



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).

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 hoogleeraar 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 wijke 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, JC).

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 *Verbrechen* 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 wezensverschil¹¹⁷ – 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/Rommelink.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.