel daderschap, dat ontwikkeld is in een reeks arresten waarvan het IJzerdraadarrest het meest in het oog springt. Deze vorm van daderschap kwam tot ontwikkeling door het functioneel interpreteren van bepaalde (bedrijfsmatig getinte) bestanddelen, zoals het in stand laten van een verboden toestand. Dergelijke bestanddelen konden ook worden vervuld door de niet-fysieke dader, indien hij over de gedragingen waarmee die bestanddelen wél werden vervuld (door een ander persoon) beschikte, en hij die aanvaardde. Deze figuur werd in de rechtspraak ontwikkeld tegen de achtergrond van het rechtspersonenbegrip dat in de (destijds fonkelnieuwe) WED vigeerde – hier vielen eenmanszaken niet onder, waardoor een zekere gelijkstelling werd beoogd middels het de functionele interpretatie van bepaalde bestanddelen. Daderschap kon daardoor in bepaalde gevallen ook in niet-fysieke, maar functionele zin worden vastgesteld. Dit functioneel daderschap heeft zich nadien ontwikkeld tot algemeen toepasbare vorm van daderschap; een algemeen leerstuk. Bij dit algemene leerstuk ontbreekt echter aan één aspect: een wettelijke basis in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht, terwijl artikel 91 Sr geen uitbreiding of beperking toestaat buiten de (formele) wet om.

In de tweede plaats is over de bandbreedte van de jurisprudentie een doorwerking waarneembaar binnen de uitleg en toepassing van het (voorwaardelijk) opzet. De hedendaagse invulling van het voorwaardelijk opzet (in het commune strafrecht) valt in belangrijke mate terug te voeren tot jurisprudentie op het terrein van het bijzonder strafrecht. Zo werd in het Cicero-arrest het voorwaardelijk opzet (met mogelijksbewustzijn) voor het eerst geaccepteerd door de Hoge Raad en werd in een aantal arresten in verkeersrechtelijke context de ondergrens van het volitieve element van het voorwaardelijk opzet van nader reliëf voorzien. Daarnaast werkt ook de grotere nadruk op zorgplichten in de vaststelling van het voorwaardelijk opzet (zoals in de Opiumwet voorkomt) ook door op een aantal plaatsen in het commune strafrecht. Niet voldoende zorg betrachten, niet controleren,

niet waakzaam zijn kan een basis vormen voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet bij een gemeen delict.

Zichtbaarder is de doorwerking van de invulling van het opzetvereiste bij de bestanddelen 'voorhanden hebben' of 'aanwezig hebben' in de Opiumwet en de Wet Wapens en Munitie. De wetgever voorzag een aantal misdrijven in die wetten niet van een subjectief bestanddeel, waardoor een dergelijk bestanddeel ingelezen werd in de rechtspraak. Hier ontstond het criterium van een 'meerdere of mindere mate van bewustzijn', waarmee uitdrukking lijkt te zijn gegeven aan een opzetvereiste dat alle opzetgradaties omvat (waaronder voorwaardelijk opzet met mogelijkhedenbewustzijn). Over de precieze betekenis van dit criterium wordt in de literatuur nog gediscussieerd. Deze invulling van opzet wordt intussen ook toegepast in het kader van een aantal gemeen delicten. Voor deze doorwerking lijken met name strafbepalingen vatbaar die eveneens het 'voorhanden hebben' of 'aanwezig hebben' als bestanddeel hebben.

Het algehele beeld met betrekking tot het voorwaardelijk opzet is dat het een weinig vastomlijnde basisvorm heeft, waardoor geen duidelijke bandbreedte bestaat waarbinnen variaties in verschillende delicten zich zouden moeten bevinden. Deze versnippering binnen de toepassing van het voorwaardelijk opzet is in belangrijke mate toe te schrijven aan het bijzonder strafrecht, waarin het voorwaardelijk opzet vaak in complexere bochten gewrongen wordt dan in het gemeen strafrecht. Deze versnippering leidt intussen ook in het gemeen strafrecht tot een weinig vastomlijnde toepassing van het voorwaardelijk opzet.

In de derde plaats is gewezen op het hanteren van een 'open' en weinig sturend materieelrechtelijk criterium als de 'redelijke toerekening', waardoor een zekere dedogmatisering of vervlakking van de invulling van materieelrechtelijke leerstukken in gang lijkt te zijn gezet. Hierover valt niet met zekerheid te zeggen of deze ontwikkeling in het gemeen strafrecht volledig terug te voeren valt tot een voorafgaande ontwikkeling in het bijzonder strafrecht. Maar ook indien de ontwikkelingen zich deels parallel aan elkaar hebben voorgedaan is van een (binnen dit onderzoek relevante) beïnvloeding sprake. Het criterium van de redelijke toerekening lijkt in zekere zin te zijn meegereisd met de regeling omtrent ouderschap van de rechtspersoon vanuit de WED naar het wetboek. Intussen wordt het criterium tegenwoordig breder toegepast wordt dan alleen binnen de regeling van ouderschap van rechtspersonen.

In het laatste deel van dit onderzoek worden de belangrijkste conclusies besproken, gevolgd door een aantal aanbevelingen. De eindconclusie bestaat uit drie delen. Elk deel wordt voorafgegaan door een ‘verbeelding’. De verbeeldingen bouwen steeds op elkaar voort, en brengen de belangrijkste lijnen in de daaropvolgende conclusie in beeld. Met deze verbeelding is getracht de toegankelijkheid van de eindconclusie te vergroten.

‘Verbeelding’ | Deel I

Het Nederlandse materiële strafrecht laat zich vergelijken met een bouwwerk. In de ontwerpfase van het bouwwerk speelt het codificatiebeginsel een belangrijke rol. Hierbij zal de wetgever als kundig architect en met de nodige precisie de belangrijkste patronen van het bouwwerk vastleggen in een bouwtekening. Hierin worden onder meer de positie van de dragende muren bepaald en de plaats van de deuren en vensters. Voor de stabiliteit van het bouwwerk is een stevige fundering onontbeerlijk; in het bouwwerk van het materiële strafrecht vormen het schuldbeginsel en het legaliteitsbeginsel dergelijke dragende fundamenteën. De bouwkundige constructie is nauwkeurig afgestemd op deze fundering.

Het Wetboek van Strafrecht vormt de huidige woning van het materiële strafrecht. De woning werd in 1886 casco opgeleverd; de bewoners kregen binnen de bouwkundige grenzen de vrijheid om de woning nader in te richten. De woning is aangelegd als twee-onder-een-kapwoning; in het aangrenzende pand is het strafprocesrecht woonachtig. De twee woningen delen een fundering, delen een dak en hebben een op elkaar afgestemd uiterlijk.

6.1 HET BASISONTWERP VAN HET MATERIËLE STRAFRECHT

In het Nederlandse materiële strafrecht vormen de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit fundamentele uitgangspunten. In dit onderzoek is eerst de betekenis van deze beginselen geïdentificeerd. Vanuit het codificatiebeginsel dient een strafrechtelijke codificatie tot stand te worden gebracht en dient deze codificatie in stand te worden gehouden. Het codificatiebeginsel is geen rigide opdracht om al het materiële strafrecht in een algemeen wetboek te plaatsen, maar brengt vooral tot uitdrukking dat het materiële strafrecht als een geordend, systematisch en eenvormig geheel dient te functioneren, waarbij de centrale positie van het wetboek geëerbiedigd wordt. Dit vormt een permanente opdracht om de gehele wettelijke regeling van het materiële strafrecht volgens die uitgangspunten te onderhouden.

Deze uitgangspunten zijn neergelegd in de Grondwet en in het Wetboek van Strafrecht. De Grondwet bevat sinds 1814 (en zelfs daarvoor al in de voorloper van de Nederlandse Grondwet) een codificatiebepaling (artikel 107 Gw), waarin de opdracht wordt gegeven tot regeling van het materiële strafrecht in een algemeen wetboek. Het codificatie*beginsel* heeft derhalve een bredere betekenis dan de codificatie*bepaling* (op het eerste gezicht althans) heeft. Dit bracht de wetgever bij meest recente wijziging van deze bepaling ook onder woorden, door te wijzen op het uit het codificatie*beginsel* volgende belang van samenhang tussen rechtsregels, en de daaruit volgende rechtseenheid en rechtszekerheid.¹ De uitzonderingsmogelijkheid op de codificatie*bepaling* ('behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten') is dan ook niet zozeer een kwantitatieve beperking, maar vooral een kwalitatieve beperking; er mag – indien daadwerkelijk van een 'uitzonderlijk' onderwerp sprake is – strafrecht buiten het wetboek geregeld worden, de wetgever dient hierbij echter 'groot gewicht' te hechten aan de samenhang binnen het codificatiesysteem.² Zo treedt de meer permanente betekenis van het codificatie*beginsel* voor het hedendaagse materiële strafrecht nadrukkelijk op de voorgrond. Dit wordt bevestigd in artikel 91 Sr.

In de betekenis van het codificatie*beginsel* is een duidelijk verband herkenbaar met het materieelrechtelijk legaliteits*beginsel*, dat uit meerdere deel*beginselen* bestaat. Niet alleen omvat het codificatie*beginsel* immers de opdracht het strafrecht in geschreven wetten neer te leggen (het *lex scripta*-gebod), maar de met het codificatie*beginsel* beoogde samenhang in het gehele materiële strafrecht komt ook de rechtszekerheid, als meestomvattend achterliggend belang van het legaliteits*beginsel*, ten goede. Het codificatie*beginsel* vormt derhalve een bekrachtiging van het legaliteits*beginsel*; de dragende muren van het bouwwerk van het materiële strafrecht kunnen leunen op de stevige fundering van het legaliteits*beginsel*. Een van de deel*beginselen* van het legaliteits*beginsel* is het *lex certa*-gebod. Hieruit volgt de opdracht aan de wetgever om de voorwaarden waaronder strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd zo helder mogelijk te omschrijven in de wet. Die voorwaarden zijn neergelegd in algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Wetboek van Strafrecht en in de strafbaarstellingen binnen en buiten het wetboek. Op deze wijze worden rechtssubjecten in staat gesteld hun gedrag af te stemmen op de wet. Voor de *toepassing* van het materiële strafrecht betekent dit vervolgens dat er geen onvoorzienbare extensieve interpretatie mag worden gegeven aan wettelijke bepalingen, waarmee het analogieverbod als deel*beginsel* van het legaliteits*beginsel* in beeld komt. De vervulling van het legaliteits*beginsel* vindt zodoende plaats in een samenspel tussen wetgever en rechter. Hierbij wijst de jurisprudentie uit dat de rechter het legaliteits*beginsel* in een bredere belangenafweging betreft, waarbij strafbaarstellingen onduidelijkheid

1 *Kamerstukken II 1977/78, 15046, 3, p. 4-5.*

2 *Kamerstukken II 1977/78, 15046, 3, p. 5.*

mogen bevatten, mits die onduidelijkheid onvermijdelijk is. Het legaliteitsbeginsel is aldus een direct normerend beginsel voor de wetgevings- en rechtspraktijk. Daarnaast dient het als abstract, reflectief beginsel waarmee de huidige stand van zaken in het recht kan worden gewaardeerd.

Het schuldbeginsel ligt aan de absolute basis van het materiële strafrecht, dat immers als 'schuldstrafrecht' gekenmerkt wordt. Het beginsel brengt in algemene zin met zich dat een rechtssubject pas bestraft mag worden indien de rechtens vereiste mate van schuld bij hem kan worden vastgesteld. Dit stelt eisen aan de inhoud van de schuld (materieelrechtelijk schuldbeginsel) en aan de wijze waarop die schuld wordt vastgesteld (de strafvorderlijke onschuldpresumptie). Voor de verwezenlijking van het schuldbeginsel is vereist dat de wet voldoende duidelijk het strafrechtelijk verwijt omschrijft, zodat rechtssubjecten in staat zijn hun gedrag hierop af te stemmen; hier ligt een dwarsverband tussen het legaliteits- en schuldbeginsel. In dit onderzoek lag de focus op het materieelrechtelijk schuldbeginsel, maar vanwege de verwevenheid met de vaststelling van de wettelijk vereiste schuld(vorm) kwam ook de bewijsrechtelijke kant soms aan bod. Het schuldbeginsel is, net als de beginselen van codificatie en legaliteit, actief op meerdere niveaus in het strafrecht. In de eerste plaats kent het beginsel een aantal uitwerkingen binnen het positieve recht. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid zal altijd minimaal schuld in de zin van verwijtbaarheid aanwezig moeten zijn. In dit verband spelen de wettelijke schulduitsluitingsgronden een belangrijke rol. Dit aspect van het schuldbeginsel komt bovendien expliciet naar de oppervlakte zodra er in een strafzaak geen wettelijke schulduitsluitingsgrond toepasselijk is, maar de verwijtbaarheid niettemin ontbreekt bij de verdachte; in die gevallen zal de rechter vanwege het schuldbeginsel niet tot bestraffing overgaan. Deze gevallen kunnen worden gecategoriseerd als (varianten op) de buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld'. Daarnaast krijgt het schuldbeginsel uitwerking in de voor misdrijven vereiste schuldvormen opzet en culpa. De wetgever zal deze schuldvormen op heldere wijze dienen te verwerken in de delictsomschrijvingen, en de rechter zal moeten bewaken dat deze schuldvormen worden vastgesteld op een wijze die recht doet aan de inhoud ervan. Naast deze uitwerkingen van het schuldbeginsel op positiefrechtelijk niveau fungeert het schuldbeginsel ook op meer abstract, regulatief niveau. Op dit niveau dient het ter reflectie op de vraag of in de huidige stand van zaken in het strafrecht de schuld in voldoende mate tot uitdrukking komt, waarbij de verschillende positiefrechtelijke uitwerkingen overeen (blijven) stemmen met de basisvorm die zij hebben, en de schuldvormen onderling voldoende begrensd zijn. Hierbij verdient de schuldvorm opzet bijzondere aandacht, nu deze schuldvorm voor het absolute merendeel van de misdrijven vereist is.

‘Verbeelding’ | Deel II

In het bouwwerk van het materiële strafrecht ontstaat een ruimtetekort. Er wordt besloten het huis een uitbouw te geven aan de achterzijde. Aanvankelijk is het plan om de begane grond een beperkte uitbouw te geven. Naarmate de uitbouw vordert, groeit echter ook het ruimtetekort. Hierdoor worden de buitenmuren aan de achterzijde steeds verder naar achteren verplaatst, waardoor uiteindelijk de woonoppervlakte in het huis verdubbeld. Bij de start van het bouwproject wordt aanvankelijk geen rekening gehouden met het belang van de buurman (het strafprocesrecht). Het vindt immers plaats binnen kadastrale grenzen, waardoor de buurman de gevolgen maar te accepteren heeft. Maar naarmate de uitbouw in omvang toeneemt wordt ook de buurman meer betrokken bij de bouwplannen. Hij besluit een soortgelijke uitbouw te realiseren, waardoor de bouwplannen nauwkeurig op elkaar kunnen worden afgestemd. Uiteindelijk wordt bij de uitbouw zodoende nadrukkelijk rekening gehouden met de wensen van de buurman. In de beide woningen wordt de achtergevel voorzien van een achterpui met ramen over de gehele breedte. Het zicht van de bewoners wordt hierdoor nadrukkelijk getrokken naar de achterbuurman, het bestuursrecht.

Kort nadat de uitbouw is gerealiseerd beginnen de problemen. Er ontstaan scheuren in de muren, en de ramen en deuren sluiten niet meer goed. Bouwkundig onderzoek brengt het probleem in kaart: bij de uitbouw heeft de focus zo sterk gelegen op het creëren van extra woonruimte, dat te weinig rekening is gehouden met de bouwkundige uitgangspunten van de woning. De fundering van de woning blijkt niet berekend te zijn op een uitbouw van deze omvang.

6.2 DE INVLOED VAN HET COMMUNE STRAFRECHT OP HET BIJZONDER STRAFRECHT

Om de in dit onderzoek aan de orde gestelde wisselwerking tussen gemeen en bijzonder strafrecht in kaart te brengen is in het tweede deel van dit onderzoek een vijftal belangrijke bijzondere wetten langs de lat van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit gelegd. Het beeld dat hieruit naar voren komt valt in drie (deels onderling gerelateerde) ontwikkelingen te vatten: instrumentalisering, dedogmatisering en thematisering van het materiële strafrecht. Deze ontwikkelingen hebben elk op zich en in samenhang gezien gevolgen voor de vormgeving van het materiële strafrecht. Deze gevolgen leveren in elk van de onderzochte wetten spanning op met een of meer genoemde beginselen. Ik bespreek de ontwikkelingen in de genoemde volgorde omdat ik de indruk heb dat de dedogmatisering mede uit de instrumentalisering ontstaat, en de thematisering juist weer een gevolg is van de dedogmatisering.

Met instrumentalisering doel ik op een ontwikkeling waarbij het materiële strafrecht in toenemende mate wordt ingezet als middel, als instrument, ter verwezenlijking van beleidsdoelen. De eigenlijke grondslag van het materiële strafrecht – de intrinsieke onrechtmatigheid van strafbaar gestelde gedragingen – verdwijnt in deze ontwikkeling meer naar de ach-

tergrond, terwijl de sanctionerende of strafvorderlijke mogelijkheden van het strafrecht meer naar de voorgrond verschuiven. De inzet van het strafrecht als sanctionerend sluitstuk in een andersoortig rechtsgebied – vaak bestuursrechtelijk, soms civielrechtelijk – vormt de sterkste illustratie van dit gegeven. Hierbij wordt het wezen van het materiële strafrecht als autonoom rechtsgebied met eigen waarden en beginselen miskent, en wordt het strafrecht slechts selectief benut om de handhaving van normen uit andere gebieden te faciliteren. Het materiële strafrecht wordt hierbij gemodelleerd naar de handhavingswens, wat ten koste gaat van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit.

Er ontstaat spanning met het schuldbeginnsel zodra de schuldvorm opzet haast achteloos wordt toegevoegd aan een enorm aantal bepalingen (artikel 2 WED). Dit leidt tot slordigheden en onduidelijkheden in de aldus tot stand gebrachte schuldverbanden, die – afhankelijk van de vormgeving van de achterliggende normen – deels bestaan uit eigen schuldvormen of bestaan uit facetten van de formele wederrechtelijkheid. Zodra overtreding van deze normen in een deelnemingsvorm tenlastegelegd wordt, of aan een rechtspersoon, een feitelijk leidinggever, functioneel dader, of als een complexe combinatie van (al) deze figuren kan (het vaststellen van) dit opzetverband nog diffuser worden. De hieronder in het kader van het legaliteitsbeginnsel beschreven openheid van de (impliciete of expliciete zorgplicht-)normen in de WED en de onder de dedogmatisering te bespreken openheid van de daderschapsconstructie van de rechtspersoon maken de rechtspositie van de rechtssubjecten in de context van het economisch strafrecht derhalve soms ronduit penibel. Op welke wijze kunnen zij immers, bij deze vrijwel eindeloze mogelijkheden, voorzien welke strafrechtelijke schuldverwijten hen ten deel kunnen vallen bij het verrichten van bepaalde gedragingen? Hierin valt de signatuur van het schuldstrafrecht ver te zoeken.

In het kader van het schuldbeginnsel kan voorts gewezen worden op de rol van het opzet in het fiscale strafrecht. In de kernbepaling van het fiscale strafrecht (artikel 69 AWR) is het opzet verwerkt om de bepaling daarmee als misdrijf te kunnen kwalificeren, zodat het strafrecht z'n functie als sanctionerend sluitstuk in fiscaalrechtelijke context ten volle kan waarmaken. In de wijze waarop dit opzet in praktijk wordt vastgesteld valt echter, mede door de vormgeving van de norm in deze bepaling, het strafrechtelijk opzetbegrip nog slechts in de verte te herkennen. In de toepassing van dit opzetvereiste binnen deze norm was zelfs zo weinig van het oorspronkelijk opzetbegrip te herkennen, dat de figuur van het pleitbaar standpunt vanuit het fiscale boeterecht is ingevlogen om het opzetvereiste nog enige betekenis te geven.

Tot slot kan gewezen worden op de rol die subjectieve bestanddelen in de afgelopen decennia spelen in het verkeersstrafrecht. Hierbij springt met name de invoering van de schuldvorm roekeloosheid in het oog. Vanuit het schuldbeginnsel mag verwacht worden dat de introductie van een nieuwe schuldvorm door de wetgever voorzien wordt van een zorgvuldige inbed-

ding tussen de bestaande schuldvormen, met een duidelijke onderlinge afgrenzing. Uit de in dit onderzoek beschreven invoering van deze schuldvorm, en de latere aanpassing daarvan via artikel 5a WWV, blijkt echter dat van een zorgvuldige inbedding geen sprake is. Vanwege een gewenste sanctienorm (een hoger strafmaximum voor veroorzakers van ernstige verkeersongevallen) werd besloten tot invoering van deze schuldvorm zonder de bedoelde zorgvuldigheid met betrekking tot het materiële strafrecht in acht te nemen. Door het gewenste wettelijk strafmaximum voorop te stellen is hier in feite het paard achter de wagen gespannen, met als gevolg dat de wagen slechts met veel gepiep en gekraak in beweging komt.

De instrumentalisering van het materiële strafrecht levert ook spanning op met het legaliteitsbeginsel. Binnen de WED en de AWR zijn de strafbaarstellingen vaak wendbaar en geregeld met een bepaalde openheid vormgegeven. Die wendbaarheid zorgt ervoor dat de inhoud van de achterliggende normen zonder formeel wetgevingsproces eenvoudig kan wijzigen, en daardoor kan worden aangepast aan de gewenste handhavingsmogelijkheden. De openheid van de normen komt voort uit een onmacht van de wetgever om de onrechtmatigheid van de gedraging nader te omschrijven, waardoor ruime mogelijkheden worden geboden om de norm op handhavingsniveau nader vorm te geven. In uiterste gevallen bestaat de gehele materiële norm uit een zorgplicht, waarbij het voor rechtssubjecten niet mogelijk is precies te achterhalen wat de wet van hen vraagt. Een ruim uitpakkend voorwaardelijk opzet of ruim uitpakkende daderschapscriteria (zoals het op redelijke toerekening gestoelde daderschap van de rechtspersoon) kunnen het nader compliceren voor rechtssubjecten om hun gedrag af te stemmen op de wet. Aanscherping van de normen in deze context via jurisprudentie wordt bovendien bemoeilijkt door de in deze context veelvuldig gebruikte buitengerechtigke afdoeningsmogelijkheden.

Tot slot levert de instrumentalisering van het materiële strafrecht ook spanning op met het codificatiebeginsel. In feite volgt die spanning reeds uit de bovengenoemde spanning met het schuld- en legaliteitsbeginsel. Meer in algemene zin wordt de vormgeving van het materiële strafrecht ondergeschikt gemaakt aan instrumentele overwegingen, waarmee afbreuk wordt gedaan aan de met het codificatiebeginsel beoogde samenhang en eenvormigheid. Dit geldt voor de hierboven besproken vormgeving van de strafbaarstellingen (legaliteitsbeginsel), voor de omgang met het schuldbeginsel, maar ook voor de vormgeving van leerstukken die buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallen, zoals het wederrechtelijkheidsbeginsel. Waar de vormgeving van de normen tekortschiet in de vanuit het legaliteitsbeginsel gewenste duidelijkheid, ligt diezelfde onduidelijkheid ogenschijnlijk ten grondslag aan een frictie met het wederrechtelijkheidsbeginsel; de wetgever slaagt er bij deze normen niet in de onrechtmatigheid van het gedrag voldoende concreet te maken.

Met dedogmatisering van het materiële strafrecht doel ik op een ontwikkeling waarbij de toepassing van leerstukken van strafrechtelijke aansprake-

lijkheid minder materieelrechtelijk geladen is, en meer afhankelijk wordt gemaakt van een soort algemeen redelijkheidsoordeel. Met redelijkheid kan niemand het oneens zijn, maar het is nu juist de taak van het materiële strafrecht om die redelijkheid op leerstuk- en delictsniveau te concretiseren tot aanvaardbare materieelrechtelijke grenzen. Die begrenzing moet in alle gevallen als uitkomst hebben dat toepassing redelijk is. Door 'redelijkheid' niet alleen als gewenste uitkomst op te vatten, maar ook als materieelrechtelijke norm binnen de toepassing van een leerstuk, dreigt het materiële strafrecht grip te verliezen op zijn belangrijkste domein: het aanbrengen van grenzen waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd. Die taak verschuift daardoor in wezen naar het formele strafrecht, waarbij in het bijzonder de bewijsvoering en de motiveringsvereisten voor een bewezenverklaring de ontstane leemte opvullen. Zoals gezegd, lijkt deze ontwikkeling in zekere zin te volgen uit de besproken instrumentalisering. Om het materiële strafrecht te instrumentaliseren is een zekere dedogmatisering soms immers nodig, zodat 'het instrument' de nodige beweeglijkheid krijgt.

Deze dedogmatisering wordt in de eerste plaats zichtbaar in het leerstuk van ouderschap van de rechtspersoon. Voor de vaststelling van ouderschap van een rechtspersoon zal bijvoorbeeld voldoende gemotiveerd moeten worden waarom het bewezenverklarde feit redelijk toerekenbaar is aan de rechtspersoon.³ Dit centrale criterium van redelijke toerekening wordt weliswaar voorzien van het 'oriëntatiepunt' of een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden,⁴ maar hieruit ontstaat nog steeds geen duidelijke begrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De genoemde omstandigheden in het aangehaalde Drijfmest-arrest zijn niet-limitatief, en vormen uiteindelijk slechts een optekening van omstandigheden die kunnen worden gebruikt ter motivering van een bewezenverklaring. De inhoud van het algemene leerstuk van ouderschap van de rechtspersoon is hiermee nauwelijks materieelrechtelijk genormeerd en voorzover de 'redelijke toerekening' als norm kan gelden staat het aan de basis van een variabele invulling van dit leerstuk. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de materieelrechtelijke invulling van dit leerstuk noch bij invoering in het Wetboek van Strafrecht, noch bij invoering in de WED volledig doordacht is. Van een onmacht om dit leerstuk meer materieelrechtelijke inhoud te geven kan derhalve niet gesproken worden, omdat er nooit een echt serieuze poging is gedaan.

Ook binnen het opzetbegrip lijkt zich een zekere dedogmatisering te voltrekken, zeker sinds de aanvaarding van het voorwaardelijk opzet in z'n hedendaagse betekenis (in het 'bijzondere' Cicero-arrest). Het voorwaardelijk opzet belichaamt een bewijsconstructie waarin bewijsrechtelijke figuren als feiten van algemene bekendheid en (hiermee gelijkgestelde) algemene ervaringsregels een prominente rol spelen. Deze oefenen op hun beurt weer

3 HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (*Drijfmest*), r.o. 3.3.

4 HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (*Drijfmest*), r.o. 3.4.

een dedogmatiserende invloed uit op de materieelrechtelijke inhoud van het voorwaardelijk opzet. Op deze manier lijken wezensvreemde aspecten te worden toegevoegd aan het voorwaardelijk opzet; figuren als onderzoeks- of zorgplichten of een Garantenstellung behoren dogmatisch thuis binnen de culpa, maar gaan een steeds prominentere rol spelen binnen het voorwaardelijk opzet. Ook van de hieronder besproken delicts- of thema-variabele inhoud van het voorwaardelijk opzet gaat een dedogmatiserend effect uit, nu die variëteit zo groot is, dat daaruit reeds volgt dat er (blijkbaar) geen duidelijk dogmatisch basismodel bestaat.

Deze dedogmatisering levert spanning op met de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit. Door te werken met een lossere, of minder op de voorgrond tredende, dogmatische invulling van materieelrechtelijke leerstukken is de met het codificatiebeginsel gewenste eenvormigheid van de inhoud en toepassing van algemene leerstukken (of, eenvoudiger gezegd: de algemeenheid van het materiële strafrecht) naar de achtergrond verdwenen. Bovendien wordt de toepassing van deze leerstukken daardoor minder voorzienbaar, waardoor deze ontwikkeling ook spanning teweegbrengt met het legaliteitsbeginsel. Tot slot ontstaat spanning met het schuldbeginstel zodra leerstukken die hiervan een uitwerking vormen onderdeel worden van deze dedogmatisering, zoals het geval is bij het voorwaardelijk opzet.

Intussen kan de vraag zijn ontstaan of deze dedogmatisering valt toe te schrijven aan het bijzonder strafrecht; dat was immers het vertrekpunt in deze paragraaf. Ik denk dat tenminste van een beïnvloeding vanuit het bijzonder strafrecht gesproken kan worden, nu juist de (hierboven besproken) figuren waarbinnen deze ontwikkeling het meest duidelijk zichtbaar is hun oorsprong vinden in het bijzonder strafrecht.

Een ontwikkeling die mede als gevolg van deze dedogmatisering heeft kunnen ontstaan is een zekere thematisering van het materiële strafrecht. Hiermee doel ik op de ontwikkeling in het bijzonder strafrecht waarbij deelgebieden (de ‘bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten’ uit artikel 107 Gw) niet alleen als afzonderlijk (beleids)thema zijn geïdentificeerd, maar soms ook zijn vormgegeven als afzonderlijk thema. Door deze werkwijze dreigt de samenhang met het grotere geheel verloren te gaan, wat in de eerste plaats ten koste gaat van het codificatiebeginsel. Door algemene leerstukken een thematische invulling te geven – denk aan de invulling van voorwaardelijk opzet in Opiumwetzaken, de gemuteerde schuldvorm van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ in de context van de WWM, de verkeersrechtelijke invulling van het voorwaardelijk opzet – zijn deze deelgebieden soms meer aan te merken als eilandjes binnen het gehele materiële strafrecht dan als onderdeel van het grotere geheel. Ook thans meer veralgemeniseerde figuren als strafbare voorbereidingshandelingen (Opiumwet) of functioneel daderschap (WED) zijn in de eerste plaats ontstaan vanuit behoeftes die samenhangen met die specifieke thematische gebieden. Deze thematisering is vanuit codificatieperspectief een frappante ontwikkeling, omdat deze werkwijze resulteert in parallellen met

de werkwijze van de wetgevers in landen met een common law systeem, waarin verschillende thema's in eigen strafwetten zijn geregeld (zoals de Road Traffic Act 1988 of Misuse of Drugs Act in het Verenigd Koninkrijk), en waarin de juridische vormgeving mede afhankelijk is van het thema van de wetten. Vanuit het wetgevingsproces valt mogelijk te verklaren waarom in bijzondere wetten een thematisch narratief vaak domineert boven een systeemnarratief. Bij de thematiek in bijzondere wetten zijn doorgaans namelijk verschillende departementen zijn betrokken, waardoor de strafrechtelijke componenten in die bijzondere wetten niet exclusief beheerd worden door de meer in het strafrecht gespecialiseerde (wetgevings)juristen van het Ministerie van Justitie en Veiligheid. In het wetgevingsproces in het parlement zullen bovendien op dezelfde wijze meerdere belangen tegen elkaar worden afgewogen (zoals: de volksgezondheid (Opiumwet), het milieu (WED), de schatkist (AWR), mobiliteit (WVW)). Doordat het strafrecht in al deze terreinen onderdeel is (geworden) van bredere handhavingstrategieën, zal het materiële strafrecht ook minder sterk z'n eigen signatuur dragen, en zal de vormgeving mede afhankelijk zijn (geworden) van het specifieke thema van de bijzondere wet. Hierin komt dan ook een duidelijk verband met de eerder beschreven instrumentalisering van het materiële strafrecht aan de oppervlakte.

Deze thematisering kan ook belicht worden vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel en schuldbeginsel; de uitwerking van deze beginselen wordt deels gemodelleerd naar de thematische behoefte. De eigenaardigheden van de thematisch gewenste strafbaarstellingen brengen afwijkingen voort die te herleiden zijn tot dat thema; denk aan de openheid van milieunormen (legaliteit) of de toepassing van voorwaardelijk opzet in drugszaken (schuld). Hierin loopt deze ontwikkeling synchroon met de hierboven beschreven instrumentalisering, waardoor ik er hier niet opnieuw bij zal stilstaan.

'Verbeelding' | Deel III

De bewoner van het bouwwerk besluit, ondanks dat in het bouwkundig rapport melding wordt gemaakt van duidelijke indicaties voor funderingsproblemen, niet tot nader onderzoek. Een mogelijk herstelproject zou de woning namelijk tijdelijk onbewoonbaar maken, en het project zou enorme kosten met zich brengen. Dat geld besteedt de bewoner liever aan andere projecten; zo staat het vervangen van de badkamer hoog op z'n verlanglijstje, alsmede het aanbrengen van dakkapellen op de zolderverdieping. De door het funderingsprobleem ontstane schade in de aanbouw wordt met oppervlakkige, tijdelijke ingrepen (optisch) verholpen: de ramen en deuren worden opnieuw gesteld, en de scheuren in de muren worden met plamuursel dichtgemaakt.

Naarmate het funderingsprobleem langer aanhoudt, ontstaat er ook in de oorspronkelijke woning schade. Zo wordt er door de ruimte in de aanbouw een te zwaar beroep gedaan op het stroomnetwerk, waardoor het bouwwerk voor-

zien moet worden van een nieuwe meterkast, met een groter vermogen. Ook raakt, door de verzakking van de aanbouw, de afvoer naar de centrale riolering beknelde, en ontstaan er ook in de oorspronkelijke woning op diverse plekken scheuren in de muren. De funderingsproblemen die destijds in de aanbouw waren begonnen, lijken ook de fundering van de oorspronkelijke woning langzamerhand aan te tasten.

Doordat het nodige grondig onderhoud van de woning uitblijft, en de bewoner steeds voorrang geeft aan korte termijn projecten, verandert het ooit zorgvuldig bouwkundig uitgedachte bouwwerk langzamerhand in een bouwwerk met vele gebreken.

6.3 DE INVLOED VAN HET BIJZONDER STRAFRECHT OP HET COMMUNE STRAFRECHT

In het derde deel van dit onderzoek lag de focus op de invloed die het bijzonder strafrecht heeft op het commune strafrecht. Die invloed kan naar z'n aard reeds problematisch zijn, omdat het codificatiebeginsel juist het algemene (commune) strafrecht in het Wetboek van Strafrecht een centrale plaats geeft en de bijzondere strafwetten een plaats als beperkt te houden uitzondering. Wil het Wetboek van Strafrecht z'n centrale plaats behouden, dan dient de daarin aangebrachte systematiek niet te worden doorbroken door de uitzondering(en). Indien er aanleiding bestaat om wijzigingen aan te brengen in het commune strafrecht, dan dient dat steeds te gebeuren volgens de bouwkundige uitgangspunten van het Wetboek van Strafrecht. Hiermee worden de beoogde eenvormigheid en systematiek in het materiële strafrecht behouden. Het is niet onmogelijk om meer fundamentele wijzigingen aan te brengen in het commune strafrecht, zolang de bouwkundige uitgangspunten in dat geval maar (geheel) opnieuw doordacht worden.

Uit hoofdstuk 5 kwam naar voren dat er diverse figuren, interpretaties van figuren, of toepassingen van figuren uit het bijzonder strafrecht zijn overgewaaid naar het commune strafrecht. Soms gebeurt dat plotseling, zoals bij het invoeren van 'bijzondere' figuren in het commune strafrecht via wetgeving. Die situaties zijn in potentie onproblematisch, maar bleken toch problematisch omdat de hierboven bedoelde bouwkundige doordening tekortschoot bij de invoering van de figuur van daderschap van de rechtspersoon en bij invoering van de schuldvorm roekeloosheid. Daarnaast werd gesignaleerd dat via wetgeving ook een meer geleidelijke beïnvloeding voorkomt in de vormgeving van strafbaarstellingen. Daarbij is de geleidelijkheid zorgwekkend, omdat hierdoor bij elke stap in die beïnvloeding een bepaalde vorm van gewinning kan ontstaan. Zo kan een werkwijze met betrekking tot de vormgeving van strafbaarstellingen langzamerhand, en daardoor minder zichtbaar, intrede doen in het commune strafrecht. De hierboven besproken instrumentalisering, dedogmatisering en thematisering van het materiële strafrecht doen zich, via deze doorwerking van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht, intussen ook voor in het commune strafrecht. In dit

onderzoek is dit zichtbaar gemaakt aan de hand van de volgende invloeden van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht.

Aan de invoering en toepassing van de figuur van daderschap van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht kleven diverse gebreken. In de eerste plaats is gesignaleerd dat de gehele regeling in een legislatief chaotische periode, en daardoor op een vrij rommelige wijze is geïntroduceerd in de WED. Door in de jaren na de Tweede Wereldoorlog een regeling die gedurende de oorlogstijd was ingevoerd door de bezettingswetgever als blauwdruk te nemen voor de regeling in de WED, kreeg die regeling die aanvankelijk een beperkt bereik had (in het Economisch Sanctiebesluit) plotseling een veel groter bereik en daardoor een grotere relevantie. Tegelijk bleek de wetgever in het legislatief proces tamelijk gemakzuchtig te denken over de introductie van deze, voor het materiële strafrecht wezensvreemde, figuur. Veel aandacht ging daarentegen uit naar de nieuwe sanctionerende mogelijkheden in de WED die ook toepasselijk moesten kunnen zijn op een rechtspersoon. Aan misschien wel de meest fundamentele systeembreuk is geen (zichtbare) aandacht besteed; de rechtstreeks uit het schuldbeginsel voortvloeiende idee van individuele schuldvaststelling werd zonder enige contemplatie door de wetgever verlaten. In 1976 werd het daderschap van de rechtspersoon in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht geplaatst. Dit vormde de ultieme gelegenheid voor de wetgever om deze figuur (alsnog) dogmatisch te doordenken, en zonodig te voorzien van een eigen regime. Aldus zou een wezensvreemd figuur in het wetboek alsnog voorzien kunnen worden van een goede dogmatische en theoretische inbedding. De legislatieve geschiedenis van de invoering van deze figuur in het wetboek blinkt echter uit in pragmatisme, en 'rechtstheoretische beschouwingen' werden door de wetgever expliciet van de hand gewezen. Er werd een 'doelmatige' en 'praktisch bruikbare' regeling beoogd, die voorzag in de mogelijkheid tot 'doeltreffende' bestraffing van rechtspersonen. De instrumentalisering van het materiële strafrecht treedt hierdoor ook het commune strafrecht binnen. Ook het schuldbeginsel kwam er buitengewoon bekaaid vanaf, waarbij het er zelfs op lijkt dat de wetgever het verschil tussen daderschap en schuld miskende. In de jurisprudentie moest de inhoud van deze figuur daarom nader gestalte krijgen. In de ontwikkeling van criteria waarmee daderschap kan worden vastgesteld is uiteindelijk gedeeltelijk teruggespreng op het door de oude regeling in de WED, die juist door de wetgever geschrapt was. Intussen is het Drijfmes-arrest reeds een paar decennia het bepalende arrest voor de vaststelling van daderschap van de rechtspersoon. Hierin is het inhoudelijk weinig zeggende criterium van redelijk toerekening centraal gesteld ter vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon. Over dit open begrip heb ik hierboven (paragraaf 6.2) onder de besproken dedogmatisering reeds vastgesteld dat dit (ondanks de genoemde redengevende 'omstandigheden') weinig houvast geeft, en daardoor op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel.

Een tweede (in dit onderzoek besproken) legislatieve doorwerking van

het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht wordt gevormd door de gelijktijdige invoering van de figuur roekeloosheid in de WVV en de artikelen 307 en 308 Sr. Deze figuur werd specifiek met het oog op een verhoogd wettelijk strafmaximum voor artikel 6 WVV in het verkeersstrafrecht ingevoerd, en omwille van de 'consistentie' ook ingevoerd in de genoemde commune bepalingen. In paragraaf 6.2 heb ik reeds aangegeven dat bij invoering van deze figuur niet de zorgvuldigheid is betracht die vanuit het schuldbeginsel mag worden verwacht. De aanvankelijk nog stellig gewenste consistentie in de rol van roekeloosheid bij culpoze delicten, is intussen bovendien verdwenen. De betekenis van de verkeersrechtelijke roekeloosheid is namelijk gekoppeld aan artikel 5a WVV, waardoor de commune roekeloosheid en de verkeersrechtelijke roekeloosheid uit elkaar groeien.

In hoofdstuk 5 werd ook een meer geleidelijke invloed gesignaleerd van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht. Dit betreft een vanuit het legaliteitsbeginsel bezien onwenselijke trend om een zekere openheid of wendbaarheid aan te brengen binnen commune delictsomschrijvingen, zodat de werkelijke norm pas duidelijk wordt buiten de formele wet om. Ik illustreerde dit aan de hand van voorbeelden binnen het terrorisme- en milieudomein. De vormgeving van deze normen lijkt hierbij meer vanuit een thematisch narratief te zijn voortgekomen dan vanuit een systeem perspectief; de handhavingswensen in deze specifieke domeinen is hierbij een dominante factor geweest in de vormgeving van deze normen.

Een tweede route waarlangs het bijzonder strafrecht het commune strafrecht beïnvloedt verloopt via de jurisprudentie. Hierbij is van een meer geleidelijke invloed sprake die, zoals hierboven genoemd, zorgwekkender is dan de zojuist beschreven meer plotselinge beïnvloeding via de legislatieve weg. Omdat de jurisprudentiële invloed doorgaans meer stapsgewijs verloopt, kan bij elk van die stappen een soort gewenning ontstaan, of kan elk van die stappen op zichzelf (steeds) als aanvaardbaar worden beschouwd, doordat het totale effect van die invloed niet in beeld is. In dit onderzoek zijn verschillende invloeden via de jurisprudentie gesignaleerd.

Een eerste, eenvoudig te signaleren, beïnvloeding betreft de introductie van het functioneel daderschap als – uiteindelijk – algemeen leerstuk. Deze figuur valt te herleiden tot het economisch strafrecht, waarin het aanvankelijk als functionele interpretatie van bedrijfsmatig getinte bestanddelen ontstond. Kort na invoering van de WED bestond behoefte deze interpretatie te beperken tot situaties waarin een natuurlijk persoon over de gedraging van een ander persoon beschikte, en die aanvaardde (het IJzerdraad-arrest). Dit arrest voorzag hiermee in een leemte die was ontstaan bij de invoering van het daderschap van de rechtspersoon in de (kort voor dat arrest ingevoerde) WED; er zou oneerlijke concurrentie kunnen ontstaan tussen de bedoelde rechtspersonen en buiten die definitie vallende eenmanszaken indien laatstgenoemden niet (ook) als functioneel dader konden worden aangesproken. Dit functioneel daderschap is intussen een ingeburgerd figuur geworden

in het commune strafrecht en wordt hierbij als deelnemingsvorm gezien. Dit staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel in combinatie met artikel 91 Sr, waaruit volgt dat een dergelijke uitbreiding van het algemeen deel slechts toegestaan is bij formele wet (en dus niet via jurisprudentie). Deze regeling verdraagt wel de aanvankelijke functionele interpretatie van bepaalde delictsbestanddelen, maar niet een nieuwe volwaardige vorm van daderschap (of deelneming). De introductie van een nieuwe vorm van daderschap of deelneming is namelijk voorbehouden aan de formele wetgever.

Een tweede, meer geleidelijke, invloed van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht is zichtbaar in de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet. De hedendaagse betekenis en invulling van deze opzetgradatie is ontstaan vanuit het (bijzondere) Cicero-arrest, gevoed door het (verkeersrechtelijk getinte) arrest dat bekend staat onder de naam 'Inrijden op agent.' Enige jaren na het Cicero-arrest werd het voorwaardelijk opzet voor het eerst (zichtbaar) toegepast in een commune zaak. Het behoeft geen betoog dat het voorwaardelijk opzet in het hedendaagse strafrecht intussen een veelgebruikte opzetgradatie is. Hoewel er van een betrekkelijk heldere materieelrechtelijke inhoud kan worden gesproken (het gaat steeds om het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans op het tenlastegelegde gevolg, de tenlastegelegde omstandigheid of toestand), is de invulling niet eenduidig. Het voorwaardelijk opzet is een soort kameleon, die zich telkens (thematisch) aanpast aan de omgeving waarbinnen hij zich bevindt. Dat geldt voor de toepassing in bijzondere wetten, maar geldt ook voor de toepassing binnen commune delictsgroepen. Binnen bepaalde grenzen is dat natuurlijk precies hoe een algemeen leerstuk verbijzonderd dient te worden in een concrete casuspositie, maar dan dient er wel duidelijkheid te bestaan over de bandbreedte waarbinnen variatie mogelijk is. Juist daar wringt de schoen; doordat het voorwaardelijk opzet vooral functioneert als (gededogmatiseerde) bewijsconstructie, berust de vaststelling in sommige gevallen in zeer sterke mate op feiten van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels, en op een enkel met behulp van 'contra-indicaties' te weerleggen veruiterlijkt bewijsvermoeden. Hierdoor kunnen 'culpoze' elementen als een zorg- of onderzoeksplicht of een Garantenstellung via een omweg aan de basis liggen van de vaststelling van opzet. Bekijken we de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet van een afstand, dan is het materieelrechtelijke schuldverwijt dat daarin (uiteindelijk) tot uitdrukking dient te komen in sommige gevallen langzaam aan het verdwijnen. Gelet op de sterke nadruk op de bewijsvoering en op de delicts- of themavariabele invulling van het voorwaardelijk opzet, kan de vraag gesteld worden of het voorwaardelijk opzet zich laat kennen als (gradatie van) een *eenvormig* toepasbaar algemeen materieelrechtelijk leerstuk, of meer als *meervormig* toepasbare bewijsconstructie. Hoewel dit geen zuivere tegenstelling is – bewijsvoering zal altijd variabel zijn, terwijl het materieelrechtelijke leerstuk eenvormig wordt toegepast – dient de bewijsvoering niet de materieelrechtelijke normering te verstoren of ondermijnen, maar steeds te

ondersteunen. Deze onderlinge verhouding is bij het voorwaardelijk opzet niet altijd meer te herkennen.

Naast deze meer geleidelijke invloed van het bijzonder strafrecht op de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet, blijkt het commune strafrecht ook vatbaar voor doorwerking van bijzondere mutaties op schuldvormen. De in het verkeersrecht ontwikkelde, en thans ook in de jurisprudentie omtrent de WVV, de Opiumwet en de WED voorkomende, schuldvorm van een 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' duikt inmiddels immers ook (op spaarzame plaatsen) op in commune jurisprudentie omtrent het 'voorhanden hebben' van een bepaald goed.

6.4 TOT SLOT

Dit onderzoek vertrok vanuit de vraag naar de verhouding tussen het commune materiële strafrecht en het bijzondere materiële strafrecht. Hieruit volgde ten eerste de vraag in welke mate het bijzonder strafrecht aansluit op het commune strafrecht. In de onderzochte terreinen in het bijzonder strafrecht kan worden vastgesteld dat het materiële strafrecht in de bijzondere wetten op tal van plaatsen afwijkt van het commune strafrecht; de vormgeving van strafbaarstellingen, de uitwerking van het schuldbeginsel op delictsniveau, bijzondere mutaties van algemene leerstukken, de introductie van nieuwe algemene leerstukken, kortom: het bijzondere materiële strafrecht heeft zich ontwikkeld van deelgebied van een groter geheel tot een deels autonome regio. Het materiële strafrecht is hierin in meer of mindere mate geïnstrumentaliseerd, gededogmatiseerd en gethematiseerd.

Daarnaast was de vraag of, en in welke mate, er sprake is van beïnvloeding van het commune strafrecht door het bijzonder strafrecht. Op de door mij onderzochte terreinen is van een doorwerking zonder twijfel sprake. Tegelijk schieten de 'bijzondere' figuren, interpretaties of toepassingen niet als paddenstoelen uit de grond. In veel opzichten is het oorspronkelijke bouwwerk van het commune strafrecht nog als zodanig herkenbaar. De wel geconstateerde doorwerkingen laten echter zien dat het commune strafrecht wel degelijk vatbaar is voor doorwerking vanuit het bijzonder strafrecht. Naarmate de sterk instrumentele opvatting over de inzet van het materiële strafrecht, ook binnen de grenzen van het wetboek, toeneemt, zullen in het commune strafrecht steeds meer strafbaarstellingen voorkomen die, voor wat betreft hun materieelrechtelijke vormgeving, sterke gelijkenissen vertonen met het materiële strafrecht in bijzondere wetten. De in dit onderzoek blootgelegde ontwikkeling laat zien dat dit niet alleen een theoretische mogelijkheid is, maar een reeds bestaande tendens.

AANBEVELINGEN

Tot slot van dit onderzoek doe ik op basis van de onderzoeksbevindingen enkele aanbevelingen. De aanbevelingen zijn gecategoriseerd in aanbevelingen voor de langere termijn en voor de kortere termijn; vanuit de in hoofdstuk 6 gehanteerde verbeelding zijn deze gecategoriseerd als 'herbouw' en 'renovatie'. Ik ben mij ervan bewust dat aanbevelingen van de eerste categorie weliswaar gedragen worden door de resultaten van dit onderzoek, maar daarbij is niet uitgesloten dat andere perspectieven tot andere inzichten kunnen leiden. De aanbevelingen zijn, met andere woorden, beperkt door de in dit onderzoek gekozen afbakening en methodologie. Dat laat onverlet dat bepaalde aspecten in het materiële strafrecht op basis van dit onderzoek voor verbetering vatbaar zijn. Afgezien van de categorisering zijn de aanbevelingen willekeurig gerangschikt. Onder die beperking, en binnen die categorisering doe ik de volgende aanbevelingen aan de wetgever.

1. *Herbouw*

- I. Bij een algehele herziening van het Wetboek van Strafrecht dient het codificatiebeginsel voorop te worden gesteld. Daarbij dient de wetgever de vanuit dit beginsel gewenste centrale functie van het wetboek alsmede de eenvormigheid en systematiek binnen het gehele materiële strafrecht te doordenken, mede met het oog op het materiële strafrecht buiten het wetboek. Vervolgens dient het materiële strafrecht buiten het wetboek geheel doorgelicht te worden, en opnieuw te worden afgesteld op de uitgangspunten van het commune strafrecht.
- II. Bij een algehele herziening van het Wetboek van Strafrecht dient de wetgever zich in een vroeg stadium te bezinnen op de functie die strafbepalingen in de huidige samenleving dienen te hebben, en op de gevolgen die dat heeft voor de vormgeving van het materiële strafrecht. Op die manier moet voorkomen worden dat algemene leerstukken van materieel strafrecht toegesneden zijn op klassiek-dogmatische uitgangspunten, terwijl in de samenleving onmiskenbaar een ontwikkeling gaande is waarbinnen bredere mogelijkheden van strafrechtelijke aansprakelijkstelling gewenst zijn. Dogmatische uitgangspunten dienen die bredere mogelijkheden niet te verhinderen, maar te begeleiden binnen een verstandige bandbreedte.
- III. Bij een algehele herziening van het Wetboek van Strafrecht dient het onderscheid tussen gemeen en bijzonder strafrecht opnieuw gekalibreerd te worden. Hierbij dient dit onderscheid aan de hand van kwalitatieve criteria bepaald te worden. Bij die kwalitatieve criteria wordt in elk geval een onderscheid betrokken tussen intrin-

siek onrechtmatige gedragingen en enkel onwetmatige gedragingen. In het commune strafrecht dienen enkel intrinsiek onrechtmatige gedragingen te worden geplaatst. Vervolgens dient te worden onderzocht of de misdrijven die op basis van dit hernieuwde onderscheid buiten het Wetboek van Strafrecht worden geregeld, categorisch kunnen worden onderscheiden van andere strafbare feiten in een categorie tussen de huidige misdrijven en overtredingen in. Deze tussencategorie kan tot uitdrukking brengen dat bij deze delicten een situationele of contextuele noodzaak bestaat tot afwijking op de algemene uitgangspunten in het materiële strafrecht, waarmee zij uitgezonderd zijn van het overigens eenvormige materiële strafrecht.

- IV. Bij een algehele herziening van het Wetboek van Strafrecht dienen het schuldbeginnsel en de daaruit voortvloeiende schuldvormen gecodificeerd te worden in de openingsbepalingen van het Wetboek van Strafrecht. De schuldvormen worden hierbij voorzien van een korte, niet uitputtende beschrijving. Daarmee wordt enerzijds de bandbreedte bewaakt waarbinnen deze schuldvormen worden toegepast, terwijl de schuldvormen anderzijds de nodige flexibiliteit behouden.
- V. Bij een algehele herziening van het Wetboek van Strafrecht dienen alle algemene leerstukken en uitgangspunten die thans impliciet onder het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht geschaard worden, te worden voorzien van een (meer of minder uitgebreide) expliciete basis in het Algemeen Deel. Meer dan in 1886 voorzien werd, speelt het materiële strafrecht ook buiten het wetboek een belangrijke rol. Door de signatuur van het materiële strafrecht nadrukkelijker onder woorden te brengen in het Algemeen Deel dan thans het geval is, zal het strafrecht in de bijzondere wetten, waar het onderdeel is van een bredere handhavingsstrategie, sterker die signatuur kunnen behouden. Mocht afwijking van de algemene uitgangspunten noodzakelijk zijn, dan zal dat namelijk altijd expliciet moeten gebeuren, waardoor de bijzondere wetgever altijd expliciet de verhouding tot de algemene uitgangspunten onder woorden moet brengen.
- VI. Bij een algehele herziening van Wetboek van Strafecht dient het systeembeheer van de materieelrechtelijke codificatie opnieuw tegen het licht te worden gehouden. Hierbij dient overwogen te worden een systeembeheerder aan te stellen die het gehele materiële strafrecht beheert en daarin regelmatig onderhoud verricht. Deze systeembeheerder dient in zijn taakopvatting te betrekken dat het Wetboek van Strafrecht niet op zich staat, maar in verband staat met

aangrenzende of domeinoverstijgende rechtsgebieden als het strafprocesrecht of bestuursrecht en het Europese of internationale recht.

- VII. Bij toekomstige thematisch georiënteerde wetgevingsprojecten dient de wetgever expliciet te reflecteren op de vraag of het thema in het commune strafrecht geregeld dient te worden, of in een bijzondere strafwet. De vormgeving van de beoogde strafbaarstellingen vormt binnen die reflectie een leidend perspectief.

2. *Renovatie*

- I. Er bestaan gebreken in de wijze waarop in sommige misdrijven binnen het bijzonder strafrecht het schuldvereiste is verwerkt. Deze gebreken kunnen worden gerepareerd door in deze strafbaarstellingen alsnog een subjectief bestanddeel aan te brengen, of door het huidige subjectieve bestanddeel te verduidelijken.
- a. Het in artikel 8 en 9 WVV voorkomend bestanddeel 'weet of redelijkerwijs moet weten' (artikel 8 lid 1 en lid 6, artikel 9 lid 1, lid 2 en lid 5) dient vervangen te worden door het bestanddeel 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden'. (Paragraaf 4.3.5.1)
 - b. Het in artikel 41, lid 1 sub c WVV voorkomend bestanddeel 'met de kennelijke bedoeling' dient vervangen te worden door het bestanddeel 'met het oogmerk'. (Paragraaf 4.3.5.1)
 - c. Het in artikel 41, lid 2 WVV voorkomend bestanddeel 'weet of redelijkerwijze kan vermoeden' dient vervangen te worden door het bestanddeel 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden'. (Paragraaf 4.3.5.1)
 - d. Het in artikel 69 lid 1 en lid 2 voorkomend bestanddeel 'indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven' dient vervangen te worden door het bestanddeel 'met het oogmerk minder belasting te betalen dan materieel is verschuldigd'. (Paragraaf 4.4.1.4)
 - e. In artikel 2 WED dient een artikellid te worden ingevoerd dat luidt: 'De economische delicten, bedoeld in (...), voor zover hun omschrijving opzet insluit, zijn misdrijven; sluit hun omschrijving geen opzet in, dan zijn zij overtredingen, een en ander voor zover de wet niet anders bepaalt'. In artikel 1 en 1a WED dient vervolgens een apart onderdeel te worden aangebracht waarin de bepalingen die reeds een eigen schuldverband hebben kunnen worden geplaatst; naar die onderdelen dient het voorgestelde nieuwe artikellid van artikel 2 WED te verwijzen in het deel dat aangeduid werd met '(...)'. De wetgever dient tot slot in de bepalingen die reeds een eigen schuldverband hebben, dat schuldverband te heroverwegen zodat dat schuldverband uitdrukking geeft aan de gewenste kwalificatie als misdrijf (mèt opzet) of overtreding (zonder opzet). (Paragraaf 4.5.1.2)

- f. In de WWM dienen de misdrijven te worden voorzien van een expliciet opzetvereiste. (Paragraaf 4.7.1.1)
- II. In de huidige Wegenverkeerswet vormt de roekeloosheid in de constellatie van bepalingen rondom artikel 6 WVV (artikel 6 WVV juncto artikel 175, lid 2, WVV juncto artikel 5a WVV) een onduidelijke en overbodige tussenstap. Artikel 175, lid 2 WVV (inclusief de roekeloosheid) dient te worden geschrapt uit de WVV en, ervan uitgaande dat de wetgever de strafverhogende mogelijkheid in artikel 6 wil behouden, vervangen te worden door het volgende artikellid:

‘Indien het in overtreding van artikel 6 resulterende gedrag tevens als een overtreding van artikel 5a, eerste lid, kan worden aangemerkt wordt overtreding van artikel 6 gestraft met:

- a. gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander wordt gedood;
- b. gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht.’

Het in de artikelen 307 en 308 voorkomende bestanddeel roekeloosheid dient te worden heroverwogen. Daarbij kan worden gekozen voor schrapping van artikel 307 lid 2 en artikel 308 lid 2 (waarin dit bestanddeel is opgenomen), of – indien de wetgever de strafverhogende mogelijkheid in de uiterst zeldzame gevallen van roekeloosheid in die bepalingen wil behouden – voor behoud van dit bestanddeel in de betekenis die de Hoge Raad aan roekeloosheid gaf in zijn jurisprudentie vóór 1 januari 2020.

- III. De regeling van daderschap van natuurlijke personen en rechtspersonen dient een logischere plek te krijgen in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht. In die regeling dient expliciet tot uitdrukking te worden gebracht dat strafbare feiten zowel fysiek als functioneel kunnen worden begaan. Die regeling dient vooraf te gaan aan het huidige artikel 47 Sr. Hierbij kan aan de volgende ingreep worden gedacht:
 - a. Titel V van Boek I van het Wetboek van Strafrecht wordt hernoemd tot ‘Daderschap en deelneming aan strafbare feiten’
 - b. Artikel 47 Sr wordt vernummerd tot artikel 47a. Het nieuwe artikel 47 Sr komt te luiden:
 - ‘1. Strafbare feiten kunnen fysiek en functioneel worden begaan.
 - 2. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

3. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
 - 1°. tegen die rechtspersoon, dan wel
 - 2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
 - 3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.
 4. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.'
- c. Artikel 51 Sr wordt geschrapt.

Appendix I

De uitwerking van schuldvormen in het positieve recht¹

1. SYSTEMATIEK: MISDRIJVEN BEVATTEN ALTIJD EEN SCHULDVORM

In het Nederlandse strafrecht heeft het schuldbeginnsel een belangrijke uitwerking gekregen in de schuldvormen opzet en culpa. Bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd het eenvoudige uitgangspunt gehanteerd dat elk misdrijf een schuldvorm zou bevatten, en overtredingen niet:¹

“In onderscheiding van het tweede boek, wordt bij overtredingen nergens van opzet of schuld gewag gemaakt.(...) Tot het wezen van een misdrijf behoort altoos hetzij opzet, hetzij schuld.”²

Kenmerkend voor een misdrijf is derhalve de aanwezigheid van opzet of culpa. In veruit de meeste delictsomschrijvingen is het opzet als schuldvorm opgenomen, terwijl de culpa bij uitzondering werd opgenomen om bepaalde rechtsgoederen van extra bescherming door de strafwet te voorzien.³

2. TERMINOLOGIE IN DE WET

Het opzet wordt op verschillende manieren tot uitdrukking gebracht in de wet. Over de terminologie is bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht gediscussieerd,⁴ maar uiteindelijk werd gekozen voor vier manieren om het opzet in een delictsomschrijving uit te drukken.

In veel gevallen is hiervoor de term ‘opzettelijk’ gebruikt. Hierbij komt betekenis toe aan de precieze plaats van die term in een delictsomschrijving:

“terwijl met (...) zorg de plaats is gekozen, die het woord opzettelijk in elke zinsede inneemt, in dier voege dat het, waar het gebezigd wordt, steeds de geheele omschrijving beheerscht van het strafbare feit, zooals die daarna volgt.”⁵

Hiermee ontstaat het onderscheid tussen gesubjectieerde bestanddelen

1 In paragraaf 3.3.2.2 is aangegeven welke functie deze appendix heeft binnen dit onderzoek, en waarom de in deze appendix gegeven schets van de ontwikkeling van de schuldvormen in het positieve recht niet is opgenomen in Hoofdstuk 3.

1 Intussen bevatten sommige overtredingen wel een schuldvorm (zoals artikel 441 Sr).

2 Smidt III, p. 175.

3 Smidt I, p. 84: ‘in de regel eist de wet opzet’; Politoff & Koopmans 1991, p. 143.

4 Smidt I, p. 73-83.

5 Smidt I, p. 78.

(ook wel aangeduid als het schuldverband, waarmee alle bestanddelen worden bedoeld waarop het opzet betrekking heeft) en geobjectiveerde bestanddelen (die juist aan het schuldverband onttrokken zijn).

Daarnaast zijn er bepalingen aan te wijzen die bestanddelen bevatten die het opzet (automatisch) impliceren. Het opzet blijkt daar “uit den aard van het feit en de taalkundige beteekenis der tot omschrijving daarvan gebezigde woorden”.⁶ Een voorbeeld is het ‘tot enig strafbaar feit of tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag [opruien]’ (artikel 131 Sr). Hieruit volgt reeds een bepaalde gerichtheid van de wil, die dus ook dient te worden bewezen om tot een veroordeling voor dit feit te komen. De bewoordingen maken bovendien duidelijk waar het opzet betrekking op heeft.

Voorts bevat de wet een relatief gering aantal bepalingen waarin de term ‘wetende dat’ wordt gebruikt ter aanduiding van het opzet. Vergelijkbaar hiermee is de term ‘wist’ (in de artikelen 139g, 416, 418 en 419 Sr). Deze terminologie werd gebruikt “wanneer men te doen heeft met handelingen die *op zich zelve* per se opzettelijk zijn en waar dus die uitdrukking van het opzet tot die van de bekendheid met sommige omstandigheden bepaald is.”⁷ Het opzet heeft in deze gevallen dus betrekking op een of meer door de wet genoemde omstandigheden, terwijl in dezelfde bepaling het opzet reeds op een andere plek voorkomt op een van de twee wijzen als hierboven omschreven. De wetgever stelde dus ook dat het gaat om ‘bekendheid’ met die omstandigheden, waarmee dus een sterke nadruk ligt op het cognitieve element van het opzet (het weten). Een voorbeeld van deze formulering is artikel 330 Sr: “Hij die eet- of drinkwaren of geneesmiddelen verkoopt, te koop aanbiedt of aflevert, wetende dat zij vervalst zijn (...)”. In verkopen, te koop aanbieden en afleveren ligt reeds impliciet opzet besloten, maar die gedragingen zijn (natuurlijk) pas strafbaar indien men wist dat ze vervalst zijn.

Tot slot wordt in sommige gevallen een opzetvereiste tot uitdrukking gebracht met de term ‘oogmerk’. De wetgever koos voor deze term bij formeel omschreven delicten (waarbij het verrichten van een bepaalde handeling strafbaar is gesteld), waarbij evenwel een gerichtheid op een bepaald gevolg aanwezig moet zijn om tot een veroordeling te komen. Het opzet heeft in deze gevallen dus betrekking op het (door de wet) bepaalde gevolg. Het klassieke voorbeeld van een dergelijke formulering is de delictomschrijving van diefstal (artikel 310 Sr): “Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen (...)”. Indien opzet met de term ‘oogmerk’ wordt aangeduid dan zal de nadruk sterk liggen op het volitieve element van het opzet (het willen); daarmee vormt opzet als ‘oogmerk’ in zekere zin het spiegelbeeld van opzet als ‘wetende dat’. Tot slot stelt de wetgever dat

6 Smidt I, p. 78.

7 Smidt I, p. 83.

het opzet als 'oogmerk' een 'gequalificeerd opzet' is, 'iets meer bepaalds' dan het gewone opzet, bijvoorbeeld een 'bedoeling'.⁸

Over de wijze waarop culpa uitgedrukt wordt in de wet is de wetgever aanmerkelijk korter. Culpa wordt omschreven in een delictsomschrijving als 'aan wiens schuld te wijten'.⁹ De wetgever van 1886 maakte hierop een klein aantal uitzonderingen, waarvan alleen de uitdrukking van culpa in artikel 199 lid 3 Sr thans nog resteert: hier wordt gesproken van 'onachtzaamheid'. Wel is na de invoering van het Wetboek van Strafrecht het aantal formuleringen waarmee culpa wordt uitgedrukt toegenomen: 'redelijkerwijs moet vermoeden' en diverse equivalenten hiervan drukken allemaal een culpavereiste uit.

3. SOORTEN OPZET EN CULPA

Modderman onderscheidde twee soorten opzet en twee soorten schuld: onvoorwaardelijk opzet, voorwaardelijk opzet, bewuste schuld en onbewuste schuld.¹⁰ Onder onvoorwaardelijk opzet verstond hij zuiver opzet. Met voorwaardelijk opzet bedoelde hij de situatie waarin de wil niet primair op het ingetreden gevolg of de gegeven omstandigheden was gericht, maar het wél gewilde gevolg die gevolgen of die omstandigheden met zekerheid¹¹ of waarschijnlijkheid¹² zou meebrengen.¹³

Van bewuste schuld is sprake "wanneer op het oogenblik van de daad de mogelijkheid der uitkomst voor den geest zweeft, maar toch zóó dat de dader, ook blijkens de voorzorgsmaatregelen die hij neemt, hoop en *vertrouwt* dat het hem door zijne handigheid en bijzondere maatregelen gelukken zal die uitkomst te beletten."¹⁴ Van onbewuste schuld zal sprake zijn bij 'onkunde, onnadenkendheid of wanbeleid'.¹⁵ In beide gevallen moet het gaan om *culpa lata*; men dacht minder na, wist minder of was minder beleidsvol dan de mens in het algemeen.¹⁶ In deze belangrijke objectivering ligt de standaard besloten waaraan de verdachte van een culpoos misdrijf wordt afgemeten.

Net als tegenwoordig bestond rond 1886 vooral discussie over het grensgebied tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. In het hieronder weergegeven citaat van Modderman wordt dit grensgebied met de

8 Smidt I, p. 78-79.

9 Smidt I, p. 86.

10 Smidt I, p. 87.

11 Smidt I, p. 87-88, het voorbeeld van het in brand steken van een huis.

12 Smidt I, p. 88, het voorbeeld van het opzettelijk debauchereren van minderjarigen in het geval er geen onderzoek wordt gedaan naar de leeftijd van een meisje en 'welks uiterlijk het in het midden laat of de 21jarige leeftijd reeds al of niet bereikt is.'

13 Smidt I, p. 82-83.

14 Smidt I, p. 88.

15 Smidt I, p. 88.

16 Smidt I, p. 85.

Duitse term 'Mittelstufe' aangeduid. Modderman wilde en kon geen precieze demarcatielijn geven tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld:

"Is dan de wetgever ooit in staat den regter te dwingen om ten aanzien van opzet en schuld – een onderwerp waarover nog altoos zoo getwist wordt, zóódat de een noemt opzet wat de ander schuld noemt en omgekeerd – het twisten te staken? Men moet de wetenschap en de praktijk vrijlaten, in afwachting van het tijdstip waarop zij er in geslaagd zullen zijn, de zoogenaamde Mittelstufe als een logisch wanproduct uit te werpen."¹⁷

In de wetenschap en rechtspraktijk zijn de begrippen en de onderlinge afgrenzing intussen (inderdaad) nader ontwikkeld. Met name het voorwaardelijk opzet heeft vele pennen in beweging gebracht; hierop keer ik hieronder nog terug.

De begrippen opzet en schuld zijn dus weliswaar niet in de wet gedefinieerd, maar de wijze waarop de schuldvormen zijn verwerkt in de misdrijven is, zo moge uit het bovenstaande blijken, een taak geweest die met precisie is uitgevoerd door de wetgever van 1886. Hierbij is de wetgever in zekere zin in drie stappen te werk gegaan. Ten eerste zijn de rechtsgoederen geïdentificeerd die de bescherming van de strafwet nodig hebben. Hierbij is, ten tweede, een aantal rechtsgoederen geselecteerd die 'extra' bescherming nodig hadden van een culpoze delictsvariant¹⁸ (naast een doleuze delictsvariant). Ten derde is bij de aldus ontstane misdrijven een sanctienorm gekozen die recht deed aan het gewicht van het geschonden rechtsbelang, en aan de schuldvorm die bij de dader aanwezig was. Hierdoor correspondeert de straf *in abstracto* steeds met de zwaarte van de *schuldvorm* (vergelijk bijvoorbeeld de doleuze doodslag, maximaal 25 jaren gevangenisstraf, met de culpoze dood door schuld, maximaal 2 jaren gevangenisstraf). De rechter kan vervolgens bij het bepalen van de straf *in concreto* de meer precieze *mate* van schuld in aanmerking nemen, zo overwoog de wetgever zowel bij culpa¹⁹ als bij opzet.²⁰

4. DE 'KLEUR' VAN HET OPZET

Een volgend punt waar de wetgever van het Wetboek van Strafrecht over moest beslissen was de vraag of het opzet zich mede zou moeten uitstrekken tot de wederrechtelijkheid van de gedraging (er wordt in dat geval gesproken van boos opzet). Het antwoord op die vraag luidde stellig ontkennend. Het opzetbegrip is daarom in beginsel kleurloos. Dit stelt ook

¹⁷ Smidt I, p. 89.

¹⁸ Smidt I, p. 84.

¹⁹ Smidt I, p. 85.

²⁰ Smidt I, p. 77.

eisen aan de (toekomstige) wetgever, omdat misdrijven dus wel een zekere evidente strafwaardigheid moeten bevatten:

“De wet stempelen dus alleen als misdrijf opzettelijk gepleegde handelingen, van welke het ieder normaal ontwikkeld mensch duidelijk moet zijn dat zij in strijd zijn met de zedelijke en maatschappelijke orde.”²¹

Uitzonderingen op deze hoofdregel werden gemaakt door het woord ‘opzettelijk’ op een plaats in de delictsomschrijving te zetten waarbij het opzet zich – vanwege het hierboven beschreven uitgangspunt met betrekking tot het schuldverband – mede uitstrekt tot de wederrechtelijkheid (zoals in artikel 282 Sr).²² Een andere mogelijkheid is door de term ‘oogmerk’ betrekking te laten hebben op de wederrechtelijkheid (zoals in artikel 310 Sr).²³ Tot slot kan het opzet ook betrekking hebben op een facet van de wederrechtelijkheid, zoals het opzet om iets dat vals of vervalst is voor echt te doen doorgaan (zoals in artikel 225 Sr).

In al deze gevallen heeft het opzet betrekking op (een deel van) de wederrechtelijkheid, zodat het subjectieve deel van de delictsomschrijving hiermee scherper de grens tussen strafwaardig en niet-strafwaardig gedrag trekt. Aldus komt met betrekking tot de ‘kleur’ van het opzet als hoofdlijn naar voren dat het opzet voldoende intrinsiek kwaadaardig moet zijn, ofwel omdat elk normaal ontwikkeld mens dat begrijpt, ofwel omdat het opzet ziet op (een deel van) de wederrechtelijkheid.

5. DE ONTWIKKELING VAN HET VOORWAARDELIJK OPZET

Modderman onderscheidde reeds het voorwaardelijk opzet als opzetgradatie (als ‘soort’, in zijn woorden). Tegelijk liet hij de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet nadrukkelijk over aan de wetenschap en praktijk. Hieronder zal op hoofdlijnen de ontwikkeling van deze opzetgradatie worden weergegeven. Hierbij komt de focus te liggen op de discussie die is gevoerd over de vraag óf het voorwaardelijk opzet erkenning verdient als opzetgradatie, en op de discussie die is gevoerd over wat er precies onder ‘voorwaardelijk opzet’ dient te worden begrepen. Dit zijn namelijk elementen die in dit onderzoek terugkeren ter duiding van ontwikkelingen in bijzondere wetten. Andere belangrijke aspecten van het voorwaardelijk opzet, zoals de vraag op welke wijze het ‘willen’ of het ‘aanvaarden’ precies kan worden bewezen, komen hieronder nog niet aan de orde.

21 Smidt I, p. 77.

22 Politoff & Koopmans 1991, p. 116-119.

23 Smidt I, p. 78.

5.1 Dynamiek

Voor een goed begrip van deze hoofdlijnen van de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet is het eerst van belang om een moment stil te staan bij de dynamiek waaraan de ontwikkeling van dit leerstuk niet kan ontsnappen.

De betekenis en onderlinge afgrenzing van de schuldvormen zijn, zoals Modderman wenste, nader ontwikkeld in de literatuur en rechtspraktijk. Hierin ligt de nadruk sterk op de 'Mittelstufe'; het grensgebied tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. In de praktijk komen regelmatig situaties voor waarin een gedraging in het grensgebied tussen opzet en culpa lijkt te vallen. Hierbij biedt de wet, zoals we hierboven zagen, in een aantal gevallen de mogelijkheid om eenzelfde gedraging als doleus delict of als culpoos delict ten laste te leggen. Mede tegen de achtergrond van het grote verschil in strafmaat, kan hierbij een dynamiek ontstaan waarbij beide procespartijen zoeken naar de uiterste grenzen van de schuldvormen. Die dynamiek wordt, voor wat betreft het voorwaardelijk opzet, nog versterkt door het gegeven dat de wet in lang niet alle gevallen een doleus delict heeft voorzien van een culpoze tegenhanger (hoewel dat aantal na 1886 trouwens wel flink is toegenomen). Het identificeren van de ondergrens van voorwaardelijk opzet is voor de praktijk hierom een cruciale aangelegenheid. Hierdoor ontstaat tussen het schuldbeginsel als regulatief, normerend beginsel en een concrete uitwerking hiervan (het positiefrechtelijk opzetbegrip) een paradox; het eerste draagt op om het uitgangspunt van de vrije wil als absolute basis te gebruiken voor bestraffing, het tweede beweegt zich (onvermijdelijk) vooral naar een minimale invulling daarvan. Illustratief is dat in de hedendaagse strafrechtspraktijk regelmatig voorbeelden passeren waarin een bewezenverklaring van het voorwaardelijk opzet een bewezenverklaring van onvoorwaardelijk opzet niet uitsluit. Het voorwaardelijk opzet is een sjabloon geworden met een zekere magnetische kracht.

De mate waarin het voorwaardelijk opzet beantwoordt aan het schuldbeginsel hangt echter niet alleen af van de materieelrechtelijke definitie van het voorwaardelijk opzet. Net als bij andere materieelrechtelijke leerstukken zal dit namelijk mede afhangen van de betekenis die bewijsmiddelen in dit verband toegekend krijgen. Een (te) licht bewijsregime kan immers een uithollend effect hebben op een materieelrechtelijke betekenis van het voorwaardelijk opzet, waardoor de abstractere waarde van het schuldbeginsel (alsnog) uit beeld kan raken. De toelaatbaarheid van bewijsmiddelen en bewijsconstructies vormen een formeelrechtelijke kwestie, die – meer dan de materieelrechtelijke inhoud van leerstukken – mede genormeerd wordt door mensenrechtelijke verdragen zoals het EVRM. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de toelaatbaarheid van bewijsvermoedens. De ruimte die hiervoor wordt geboden – en die ruimte is groot, mits de vermoedens niet onweerlegbaar zijn²⁴ – is van invloed op de mate waarin de toepassing

24 Zie bijvoorbeeld EHRM 7 oktober 1988, *NJ* 1991, 351 (Salabiaku t. Frankrijk).

van het voorwaardelijk opzet beantwoordt aan het schuldbeginsel. Hier wordt ook het hierboven aangeduide verband tussen het materieelrechtelijk schuldbeginsel en de formeelrechtelijke onschuldpresumptie zichtbaar. Op het gebied van de onschuldpresumptie zal het EHRM de minimumgrenzen bewaken, hetgeen een nadere stimulans vormt voor het identificeren van de minimale betekenis van het voorwaardelijk opzet.

5.2 Ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet-begrip

Binnen deze dynamiek heeft het voorwaardelijk opzet zich ontwikkeld sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht. Hierbij draait het minder om de vraag óf het voorwaardelijk opzet een acceptabele opzetgradatie is dan wel eens wordt gesuggereerd. De discussie in de literatuur draait meer om de vraag op welke wijze deze opzetgradatie dient te worden toegepast, en welke betekenis het begrip precies krijgt in het positieve recht. Deze twee vragen kunnen elkaar echter raken zodra een afwijzing van (de leer van) het voorwaardelijk opzet in verband wordt gebracht met een precieze betekenis die er (op dat moment) aan wordt toegekend. Dit soms verwarrende woordenspel probeer ik hieronder echter te vermijden door de wijze waarop de inhoud van het voorwaardelijk opzet zich heeft ontwikkeld, en de discussie die daaromtrent speelde, centraal te stellen.

5.2.1 Toepassingsbereik voorwaardelijk opzet

Modderman was in 1886 reeds een aanhanger van de leer van het voorwaardelijk opzet. Dat betekent dat hij het voorwaardelijk opzet een acceptabele invulling vond van het leerstuk opzet. Acceptabel in de zin dat deze gradatie in voldoende mate het bestanddeel opzet kan dragen. Uitzondering hierop vormde de gevallen waarin het opzet als ‘oogmerk’ is aangeduid in de delictsomschrijving; hiervoor volstaat voorwaardelijk opzet niet.²⁵

Een tweede uitzondering leek te bestaan voor de gevallen waarin de wet het opzet als ‘wetende dat’ heeft omschreven. Taalkundig lijkt hiermee immers een iets strenger criterium te zijn aangelegd dan binnen het ‘gewone’ opzet. De Hullu wijst er echter op dat de wetgever van 1886 in veel gevallen waarin de Staatscommissie in haar ontwerp sprak van ‘wetende dat’, die woorden heeft vervangen door ‘opzettelijk’. Hij meent daarom dat de wetgever het ‘wetende dat’ en het gewone opzet op één lijn plaatst (waardoor voorwaardelijk opzet zou volstaan).²⁶ Deze conclusie lijkt juist, hoewel hij wel met enige voorzichtigheid dient te worden getrokken. Aan de lezing van De Hullu valt toe te voegen dat Modderman verderop in dezelfde passage het oogmerk loskoppelt van het ‘gewone’ opzet-begrip;²⁷

25 Smidt I, p. 79-80.

26 De Hullu 2021, p. 244.

27 Smidt I, p. 78-79.

indien hij dit ook beoogde met de formulering ‘wetende dat’ dan had hij dat daar kunnen vermelden. Anderzijds kan het feit dat op diverse plaatsen de formulering ‘wetende dat’ uit het ontwerp van Staatscommissie is verwijderd bij het definitieve wetsvoorstel juist uitgelegd worden als indicatie voor een bijzondere betekenis van de term ‘wetende dat’ op de *resterende* plekken. Deze uitleg lijkt steun te krijgen in de overweging van Modderman dat bij de term ‘wetende dat’ “die uitdrukking van het opzet tot die van de bekendheid met sommige omstandigheden bepaald is.”²⁸ Het werd daarom ook toegevoegd aan bepalingen die reeds een (ander) opzetvereiste in zich droegen. Indien het gewone opzet en ‘wetende dat’ precies dezelfde betekenis zouden hebben, dan had de uitdrukking ‘wetende dat’ ook onder dat andere opzetverband kunnen worden geplaatst. Bij bijvoorbeeld artikel 174 Sr – dat sinds 1886 niet inhoudelijk gewijzigd is – was dat (taalkundig) toch geen complexe opgave geweest?²⁹

Gedurende een lange periode is het zodoende onderwerp van discussie geweest of het voorwaardelijk opzet ook kon worden toegepast bij het bestanddeel ‘wetende dat’. Aan het einde van de twintigste eeuw gaf de rechtspraak hierover nog geen (eenduidig) uitsluitsel. Het meerderheidsstandpunt in de literatuur was dat er minstens sprake moest zijn van ‘begrijpen’; de absolute ondergrens van voorwaardelijk opzet zou daarom niet volstaan. Voorwaardelijk opzet met waarschijnlijkheidsbewustzijn zou wel volstaan.³⁰ In 2008 blijkt de Hoge Raad echter een andere opvatting toegedaan, door te overwegen dat met ‘wetende dat’ doorgaans opzet wordt bedoeld, en dat onder opzet ook voorwaardelijk opzet begrepen dient te worden. Wel laat hij de mogelijkheid open dat deze algemene regel in bepaalde delictsomschrijvingen niet van toepassing is.³¹

Geconcludeerd kan worden dat er sinds 1886 lange tijd onduidelijkheid bestond over de precieze betekenis van de opzetaanduiding ‘wetende dat’. Pas in 2008 heeft de Hoge Raad aan die onduidelijkheid deels een einde gemaakt.

5.2.2 *Zekerheid, noodzakelijkheid, waarschijnlijkheid en mogelijkheid*

Uit de voorbeelden die Modderman bespreekt in het kader van voorwaardelijk opzet valt af te leiden dat hij bij de dader geen totale zekerheid over het ingetreden gevolg vereiste. Met voorwaardelijk opzet bedoelde hij, zoals hierboven al werd besproken, de situatie waarin de wil niet primair

²⁸ Smidt I, p. 83.

²⁹ Die tekst luidt sinds 1886, voor zover hier van belang: “Hij die waren verkoopt, te koop aanbiedt, aflevert of uitdeelt, wetende dat zij voor het leven of de gezondheid schadelijk zijn, en dat schadelijk karakter verzwijgende, wordt gestraft met (...).” Hier had het opzetverband eenvoudig kunnen worden aangebracht aan het begin van de bepaling, maar dit wilde de wetgever kennelijk niet.

³⁰ Zie hierover, met nadere verwijzing naar rechtspraak en literatuur: Sikkema 1999, p. 1005-1007 en p. 1010-1015. Zie anders: Brouns 1988, p. 230-233.

³¹ HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8673, r.o. 3.5-3.6.

op het ingetreden gevolg of de gegeven omstandigheden was gericht, maar het wél gewilde gevolg die gevolgen of die omstandigheden met zekerheid³² of (grote) waarschijnlijkheid³³ zou meebrengen.³⁴ Hoewel hij hiermee een vanuit hedendaags oogpunt bezien bepaald strenge uitleg gaf aan het voorwaardelijk opzet, was het feit dat hij (de leer van) het voorwaardelijk opzet op zichzelf aanvaardde al niet onomstreden. Dit blijkt uit de weerstand die hij ervoer tijdens de behandeling van het Wetboek van Strafrecht in de Kamer. Zowel in het algemene gedeelte over opzet,³⁵ als bij de behandeling van delicten³⁶ werd zijn opvatting ter discussie gesteld.

In de strafrechtspraktijk kan hierom enige aarzeling hebben bestaan om het voorwaardelijk opzet toe te passen. Toch is deze opzetgradatie al vroeg zichtbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Op 19 juni 1911 laat de Hoge Raad in zijn befaamde Hoornse Taart-arrest³⁷ een veroordeling in stand voor moord, waarbij het Hof een vorm van voorwaardelijk opzet had toegepast om tot het voor moord vereiste opzet te komen.³⁸

De verdachte wilde de marktmeester te Hoorn doden door hem van een met rattenkruid vergiftigde taart te laten eten. Hij reisde hierop naar Haarlem, kocht een taart, voegde het rattenkruid toe en liet de taart vanuit Amsterdam naar het woonadres van de marktmeester verzenden. Hij wist dat de marktmeester samenwoonde met zijn echtgenote. Nadat hij de taart had verzonden is hij in de trein tot 'het duidelijk inzicht en de stellige verwachting is gekomen, dat de vrouw van [betrokkene 1] wel van de taart zoude eten'. Dit betrof echter geen zeker, of noodzakelijk gevolg (waardoor een ander opzet dan voorwaardelijk opzet uit zicht raakt). Wel kan gezegd worden dat de kans 'waarschijnlijk' was, gelet op de bovenvermelde vaststellingen over de vrouw. Dit was voor het Hof voldoende bewijs voor een veroordeling voor moord, en de Hoge Raad liet deze veroordeling in stand.

De discussie over de leer van het voorwaardelijk opzet ging in de literatuur intussen onverminderd voort. Brouns wijst erop dat die discussie mede de

32 Smidt I, p. 87-88, het voorbeeld van het in brand steken van een huis.

33 Smidt I, p. 88, het voorbeeld van het opzettelijk debauchereren van minderjarigen in het geval er geen onderzoek wordt gedaan naar de leeftijd van een meisje en 'welks uiterlijk het in het midden laat of de 21jarige leeftijd reeds al of niet bereikt is.' Zie ook het voorbeeld waarin iemand op een paard in 'woeste, wilde draf' door een straat rijdt waarin een 'hoop kinderen' staan, waardoor hij 'duidelijk begrijpen kan' dat hij een kind zal verpletteren, maar (daarover onverschillig) in hetzelfde tempo doorrijdt, waardoor een kind gedood of verwond wordt.

34 Smidt I, p. 82-83.

35 Smidt I, p. 81-83 en (over de afgrenzing met culpa) p. 86-89.

36 Zie bijv. Smidt II, p. 123-130 en p. 135-136.

37 HR 19 juni 1911, ECLI:NL:HR:1911:1, W 9203.

38 Vanwege de bewezenverklaarde moord is ook het bestanddeel 'voorbedachten rade' onderwerp van discussie in deze zaak. Dit valt in het arrest niet helemaal te scheiden van de discussie over opzet. De bewijsmiddelen dragen echter ook het bestanddeel 'opzettelijk', waardoor het veilig is om dit arrest mede in het licht van het opzet te bespreken.

uitleg betrof die men gaf aan het voorwaardelijk opzet.³⁹ Dit is geen onbelangrijk punt, omdat het accepteren van het voorwaardelijk opzet natuurlijk mede afhangt van de vraag wat deze gradatie precies inhoudt. Voorwaardelijk opzet met waarschijnlijkheidsbewustzijn zal bijvoorbeeld op minder bezwaren hoeven rekenen dan voorwaardelijk opzet met mogelijkhedenbewustzijn. Juist die uitleg van het voorwaardelijk opzet, de ondergrens ervan, stond in de decennia na het Hoornse Taart-arrest ter discussie.

Deze discussie komt goed naar voren in de ontvangst van de naorlogse jurisprudentie van de Hoge Raad waarin hij het voorwaardelijk opzet accepteert met een overweging waarin de huidige definitie van het voorwaardelijk opzet herkenbaar is. Het accepteren van het voorwaardelijk opzet in zijn hedendaagse betekenis wordt dan ook toegeschreven aan de jurisprudentie van de Hoge Raad uit de jaren vijftig van de vorige eeuw. In een arrest van 6 februari 1951 overwoog de Hoge Raad:

“dat toch de automobilist, die *bewust een kans* om een ander omver te rijden en dan naar redelijke verwachting van het leven te beroven, zo hachelijk dat hem alleen een ijlings opzij springen van dien ander zelf nog aan haar verwerkelijking kan onttrekken, in het leven roept en *blijkens zijn doorrijden blijft aanvaarden*, handelt met het voor poging tot doodslag vereiste opzet.”⁴⁰ (mijn cursivering, JC).

De Hoge Raad spreekt in dit arrest van een ‘waarschijnlijk gevolg’. Hoewel nog niet erg expliciet, is hierin de hedendaagse definitie van het voorwaardelijk opzet herkenbaar.⁴¹ Röling stelt in zijn noot bij dit arrest echter nog:

“Met de beslissing omtrent het wezen van ‘opzet’ blijft de Hoge Raad in overeenstemming met vroegere rechtspraak waarin het waarschijnlijkheidscriterium werd aangelegd. Het zou onjuist zijn in het arrest een aanvaarden van de *dolus eventualis* te zien. Van een ‘wat ook de consequenties zijn, ik ga toch door’, de formule destijds door Frank geformuleerd, van een mogelijkhedenbewustzijn terwijl men ook zou gehandeld hebben indien men zekerheid zou hebben gehad, is hier geen sprake.”⁴²

De stelligheid van Röling berust blijkbaar op de gedachte dat de betekenis die Frank gaf aan het voorwaardelijk opzet de dominante betekenis was, en op de gedachte dat het waarschijnlijkheidsbewustzijn niet onder de ‘*dolus eventualis*’ valt. Van Dijk stelt dat Röling, achteraf bezien, een te strenge

39 Brouns 1988, p. 209-211. Ik kan in zijn dissertatie overigens geen bespreking (of zelfs verwijzing) vinden naar het hierboven besproken Hoornse Taart-arrest. Dat deed mij twijfelen of ik dit arrest kon bespreken in het kader van het voorwaardelijk opzet. Mogelijk heeft voor Brouns meegespeeld dat deze zaak mede draait om het bestanddeel voorbedachten rade. Ik meen evenwel, zoals hierboven overwogen, dat het verantwoord is aan dit arrest ook een conclusie te verbinden over de opzetredenering.

40 HR 6 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:2, NJ 1951, 475 (*Inrijden op agent*).

41 Aldus wordt het arrest ook geduid in de literatuur, zie bijvoorbeeld Hazewinkel-Suringa 1953, p. 91; De Hullu 2021, p. 227.

42 HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475, m.nt. Röling.

definitie hanteerde van voorwaardelijk opzet, waardoor hij in zijn hierboven aangehaalde noot ten onrechte stelde dat in het arrest geen aanvaarding van het voorwaardelijk opzet te lezen zou zijn.⁴³ De noot van Röling is illustratief voor het gegeven dat in de discussie over (de hedendaagse betekenis) van het voorwaardelijk opzet in wezen twee zaken door elkaar lijken te lopen: enerzijds de vraag wat precies onder voorwaardelijk opzet wordt verstaan, waar de ondergrens ervan ligt, en anderzijds de discussie over de vraag of het voorwaardelijk opzet geaccepteerd moet worden in het Nederlandse strafrecht. Zo bepleit Pompe enerzijds de maatstaf van waarschijnlijkheidsbewustzijn voor het opzet,⁴⁴ die hij ook aantreft in de jurisprudentie van de Hoge Raad,⁴⁵ en stelt hij anderzijds dat hij in de jurisprudentie van de Hoge Raad “geen aanwijzingen voor de leer van het voorwaardelijk opzet [heeft] kunnen vinden.”⁴⁶ Het waarschijnlijkheidsbewustzijn wordt door Pompe dus niet onder het voorwaardelijk opzet geschaard, terwijl anderen het Hoornse Taart-arrest (waarin sprake was van een grote mate van waarschijnlijkheid) reeds onder het voorwaardelijk opzet rekenen.⁴⁷ Bovendien hanteert Pompe eenzelfde ondergrens van het opzet als Modderman – beiden menen dat hiervoor tenminste ‘waarschijnlijkheid’ van het gevolg nodig is. Voor Pompe is hierin een afwijzing van het voorwaardelijk opzet gelegen, terwijl Modderman vanuit ditzelfde vertrekpunt het voorwaardelijk opzet juist wel erkent.

Van belang is hier niet om vast te stellen wie het bij het langste eind had; van belang is om vast te stellen dát er discussie bestond over de leer van het voorwaardelijk opzet, terwijl men ook over de precieze inhoud ervan discussieerde.

In een tweede arrest uit de jaren vijftig van de vorige eeuw lijkt de Hoge Raad het voorwaardelijk opzet nog wat explicieter te accepteren dan in het zojuist besproken arrest uit 1951. In het Cicero-arrest overwoog de Hoge Raad namelijk:

“dat toch hij die, zich ervan bewust dat de vertegenwoordiger van den recht-hebbende hem tot de opvoering slechts vergunning geeft indien hij aan twee daartoe gestelde eisen voldoet, daarop den enen eis vervullende den anderen bepaaldelijk niet vervult, zonder te weten of deze ten onrechte werd gesteld, en dan desalniettemin, in stede van vooraf daarnaar te informeren, tot de opvoering overgaat, zich *willens en wetens blootstelt aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans*, dat die vertegenwoordiger ook dergelijken tweeden eis niet zonder grond zal hebben gesteld;

43 Van Dijk 2017, p. 204.

44 W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950, p. 154-158.

45 HR 23 juli 1937, NJ 1938, 869, m.nt. Pompe; HR 12 maart 1957, ECLI:NL:HR:1957:170, NJ 1957, 386, m.nt. Pompe.

46 Pompe 1950, p. 157.

47 Kelk & De Jong 2023, p. 261-262.

dat derhalve uit de gebezigde bewijsmiddelen, welke onder meer het bovenweergegevene behelzen, voor ieder der requiranten kan worden afgeleid, dat hij of zij *voorwaardelijk* zijn of haar *opzet* mede erop gericht heeft dat hij of zij telastgelegd heeft laten opvoeren 'zonder dat de voor die opvoering verschuldigde rechten waren voldaan, althans voor de opvoering regeling van rechten had plaats gevonden'"⁴⁸ (mijn cursivering, JC).

Pompe stelde bij dit arrest dat de Hoge Raad hiermee het voorwaardelijk opzet erkent, en dat de Hoge Raad ook het mogelijkheidsbewustzijn onder het voorwaardelijk opzet schaaft. Nog steeds blijft de vraag hoe groot de kans is dat die mogelijkheid zich voordoet; dat kan bijvoorbeeld nog steeds 'waarschijnlijk' zijn. In een vooroorlogs arrest had de Hoge Raad reeds overwogen:

"dat ten slotte het Hof uit de omstandigheid, dat requirant ondanks zijne even-gemelde wetenschap, opzettelijk heeft gehandeld als voormeld, heeft kunnen afleiden, dat hij den dood van zijn slachtoffer, als *mogelijk* en *waarschijnlijk* gevolg van zijn steken, heeft gewild;"⁴⁹ (mijn cursivering, JC)

Hieruit concludeerde annotator Pompe 'Daar de mogelijkheid in de waarschijnlijkheid, *als het mindere in het meerdere*, ligt opgesloten, kan men de formule ook samenvatten als: opzet is aanwezig bij waarschijnlijkheidsbewustzijn.'⁵⁰ (mijn cursivering, JC)

In het Cicero-arrest legt de Hoge Raad echter een nieuwe maatstaf aan voor de omvang van de kans: de 'geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen' kans. Taalkundig lijkt dit te moeten worden opgevat als een kleinere kans dan een waarschijnlijke kans, hoewel voor het vaststellen van de betekenis van deze zinsnede niet meehelpt dat het negatief geformuleerd is. Een opvallend onderdeel in de hierboven weergegeven overweging uit het Cicero-arrest betreft de vraag waar de kans precies op moet zien. Het gaat hier namelijk om de kans 'dat die vertegenwoordiger ook dergelijken tweeden eis niet zonder grond zal hebben gesteld'. Het gaat dus niet direct om invulling van het opzetvereiste in artikel 31 Auteurswet (wat de verdachten was tenlastegelegd). Dit opzetvereiste luidde namelijk: 'opzettelijk inbreuk maken op eens anders auteursrecht'.⁵¹ De vastgestelde kans komt evenmin voor in de tenlastelegging. De 'geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans, dat die vertegenwoordiger ook dergelijken tweeden eis niet zonder grond zal hebben gesteld' is in feite dus slechts een tussenstap, *als gevolg* waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat waarschijnlijk inbreuk zal worden gemaakt op de auteursrechten van een ander. Het

48 HR 9 november 1954, ECLI:NL:HR:1954:1, NJ 1955, 55, m.nt. Pompe (Cicero).

49 HR 23 juli 1937, ECLI:NL:HR:1937:287, NJ 1938, 869, m.nt. Pompe.

50 HR 23 juli 1937, NJ 1938, 869, m.nt. Pompe.

51 Artikel 31 Auteurswet 1912 luidde: "Hij die opzettelijk inbreuk maakt op eens anders auteursrecht, wordt gestraft met geldboete van ten hoogste vijf duizend gulden.", zie: *Stb.* 1912, 308.

formeel omschreven artikel 31 Auteurswet (waarin de gedraging zelf strafbaar is) wordt in wezen voorzien van een materieel facet (het gevolg dat daardoor eens anders auteursrecht wordt geschonden). Er moet dan dus nog een cruciaal ‘sprongetje’ worden gemaakt van de vastgestelde geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans en het daarop gebaseerde voorwaardelijk opzet, naar het voor artikel 31 Auteurswet vereiste opzet. Anders zal de bewezenverklaring niet kunnen worden gekwalificeerd als overtreding van die bepaling. Dat sprongetje is in de hierboven geciteerde overweging zichtbaar vanaf het woord ‘derhalve’.

In 1960 gebruikt de Hoge Raad (voor het eerst) het criterium van een ‘aanmerkelijke kans’.⁵² Hoewel dit – anders dan in het Cicero-arrest – positief geformuleerd is, blijft de term ‘aanmerkelijk’ een moeilijk te definiëren begrip. Hieraan draagt niet bij dat de Hoge Raad in recente jurisprudentie tracht de verschillende maatstaven op één lijn te plaatsen:

“Onder ‘de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans’ dient te worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, *niet onwaarschijnlijke* mogelijkheid. Met de thans gebruikelijke formulering van de maatstaf van de aanmerkelijke kans is geen wezenlijk andere of grotere mate van waarschijnlijkheid tot uitdrukking gebracht dan met de in oudere rechtspraak, zoals in HR 9 november 1954, NJ 1955/55, gebruikte formulering ‘de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans’.”⁵³

Hierbij keert ook de ‘mate van waarschijnlijkheid’ weer expliciet terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij hij stelt dat het om een niet-onwaarschijnlijke mogelijkheid moet gaan. De Hullu stelt in zijn handboek dan ook dat ‘puur mogelijkheidsbewustzijn’ niet voldoende is voor een aanmerkelijke kans.⁵⁴

Derhalve blijft er enige onduidelijkheid over de precieze omvang van de kans die benodigd is voor het voorwaardelijk opzet. Een ‘niet-onwaarschijnlijke’ mogelijkheid hoeft bijvoorbeeld nog geen waarschijnlijke mogelijkheid te zijn, omdat ‘waarschijnlijk’ geen binair maar een gradueel begrip is. Duidelijk is wel dat de Hoge Raad die kans niet in percentages wil uitdrukken.⁵⁵

Tot slot is het van belang een enkele opmerking te maken over de term ‘mogelijkheidsbewustzijn’ die hierboven enkele malen gebezigd werd. Dit mogelijkheidsbewustzijn wordt in het strafrecht met enige regelmaat geplaatst in een aflopende schaal met noodzakelijkheids- en waarschijnlijkheidsbewustzijn. Anders dan die begrippen is het begrip ‘mogelijkheidsbewustzijn’ echter binair en niet gradueel. Een mogelijkheid is er, of is er niet.

52 HR 20 december 1960, ECLI:NL:HR:1960:93, NJ 1961, 414, m.nt. Pompe.

53 HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, NJ 2019, 103, m.nt. Wolswijk, r.o. 5.3.2.

54 De Hullu 2021, p. 229.

55 HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, NJ 2019, 103, m.nt. Wolswijk, r.o. 5.3.2.

Het bestaan van een mogelijkheid zegt dus nog niets over de kansgrootte, zoals waarschijnlijkheidsbewustzijn dat wel doet. Mogelijkheidsbewustzijn lijkt zo bezien niet 'de mindere' van waarschijnlijkheidsbewustzijn, maar eerder een categorisering van alle kansen die zich niet met zekerheid zullen voltrekken. In dit onderzoek probeer ik daarom te term 'mogelijkheidsbewustzijn' niet zonder nadere toelichting te hanteren.

5.3 Bewijs van het voorwaardelijk opzet

De hierboven geschetste ontwikkeling heeft inmiddels geleid tot een vrij vastomlijnde definitie van het leerstuk voorwaardelijk opzet: voorwaardelijk opzet is het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans op het ten-lastegelegde gevolg, toestand of omstandigheid.⁵⁶ Er dient derhalve sprake te zijn van een aanmerkelijke kans, de verdachte dient zich daarvan bewust te zijn geweest, en hij dient die aanmerkelijke kans te hebben aanvaard.

De wijze waarop het leerstuk voorwaardelijk opzet in concrete gevallen uitpakt hangt, net als bij andere materieelrechtelijke leerstukken, niet alleen af van de hierboven beschreven materieelrechtelijke betekenis. De toepassing van het voorwaardelijk opzet op concrete gevallen wordt (natuurlijk) in belangrijke mate bepaald door de eisen die worden gesteld aan een bewezenverklaring hiervan. Dit vormt een scharnier tussen het materiële en formele strafrecht. Deze vaststelling brengt vele implicaties met zich; ik noem er één. De verwezenlijking van het schuldbeginnel⁵⁷ hangt niet alleen af van de mate waarin het materiële strafrecht beantwoordt aan dit beginsel (in abstracto), maar zal mede afhangen van de eisen die worden gesteld aan een bewezenverklaring hiervan (in concreto). Het schuldbeginnel kan immers in abstracto op acceptabele wijze zijn uitgewerkt, maar dient ook in concreto te zijn uitgewerkt om enig effect te hebben. Hier komt de procesrechtelijke betekenis van het schuldbeginnel (de onschuldpresumptie) nadrukkelijk in beeld.⁵⁸ In de rechtspraak zal een discussie omtrent het voorwaardelijk opzet in vrijwel alle gevallen zijn terug te voeren tot de vraag of aan het bewijs de conclusie kan worden verbonden dat er voldaan is aan de materieelrechtelijke voorwaarden die aan het voorwaardelijk opzet worden gesteld: kan uit de uiterlijke verschijningsvorm van een bepaalde gedraging een gerichtheid op het gevolg worden afgelezen?; kan uit het gegeven dat een gemiddelde derde zicht bewust zou zijn van een bepaalde aanmerkelijke kans worden afgeleid dat ook de verdachte zich bewust was?; kan de omvang van de kans in concreto worden afgemeten aan algemene ervaringsregel of feiten van algemene bekendheid? In het HIV I-arrest heeft de Hoge Raad aan de wijze waarop het voorwaardelijk opzet moet worden bewezen een uitgebreide overweging gewijd:

56 Zie, onder velen, De Hullu 2021, p. 227-228.

57 Zie paragraaf 3.3.

58 Zie paragraaf 3.3.2.

“Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden.

De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten.

Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.

Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.”⁵⁹

Met enige voorzichtigheid kan dit worden beschouwd als standaardarrest van de Hoge Raad omtrent het voorwaardelijk opzet. Die voorzichtigheid heeft te maken met het feit dat deze overweging moet worden gelezen tegen de achtergrond van de vastgestelde feiten in deze zaak en de ingediende cassatiemiddelen; het is geen overzichtsarrest zoals die later werden gewezen over diverse materieelrechtelijke onderwerpen. Zo ontbreekt in de overweging hierboven een overweging met betrekking tot het bewustzijn, omdat niet ter discussie stond of de verdachte wist dat hijzelf met het HIV-virus was besmet.⁶⁰ Over het bewustzijn overweegt de Hoge Raad enkel dat ‘voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans niet alleen vereist [is] dat de verdachte

59 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003, 552, m.nt. Buruma (HIV-I), r.o. 3.6.

60 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003, 552, m.nt. Buruma (HIV-I), r.o. 3.5.

wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden'. Het bewustzijn (of: hebben van wetenschap) van de aanmerkelijke kans is dus wel een vereiste, maar daar gaat de Hoge Raad in dit arrest niet nader op in. Uit dit contextgebonden arrest van de Hoge Raad valt echter wel vast te stellen welke eisen hij stelt aan het bewijs van de aanmerkelijke kans, en aan het bewijs van het aanvaarden daarvan.

Een bewezenverklaring van een aanmerkelijke kans dient te worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. Hierbij komt betekenis toe aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder de gedraging is verricht. Het zal in elk geval moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten is. Deze algemene ervaringsregels zijn in latere rechtspraak van de Hoge Raad gelijkgesteld met 'feiten van algemene bekendheid'.⁶¹ Ingevolge artikel 339 lid 2 Sv behoeven algemene ervaringsregels daarom geen bewijs. De bewijsvoering rust daarom op de omstandigheden van het geval, waarbij de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder die gedraging is verricht als handvat worden gegeven. Hiermee wordt dus verondersteld dat aan die gedraging en die omstandigheden het nodige (namelijk: de omvang van de kans) valt af te lezen. Bij veel gedragingen zal dit geen complexe opgave zijn: het steken met een mes in de buikstreek van een persoon is een gedraging die naar zijn aard dermate gevaarzettend is dat daaruit kan worden afgeleid dat sprake is van een aanmerkelijke kans op de dood. Andere gedragingen kunnen neutraler zijn, maar dan kunnen de omstandigheden waaronder die gedraging is verricht dermate gevaarzettend zijn dat sprake is van een aanmerkelijke kans op het gevolg. Bijzondere aandacht verdient in dit verband het vervullen van delictomschrijvingen door middel van een nalaten. Een nalaten is per definitie een neutraal gegeven, en krijgt enkel betekenis in de omstandigheden waaronder dat nalaten plaatsvond. Dit geldt voor traditionele omissiedelicten als artikel 255 Sr, maar kan ook gelden voor delicten waarin geen nalaten centraal staat.⁶²

Een bewezenverklaring van het aanvaarden kan worden gebaseerd op verklaringen van de verdachte of getuigenverklaringen. Met de woorden 'en/of bijvoorbeeld' bedoelt de Hoge Raad (vermoedelijk) bewijsmiddelen die daaraan gelijkgesteld kunnen worden, zoals een afgetapt telefoongesprek van de verdachte waarin hij zich uitlaat over zijn plannen. Als dergelijke bewijsmiddelen niet voorhanden zijn kan het aanvaarden worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval, waarbij wederom betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder die is verricht. Hierbij geldt dat bij bepaalde gedragingen uit hun uiterlijke

61 HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291, r.o. 3.2.1.

62 Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan vormen van daderschap of aan medeplichtigheid, waarin het niet-ingrijpen op een daartoe geëigend tijdstip een centrale plaats in de bewijsvoering kan krijgen. Hoewel gedragingen in dergelijke casuïstiek vaak ontbreken, kan onder omstandigheden toch van voorwaardelijk opzet op het ingetreden gevolg worden gesproken.

verschijningsvorm het aanvaarden kan worden afgeleid, behoudens contra-indicaties.

Het bewustzijn komt er tot nu toe wat bekaaid vanaf. Dat komt niet alleen doordat het, zoals hierboven genoemd, slechts zijdelings ter sprake komt in het HIV 1-arrest. Ook in andere jurisprudentie van de Hoge Raad krijgt het bewustzijn slechts sporadisch aandacht, terwijl het in handboeken niet eens altijd als apart element van het voorwaardelijk opzet wordt begrepen.⁶³ Het lijkt er soms bijna op dat het cognitieve element uit protest is vertrokken uit het opzet nadat het voorwaardelijk opzet in zijn huidige vorm werd geïntroduceerd in de rechtspraak van de Hoge Raad. Toch speelt het wel degelijk een rol, zij het een achtergrondrol. Een kans waarvan de verdachte zich niet bewust was zal in veel gevallen ook geen aanmerkelijke kans zijn geweest, en de verdachte zal in veel gevallen geen kans aanvaarden waarvan hij zich niet bewust was. Aldus kan het bewustzijn vrijwel geheel opgeslokt worden door de twee andere elementen. Het bewustzijn krijgt in voorkomende gevallen echter wel degelijk betekenis, maar in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt dat dan in algemene termen naar voren gebracht, waardoor het bewustzijn niet direct zichtbaar wordt.⁶⁴

63 De Hullu bespreekt dit element in combinatie met het aanvaarden, en stelt dat ‘met het bewust aanvaarden van kwade kansen het wilsaspect wordt benadrukt’, zie De Hullu 2021, p. 228.

64 In HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, gooide de verdachte een fiets van de zesde verdieping van een flat naar beneden. Die fiets raakte één persoon en miste een ander persoon maar net. Aan de verdachte werd poging tot doodslag van deze twee personen tenlastegelegd. Uit de bewijsmiddelen bleek echter niet dat de verdachte deze personen had waargenomen, waardoor niet kon worden vastgesteld dat hij zich bewust was van de kans. De Hoge Raad houdt het bij de overweging dat het Hof hier uit de vastgestelde omstandigheden niet kon afleiden dat de verdachte de kans ‘met zijn wijze van handelen ook welbewust heeft aanvaard en op de koop heeft toegenomen’. In HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:657 staat vast dat de verdachte een fles met een bepaalde substantie (een ‘mix van pindakaas en melk’) over een medewerker van de PI heeft gegooid. Niet vastgesteld kon worden dat de verdachte met de inhoud van de fles bekend was, waardoor het bewustzijn van de kans niet kon worden bewezen. Ook hier houdt de Hoge Raad het op een vrij algemene vaststelling: “Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte de inhoud van een fles over [betrokkene 1] heeft gegooid zonder zich ervan te vergewissen wat zich in de fles bevond. Het daarop steunende oordeel van het Hof dat de verdachte aldus bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij [betrokkene 1] daardoor pijn zou toebrengen, is niet zonder meer begrijpelijk, gelet op wat de algemene ervaring leert en wat de raadsman heeft aangevoerd.”

Samenvatting

Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder materieel strafrecht

Een analyse en waardering in het licht van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit

Het codificatiebeginsel is een bepalend uitgangspunt voor het Nederlandse materiele strafrecht. Het beginsel is vastgelegd in artikel 107 van de Grondwet, waarin is vastgelegd dat het straf(proces)recht in algemene wetboeken dient te zijn geregeld:

“De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten.”

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht (Sr), dat op 1 september 1886 in werking trad, bleek het niet mogelijk om al het materiele strafrecht in één wetboek te regelen. Hierom werden bij uitzondering bepaalde onderwerpen buiten het wetboek geregeld – het bijzonder strafrecht – een praktijk die nadien in de tekst van de grondwettelijke codificatiebepaling is vastgelegd. De codificatiebepaling vormt sindsdien vooral een onderhoudsinstructie, die voor het materiele strafrecht betekent dat dit rechtsgebied als samenhangend en systematisch geheel dient te worden onderhouden. Deze onderhoudsinstructie ligt ook aan de basis van artikel 91 Sr. Deze bepaling regelt dat de algemene leerstukken en uitgangspunten uit het eerste deel van het Wetboek van Strafrecht – het zogenoemde ‘algemeen deel’ – toepasselijk zijn op het gehele materiele strafrecht, binnen én buiten het wetboek. Deze leerstukken en uitgangspunten betreffen onder meer (expliciet) het legaliteitsbeginsel, de strafuitsluitingsgronden en de daderschapsregeling. Impliciet worden ook leerstukken als opzet, schuld en wederrechtelijkheid tot dit algemeen deel gerekend. Derhalve wordt ook met artikel 91 Sr beoogd de samenhang en systematiek binnen het gehele materiele strafrecht te bevorderen. Deze bepaling bevat, net als de grondwettelijke codificatiebepaling, een beperkte ruimte om uitzonderingen te maken op deze algemene regels.

Het bijzonder strafrecht is inmiddels uitgegroeid tot een omvangrijk deel-terrein binnen het materiele strafrecht, waarmee het zijn status als ‘uitzondering’ (op de algemene regeling van het materiele strafrecht) is ontgroeid. Daarnaast kent het bijzonder strafrecht eigen, afwijkende (toepassingen van) algemene leerstukken en uitgangspunten. Deze afwijkingen zijn niet zelden gevoed door (de uitgangspunten van) andere rechtsgebieden, omdat deze bijzondere strafwetten naast een strafrechtelijk deel doorgaans een bestuursrechtelijk of civielrechtelijk deel bevatten. Bovendien zijn deze

afwijkingen op de algemene regeling niet zelden overgenomen binnen die algemene regeling, waardoor de verhouding tussen regel en uitzondering diffuus is geworden. Deze ontwikkelingen brengen afzonderlijk en in samenhang spanning teweeg met het codificatiebeginsel.

Het codificatiebeginsel is geen geïsoleerd uitgangspunt binnen de rechtsteltelijke fundering van het strafrecht, maar staat daarbij in relatie tot andere uitgangspunten. Binnen het materiële strafrecht betreffen dit onder meer het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel. De onderlinge verbondenheid tussen deze beginselen kan hun gezamenlijke werking versterken, maar de geschetste spanning met het codificatiebeginsel kan ook een verzwakkend effect hebben op de werking van het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel. Als bij algemene leerstukken als opzet en culpa, die nauw verbonden zijn met het schuldbeginnsel, uitzonderingen een te grote rol spelen, kan spanning ontstaan met het schuldbeginnsel. Als bij de vormgeving van strafbaarstellingen uitzonderingen een te grote rol spelen, kan spanning ontstaan met het legaliteitsbeginsel.

De geschetste spanning heeft aanleiding gevormd tot de volgende onderzoeksvraag:

Is de doorwerking van bijzonder materieel strafrecht op het commune materiële strafrecht legitiem, gezien vanuit het codificatiebeginsel en toegespitst op de beginselen van schuld en legaliteit?

Ter beantwoording van deze vraag is in hoofdstuk 2 onderzocht wat de historische en juridische achtergrond is van het codificatiebeginsel en op welke wijze hieraan invulling is gegeven bij de vorming van het Wetboek van Strafrecht. Hierbij is ook de inhoud en betekenis van artikel 91 Sr aan de orde gesteld. In hoofdstuk 3 zijn het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel voorzien van een beknopt theoretisch kader. Hierbij is de functie van deze beginselen binnen het materiële strafrecht besproken en zijn gezichtspunten ontwikkeld waarmee het positieve recht beoordeeld kan worden. Deze beginselen fungeren in het vervolg van dit onderzoek als 'detectiepoortjes' waarmee afwijkingen in het bijzonder strafrecht, alsmede de veralgemenisering van die afwijkingen, gedetecteerd kunnen worden. In hoofdstuk 4 zijn de bijzondere strafwetten geanalyseerd. Die analyse heeft plaatsgevonden langs de lijnen van het codificatiebeginsel, het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel. Deze analyse heeft een aantal afwijkingen blootgelegd op het terrein van (de toepassing van) het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginsel. In hoofdstuk 5 is onderzocht of deze afwijkingen doorwerken in het commune strafrecht, en op welke wijze die afwijkingen zich in het commune strafrecht manifesteren. In hoofdstuk 6 is aan de hand van de resultaten uit de eerdere hoofdstukken een antwoord geformuleerd op de onderzoeksvraag in de vorm van enkele conclusies. Daarnaast zijn aanbevelingen (voor de kortere en langere termijn) gedaan die zien op wetgeving.

In dit onderzoek heb ik hoofdzakelijk gebruik gemaakt van de klassiek-juridische methode. Dit bestaat uit een gecombineerde analyse van rechtspraak, wetgeving en literatuur. Afhankelijk van het aan de orde gestelde (deel)onderwerp heeft de nadruk meer gelegen op literatuur (met name de hoofdstukken 2 en 3) dan wel op wetgeving en rechtspraak (met name de hoofdstukken 4 en 5). Hoofdstuk 5 bevat een empirisch-juridische component. Door middel van een systematische rechtspraakanalyse heb ik getracht inzichtelijk te maken of er sprake is van een expliciete doorwerking van bijzonder strafrecht op algemeen strafrecht. Aan de hand van deze methode kon een dergelijke doorwerking niet voldoende zichtbaar worden gemaakt. Hierom heb ik in dit hoofdstuk ook de klassieke-juridische methode gebruikt om een meer impliciete ontwikkeling bloot te leggen. De in hoofdstuk 5 besproken resultaten zijn de gecombineerde uitkomsten van alle gebruikte methodes.

In het *tweede hoofdstuk* heb ik naar voren gebracht dat het codificatiebeginsel primair begrepen dient te worden tegen de achtergrond van de bij de Franse revolutie naar voren gebrachte rechtstatelijke idealen. Gedurende de Franse bezetting van Nederland (1795-1813) zijn deze idealen 'geïmporteerd' in Nederland. In dit hoofdstuk heb ik uitgelicht dat men de meerwaarde van het codificatie-ideaal in Nederland bleef zien, ook nadat de Franse bezetting beëindigd was. Door te werken met algemene wetboeken – voor het materiële strafrecht betrof dit sinds 1811 een Nederlandse vertaling van de Franse Code Pénal – was namelijk deels afgerekend met de rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid die het Nederlandse recht tot aan 1795 typeerden. Vervolgens heb ik in dit hoofdstuk naar voren gebracht dat er verschillende motieven ten grondslag lagen aan de invoering van algemene wetboeken van strafrecht en strafvordering. Bij de invoering van de Franse wetboeken van strafrecht en strafvordering voerden met name praktisch-politieke motieven – wetboeken als instrument voor het vestigen van centraal staatsgezag – de boventoon. Het behoud van deze wetboeken in Nederland was met name ingegeven door politiek-theoretische en praktisch-juridische motieven. Dit geeft het codificatiebeginsel een variabele kleuring, omdat het waarde heeft gekregen als dominant orderingsinstrument van het recht (praktisch-juridisch) en tegelijk een sleutelfunctie vervult in de verwezenlijking van rechtstatelijke idealen zoals het schuldbeginsel en legaliteitsbeginsel (politiek-theoretisch). Ook bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht trad het codificatiebeginsel nadrukkelijk op de voorgrond. Niet alleen omdat hiermee uitvoering was gegeven aan de constitutionele opdracht om een (nationale) centrale codificatie van het materiële strafrecht tot stand te brengen, maar ook door de wijze waarop die codificatie werd ingericht. In het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht, ook wel het 'algemeen deel' genoemd, zijn de algemene beginselen en leerstukken opgenomen die de grenzen waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd voor een belangrijk deel bepalen. Artikel 91 Sr verklaart dit algemeen deel van toepassing op het gehele materiële strafrecht,

waardoor het materiële strafrecht zoveel mogelijk als uniform geheel dient te functioneren. In deze strekking is de codificatiegedachte duidelijk herkenbaar, terwijl de beperkte mogelijkheid om af te wijken (door de formele wetgever) van het algemeen deel een bevestiging vormt van het legaliteitsbeginsel. In de rechtspraak speelt artikel 91 Sr geen rol op de voorgrond, maar op de achtergrond bewaakt de (cassatie)rechter de door artikel 91 Sr voorgeschreven eenvormige toepassing van algemene leerstukken. Tot slot heb ik in dit hoofdstuk naar voren gebracht dat de wetgever de betekenis van het codificatiebeginsel en, in het verlengde daarvan, van het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht, in de laatste decennia meer lijkt te relativiseren dan voorheen.

In het *derde hoofdstuk* heb ik het schuldbeginnel en het legaliteitsbeginnel besproken en voorzien van reliëf. Hierbij heb ik uiteengezet dat deze beginselen een tweeledige functie vervullen. Enerzijds hebben deze beginselen een direct normerende functie binnen het positieve recht, waarbij ze de buitengrenzen bewaken waarbinnen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden vastgesteld. Binnen het positieve recht kunnen zij (in deze functie) ook concreet betrokken worden in een rechtsgeding, en zal de rechtspraak worden afgestemd op deze beginselen. Anderzijds vervullen deze beginselen een meer reflectieve functie, als kritische toetssteen van het positieve recht. In dit hoofdstuk heb ik vervolgens uiteengezet dat vanwege de verwevenheid van deze functies gekozen is om de uitwerking van het schuldbeginnel in de schuldvorm opzet in een appendix bij dit onderzoek te beleggen.

In het *vierde hoofdstuk* heb ik vervolgens vijf bijzondere strafwetten geanalyseerd. Dit hoofdstuk bevat de kern van de analyse. Ik heb deze analyse uitgevoerd langs de lijnen van het codificatiebeginnel, het schuldbeginnel en het legaliteitsbeginnel. In de analyse heb ik achtereenvolgens de Wegenverkeerswet (WVW), de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), de Wet op de economische delicten (WED), de Opiumwet (Opw) en de Wet Wapens en Munitie (WWM) betrokken. Hierbij heb ik aan de orde gesteld waarom deze bijzondere strafwetten buiten het wetboek zijn gehouden (codificatieperspectief) en in welke mate deze bijzondere wetten beantwoorden aan de algemene vereisten die voortvloeien uit het schuldbeginnel en het legaliteitsbeginnel (schuldperspectief en legaliteitsperspectief). De uitkomsten van deze analyse verschillen per wet. Zo is de AWR als onderdeel van het fiscale recht reeds in 1886 bewust buiten het wetboek gehouden. Bij invoering van de vier andere bijzondere strafwetten heeft de wetgever daarentegen niet expliciet overwogen waarom de strafbaarstellingen die zij bevatten buiten het wetboek zijn geplaatst. Vanuit legaliteitsperspectief verschillen de bevindingen eveneens per wet. Zo heb ik binnen de AWR en de WED knelpunten signaleerd vanwege het gebruik van gelede normstellingen die terugvoeren tot wet- en regelgeving binnen het bestuursrechtelijk domein. Hierdoor is het voor de normadressaat regelmatig complex om te

achterhalen aan welke materiële norm hij zijn gedrag dient af te stemmen. Dit kan in het bijzonder problematisch zijn indien die norm (gedeeltelijk) uitgewerkt wordt door een bestuursorgaan (de zogeheten administratieve afhankelijkheid). Ook de semantiek van de strafbaarstellingen brengt in specifieke gevallen spanning teweeg met het legaliteitsbeginsel, nu sommige normen erg open zijn geformuleerd. Bovendien bestaat niet alleen op het niveau van strafbaarstellingen, maar ook op het niveau van algemene leerstukken spanning met het legaliteitsbeginsel. Zo is de binnen de WED ontwikkelde figuur van daderschap van de rechtspersoon voorzien van een weinig sturend kader (het draait om 'redelijke toerekening'). Binnen diezelfde WED is een aanvankelijk functionele interpretatie van delictsbestanddelen geleidelijk ontwikkeld tot het algemene leerstuk van functioneel daderschap, waardoor aan het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht een uitbreiding is gegeven buiten de formele wet om. Ook in de WVV, de WWM en de Opw komen bijzonderheden voor vanuit legaliteitsperspectief. In de WVV wordt de strafbaarheid van verkeersgedrag mede bepaald tegen de achtergrond van de verkeersrechtelijke beginselen. In de Opw loopt als gevolg van het gedoogbeleid in bepaalde gevallen de grens tussen strafbaar gedrag en niet-toegestaan gedrag niet synchroon. Daarnaast zijn van bepaalde stoffen die onder de Opw vallen volstrekt legale toepassingen denkbaar (zoals in het geval van lachgas), waarbij de wet er slechts in beperkte mate in slaagt om strafbaar gedrag duidelijk af te bakenen van niet-strafbaar gedrag. Met betrekking tot de WWM heb ik besproken dat de wet – in combinatie met de achterliggende regelgeving – een betrekkelijk vaag criterium bevat om te bepalen of een voorwerp op basis van de WWM verboden is. Het criterium van de 'sprekende gelijkenis' roept in de strafrechtspraktijk regelmatig onduidelikheden op die vanuit legaliteitsperspectief problematisch zijn. Vanuit het perspectief van het schuldbeginnsel heb ik in dit hoofdstuk naar voren gebracht dat in de bijzondere strafwetten subjectieve bestanddelen regelmatig een (van het commune strafrecht) afwijkende vormgeving en toepassing hebben. In de WVV wordt in een tweetal bepalingen gesproken van 'weten of redelijkerwijs moeten weten'. Dit bestanddeel laat zich uiterst lastig duiden in het spectrum aan schuldvormen en -gradaties. Daarnaast is in de WVV in het verleden sprake geweest van misdrijven die geen subjectief bestanddeel bevatten, waardoor de Hoge Raad een dergelijk bestanddeel inlas. Hierdoor kwam het impliciete subjectieve bestanddeel van de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' tot ontwikkeling. Ook dit bestanddeel kent geen heldere betekenis binnen het stelsel aan schuldvormen en -gradaties. Het verkeersstrafrecht heeft daarnaast aan de voet gestaan van belangrijke ontwikkelingen binnen de schuldvormen. Door ernstige verkeersongevallen niet exclusief op basis van de bepalingen in de WVV te berechten, maar ook onder commune delictsomschrijvingen als doodslag te brengen, heeft het verkeersstrafrecht een eigen invulling van het voorwaardelijk opzet gekregen. Vanwege voorkomende bewijsproblematiek in deze gevallen is vervolgens de schuldvorm roekeloosheid ingevoerd in de WVV. Deze

schuldvorm bevindt zich in het grensgebied tussen voorwaardelijk opzet en culpa. Ook deze schuldvorm werd door de Hoge Raad restrictief geïnterpreteerd, waardoor de wetgever ervoor gekozen heeft die roekeloosheid mede in te vullen via het recent ingevoerde artikel 5a WWV. De geschetste voorbeelden hebben in de kern gemeen dat de vanuit het schuldbeginsel gewenste duidelijkheid over de mate en vorm van schuld binnen strafbaarstellingen naar de achtergrond verdwijnt. Met betrekking tot de AWR heb ik in dit hoofdstuk de bijzondere invulling van het opzetvereiste in artikel 69 AWR besproken. In de toepassing van dit opzetvereiste is de figuur van het pleitbaar standpunt vanuit het fiscale boeterecht overgewaaid. Dit zorgt voor een eigenaardige invulling van het voorwaardelijk opzet binnen het fiscale strafrecht. Tegelijk legt de introductie van deze figuur in het fiscale strafrecht bloot dat het opzetvereiste zonder deze figuur onderscheidend vermogen mistte (ten opzichte van niet-opzettelijke gedragingen), hetgeen vanuit het perspectief van het schuldbeginsel geen positief signaal is. Binnen de WED speelt het opzet een strafverzwarende rol. Artikel 2, lid 1 WED plakt het opzet (strafverzwarend) op de achterliggende wettelijke bepalingen. Hierdoor 'ontstaat' er in deze omvangrijke hoeveelheid bepalingen een opzetverband dat niet in alle gevallen helder is. Rechtssubjecten zullen, anders dan in het commune strafrecht, dat opzetverband niet direct uit de strafbaarstelling kunnen halen. Ook de kleur van het opzet, waarbij de vraag is op het opzet ziet op (een facet van) de wederrechtelijkheid, is niet altijd helder. Voorts kent een aantal van de door artikel 2 lid 1 WED bestreken bepalingen ook een eigen schuldvorm, waardoor er soms complexe combinaties aan schuldvormen ontstaan. Bij invoering van de regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in de WED is daarnaast weinig aandacht besteed aan de wijze waarop subjectieve bestanddelen kunnen worden vastgesteld bij een rechtssubject dat per definitie geen (vrije) 'wil' heeft. Het schuldbeginsel lijkt in deze regeling slechts bijzaak te zijn geweest. In de Opw speelt het opzet eveneens een strafverzwarende rol. In de toepassing van het voorwaardelijk opzet in de praktijk van de Opiumwetdelicten is een invulling ontstaan die in sommige gevallen sterk doet denken aan een culpa-redenering. In de WWM komen in de als misdrijf strafbaar gestelde gedragingen geen expliciete subjectieve bestanddelen voor. Aangenomen wordt dat deze misdrijven impliciet een opzetvereiste bevatten. In de jurisprudentie met betrekking tot het 'voorhanden hebben' van verboden wapens of munitie is het vereiste ontwikkeld van de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn'. Dit vereiste komt ook in de jurisprudentie met betrekking tot andere bijzondere strafwetten voor, en de betekenis ervan binnen het spectrum aan schuldvormen is niet geheel duidelijk.

Naast deze concrete resultaten van de analyse in hoofdstuk 4, heb ik ook een meer algemene ontwikkeling beschreven in de wijze waarop het materiële strafrecht wordt ingezet in het bijzonder strafrecht. In die ontwikkeling heb ik drie, deels samenhangende, aspecten onderscheiden: instrumentali-

sering, thematisering en dedogmatisering van het materiële strafrecht. Met instrumentalisering doel ik op de situatie waarbij het invoeren of toepassen van een strafbaarstelling niet primair is ingegeven door het wederrechtelijk karakter van de gedraging maar door de sanctionerende of strafvorderlijke potentie. Daarin kan ook een zekere geneigdheid tot thematisering van het materiële strafrecht worden herkend; hierbij wordt de materieelrechtelijke vormgeving in de eerste plaats afgestemd op de aard van de onderliggende materie, waardoor de in het codificatiebeginsel belichaamde gedachte van algemene regelingen soms plaatsmaakt voor verbrokkeling. Daarnaast heb ik gewezen op een zekere dedogmatisering van het materiële strafrecht, omdat de toepassing van materieelrechtelijke figuren bijvoorbeeld verloopt via weinig normerende begrippen als 'redelijke toerekening'. Hierbij wordt het materiële strafrecht niet aangewend als stelsel waarbinnen eigen waarden en beginselen op een consistente wijze de (mogelijkheid tot) vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid begrenzen, maar vooral om toegang te verkrijgen tot de sanctionerende of strafvorderlijke mogelijkheden. Niet het begrenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is dan zijn functie, maar het faciliteren van de strafvordering.

In het *vijfde hoofdstuk* heb ik vervolgens de doorwerking van de gesignaleerde afwijkingen in het commune strafrecht besproken. Hierbij heb ik een doorwerking via wetgeving en een doorwerking via jurisprudentie onderscheiden. In het eerste geval gaat het om de veralgemenisering van legislatieve figuren of constructies, die aanvankelijk als uitzondering in het bijzonder strafrecht waren opgenomen. Hierbij heb ik achtereenvolgens de figuur van daderschap van de rechtspersoon, de schuldvorm roekeloosheid en de vormgeving van strafbaarstellingen aan de orde gesteld. Nadruk verdient dat deze veralgemenisering van (aanvankelijk) uitzonderingen een beweging is die tegengesteld is aan de met het codificatiebeginsel beoogde nadruk op het algemene en de daarmee gepaard gaande beperkte uitzonderingsmogelijkheden. Door het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel in de analyse te betrekken heb ik naar voren laten komen dat de werking van deze fundamentele beginselen afzwakt bij deze verminderde nadruk op het codificatiebeginnsel. Bij de wetgever lijkt in deze gevallen namelijk weinig aandacht te hebben bestaan voor de inbedding van deze 'bijzondere' figuren in de commune systematiek waarin het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel domineren. De vanuit de sanctionerende behoeftes ingegeven introductie van de schuldvorm roekeloosheid in de WvW is ook in het commune strafrecht ingevoerd, terwijl de verhouding tussen die commune bepalingen en het verkeersstrafrecht daartoe geen aanleiding geeft. De verkeersstrafrechtelijke roekeloosheid is sinds 2020 voorzien van een nieuwe invulling (via artikel 5a WvW), waardoor de betekenis van de commune roekeloosheid intussen afwijkend is van deze schuldvorm in de WvW. Het daderschap van de rechtspersoon is een figuur die aanvankelijk als uitzondering op de commune systematiek is opgenomen in de WvW, maar in 1976 is overgeheveld naar het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht.

Hierbij is die regeling niet integraal doordacht in het licht van de commune uitgangspunten, terwijl daar wel aanleiding toe bestond. Het Wetboek van Strafrecht neemt namelijk de natuurlijke persoon tot uitgangspunt. Hierbij springt met name de uitwerking van het schuldbeginnsel in het oog; bij een rechtssubject dat per definitie niet in staat is een wil te vormen zou een op maat gesneden regime met betrekking tot de vaststelling van schuld gewenst zijn. Bij de invoering van deze figuur in het Wetboek van Strafrecht is in een dergelijk regime echter niet voorzien. De redelijke toerekening als concept om het daderschap van de rechtspersoon vast te stellen is daarnaast ook geen stap voorwaarts in het licht van het legaliteitsbeginnsel; rust niet juist op de wetgever de taak om de 'redelijkheid' onder woorden te brengen in formele wetgeving? Een volgende doorwerking van het bijzonder strafrecht in het commune strafrecht die ik heb beschreven in dit hoofdstuk betreft de vormgeving van strafbaarstellingen. Het vertrekpunt van strafbaarstellingen in het bijzonder strafrecht is in veel gevallen niet het intrinsieke onrecht waartoe rechtssubjecten ontmoedigd dienen te worden, maar de wens om op een bepaald terrein een mate van ordening af te dwingen via het strafrecht. Niet de materiële (gedrags)norm staat hierbij voorop, maar de gewenste sanctienorm. Omdat het intrinsieke onrecht niet het vertrekpunt vormt, zal de wederrechtelijkheid slechts in beperkte mate op delictsniveau kunnen worden vormgegeven. Hierdoor ontstaat een bepaalde openheid of vaagheid van de delictsomschrijving. Het is voor het rechtssubject niet mogelijk om met precisie te achterhalen aan welke verwachtingen hij op basis van deze strafbaarstellingen dient te voldoen, waardoor hij ook slechts in beperkte mate zijn gedrag daarop kan afstemmen. Het commune strafrecht wordt in beginsel juist gekenmerkt door strafbaarstellingen waarbij de intrinsieke onrechtmatigheid van bepaald gedrag tot uiting komt in de delictsomschrijvingen. De vormgeving van strafbaarstellingen in de bijzondere wetten is in de laatste decennia echter ook opgedoken in het commune strafrecht; dit is geïllustreerd aan de hand van een tweetal strafbepalingen uit het terrorismedomein. Hierbij bestaat een bepaalde onmacht om op voorhand met precisie in de delictsomschrijving de grens te trekken tussen strafbaar en toegestaan gedrag. Pas op het niveau van het (vervolgings) beleid zal deze grens duidelijk worden; vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginnsel geen aantrekkelijke praktijk.

De doorwerking via jurisprudentie vindt op meer impliciete wijze plaats. Met behulp van een empirisch-juridische component heb ik in dit hoofdstuk eerst onderzocht of van een brede, expliciete invloed vanuit het bijzonder strafrecht sprake is. Bij meer concrete jurisprudentiële afwijkingen, zoals de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn', kon ik laten zien dat die op meer plaatsen in het materiële strafrecht is opgedoken. Dit is problematisch omdat deze afwijkende schuldvorm geen duidelijke betekenis heeft in het licht van de algemene systematiek van schuldvormen. De met het codificatiebeginnsel beoogde nadruk op de algemene regeling raakt hierdoor verstoord, evenals de met het schuldbeginnsel beoogde zorgvuldige uitwerking

van schuld op delictsniveau. Aan de hand van deze empirisch-juridische component kon ik echter vaststellen dat van een op deze wijze zichtbaar te maken invloed niet op omvangrijke schaal sprake is. Met behulp van een klassiek-juridische component heb ik daarnaast een doorwerking besproken van de figuur van het functioneel daderschap, en van diverse mutaties van het (voorwaardelijk) opzet. De figuur van functioneel daderschap bestond aanvankelijk in de vorm van een functionele interpretatie van meer economisch getinte bestanddelen, maar is intussen veralgemeeniseerd tot algemeen leerstuk binnen het commune strafrecht. Daarnaast heb ik beschreven dat de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet voor een belangrijk deel plaatsvond binnen het bijzonder strafrecht. Jurisprudentie binnen het verkeersstrafrecht en het economisch strafrecht heeft een belangrijke stempel gedrukt op de hedendaagse invulling van deze opzetgradatie. Hoewel het onvermijdelijk is dat een algemeen leerstuk op delictsniveau nader geconcretiseerd wordt, is de vraag opgeworpen of de bandbreedte waarbinnen die verbijzondering plaatsvindt niet te ruim is.

In het *zesde hoofdstuk* heb ik op basis van de resultaten uit de eerdere hoofdstukken een antwoord op de centrale onderzoeksvraag geformuleerd in de vorm van een slotconclusie. Hierbij heb ik de onderzoeksresultaten uit de eerdere hoofdstukken beschreven binnen drie overkoepelende ontwikkelingen die ik ook in het slot van hoofdstuk 4 besprak: instrumentalisering, thematisering en dedogmatisering van het materiële strafrecht. Deze ontwikkelingen hangen onderling samen. De afwijkingen en doorwerking van die afwijkingen die ik in eerdere hoofdstukken signaleerde vallen steeds terug te voeren tot deze overkoepelende ontwikkelingen. Binnen deze ontwikkelingen verdwijnt het codificatiebeginsel naar de achtergrond, heeft het schuldbeginnsel een minder heldere uitwerking en wordt het legaliteitsbeginnsel gerelativeerd. Tot slot heb ik enkele aanbevelingen gedaan aan de wetgever. Deze aanbevelingen zijn deels gericht op de langere termijn en deels gericht op de kortere termijn (aangeduid als respectievelijk 'herbouw' en 'renovatie').

Summary

Interaction between communal and special substantive criminal law

An analysis and appreciation in light of the principles of codification, guilt and legality

The principle of codification is a determinative point of departure for Dutch substantive criminal law. The principle is laid down in article 107 of the Constitution, wherein it is determined that criminal and criminal procedural law is to be regulated in general codes:

“Civil law, criminal law and civil and criminal procedure shall be regulated by Act of Parliament in general legal codes without prejudice to the power to regulate certain matters in separate Acts of Parliament.”

In the establishment of the Criminal Code (CC), which entered into force on the 1st of September 1886, it proved not to be possible to regulate all substantive criminal law in one code. For this reason, certain subjects were exceptionally regulated outside of the Code – special criminal law – a practice which was subsequently recorded in the text of the constitutional codification provision. Since then, the codification provision mainly represents a maintenance instruction, which means for substantive criminal law that this legal domain is to be maintained as a coherent and systematic whole. This maintenance instruction also lies at the basis of article 91 CC. This provision determines that the general doctrines and principles of the first part of the Criminal Code – the so-called ‘general part’ – are applicable to all substantive criminal law, in and outside of the Code. Amongst others, these doctrines and principles regard (explicitly) the principles of legality, defences and the regulation of perpetration. Implicitly, doctrines such as those regarding intent, guilt and illegality are also considered to be included in this general part. As such, with article 91, the aim is also to promote coherence and systematic within all criminal law. Like the constitutional codification provision, this provision provides limited room for exceptions to these general rules.

Special criminal law has meanwhile developed into an extensive sub-domain within substantive criminal law, it therewith having outgrown its status as an ‘exception’ (to the general regulation of substantive criminal law). Moreover, special criminal law has its own, deviant (applications of) general doctrines and principles. Often, these deviations have been fed by (the tenets of) other legal domains, because these special criminal laws do not only consist of criminal law, but usually also contain or connect to administrative or civil law. Not infrequently, these deviations have moreover been adopted in the general regulation of the criminal law in the

Criminal Code, this having made the relationship between the rule and the exception diffuse. In and of themselves and jointly, these developments give rise to tension with the codification principle.

This principle is not an isolated point of departure within the rule of law foundation of criminal law, but is related therein to others. Within substantive criminal law, these regard, amongst others, the principle of guilt and the principle of legality. The mutual connectedness between these principles can reinforce their joint operation, but the sketched tension with the codification principle can also weaken the impact of the principle of guilt and the principle of legality. If exceptions play too great of a role in general doctrines such as that of intent and negligence, which are closely related to the principle of guilt, tension can arise therewith. If exceptions play too great of a role in the construct of criminalisations, tension can arise with the principle of legality.

The tension sketched above gave rise to the following research question:

Is the impact of special substantive criminal law on communal criminal law legitimate, from the perspective of the codification principle, and with a focus on the principles of guilt and legality?

To answer this question, the historical and legal background of the codification principle and the manner in which this was given effect in the creation of the Criminal Code was researched in chapter 2. The content and meaning of article 91 CC were also addressed therewith. The principle of guilt and the principle of legality were depicted in a brief theoretical framework in chapter 3. In doing so, the function of these principles within substantive criminal law was discussed, while perspectives were developed through which positive law can be assessed. These principles subsequently function in this research as 'detection gates,' used to identify deviations in special criminal law, as well as 'generalisation' thereof. The special criminal laws were analysed in chapter 4. That analysis was conducted along the lines of the codification principle, the principle of guilt and the principle of legality. The analysis divulged a number of deviations in the terrain of (the application of) the principle of guilt and the principle of legality. Whether these deviations have impact in communal criminal law and in which manner they become manifest therein, was analysed in chapter 5. On the basis of the results of previous chapters, an answer was formulated to the research question in chapter 6, in the form of several conclusions. Some recommendations (for the shorter and longer terms) were also provided in relation to legislation.

In this research, I mainly made use of the classical-legal method. This consists of a combined analysis of case law, legislation and literature. Depending on the (sub-)topic at issue, the emphasis was more so placed on literature (particularly chapters 2 and 3) or legislation and case law (particu-

larly chapters 4 and 5). Chapter 5 contains an empirical-legal component. Through a systematic case law analysis, I attempted to gain insight as to whether or not special criminal law has an explicit impact on communal criminal law. Impact of this kind could not be made sufficiently visible via this method. For this reason, I also used the classical-legal method in this chapter to reveal a more implicit development. The results discussed in this chapter are the combined output of all methods used.

In the *second chapter*, I established that the codification principle should primarily be understood against the backdrop of the rule of law ideals brought forward during the French revolution. These ideals were imported in the Netherlands during the French occupation (1795-1813). I highlighted in this chapter that the added value of the codification ideal remained recognised in the Netherlands, also after the French occupation had ended. Working with general codes – for the substantive criminal law, from 1811 on, this consisted of a Dutch translation of the French Code Pénal – had namely partly done away with the legal uncertainty and legal inequality which had characterized Dutch law up till 1795. Subsequently, I determined in this chapter that different motives underlaid the introduction of the general codes of criminal law and criminal procedure. Particularly practical-political motives – codes as instruments to establish central state power – predominated in the introduction of the French codes of criminal and criminal procedure. Retaining these codes in the Netherlands was mainly driven by political-theoretical and practical-legal motives. This imbues the codification principle with a variable colouring, in that it has attained value as a dominant ordering instrument of the law (practical-legal) and at the same time fulfils a key function in the realisation of rule of law ideals such as the principle of guilt and the legality principle (political-theoretical). The codification principle also emphatically appeared at the foreground in the creation of the Criminal Code. Not only because effect was given therewith to the constitutional assignment to create a (national) central codification of the substantive criminal law, but also because of the manner in which that codification was designed. The general principles and doctrines which to an important extent determine the boundaries within which criminal liability can be established are contained in the first book of the Criminal Code. Article 91 CC declares that this general part applies to all substantive criminal law, meaning that the substantive criminal law should as much as possible function as a uniform whole. The codification ideal is clearly recognisable in this connotation, while the limited possibility to deviate from the general part (by the formal legislator) represents a confirmation of the principle of legality. Article 91 CC does not play a foreground role in case law, but the (cassation) court (the Dutch Supreme Court) guards the prescribed uniform application of general doctrines in the background. Finally, I established in this chapter that in the last decades, more so than previously, the legislator seems to have taken on a more relativistic approach to the codification principle, and, in line therewith, to the general part of the Criminal Code.

I discussed the principle of guilt and the principle of legality in their relevant details in the *third chapter*. In doing so, I described how these principles fulfil a dual function. On the one hand, these principles have a direct normative function within positive law, whereby they guard the outer boundaries within which criminal liability can be established. As part of positive law (in this function), they can also be concretely deployed in legal proceedings, while legal practice will be attuned to them. On the other hand, these principles also fulfil a more reflective function, as a critical touchstone of the positive law. I thereafter explained in this chapter that, because these functions are interwoven, I opted to include a depiction of the principle of guilt in the form of intent, in an appendix.

I subsequently analysed five special criminal laws in the *fourth chapter*. This chapter contains the core of the analysis. I conducted this analysis along the lines of the codification principle, the principle of guilt and the principle of legality. Therein, I successively involved the Road Traffic Act (RTA (*Wegenverkeerswet*)), the General Law on State Taxes (GLST (*Algemene wet inzake rijksbelastingen*)), the Law on Economic Offences (LEO (*Wet op de economische delicten*)), the Opium Act (OA (*Opiumwet*)) and the Arms and Ammunition Act (AAA (*Wet Wapens en Munitie*)). Therewith, I addressed why these special criminal laws were kept out of the Code (codification perspective) and the extent in which these special criminal laws comply with the general requirements which follow from the principle of guilt and principle of legality (guilt perspective and legality perspective). The results of this analysis differ per law. As such, as part of fiscal law, the GLST was consciously kept outside of the Code already in 1886. In introducing the four other special criminal laws, the legislator contrarily did not explicitly consider why the criminalisations contained within them were placed outside of the Code. The findings also differ per law from the legality perspective. I identified bottlenecks in this sense in the GLST and the LEO because of the use of '(split-)layered norms,' which connect back to law and regulations in the administrative law domain. Because of this, it is frequently complex for the norm addressee to discover which material norm he should coordinate his behaviour with. This can particularly be problematic if the norm is (partly) worked out by an administrative organ (so-called administrative dependence). The semantics of criminalisations can also give rise to tension with the principle of legality in certain cases, given that some norms are formulated in a very open manner. Tension with the principle of legality moreover exists not only at the level of criminalisations, but also at the level of general doctrines. As such, the figure of perpetration by legal persons developed in the LEO is attended by a framework which provides little direction (revolving around 'reasonable attribution'). Within that same LEO, an initial functional interpretation of offence constituent elements gradually developed into the general doctrine of functional perpetration, through which an extension was added to the general part of the Criminal Code, outside of formal statutory law.

Further special characteristics also occur in the RTA, the AAA and the OA from the perspective of legality. In the RTA, the criminalisation of traffic behaviour is in part determined against the background of traffic law principles. In the OA, as a consequence of the policy of tolerance, the boundary between criminal and disallowed behaviour is not fully synchronised. Besides this, completely legal applications are envisageable of certain substances which fall under the OA (such as in the case of laughing gas), while the law succeeds in clearly separating criminal behaviour from non-criminal behaviour only to a limited extent. With respect to the AAA, I discussed that the statutory law – combined with connected regulations – contains a relatively vague criterion to determine if an object is prohibited on the basis of this Act. The criterion of ‘striking resemblance’ often gives rise to a clarity issues in criminal law practice, which are problematic from a legality perspective. From the perspective of the principle of guilt, I established that subjective elements in the special criminal laws often have a construct and application which deviates from communal criminal law. Reference is made in two provisions in the RTA to ‘acting knowingly or acting while the perpetrator should have known’. This constituent element is difficult to position on the spectrum of guilt forms and gradations. Furthermore, crimes have been included in the RTA in the past which did not contain a subjective element, for which reason the Dutch Supreme Court read such elements in pertinent provisions. Therewith, the implicit subjective element of ‘more or less degree of consciousness’ came to be developed. This element also has no clear meaning within the system of guilt forms and gradations. Road traffic criminal law has also stood at the base of important developments within the guilt forms. By adjudicating serious traffic accidents not exclusively on the basis of provisions in the RTA, but also under communal criminalisations such as manslaughter, road traffic criminal law has obtained an own interpretation of conditional intent. Because of commonly occurring evidentiary issues in such cases, the guilt form of recklessness was subsequently incorporated in the RTA. This guilt form exists on the boundary between conditional intent and negligence. As it was also interpreted restrictively by the Dutch Supreme Court, the legislator elected to in part give shape to recklessness through the recently introduced article 5a RTA. The core commonality in these illustrations is that the clarity desired from the perspective of the guilt principle with respect to the degree and form of guilt within criminalisations, moves to the background. In relation to the GLST, I discussed the special meaning given to the intent requirement in article 69 GLST in this chapter. The figure of the arguable position blew over from fiscal administrative penalty law in the application of this intent requirement. This gives conditional intent an own special meaning within fiscal criminal law. At the same time, the introduction of this figure in fiscal criminal law reveals that, without this figure, the intent requirement can lack differentiating capacity (*vis-à-vis* non-intentional acts) in this context, which is not a positive signal from the perspective of the guilt principle. In the LEO, guilt

plays a (sentence) aggravating role. Article 2, para. 1 LEO pastes (aggravating) intent onto underlying statutory offences. In this manner, an intent requirement is 'created' in a substantial number of provisions, which is not clear in all cases. Unlike in communal criminal law, legal subjects will not be able to recognise that intent requirement directly from the criminalisation. The colour of intent, where the question is if intent is to be related to (a facet of) illegality as circumscribed in the provision, is not always clear. Furthermore, a number of provisions covered by article 2 para. 1 LEO, also contain an own guilt requirement, which sometimes gives rise to complex combinations of guilt forms. Besides this, little attention was paid, in the introduction of the regulation with respect to the criminal liability of the legal person in the LEO, to the manner in which subjective elements can be established for a legal subject which by definition has no (free) 'will'. The principle of guilt seems only to have been a peripheral concern therein. In the OA, intent also plays a (sentence) aggravating role. An interpretation has developed in the application of conditional intent in the practice of OA offences, which in some cases is strongly reminiscent of negligence-logic. In the AAA, no explicit subjective elements appear in the behaviours criminalised as crimes. It is assumed that these crimes contain an implicit intent requirement. In case law with respect to 'possession' of prohibited arms or ammunition, the requirement of 'a more or less degree of consciousness' has developed. This requirement also appears in case law with respect to other special criminal laws, and its meaning within the spectrum of guilt forms is not entirely clear.

Next to these concrete findings of the analysis in chapter 4, I described a more general development in the manner in which substantive criminal law is deployed in special criminal law. Three, partly interrelated, aspects were distinguished in that development: instrumentalisation, thematisation and 'de-dogmatisation'. With instrumentalisation, I refer to the situation in which the introduction or application of a criminalisation is not primarily driven by the illegal character of the behaviour, but by its sanctioning or criminal procedural potential. A certain tendency towards thematisation of the substantive criminal law can also be recognised therein; the substantive law construct is then, in the first place, designed with an eye on the nature of the underlying subject matter, as a consequence of which the notion of general regulations embodied in the codification principle sometimes makes way for fragmentation. Besides this, I also pointed to a certain 'de-dogmatisation' of the substantive criminal law, meaning that substantive law figures are sometimes applied with the aid of concepts such as 'reasonable attribution', which provide little normative direction. Therewith, substantive criminal law is not deployed as a system within which own values and principles limit (the possibility of) the establishment of criminal liability in a consistent manner, but rather particularly to obtain access to sanctioning or criminal procedural possibilities. It is then not its function to limit criminal liability, but to facilitate criminal procedure.

Hereafter, in the *fifth chapter*, I discussed the impact of the identified deviations on communal criminal law. Therewith, I distinguished between impact through legislation and impact through case law. The first involves the generalisation of legislative figures or constructs, which were initially incorporated in special criminal law as exceptions. Successively, I addressed the figure of legal person perpetration, the guilt form of recklessness and the construct of criminalisations in this regard. It should be emphasised that this generalisation of (initial) exceptions constitutes a movement which is contrary to the emphasis which is envisaged by the codification principle on generality and the limited possibilities for exception associated therewith. By involving the principle of guilt and the principle of legality in the analysis, I highlighted that the operation of these fundamental principles is weakened with this diminished emphasis on the codification principle. In generalising such special figures and constructs, the legislator namely seems to have paid little attention to their proper embedding in the communal systematic, in which the principle of guilt and the principle of legality (should) dominate. The guilt form of recklessness, the introduction of which in the RTA was driven by sanctioning needs, was also incorporated in communal criminal law, whereas the relationship between communal provisions and traffic criminal law does not call for that. Recklessness in traffic criminal law has been equipped with a new meaning since 2020 (via article 5a RTA), which has brought with it that the meaning of communal recklessness has come to deviate from this guilt form in the RTA. Legal person perpetration is a figure which was initially included in the LEO as an exception to the communal systematic, but was transferred in 1976 to the general part of the Criminal Code. The regulation was therewith not integrally 'thought through' in light of communal points of departure, while there was reason to do so. The Criminal Code namely departs from the perspective of natural persons. Particularly the manner in which the guilt principle is worked out attracts attention in this regard; a tailored regime for the establishment of criminal liability would be desirable for a legal subject that is by definition not able to form its own will. A regime of this kind was however not provided for with the introduction of this figure in the Criminal Code. Using reasonable attribution as a concept to establish legal person perpetration moreover also does not represent a step forward in light of the principle of legality; is it not precisely the duty of the legislator to explicate in formal legislation what reasonableness means? A further form of impact of special criminal law on communal criminal law which I described in this chapter regards the construct of criminalisations. Point of departure in criminalisations in special criminal law is in many cases not the intrinsic illegality from which legal subjects should be discouraged, but the desire to enforce a degree of order in a certain terrain, via the criminal law. It is not the material (behavioural) norm which then stands at the fore, but the desired sanction norm. Because intrinsic illegality is not the point of departure, illegality will only be given shape at the level of criminalisations to a limited extent. A certain openness

or vagueness of criminalisations occurs because of this. It is not possible for the legal subject to determine with precision which expectations he is to meet on the basis of these criminalisations, for which reason he is also only able to align his behaviours therewith to a limited extent. Communal criminal law is rather characterised by criminalisations where the intrinsic illegality of certain behaviour is expressed therein. The construct of criminalisations in special laws has however also made an entrance in communal criminal law in the last decades; I illustrated this using two criminalisations in the domain of terrorism. A certain powerlessness arises therewith in the ability to predetermine with precision the boundary between criminal and non-prohibited behaviour in the criminalisation. This boundary will only become clear at the level of (prosecution) policy: not an attractive practice from the perspective of the principle of legality.

Impact via case law takes place in a more implicit manner. With the aid of an empirical-legal component, I first examined in this chapter if a broad, explicit impact of special criminal law exists. With more concrete jurisprudential deviations, such as the notion of 'a more or less degree of consciousness,' I revealed that these have made an appearance in different places in substantive criminal law. This is problematic because this deviant guilt form does not have a clear meaning in light of the general systematic of guilt forms. The emphasis intended, through the codification principle, on the general regulation is disrupted by this, as is the careful construction, at the level of criminalisations, of guilt, as envisaged by the guilt principle. Utilising this empirical-legal component, I also determined however that a large scale influence could not be made visible in this manner. With the aid of a classical-legal component, I further discussed the impact of the figure of functional perpetration, as well as diverse mutations of (conditional) intent. The figure of functional perpetration initially existed in the form of a functional interpretation of more economically tinted offence constituent elements, but has meanwhile become generalised into a general doctrine within communal criminal law. I also described how the development of conditional intent, to an important extent, took place within special criminal law. Case law within traffic criminal law and economic criminal law has made an important mark on the current day meaning given to this gradation of intent. While it is unavoidable that a general doctrine is further concretised at the level of criminalisations, the question is if the bandwidth within which that specialization takes place is not too broad.

In the *sixth chapter*, on the basis of the results of previous chapters, I formulated an answer to the central research question in the form of a final conclusion. I therewith depicted the research findings of previous chapters within three overarching developments which I also discussed at the conclusion of chapter 4: instrumentalisation, thematisation and 'de-dogmatisation' of the substantive criminal law. These developments are interrelated. The deviations and impact thereof which I identified in

previous chapters can consistently be associated with these overarching developments. With these developments, the codification principle moves to the background, the connotation of the principle of guilt becomes less clear, and the principle of legality becomes more relative. Finally, I made some recommendations to the legislator. These recommendations are in part oriented on the long term and in part on the short term (depicted respectively as 'reconstruction' and 'renovation').

Literatuur

Altena 2016

J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Arendse 2020

S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht: Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Ashworth & Horder 2013

A. Ashworth & A.A.J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Bakker 2019

E.C.A. Bakker, 'Fiscale 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. 279-313.

Beccaria (1764) 2016

C. Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Den Haag: Boom juridisch 2016 (*Dei delitti e delle pene* 1764, vertaald en voorafgegaan van toelichting door S.A.M. Stolwijk).

Bemelmans 2018

J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechts-historisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bentham (1789) 1962

J. Bentham, 'An introduction to the principles of morals and legislation', in: *The Works of Jeremy Bentham* (eerste deel), New York: Russell & Russell inc. 1962.

Bentham (1829) 1843

J. Bentham, 'Justice and codification petitions', in: *The Works of Jeremy Bentham* (vijfde deel), Edinburgh: William Tait 1843, p. 437-548.

Van den Berg 1996

P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1996.

Van Binsbergen 1950

W.C. van Binsbergen, *Algemeen karakter van het crimineel wetboek voor het koninkrijk Holland* (diss. Utrecht), Utrecht: De Vroede 1950.

Van Binsbergen 1986

W.C. van Binsbergen, *Poenaal Panorama: Strafrechtshistorische Verkenningen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

Blom 1998

T. Blom, *Drugs in het recht, recht onder druk* (deel I), Arnhem: Gouda Quint 1998.

Blom 2015

T. Blom, *Opiumwetgeving en drugsbeleid*, Deventer: Kluwer 2015.

Blom 2021

T. Blom, 'Een generieke strafbaarstelling van nieuwe psychoactieve stoffen in de Opiumwet: einde van een wapenwedloop in zicht?', *NTS* 2021/4.

Blomberg & Koopmans 2015

A.B. Blomberg & I.M. Koopmans, 'Medeplegen in een bedrijfscontext; lessen uit het milieu(straf)recht', *Tijdschrift voor sanctierecht & onderneming* 2015, p. 69-81.

Boezelman & Gijsen 2019

G.M. Boezelman & J.R.J. Gijsen, 'De Algemene wet inzake rijksbelastingen', 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. 249-278.

Boksem 1995

J. Boksem, 'Het voorgestelde artikel 69, vierde lid, AWR zou eigenlijk niet nodig moeten zijn', in: *Dynamisch strafrecht (Corstens-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint bv 1995, p. 49-58.

De Bont 2002

G.J.M.E. de Bont, 'Opzet in het fiscaal boete- en strafrecht', *TFB* 2002/6.

De Bont 2005

G.J.M.E. de Bont, 'Opzet in fiscaal boete- en strafrecht (II)', *TFB* 2005/4.

Borgers 2011

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter. Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011.

Bos 1976

P.A.H. Bos, 'Osmose tussen het economische en commune strafrecht', *SEW* 1976, p. 381-387.

Bosch 1965

A.G. Bosch, *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht* (diss. Leiden), Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1965.

Bosch 2011

A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Van den Broek 2012

J.H.G. van den Broek, *Bundeling van omgevingsrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2012.

Brouns 1988

P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988.

Brouwer 1979

P.W. Brouwer, 'Openheid van en in rechtsordes', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1979-2, p. 128-149.

Bruijsten 2012

C. Bruijsten, 'De vergrijpboete: opzet en grove schuld', *WFR* 2012/286.

Buijs 1884

J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*. Tweede deel, Arnhem: Gouda Quint 1884.

Buijs 1888

J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek van de wijzigingen in 1887 ingevoerd*. Derde deel, Arnhem: Gouda Quint 1888.

Buiting 1993

Th.J.B. Buiting, *Strafrecht en Milieu*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Buruma 1993

Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Cairns 2013

John W. Cairns, 'Watson, Walton, and the History of Legal Transplants', *Georgia Journal of International & Comparative Law* 2013 (3), p. 637-696.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cnossen 2017a

J.P. Cnossen, 'Een essentiële schakelbepaling in het materiële strafrecht', *Ars Aequi* 2017-3, p. 172-173.

Cnossen 2017b

J.P. Cnossen, 'De afnemende waarde van "het algemene". De verhouding tussen gemeen strafrecht en bijzonder strafrecht belicht vanuit codificatieperspectief', *Strafblad* 2017, 15(6).

Cnossen & Ölçer 2021

J.P. Cnossen & F.P. Ölçer, 'Begrip en beheersing van het bijzonder strafrecht – Een kenmerk-georiënteerde benadering', in: J.G.H. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang. Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 171-193.

Cnossen & Van der Woude 2016

J.P. Cnossen & M.A.H. van der Woude, 'De "aangewezen" aanpak ter voorkoming van terreur?', *Strafblad* 2016 (4), p. 251-258.

Cohen Jehoram 1970

H. Cohen Jehoram, *Over codificatie: van voor Portalis tot na Meijers*, Deventer: Kluwer 1970.

Colijn 1971

A.J. Colijn, *De vertrouwensregel in het wegenverkeersrecht* (diss. VU Amsterdam), Delft: W.D. Meinema 1971.

Van Deinse 1852

A.J. van Deinse, *De algemeene beginselen van strafregt, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche strafwetgeving*, Middelburg: J.C. & W. Altorffer 1852.

Demandt & Klaasse 2017

K.M.G. Demandt & A.C.M. Klaasse, 'De (dunne?) scheidslijn tussen onzorgvuldigheid en voorwaardelijk opzet. Een analyse van de strafrechtelijke en fiscale jurisprudentie', *TvSO* 2017/4.

Van Dijk 2008

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2008.

Van Dijk 2017

A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes. Een analyse van doodslag in het verkeer*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

De Doelder & 't Hart 1977

H. de Doelder & A.C. 't Hart, 'Het vertrouwensbeginsel in het verkeersrecht', *VR* 1977, p. 146-149.

Doorenbos 1990

D.R. Doorenbos, 'Schuldkwadratuur. Iets over de betekenis van art. 2 lid 1 WED', *DD* 1990/9.

Doorenbos 2015

D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Doorenbos 2021a

D.R. Doorenbos, 'Opzet in de wet op de economische delicten. Beter boos dan kleurloos', *AA* 2021, p. 253-257.

Doorenbos 2021b

D.R. Doorenbos, 'Een strafrechtelijk vangnet in de Omgevingswet', *NJB* 2021/13.

Duker 2014

M. Duker, 'Het subjectieve element bij het voorhanden hebben van wapens', in: S. Franken & T. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht* (Sjöcrona-bundel) Deventer: Kluwer 2014.

Van Dullemen 1941

A.A.L.F. van Dullemen, 'Strafbaarheid van corporaties (Een nog onrijp voorstel)', *NJB* 1941, p. 529 e.v.

Dupont 1979

L. Dupont, *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer/Gouda Quint BV 1979.

Dusarduijn 2012

S.M.H. Dusarduijn, 'De fiscale geschiedenis van Nederland in vogelvlucht', in: A.C. Rijkers (red.), *Inleiding belastingheffing ondernemingen en particulieren*, Den Haag: Sdu fiscale & financiële uitgevers 2012, p. 7-19.

Van Eck 1951

D. van Eck, *Preadvies over de strafbaarheid van rechtspersonen en corporaties niet-rechtspersonen naar Nederlands recht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

Eggen 2021

B.V.G. Eggen, 'Het opzettelijk niet-voldoen aan ambtelijke bevelen en de afhankelijkheid van het bestuursrecht', *DD* 2021/2.

Van Elst 1997

R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

Enschedé 1982

Ch. J. Enschedé, 'Problemen van strafwetgeving', in: W.F. de Gaay Fortmann (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982.

Faure 1991

M. Faure, 'De gevolgen van de "administratieve afhankelijkheid" van het milieu-strafrecht: 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.

Feteris 2015

M.W.C. Feteris, 'Invloed van het strafrecht op het fiscale boeterecht', *WFR* 2015/140.

Von Feuerbach 1801

P.J.A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen: Georg Friedrich Heyer 1801.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Geeroms 1997

S. Geeroms, 'De toerekening van het misdrijf aan de rechtspersoon: een rechtsvergelijkende analyse', *Panopticon* 1997 (5).

Gritter 2001

E. Gritter, 'Toerekening van opzet of schuld in het fiscale boeterecht: legitimatie en achtergronden', *DD* 2001/4.

Gritter, Knigge & Kwakman 2005

E. Gritter, G. Knigge & N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien* (WODC-reeks Onderzoek en beleid), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Groenhuijsen 1987

M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet: Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Groenhuijsen 2004

M.S. Groenhuijsen, 'Codificatie en dynamiek in het strafrecht. Begeleiding van de hantering van de wet op het terrein van het straf(proces)recht', in: J.M.B. Vranken, & I. Giesen (red.), *Codificatie en dynamiek. Instrumenten ter begeleiding van de omgang met codificaties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 167-193.

Ter Haar & Hornman 2021

R. ter Haar & M.J. Hornman, 'Het opzettelijk in ernstige mate schenden van de verkeersregels', *NTS* 2021/4.

Haentjens 2016

R. Haentjens, *De wederrechtelijkheid in het financiële strafrecht. De juridische integratie van nieuwe rechtsnormen in een dynamisch krachtenveld* (oratie UvA), Universiteit van Amsterdam 2016.

Den Harder 2006

W.H. den Harder, *Aanmerkelijk onvoorzichtig. De ondergrens van de schuld in het verkeersstrafrecht* (diss. Rotterdam), Rotterdam 2006.

Harteveld & Robroek 2021

A.E. Harteveld & R. Robroek, *Hoofdwegen door het verkeersrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Hazewinkel-Suringa 1953

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1953.

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1991

D. Hazewinkel-Suringa/J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1991.

Hofman 2021

C. Hofman, *Het systeem van sanctionering van fraude* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

De Hullu 1994

J. de Hullu, 'Herijking van het Wetboek van Strafrecht?', *AA* 1994-12, p. 788-798.

De Hullu 1997

J. de Hullu, 'Opzet en schuld in het verkeer', *AA* 1997(6), p. 438-444.

De Hullu 1998

J. de Hullu, 'Bedreigingen voor het schuldbeginnsel?', in: M.J. Borgers, I.M. Koopmans & F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 179-187.

De Hullu 2018

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Hullu 2021

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Hulsman 1966

L.H.C. Hulsman, *Dient het W.v.S. bepalingen te bevatten betreffende het daderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?* (Preadvises voor de NJV), 1966.

Van Immerseel & Liem 2011

S.F. van Immerseel & D. Liem, 'Het pleitbaar standpunt. De objectieve versus de subjectieve benadering', *TFB* 2011/7.

De Jong 2009

F. de Jong, *Daad-Schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

De Jong 2012

F. de Jong, 'Gezag, legitimiteit, en de "vervlakking" van het algemeen deel van het materiële strafrecht', in: F. de Jong & R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

De Jong 2020

F. de Jong, 'Schuld en de Ander: pleidooi voor een herwaardering van de binnenzijde van het strafrechtelijke schuldbegrip', *DD* 2020/24.

De Jong & Kessler 1999

D.H. de Jong & M. Kessler, 'Opzet in de Opiumwet: bewijs en inhoud', *NJB* 1999 (9), p. 385-391.

De Jong & Sikkema 2019

F. de Jong & E. Sikkema, 'Subjectieve bestanddelen', 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. 485-522.

Katan 2017

B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Kelk & De Jong 2023

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht* (bewerkt door F. de Jong), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Van Kempen 2019

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Het strafrechtelijk verbod van verblijf in een terroristisch gebied. Grondslagenvragen, fundamentele kritiek en enige rechtsvergelijking met Australië, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk', *DD* 2019/60.

Van Kempen & Fedorova 2015

P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova, 'Foreign terrorist fighters': *strafbaarstelling van verblijf op een terroristisch grondgebied? Een toetsing aan materieel strafrechtelijke, mensenrechtelijke en volkenrechtelijke parameters*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Kessler 2001

M. Kessler, *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 2001.

Kesteloo 2013

A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Keulen 1989

B.F. Keulen, 'Delicten II: de overige delictshandelingen', in: D.H. de Jong & H.G.M. Krabbe (red.), *De Wet wapens en munitie, een strafrechtelijk commentaar*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 108-139.

Keupink 2011

B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Knigge 1989

G. Knigge, 'Delicten I: het voorhanden hebben van wapen en munitie', in: D.H. de Jong & H.G.M. Krabbe (red.), *De Wet wapens en munitie, een strafrechtelijk commentaar*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 80-107.

Knigge 2003

G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, *Glijdende schalen (liber amicorum J. de Hullu)*, Nijmegen: WLP 2003, p. 309-321.

Kooijmans 2014

T. Kooijmans, 'De roekeloze automobilist', *AA* 2014/2.

Kooijmans 2015

T. Kooijmans, 'Door roekeloosheid getriggerd', *AA* 2015/2.

Koopmans 1996

I.M. Koopmans, *De strafbaarstelling van milieuverontreiniging. Een rechtsvergelijkende studie naar de administratief afhankelijke structuur van het milieustrafrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1996.

Kors 2017

M.M. Kors, *Pleitbaar standpunt in het fiscale boete- en strafrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Kors 2018

M.M. Kors, 'Moet het pleitbare standpunt ook een rol krijgen buiten het belastingrecht?', *NJB* 2018/1879.

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

Krabbe 1994

H.G.M. Krabbe, 'De artikelen 5 en 6. Gevaar veroorzaken, hinderen en schuld aan een verkeersongeval', in: A.E. Harteveld & H.G.M. Krabbe (red.), *De Wegenverkeerswet 1994. Een strafrechtelijk commentaar*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 87-144.

Kristen 2019

F.G.H. Kristen, 'Het materieelstrafrechtelijk 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. 399-448.

Kroes 2007

I. Kroes, 'De "kleur" van opzet in de Wet op de economische delicten', *Strafblad* 2007, p. 316-331.

Lamp e.a. 2019

R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman & B. van der Vorm, '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. 57-96.

Legros 1985

R. Legros, *Voorontwerp Van Strafwetboek*, Brussel: Belgisch Staatsblad 1985.

Lesaffer 2008

R. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2008.

Lindeman 2004

J.M.W. Lindeman, 'De zwakste schakel. Enkele gevolgen van het stelsel van gelede normstellingen', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2004, p. 78-83.

Lokin & Zwolve 2006

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (3^edruk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Lokin & Zwolve 2014

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (4^edruk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Loth 1992

M.A. Loth, 'Zeven stellingen over de gedraging in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 21-32.

Lubbers & Poelmann 2007

A.O. Lubbers & E. Poelmann, 'Afbakeningsproblemen rondom "grove schuld" en "opzet"', *TFB* 2007/2.

Luchtman 2019

M.J.J.P. Luchtman, 'Wederrechtelijkheid 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. 449-483.

Van Luijk 2015

E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnsel in het Nederlandse strafrecht. Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM* (diss. Groningen), Ridderkerk: Ridderprint BV 2015.

Mevis 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginnsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginnsel*, Arnhem: Gouda Quint 2000.

Moorman van Kappen 1979

O. Moorman van Kappen, bespreking van: M. van de Vrugt, 'De Criminele Ordonnantien van 1570', *NJB* 1979/13.

Mulder 1949

A. Mulder, *De handhaving der sociaal-economische wetgeving. Rechtsvergelijking met Zwitserland en Amerika*, 's-Gravenhage: D.A. Daamen's uitgeversmaatschappij n.v. 1949.

Nab 2023

E.A.J. Nab, *Grenzen van het strafrecht in de voorfase. Over uiteenlopende interpretaties van de grondbeginselen van het materiële strafrecht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Nan 2011

J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011.

Nijboer 1987

J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving: de systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.

Nijboer 1989

J.F. Nijboer, 'Schuldbegrip en schuldbeginnsel als oriëntatiepunten in het strafrecht', *Recht en kritiek* 1989 (4), p. 363-383.

Nijboer 1991

J.F. Nijboer, 'Milieuzorg en strafwet. Opmerkingen over de strafbaarstelling van verontreiniging van lucht, bodem en water in het licht van de systematiek van de strafrechtelijke codificatie', in: M.G. Fauré, J.C. Oudijk & D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Nijboer 2012

J.F. Nijboer, 'Het nut van het algemene en het gedachtegoed van de Verlichting', *Expertise en Recht* 2012-3, p. 111-118.

Nolte 1949

H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de bijzondere wetten* (diss. Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1949.

Noyon/Langemeijer/Rommelink

T.J. Noyon & G.E. Langemeijer / J. Rommelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig).

Otte 1992

M. Otte, 'Beginselen in het verkeers(straf)recht', *VRA* 1992 (11), p. 289-296.

Ölçer 2022

F.P. Ölçer, 'Margins of appreciation compared: modulating deference versus engagement in ECHR standards for Public Procurement and (Regulatory) Criminal Justice', in: K. Kichik & G. Mordokhov (red.) *Public Procurement Law Around the World. Volume II*. Moscow: Yustitsinform 2022, p. 519-779.

Peters 1966

A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.

Peters 1972

A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.

Poelman 1989

H.M. Poelman, 'Wat aan de Wet wapens en munitie is voorafgegaan' en 'Algemene aspecten van de Wet wapens en munitie', in: D.H. de Jong & H.G.M. Krabbe (red.), *De Wet wapens en munitie, een strafrechtelijk commentaar*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 17-51.

Politoff & Koopmans 1991

S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Pompe 1938

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandsche strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Pompe 1950

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

Remmelink 1965

J. Remmelink, ‘“Prinzipienreiterei” door het verkeersrecht’, *VR* 1965, p. 193-197 en 217-221.

Van Riel 2011

A.D. van Riel, ‘Pleitbaar standpunt – toepassing in het fiscale strafrecht’, *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2011-6.

Van Rijn van Alkemade 1941

M.A. van Rijn van Alkemade, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor feiten, gepleegd door corporaties’, *TvS* 1941, p. 189-229.

Robinson 1997

P.H. Robinson, *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press 1997.

De Roos 1987

Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Sackers 2016

H.J.B. Sackers, ‘Dit lijkt sprekend (nergens) op... De achtergrond van twee strafzaken over de sprekende gelijkenis van luchtdrukwapens en de Wet wapens en munitie: Rb. Amsterdam 9 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1199 en Hof Den Haag 25 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1469’, *TBS&H* 2016/3.

Sackers 2020

H.J.B. Sackers, *Wet wapens en munitie*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Schaap 2022

A.L.M. Schaap, *Het ouderschap van de rechtspersoon: Een onderzoek naar het Drijf-mestkader als richtinggevend kader voor het ouderschap van de rechtspersoon* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022.

Schaffmeister 1978

D. Schaffmeister, *Entwicklung und Begriff des niederländischen Wirtschaftsstrafrechts*, Zwolle/Frankfurt a.M.: W.E.J. Tjeenk Willink & Alfred Metzner Verlag GmbH 1978.

Schaffmeister 1986

D. Schaffmeister, ‘Delictsclassificaties – misdrijven en overtredingen’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986.

Scholten 1938

P. Scholten, ‘De codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans’, in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink: 1938, p. 1-31.

Sijbers & Mokveld 2014

F.H.H. Sijbers & M.M. Mokveld, ‘Fraudebestrijding in de fiscaliteit, slaat de wetgever door?’, *TFB* 2014/05.

Sikkema 1999

E. Sikkema, ‘Weten en begrijpen: onbegrijpelijke begrippen?’, *DD* 1999, p. 998-1015.

Simmelink 1994

J.B.H.M. Simmelink, ‘Algemene opmerkingen over de WVV ‘94’, in: A.E. Harteveld & H.G.M. Krabbe (red.), *De Wegenverkeerswet 1994. Een strafrechtelijk commentaar*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 17-86.

Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (eerste deel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smidt II 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (tweede deel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smidt III 1892

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (derde deel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892.

Smidt V 1901

H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (vijfde deel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1901.

De Smidt 1966

J.Th. de Smidt, *Codificatie-perikelen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1966.

Stevens 2012

L. Stevens, 'De verleiding van feiten van algemene bekendheid', *DD* 2012, 7.

Van Strien 1996

A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1996.

Torringa 1984

R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984.

Valkenburg 2003

W.E.C.A. Valkenburg, 'Nadere eisen in verband met het bewijs van voorwaardelijk opzet', *FED* 2003/415.

Van Veen 1972

Th.W. van Veen, 'Facet-wederrechtelijkheid', *NJB* 1972, p. 466-469.

Veerman 2019

M.E. Veerman, 'De sprekende gelijkenis besproken Over de toepassing van het sprekende gelijkenis-criterium uit de Regeling wapens en munitie in de rechtspraktijk', *TBS&H* 2019-1, p. 38-47.

Vellinga 1982

W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

Vellinga 2019

W.H. Vellinga, 'Aanscherping van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ernstige verkeersdelicten', *VR* 2019/20.

Vervaele 1990

J.A.E. Vervaele, *Rechtsstaat en recht tot straffen*, Deventer: Kluwer 1990.

Visser 2001

M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.

Visser & Heemskerk 2001

M.J.C. Visser & H. Heemskerk, 'De rol van het strafrecht in de bijzondere milieuwetgeving en in de WED', in: M.G. Faure, Th.A. De Roos & M.J.C. Visser (red.), *Herziening van het commune milieustrafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Ten Voorde 2016

J.M. ten Voorde, 'Van containers en growshops. Over functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen', *TBS&H* 2016-1.

Van de Vrugt 1978

M. van de Vrugt, *De criminele ordonnantiën van 1570. Enkele beschouwingen over de eerste strafrechtcodificatie in de Nederlanden*, Zutphen: De Walburg Pers 1978.

Van der Wal 2007

P. van der Wal, 'Schuld en boete; over toerekening van opzet en schuld van de fiscale gemachtigde', *TFB* 2007/2.

Wattel 1989

P.J. Wattel, *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1989.

Weersma & Polak 1950

W.J.M. Weersma & N.J. Polak, *De wegenverkeerswet*, Groningen/Djakarta: J.B. Wolters 1950.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005

H.D. Van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005.

Wladimiroff 1989

M. Wladimiroff, *Niets Bijzonders. Een beschouwing over de dominantie van het bijzonder strafrecht bij de handhaving van sociaal-economische normen* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Wladimiroff 1990

M. Wladimiroff, 'Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196.

Wolswijk 2015

H.D. Wolswijk, 'Deelneming in ontwikkeling', *Strafblad* 2015-6, p. 449-454.

Wolswijk 2021

H.D. Wolswijk, 'Deelnemen aan een vechterij', in: J.G.H. Altena e.a. (red), *In onderlinge samenhang. Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Wolswijk, Postma & Keulen 2017

H.D. Wolswijk, A. Postma & B.F. Keulen, *Ernstige verkeersdelicten*, WODC 2017.

Wortel 1987

J. Wortel, *De onderneming in het strafrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1987.

Wortel 1991

J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991.

Zevenbergen 1924

W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, Den Haag/Groningen: J.B. Wolters U.M. 1924.

Jurisprudentie

- EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk)
EHRM 24 mei 1988, *NJ* 1991, 685 (Müller t. Zwitserland)
EHRM 7 oktober 1988, nr. 10519/83 (Salabiaku t. Frankrijk)
EHRM 28 maart 1990, *NJ* 1991, 739, (Groppera)
EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (Kokkinakis t. Griekenland)
EHRM 25 augustus 1993, nr. 13308/87 (Chorherr t. Oostenrijk)
EHRM 19 december 1994, nr. 15153/89 (Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi tegen Oostenrijk)
EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91 (Cantoni t. Frankrijk)
EHRM 17 februari 2004, nr. 39748/98 (Maestri t. Italië)
EHRM 17 juli 2012, nr. 2913/06 (Munjaz t. VK)
EHRM 25 juli 2013, nrs. 11082/06 13772/05 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland)
EHRM 21 oktober 2013, nr. 42750/09 (Del Río Prada t. Spanje)
EHRM 18 november 2014, nr. 15065/07 (Aras t. Turkije)
EHRM 28 juni 2018, nr. 1828/06 e.a. (G.I.E.M. S.r.l. e.a. t. Italië)
EHRM 14 januari 2020, nrs. 51111/07 en 42757/07 (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland (nr. 2))
EHRM 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM
EHRM 22 november 2022, nrs. 58817/15 en 58252/15 (D.B. e.a. t. Zwitserland)
EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yüksel Yalçinkaya t. Turkije)
- HR 15 februari 1909, W 8846
HR 19 juni 1911, ECLI:NL:HR:1911:1, W 9203
HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.
HR 25 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1500.
HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918.
HR 5 november 1934, *NJ* 1935, p. 344
HR 3 mei 1937, *NJ* 1937, 1057
HR 23 juli 1937, *NJ* 1938, 869
HR 22 februari 1944, *NJ* 1944, 316
HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180
HR 14 maart 1950, *NJ* 1952, 656
HR 9 mei 1950, *NJ* 1951, 357
HR 6 februari 1951, *NJ* 1951, 475
HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314
HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378
HR 4 mei 1954, *NJ* 1954, 375
HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55
HR 1 maart 1955, *NJ* 1956, 2
HR 17 mei 1955, *NJ* 1956, 3
HR 5 maart 1957, *NJ* 1957, 396

HR 20 december 1960, *NJ* 1961, 414
HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:150, *NJ* 1963, 10
HR 13 januari 1970, *NJ* 1970, 144
HR 26 juni 1973, *NJ* 1973, 376
HR 8 oktober 1974, *NJ* 1974, 525
HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 52
HR 5 februari 1980, *NJ* 1980, 342
HR 17 juni 1980, *NJ* 1980, 580
HR 19 april 1983, *NJ* 1983, 572.
HR 11 juli 1984, *BNB* 1984/268
HR 19 februari 1985, *NJ* 1985, 633
HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 796
HR 19 juni 1985, *BNB* 1986, 29
HR 10 juni 1986, *NJ* 1987, 85
HR 25 november 1986, *NJ* 1987, 493
HR 15 juli 1988, *BNB* 1988, 270
HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 476
HR 23 februari 1993, *NJ* 1993, 605
HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 512
HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714
HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199
HR 24 november 1998, *NJ* 2000, 54
HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 203
HR 26 januari 1999, *NJ* 1999, 537
HR 6 juni 2000, *NJ* 2000, 445
HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001, 14
HR 23 januari 2001, *NJ* 2001, 327
HR 26 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2493
HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552
HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328
HR 13 januari 2004, *NJ* 2005, 63
HR 1 juni 2004, *NJ* 2005, 252
HR 8 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3719
HR 10 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7106
HR 28 februari 2006, *NJ* 2006, 179
HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2344
HR 28 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0264
HR 1 december 2006, *BNB* 2007, 151
HR 24 april 2007, *NJ* 2008, 357
HR 10 februari 2009, *NJ* 2009, 111
HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010, 655
HR 2 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6787
HR 11 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0291
HR 11 januari 2011, *NJ* 2011, 116
HR 8 februari 2011, *NJ* 2011, 314
HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596, *NJ* 2012, 176
HR 22 mei 2012, *NJ* 2012, 488
HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396
HR 5 februari 2013, *NJ* 2013, 114
HR 4 maart 2013, *NJ* 2014, 220

HR 12 maart 2013, *NJ* 2013, 437
HR 15 oktober 2013, *NJ* 2014, 27
HR 3 december 2013, *NJ* 2014, 30
HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:54
HR 4 maart 2014, *NJ* 2014, 220
HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057, *NJ* 2015, 15
HR 2 december 2014, *NJ* 2015, 390
HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3620
HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1656
HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482, *NJ* 2015, 404
HR 8 december 2015, *NJ* 2016, 23
HR 9 februari 2016, *NJ* 2016, 257
HR 22 maart 2016, *NJ* 2016, 316
HR 26 april 2016, *NJ* 2016, 375
HR 6 december 2016, *NJ* 2017, 85
HR 14 februari 2017, *NJ* 2017, 306
HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638
HR 19 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2414
HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542
HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3192
HR 6 februari 2018, *NJ* 2018, 218
HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:657
HR 29 mei 2018, *NJ* 2019, 103
HR 20 november 2018, *NJ* 2019, 83
HR 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:336
HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:679
HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, *NJ* 2019, 359
HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1146
HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1459
HR 19 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1803
HR 31 maart 2020, *NJ* 2020, 253
HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:570
HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:129, *NJ* 2021, 90
HR 18 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:734
HR 12 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:982
HR 27 september 2022, *NJ* 2023, 31
HR 4 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:527

Rb. Rotterdam 26 februari 1954, *NJ* 1954, 670
Rb. Middelburg 6 juli 1956, ECLI:NL:RBMID:1956:8, *NJ* 1957, 385
Hof Leeuwarden 22 maart 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT6636
Rb. Zwolle-Lelystad 13 september 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU2558
Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AU9261
Rb. Middelburg 16 december 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL658
Rb. Utrecht 31 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9249
Rb. Utrecht 24 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1677
Rb. Utrecht 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO2816
Rb. Utrecht 1 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7585
Hof Arnhem 8 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BS8950
Rb. Utrecht 6 juni 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW7647

Rb. Utrecht 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8542
Hof Leeuwarden 15 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3265
Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:CA2321
Hof Den Haag 25 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ8627
Rb. Gelderland 8 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9813
Rb. Amsterdam 9 maart 2016, *TBSH* 2016/179
Rb. Rotterdam 5 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2538
Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10871
Rb. Overijssel 18 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4662
Rb. Noord-Nederland 10 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3617
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8833
Rb. Midden-Nederland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:685
Rb. Overijssel 1 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3445
Hof Den Haag 23 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3538
Rb. Zeeland-West-Brabant 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:3985
Rb. Midden-Nederland 1 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3616
Rb. Rotterdam 17 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10384
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2035
Rb. Amsterdam 30 maart 2021, *NJFS* 2021, 301
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6848
Hof 's-Hertogenbosch 11 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3070
Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:232
Rb. Midden-Nederland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:970
Rb. Midden-Nederland 21 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1516
Hof 's-Hertogenbosch 29 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1679
Rb. Zeeland-West-Brabant 30 juni 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:4007:
Hof 's-Hertogenbosch 15 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2411
Rb. Den Haag 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11082
Rb. Noord-Nederland 28 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3909
Rb. Den Haag 24 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12527
Hof Amsterdam 13 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3523
Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:6368

Curriculum vitae

Jelle Pieter Cnossen, geboren op 25 april 1988 te Berkel en Rodenrijs, studeerde Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden, waar hij in 2013 afstudeerde in de afstudeerrichting Straf- en Strafprocesrecht. Van 2013 tot 2021 was hij werkzaam bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden, eerst als docent en vanaf 2015 als PhD-fellow. Thans is hij werkzaam als universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit.

Jelle Cnossen is auteur en redactiesecretaris van *Tekst & Commentaar Strafrecht* en *Tekst & Commentaar Strafvordering* en redacteur van het *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2023 en 2024 verschenen:

- MI-395 A.H.A. Mohammad, *De normering van academisch ondernemerschap. Perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-396 T.L. Masson-Zwaan, *Widening the Horizons of Outer Space Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6421 977 7
- MI-397 W. Zhang, *Achieving decent work in China. A case study of decent working time*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-398 T.M. Vergouwen, *The effect of directives within the area of direct taxation on the interpretation and application of tax treaties*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-399 R. de Massol de Rebetz, *Beyond the Dichotomy between Migrant Smuggling and Human Trafficking. A Belgian Case Study on the Governance of Migrants in Transit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-400 W. Ruijs, *Pandbelening*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2023, ISBN 978 94 6212 819 4, ISBN 978 94 0011 288 9 (e-book)
- MI-401 C. Sriporm, *Franchising Legal Frameworks. A Comparative Study of the DCFR, US Law and Australian Law Regarding Franchise Contracts*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6473 088 3
- MI-402 N. Amin, *State-building, Lawmaking, and Criminal Justice in Afghanistan: A case study of the prison system's legal mandate, and the rehabilitation programmes in Pul-e-charkhi prison*, (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2023, ISBN 978 90 4730 156 1
- MI-403 J. Tobing, *The Essence of the 1999-2002 Constitutional Reform in Indonesia: Remaking the Negara Hukum. A Socio-Legal Study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-404 W. Zhang, *Protection of aviation security through the establishment of prohibited airspace*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6473 103 3
- MI-405 A.J. Pasma, *Re-entry support from prison-based and community-based professionals*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-406 K.R. Filesia, *Speaking the same language. De invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2023
- MI-407 H.A. ten Oever, *Zorginkoopovereenkomst. De rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in contractenrechtelijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2023, ISBN 978 94 6212 859 0, ISBN 978 94 0011 339 8 (e-book)
- MI-408 F.H.K. Theissen, *Sincerely believing in freedom. A Reconstruction and Comparison of The Interpretation of The Freedom of Religion and Belief on The Canadian Supreme Court, The South African Constitutional Court and the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN: 978 94 6473 247 4
- MI-409 R.M.S. van Es, *The mind in the courtroom. On forensic mental health reports in judicial decision-making about guilt and sentencing in the Netherlands*, (diss. Leiden) Alblasterdam: Ridderprint 2023
- MI-410 I. Kokorin, *Intra-group financing and enterprise group insolvency: Problems, principles and solutions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-411 J.T. Tegelaar, *Single Supervision, Single Judicial Protection? Towards effective judicial protection in Single Supervisory Mechanism composite procedures*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-412 A.M.H. van der Hoeven, *Met de vlam in de pijp door Europa. De arbeidssituatie van internationale vrachtwagenchauffeurs: constructies en percepties*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-413 H.T. Vethaak, *Empirical analysis of social insurance, work incentives and employment outcomes*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-414 E. Hutten, *Belastingprofessionals onder maatschappelijke druk: Een Nederlandse casestudie naar reacties op BEPS*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-415 R. Stolk, *Procederende belangenorganisatie in de polder. Een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter*, (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris 2024
- MI-416 A. Sarris, *International law and governance of the Arctic in an era of climate change*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 382 2

- MI-417 F. Heitmüller, *Combatting tax avoidance, the OECD way? The impact of the BEPS Project on developing and emerging countries' approach to international tax avoidance*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-418 F.I. Kartikasari, *Mining and environmental protection in Indonesia: Regulatory pitfalls*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 462 1
- MI-419 S.H. Starrenburg, *Striking a balance between local and global interests. Communities and cultural heritage protection in public international law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-420 D. Stefoudi, *Legal and policy aspects of space big data. Legal implications of the use of large amounts of space data – Regulatory solutions and policy recommendations* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 479 9
- MI-421 S. Pouloupoulou, *Towards the establishment of a new International Humanitarian Law compliance mechanism. Lessons learned from monitoring systems within the International Humanitarian and Human Rights Law frameworks*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-422 M. Aalbers, *De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht. Tussen verbod en verenigbaarheid?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-423 J.M. Elbers, *Reward Systems in Prison*, (diss. Leiden), Alblasserdam: Ridderprint 2024
- MI-424 Z. Tian, *Legal Aspects of Active Debris Removal (ADR): Regulation of ADR under International Space Law and the Way Forward for Legal Development*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-425 J.P. Cnossen, *Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder materieel strafrecht. Een analyse en waardering in het licht van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2024, ISBN 978 94 6212 967 2, ISBN 978 94 0011 466 1 (e-book)