



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).

3

Het schuldbeginsel en het legaliteitsbeginsel

3.1 INLEIDING

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

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

3.2 FUNCTIE BEGINSELEN

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

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

1 Nijboer 1989, p. 378-379.

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

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

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

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

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

4 Zie hierover uitgebreid: De Jong 2020.

5 Nijboer 1989, p. 379.

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

3.3 HET SCHULDBEGINSEL

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

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

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

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

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

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

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

11 Nijboer 1989, p. 365-366.

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

3.3.1 Schuldbeginsel, schuldidee, schuldvormen en schuldbegrip

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

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

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

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

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

15 Pompe 1938, p. 102.

16 Politoff & Koopmans 1991, p. 67.

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

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

17 Politoff & Koopmans 1991, p. 67.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.2 Betekenissen van ‘schuld’

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

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

24 De Jong 2009, p. 351-363.

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

26 De Jong 2009, p. 17.

27 Nijboer 1989, p. 370.

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

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

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

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

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

3.3.2.1 *Schuld in de zin van verwijtbaarheid*

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

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

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

32 Kelk & De Jong 2023, p. 235.

33 De Hullu 2021, p. 278.

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

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

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

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

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

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

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

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

37 Smidt III 1892, p. 175.

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

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

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

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

3.3.2.2 *Schuld in de zin van schuldvormen*

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

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

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

41 Vellinga 1982, p. 11-15.

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

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

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

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

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

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

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

Rol van Appendix I

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

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

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

3.3.2.3 *Schuld in de zin van culpa*

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

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

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

49 Smidt I, p. 84.

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

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

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

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

3.4 HET LEGALITEITSBEGINSEL

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

⁵⁰ Politoff & Koopmans 1991, p. 143.

⁵¹ Smidt I, p. 85.

⁵² Smidt I, p. 85.

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

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

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

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

3.4.1 Ratio en functies

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

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

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

56 Altena 2016, p. 25-28.

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

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

59 Groenhuijsen 1987, p. 31.

60 Altena 2016, p. 41.

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

62 Beccaria (1764) 2016, p. 142.

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

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

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

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

64 Groenhuijsen 1987, p. 28-29.

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

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

67 Peters 1972, p. 5.

68 Peters 1972, p. 7.

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

70 Peters 1972, p. 10.

71 Peters 1972, p. 14.

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

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

3.4.2 Deelbeginselen

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

3.4.2.1 *Lex scripta*-gebod

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

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

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

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

76 Altena 2016, p. 98.

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

78 Brouwer 1979, p. 134.

79 Brouwer 1979, p. 135.

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

3.4.2.2 *Lex certa-gebod*

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

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

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

80 Borgers 2011, p. 122-127.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

84 Borgers 2011, p. 123-124.

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

86 Nan 2011, p. 232-233.

87 Altena 2016, p. 129-130.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

93 Nan 2011, p. 130-131.

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

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

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

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

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

97 Nan 2011, p. 132-133.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

103 Zie kritisch hierover: Ölçer 2022.

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

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

104 Nan 2011, p. 233.

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

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

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

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

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