

## Hoorcollege 5A, 01-10-2018, Legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel staat beschreven in art. 1 Sr en 7 EVRM en houdt in dat geen feit strafbaar is zonder een voorafgaande wettelijke strafbepaling. De bepaling is ook in art. 16 Gw opgenomen en in verschillende mensenrechtenverdragen. De ratio van het artikel is het tegengaan van **willekeur** door de overheid. Ook heeft het beginsel een preventieve en afschrikwekkende werking nu de regels voor burgers duidelijk en kenbaar zijn. Dit wordt ook wel de **leer van de psychologische dwang** genoemd. Tot slot is het **schuldbeginsel** van invloed op het legaliteitsbeginsel. De burger kan door het legaliteitsbeginsel weten wat strafbaar is. Het beginsel verschaft daarmee **rechtszekerheid**.

### Wettelijke strafbepaling

Iets kan alleen strafbaar zijn wanneer de wet dit aangeeft. Dit is in Angelsaksische landen niet het geval, aangezien de *common law* in deze landen ook onder 'law' valt. 'Law' in art. 7 EVRM is dan ook een ruimer begrip dan de Nederlandse 'wettelijke strafbepaling'. In Nederland geldt dat er sprake moet zijn van een **wet in formele zin** waarin bevoegdheden zijn toegekend aan een lagere instantie. Ook moet de wet **algemeen verbindend** zijn en niet in strijd zijn met hogere regelgeving. Wetten in formele zin mogen namelijk niet worden getoetst aan de Grondwet. Met de **strafbepaling** wordt de bepaling bedoeld waar het delict is omschreven. De sanctie moet ook wettelijk zijn vastgelegd.

### Verbod van terugwerkende kracht

Met een **voorafgaande strafbepaling** wordt bedoeld dat er geen sprake is van het toepassen van een bepaling met terugwerkende kracht. De burger moet weten waar hij aan toe is. Het heeft betrekking op de **strafbaarheid van het feit**. Het verbod van terugwerkende kracht is ook van toepassing op de **strafbedreiging**. Wanneer een strafbepaling gewijzigd is in de periode tussen de aanhouding en de berechting, moet de rechter de meest gunstige bepaling toepassen. Dit is de bepaling met de laagste straf. Wanneer een rechter wel binnen de strafmaxima blijft maar meeneemt dat de wetgever van gedachte verandert over de ernst van een delict, is de ontwikkeling al gaande ten tijde van het plegen van het delict. In zo'n geval mag de rechter wel een hogere straf toepassen dan de verdachte kon verwachten.

### Verbod van terugwerkende kracht en de tenuitvoerlegging van de straf

Bij de **tenuitvoerlegging** van de straf gelden verschillende regels. In een zaak van 25 september 2012 moest het OM een vordering tot voorlopige tenuitvoerlegging van de straf indienen op grond van art. 14fa Sr.

Deze regeling is van kracht gegaan in 2012 en de vraag ontstond of de regeling ook kon worden toegepast op feiten die gepleegd waren vóór de invoering van het artikel. De Hoge Raad oordeelde dat dit mogelijk was zonder een strijd op te leveren met art. 1 Sr. De regeling had namelijk alleen betrekking op de **executie** van de straf en heeft dus niets te maken met de **strafbaarstelling** of de **strafbedreiging**. Het artikel bracht geen verandering aan in de aard of maximale duur van de straf en was dus niet in strijd met het legaliteitsbeginsel. Wanneer een regeling een wijziging aanbrengt in de straf zelf zou er wel strijd ontstaan met art. 7 EVRM. Deze jurisprudentie is eigenlijk niet toepasbaar op art. 1 Sr. Art. 1 Sr richt zich namelijk tot de rechter en niet tot de veroordeelde. Met executieregels heeft de rechter in die fase niets te maken, dus kan art. 1 Sr niet van toepassing zijn en kan er ook geen strijd ontstaan met art. 1 Sr.

In de zaak *Kafkaris/Cyprus* oordeelt het EHRM dat het verbod van terugwerkende kracht niet ziet op de regels omtrent de **executie** van de straf, maar dat hier wel uitzonderingen op bestaan. Het EHRM hecht

namelijk een autonome betekenis aan het begrip ‘*penalty*’. Als door wijziging van de regels van executie (met terugwerkende kracht) de straf **feitelijk** ook een ander karakter krijgt is het verbod van terugwerkende kracht van toepassing. Dit is bijvoorbeeld het geval bij verlenging van de proeftijd. Tegenwoordig kun je na een bepaalde periode vrij komen uit de gevangenis wanneer je bijvoorbeeld goed gedrag vertoont. De rechter heeft hier niets mee te maken aangezien het de wetgever is die de regel toepast en dit automatisch in werking treedt. Als men deze regel opheft is er sprake van een regel betreffende de **executie** van de straf waar normaal het verbod van terugwerkende kracht niet op van toepassing is. De rechter gaat er immers niet over. Toch heeft de opheffing van de regel hier wel invloed op de straf zelf, die hierdoor feitelijk een ander karakter krijgt. De straf wordt immers langer. In dat geval is de uitzondering van toepassing en geldt het verbod van terugwerkende kracht op grond van art. 7 EVRM.

### **Verbod van terugwerkende kracht en het procesrecht**

Art. 1 Sv is het strafprocesrechtelijke legaliteitsbeginsel. Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien. Het beginsel houdt in dat strafvorderlijk optreden aan bepaalde regels is gebonden om op die manier willekeurig te gaan. Het gaat om het moment van **strafvorderlijk optreden**. Het betekent dus niet dat de strafvorderlijke regels moeten worden toegepast die golden ten tijde van het plegen van het feit! Dit komt omdat de strafvorderlijke regels niet het gedrag van de burger beïnvloeden, maar de strafrechtelijke regels doen dit wel.

Veel regels binnen het strafprocesrecht gaan over **vervolgbaarheid**. Een voorbeeld hiervan is de **rechtsmacht** die bepaalt op wie de strafrechtelijke regels van toepassing zijn. Deze regels veranderen en de vraag ontstaat of deze regels met terugwerkende kracht mogen worden toegepast. Een voorbeeld is het delict belaging. Dit is enkel vervolgbaar als een Nederlander het delict in Nederland pleegt. Wanneer de wet wordt veranderd en het delict ook vervolgbaar is als het door een Nederlander in het buitenland wordt gepleegd zou de bepaling met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast op de Nederlander die het delict in België pleegt, waar het niet strafbaar is. In dit geval bestaat er inderdaad een **verbod** van terugwerkende kracht. Aangezien het delict in België niet strafbaar is kon de Nederlander niet **voorzien** dat hij zou worden vervolgd. Dit is anders wanneer het in België wél strafbaar is. Dan kon de verdachte namelijk weten dat hij zich strafbaar maakte naar Belgisch recht. Anderen vinden echter dat de voorzienbaarheid wel gold in België, maar niet wat betreft de vervolging in Nederland. Wanneer de strafmaxima in beide landen anders zijn zou het de verdachte kunnen weerhouden van het plegen van het feit.

Wat betreft de regels van het **procesrecht** is het verbod van terugwerkende kracht niet van toepassing. In het bovenstaande voorbeeld gaat het echter over de **strafwaardigheid**. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het legaliteitsbeginsel en daarmee art. 1 Sr niet van toepassing zijn op de regels over **rechtsmacht**. Wel vraagt de Hoge Raad om **terughoudendheid**. Dit blijkt ook uit een zaak waar een verdachte werd vervolgd voor het plegen van genocide in Rwanda. Op dat moment was de wet Internationale Misdrijven nog niet in werking getreden en wist verdachte nog niet dat Nederland rechtsmacht had ten aanzien van dit soort feiten. Aangezien niet in de wet beschreven stond dat de regel ook van toepassing was op oude feiten en zou het dus in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel als verdachte in Nederland werd vervolgd. De Hoge Raad bepaalde dan ook dat het schriftelijk in de wet moet zijn **vastgelegd** dat een regel terugwerkende kracht heeft. Ook moet dit **redelijk** zijn. Het is niet in strijd met art. 1 Sr, maar waarschijnlijk wel met art. 7 EVRM.

Ook **verjaring** is een voorwaarde voor vervolgbaarheid. Soms kan de **lopende** verjaringstermijn worden verlengd met **terugwerkende kracht**. Dit is toegestaan, behalve bij termijnen die al verstreken zijn.

Samengevat geldt art. 1 Sr in beginsel niet voor de **vervolgbaarheid** (bijvoorbeeld rechtsmacht en verjaring). Dit wil echter niet zeggen dat met terugwerkende kracht toepassen altijd vanzelfsprekend is. In beginsel mogen deze regels niet met terugwerkende kracht worden toegepast, tenzij **in de wet is beschreven** dat dit wel mag. Wel moet toepasbaarheid **redelijk** zijn. Bovendien kan toepassing met terugwerkende kracht in sommige gevallen wel strijd opleveren met art. 7 EVRM.

### **Hoorcollege 5B, 03-10-2018, Legaliteitsbeginsel Bepaaldheidsgebod, problematische gevallen**

Uit het legaliteitsbeginsel vloeit voort dat er een **wettelijke strafbepaling** moet zijn en dat er geen sprake mag zijn van **terugwerkende kracht**. Ook het *lex certa*-gebod vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel. Dit wordt ook wel het **bepaaldheidsgebod** genoemd. Het gebod houdt in dat de strafbepaling voldoende **duidelijk** moet zijn. Dit is lastiger toe te passen dan bijvoorbeeld het verbod van terugwerkende kracht. De vraag ontstaat wanneer een bepaling onvoldoende duidelijk of te vaag is.

Art. 239 Sr is een voorbeeld waar twijfelachtig is of aan het bepaaldheidsgebod is voldaan. Het artikel beschrijft dat een gedraging ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’ moet zijn. De Hoge Raad oordeelde dat de heersende opvattingen van het Nederlandse volk van doorslaggevende betekenis is om te beoordelen of er sprake is van eerbaarheidsschennis. De rechter zal moeten oordelen wat deze heersende opvatting is. Ook art. 10.3 (oud) Wet milieubeheer was redelijk vaag. Er wordt in het artikel een **zorgplicht** aan de burger opgelegd, maar niet duidelijk is wanneer aan deze zorgplicht is voldaan.

Wanneer een artikel niet vaag maar ontzettend precies is, kan het bepaaldheidsgebod ook worden geschonden. Het vinden van de strafrechtelijke norm is dan namelijk erg moeilijk. Wanneer in bepalingen steeds verwezen wordt naar lagere bepalingen (AMvB, Ministeriële regeling) is het voor een burger moeilijker om te weten waar gekeken moet worden om te weten of iets strafbaar is.

### **Te vage bepalingen**

Het bepaaldheidsgebod heeft vooral vorm gekregen in de rechtspraak van het EHRM bij art. 7 EVRM. Deze jurisprudentie is ook van toepassing op Nederlandse gevallen. De rechtspraak van het EHRM geeft aan dat de bepaling die zegt dat iets strafbaar is **voldoende duidelijk** moet zijn. *Law* bij het EHRM is echter niet alleen **geschreven recht**, maar kan ook *Common Law* zijn.

De burger moet kunnen weten wat strafbaar is. Dit is het geval als de burger door te kijken naar de **bepaling** en de **rechtspraak** kan weten of iets strafbaar is. Of de strafbaarheid kenbaar is wordt dus niet alleen bepaald door de woorden van de strafbepaling zelf, maar ook door **jurisprudentie**.

In de zaak *Sunday Times* heeft het EHRM een toelichting gegeven op de vraag wanneer iets **voorzienbaar** is. Wanneer steeds nieuwe wetswijzigingen moeten komen bij veranderende omstandigheden is de wet té precies. Daarom is het toegestaan dat de wet enigszins vaag is, omdat het ongewenst is om steeds de wet te moeten wijzigen.

De Hoge Raad ontleent veel inspiratie aan de rechtspraak van het EHRM. In een zaak ontstond het probleem dat de wet sprak van ‘je op andere wijze onbehoorlijk gedragen’. De verdachte werd vervolgd omdat hij met zijn schoenen op de bank van een trein zat en hij de verbalisant die hem hierop wees uitschold. De vervolging zag op het onbehoorlijke gedrag. De Hoge Raad gaf aan dat de bepaling niet onverenigbaar was met art. 1 Sr en art. 7 EVRM. De norm was immer dusdanig geconcretiseerd dat deze alleen van toepassing was in treinen. Bovendien gaf de Hoge Raad aan dat de norm inderdaad wel vaag was, maar dat dit niet anders kon. Wel kreeg de norm mede vorm door middel van **jurisprudentie**. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad dezelfde lijn volgt als het EHRM.

Dat het EHRM ook kijkt naar jurisprudentie is niet onbegrijpelijk. In Nederland is dit minder vanzelfsprekend aangezien art. 1 Sr stelt dat gekeken moet worden naar de **wettelijke bepaling**. Toch geldt ook in Nederland dat niet alleen de wettekst een rol speelt, maar ook de uitleg ervan die in jurisprudentie wordt gegeven.

### **De rol van de verdachte**

Kan van de burger verwacht worden dat hij zich over de betekenis van de wet informeert? Van de burger wordt immers wel verwacht dat de burger van de jurisprudentie **op de hoogte** is. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat de burger inderdaad op de hoogte moet zijn van de wettelijke bepalingen die gelden. Wanneer de burger zich op een bepaald terrein begeeft, weet hij immers dat daar verschillende regels gelden.

In het arrest *Krulsla* wordt verdachte verweten dat hij de Warenwet heeft overtreden. Verdachte verkocht namelijk sla met een te hoog halte aan nitraat-ion. Verdachte voerde aan dat hij niet zomaar sla, maar krulsla verkocht. Deze krulsla zou meer nerven bevatten dan gewone sla en daarom meer nitraat-ion opnemen. De bepaling zou daarom te vaag zijn, omdat onduidelijk was of krulsla ook onder de noemer 'sla' zou vallen. Het Hof oordeelde dat sla en krulsla inderdaad verschillen en aangezien niet duidelijk was aangegeven dat de bepaling ook voor krulsla zou gelden was de bepaling inderdaad te vaag. De Hoge Raad ging hier niet in mee en oordeelde dat de delictomschrijving **te verfijnd** zou worden als dit voor iedere slasoort gespecificeerd moest worden. Dit zou ten koste gaan van de **algemene duidelijkheid**.

De Hoge Raad kijkt niet alleen naar de wettelijke bepaling en de jurisprudentie, maar ook naar de **concrete verdachte**. In het *Krulsla*-geval ging het om een professionele marktdeelnemer. Daar kunnen andere dingen van worden verwacht dan van een amateur. De concretisering van het bepaaldheidsgebod gaat nog verder. Wanneer een artikel vaag is kan het strijd opleveren met het bepaaldheidsgebod, maar in principe gaat het erom of de bepaling te vaag is **voor de verdachte**. Wanneer de verdachte snapt dat de gedraging in strijd is met de wet zal de bepaling in dat geval niet te vaag zijn.

### **Samenvatting bepaaldheidsgebod**

De vraag of een bepaling te vaag is wordt *in concreto* behandeld. Dit houdt in dat gekeken wordt naar de bepaling zelf, de jurisprudentie en de persoon van de verdachte. Het gaat daarom om de **concrete** gedraging die de verdachte verweten wordt. Bovendien kunnen er andere concrete, wettelijke voorschriften bestaan waar iedereen zich aan moet houden. Ook deze voorschriften spelen een rol. Wanneer iemand aanvoert dat een zeer ruime bepaling te vaag is maar er wel veel andere, concrete voorschriften bestaan, zal er niet snel sprake zijn van strijd met het bepaaldheidsgebod. Het moet in het **concrete geval** voldoende kenbaar zijn voor de verdachte dat hij zich strafbaar gedraagt.

### **Verbod van analogie**

Het laatste beginsel dat voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel is het analogieverbod. De rechter moet de wet altijd **interpreteren**. Zo interpreteert de rechter dat elektriciteit een goed is, maar computergegevens doorgaans niet. De rechter hanteert hierbij verschillende interpretatiemethoden, bijvoorbeeld de taalkundige of wethistorische interpretatie.

Wanneer enkel **taalkundig** geïnterpreteerd wordt zal dit niet voldoende zijn om de betekenis van een wettelijke bepaling te achterhalen. Verschillende bepalingen spreken van 'hij die' en wanneer enkel taalkundig geïnterpreteerd wordt zou iedere vrouw kunnen zeggen dat de bepaling niet op haar van toepassing is. **Wethistorische** interpretatie is erg van belang. De wetgever heeft vaak een specifieke

bedoeling bij strafbepalingen, en op grond van art. 1 Sr is juist deze wettekst van grote betekenis. De wetsgeschiedenis is echter niet altijd **doorslaggevend**.

De rechter mag de wet niet naar analogie interpreteren. Dit houdt in dat de rechter bijvoorbeeld te maken kan hebben met een geval dat niet onder de wet valt, maar wel lijkt op gevallen die wel onder de wet vallen. De rechter interpreteert analoog als hij vindt dat dit niet aangeduide geval hetzelfde is als het geval dat wel onder de wet valt. Een voorbeeld is dat de rechter niet iemand mag veroordelen die met een kat door het bos loopt wanneer de kat niet is aangelijnd, enkel omdat honden wel aangelijnd moeten zijn en honden en katten ‘vrijwel hetzelfde zijn’.

### **Art. 7 EVRM**

Art. 7 EVRM bevat ook een verbod van analogie (ook wel een verbod op te extensieve interpretatie genoemd). In Nederland worden deze twee niet op één hoop gegooid. Dat dit in het EVRM wel gebeurd heeft alles te maken met het begrip *law*. In Nederland kan onderscheid gemaakt worden tussen het **toepassen** van een regel en het **analoog uitleggen** van een regel. In landen waar jurisprudentie de grootste rechtsbron is neemt de wet een minder belangrijke plaats in en daar kan daarom minder goed onderscheid gemaakt worden tussen **analoog redeneren** en **extensief interpreteren**. Er zijn immers niet altijd gevallen waar een regel analoog geredeneerd kan worden, maar vaak wel gevallen waar de rechter extensief moet interpreteren. Het EHRM maakt dan ook geen scherp onderscheid tussen deze twee.

In de zaak *G/Frankrijk* werd een rijexaminator verdacht van het plegen van handtastelijkheden tijdens de rijles, zonder daarbij geweld te gebruiken. Het artikel vereiste dit geweld destijds wel. Het bestanddeel ‘geweld’ was in de Franse rechtspraak in de loop der jaren steeds ruimer uitgelegd en viel onder geweld ook ‘dwang’. Toen de verdachte werd berecht was de wet net gewijzigd, zodat onder geweld ook dwang viel. De rechter paste de bepaling dus met terugwerkende kracht toe. Het EHRM oordeelde dat dit was toegestaan.

De gedraging viel namelijk ook al onder de oude bepaling, aangezien de **jurisprudentie** inmiddels een ruimere opvatting van geweld kende waar ook dwang onder viel. De strafbaarheid was daarom kenbaar en voorzienbaar voor de verdachte.

In de zaak *Cr/UK* verkrachtte een man zijn echtgenote. Het probleem was dat in die tijd het verkrachten van je eigen vrouw niet strafbaar was. Dit kwam door het bestanddeel ‘*unlawful*’. Verkrachting was alleen strafbaar wanneer dit onrechtmatig was en dit kon volgens de Engelse wet niet bij een huwelijk, nu geslachtsgemeenschap binnen een huwelijk niet onrechtmatig kon zijn. Toch bestonden hier wel enkele uitzonderingen op, bijvoorbeeld als er al een overeenkomst tot echtscheiding bestond. Dat was in deze zaak echter niet aan de orde. De rechter oordeelde dat de verdachte wel strafbaar was. Aangezien het bestanddeel ‘*unlawful*’ niet meer van deze tijd was, schrapte de rechter het simpelweg uit de delictomschrijving. Verdachte was het hier niet mee eens en ging naar het EHRM. Het EHRM oordeelde dat ruime uitleg op zich toegestaan is, mits er een **geleidelijke ontwikkeling in de jurisprudentie** heeft plaatsgevonden, deze ontwikkeling in overeenstemming is met de **essentie** van het delict en de ontwikkeling **redelijk voorzienbaar** is. De Engelse rechter deed volgens het EHRM niet meer dan enkel de lijn doortrekken die al was gezet. In jurisprudentie bestonden namelijk al ontwikkelingen dat verkrachting binnen het huwelijk inderdaad mogelijk was. Voldoende kan dus al zijn dat er een **ontwikkeling** gaande is in de jurisprudentie over dat delict.

Annotator Knigge vond dat de verdachte in de zaak *Cr/UK* het **nadeel van de twijfel** krijgt. Dit wordt ook wel het ‘*thin ice principle*’ genoemd. Wanneer iemand een gedraging verricht op een terrein wat

twijfelachtig of strafbaar is kan de verdachte ervoor kiezen om het niet te doen. Wanneer je het wel doet, moet je ook de gevolgen accepteren.

### **Vergelijking art. 1 Sr en art. 7 EVRM**

Tussen de twee artikelen bestaan verschillen, maar deze zijn betrekkelijk. Een verschil is dat art. 1 Sr een **wettelijke bepaling** eist en art. 7 EVRM niet, aangezien *law* zowel **geschreven** als **ongeschreven recht** is. Ook geldt een verbod van terugwerkende kracht in Nederland en heeft dit enkel betrekking op de strafbaarstelling en de strafbedreiging. Het EHRM oordeelt dat dit verbod onder omstandigheden ook van toepassing is op de executie van de straf. In het *lex certa*-gebod bestaan slechts kleine verschillen. In Nederland werd aanvankelijk het accent gelegd op de wettelijke norm, maar tegenwoordig wordt ook steeds meer gekeken naar jurisprudentie. Dit geldt ook voor het verbod van analogie.