

Jelle Cnossen <sup>■</sup>

#### 4.1 INLEIDING

Op het eerste gezicht lijkt het Nederlandse materiële strafrecht een geordend en samenhangend geheel. Het belangrijkste gedeelte van het strafrecht is te vinden in het Wetboek van Strafrecht, en de strafrechtelijke bepalingen die buiten het wetboek gevonden kunnen worden zijn onderdeel van zogenoemde bijzondere wetten. ‘Bijzonder’ in de zin van eigenaardig: elke bijzondere wet regelt een afzonderlijk gedeelte van het strafrecht, waarbij het doorgaans zal gaan om de bescherming van (een) specifiek rechtsbelang(en), waarvoor een bijzondere, soms afwijkende, regeling nodig is, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van de handhaving.<sup>1</sup> ‘Bijzonder’ in de zin van exceptioneel, nu de bijzondere wetten de status van exceptie hebben op grond van de codificatiebepaling in artikel 107 Gw, eerste lid: ‘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*’ [cursivering Jc]. Dit oogt geordend; een wetboek met het algemene, het belangrijkste materiële strafrecht, en daarnaast nog een aantal bijzondere wetten.

De wetgever heeft daarnaast een duidelijke samenhang gecreëerd tussen het wetboek en die bijzondere wetten. Artikel 91 Sr bepaalt namelijk dat in beginsel het Algemeen Deel (Boek 1) – uitgezonderd de Betekenistitel – ook van toepassing is op het strafrecht buiten het wetboek: ‘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.’ Het materiële strafrecht, zowel binnen als buiten het wetboek, houdt hierdoor het Algemeen Deel als gemeenschappelijke basis. Dit Algemeen Deel bevat deels impliciet, deels expliciet fundamentele uitgangspunten en algemene leerstukken van het materiële strafrecht.<sup>2</sup>

In deze bijdrage zal deze ogenschijnlijke ordening en samenhang, die uit de grondwettelijke codificatiebepaling en de strafrechtelijke schakelbepaling

---

■ Mr. J.P. Cnossen is promovendus bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden.

1 Buruma 1993, p. 98-101.

2 Smidt I 1891, p. 73-89; Hazewinkel-Suringa 1953, p. 24; De Hullu 2015, p. 63.

volgen, binnen het materiële strafrecht onderzocht worden. Sluit deze ordening en samenhang, zoals dat blijkt uit het wettelijk kader, (nog) aan bij de realiteit? Allereerst zal het codificatie-ideaal besproken worden vanuit de rechtshistorische context (§ 2), waarna gefocust zal worden op de hiermee samenhangende schakelbepaling in artikel 91 Sr (§ 3). Vervolgens zal betoogd worden dat het bijzonder strafrecht zijn status van exceptie overstijgt (§ 4), maar dat wel wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat het Algemeen Deel zoveel mogelijk algemene werking dient te hebben (§ 5). In het licht hiervan zal onderzocht worden op welke wijze het bijzondere en het commune strafrecht thans met elkaar interacteren (§ 5).

## 4.2 CODIFICATIE-IDEAAL

Het codificatiebeginsel is neergelegd in artikel 107 Gw. Het verklaart het regelen van het strafrecht in het wetboek als uitgangspunt, 'bepaalde onderwerpen' uitgezonderd. De wetsgeschiedenis van deze bepaling voert terug tot het einde van de achttiende eeuw, toen in artikel 28 van de Staatsregeling voor het Bataafse volk (1798) voor het eerst in Nederland het codificatie-ideaal (zelf) werd gecodificeerd. Hierin werd bepaald: 'Er zal een Wetboek gemaakt worden, zoo wel van Burgerlijke, als van Lijfstraflijke Wetten (...) algemeen voor de gantsche Republiek.'<sup>3</sup> De achttiende eeuw is een periode die zich, indien men kijkt naar de stand van het recht, laat typeren als periode van rechtsdiversiteit. Dit had alles te maken met de staatsvorm van de Republiek der Verenigde Nederlanden, namelijk een statenbond, waarin elke staat soeverein was voor zover het niet om gezamenlijke belangen (van de statenbond) ging. Sterker nog: (het behoud van) soevereiniteit in eigen huis was de reden voor de opstand in 1568 tegen het Spaans-Habsburgse gezag geweest, hetgeen het ontstaan van de Republiek der Verenigde Nederlanden inluidde.<sup>4</sup> Dat men in Nederland hechte aan autonomie binnen de staat kan daaruit dus begrepen worden. Dit betekende dat elke staat ook soeverein was met betrekking tot de daar geldende wet- en regelgeving, hetgeen grote rechtsverscheidenheid tussen de staten onderling als gevolg had, zowel in het civiele recht als het strafrecht.<sup>5</sup> De kentering hierin werd in 1798 geëxpliciteerd in artikel 28 van de Staatsregeling. Deze bepaling reflecteert de omwenteling van een statenbond naar een eenheidsstaat. Hieraan ging kritiek van de zogeheten unitarissen binnen de Republiek op de federale staatsinrichting vooraf, vanwege een verlies aan politieke en economische macht op het wereldtoneel. Het opereren als eenheid(sstaat) zou daarin verandering kunnen brengen.<sup>6</sup> Belangrijker voor

---

3 Bosch 1965, p. 31.

4 Van den Berg 1996, p. 291.

5 De Smidt 1966, p. 6.

6 Van den Berg 1996, p. 292-293.

de omwenteling waren echter gebeurtenissen buiten de Republiek, in het bijzonder in Frankrijk.

Tussen 1780 en 1787 werd er een burgeroorlog in de Republiek uitgevochten tussen twee groepen: de prinsgezinden en de patriotten. Dankzij de Pruisen wonnen de prinsgezinden, en vele patriotten vluchtten naar Frankrijk.<sup>7</sup> Onder de naar Frankrijk gevluchte patriotten bevonden zich veel unitarissen, die (dus) een eenheidsstaat bepleitten om Nederland weer te versterken en groot te maken.<sup>8</sup> In Frankrijk begon in 1789 een revolutie waarvan het belang in het algemeen, en in het bijzonder aangaande de organisatie en inhoud van wetgeving, moeilijk te overschatten is. Gedurende deze jaren van politieke omwenteling, leek er om verschillende redenen overeenstemming te ontstaan over het algeheel codificeren van het civiele en het strafrecht.<sup>9</sup> Dit leidde 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 kregen. Die idealen zijn onder meer voortgekomen uit het werk van belangrijke achttiende-eeuwse denkers als Voltaire, Rousseau, Beccaria en Bentham,<sup>10</sup> die de basis legden voor het codificatie-ideaal.

De Franse Revolutie werd geëxporteerd. In 1795 werd de Republiek bezet door Frankrijk, en vele in 1787 gevluchte unitarissen keerden terug naar Nederland. Nog steeds waren deze voorstanders van een centrale eenheidsstaat in de minderheid. Niettemin grepen zij, met steun van de Franse troepen in 1798 de macht door middel van een staatsgreep.<sup>11</sup> In de hierna opgestelde Staatsregeling, hetgeen als voorloper van de Grondwet kan worden beschouwd, ruimden zij artikel 28 in voor de codificatiebepaling, en voor het eerst werd de wens voor algemene wetboeken in Nederland door de wetgever uitgesproken.<sup>12</sup> Nadat Napoléon Bonaparte in 1806 de monarchie in Frankrijk invoerde, hetgeen van belang was in het kader van het streven naar een eenheidsstaat, en zijn broer Lodewijk Napoléon als monarch van Nederland aanstelde, kreeg het codificatiestreven een beslissende zet in de rug.<sup>13</sup> In 1807 kreeg een commissie opdracht om een nationaal strafwetboek samen te stellen. Dit resulteerde in het Crimineel Wetboek, dat op 1 februari 1809 werd ingevoerd. De eerste Nederlandse strafrechtelijke codificatie was hiermee een feit.<sup>14</sup> Het codificatie-

---

7 Bosch 2011, p. 14.

8 Van den Berg 1996, p. 302.

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

10 Van den Berg 1996, p. 198-201; Lokin & Zwolve 2014, p. 65; Bentham V 1843, p. 546-547.

11 Bosch 2011, p. 14-15.

12 De Smidt 1966, p. 5.

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

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

ideaal is sindsdien niet meer uit de (voorloper van de) Grondwet verdwenen.<sup>15</sup>

Kortom, het belang van codificatie en het belang van ‘algemene’ wetten staat, binnen de organiek van het strafrecht, en gevoed door het werk van belangrijke achttiende-eeuwse denkers, inmiddels ruim twee eeuwen centraal. Uit de historische context van deze bepaling blijkt dat hij eerst vooral zag op twistpunten die terug te voeren zijn op regionale autonomie. Door algemene wetboeken voorop te stellen werd rechtsverscheidenheid teruggedrongen en voorkomen. Sinds 1983 vinden we het terug in artikel 107 Gw, waaruit het uitgangspunt van algemene wetboeken onverminderd blijkt, ook al wordt er al lang niet meer over regionale autonomie op dit punt gediscussieerd.<sup>16</sup> De huidige tekst van deze bepaling laat zien dat de wetgever op dit uitgangspunt uitzonderingen kan maken door regeling van onderwerpen in ‘afzonderlijke’, oftewel ‘bijzondere’ wetten.

In paragraaf 4 zal onderzocht worden in hoeverre het uitgangspunt van het regelen van het materiële strafrecht in het (algemene) wetboek tegenwoordig de facto gerealiseerd wordt.

#### 4.3 ARTIKEL 91 SR

Het Wetboek van Strafrecht bevat, sinds de invoering in 1886, een zogeheten schakelbepaling. Deze bepaling, artikel 91 Sr, sluit aan bij de strekking van de grondwettelijke codificatiebepaling,<sup>17</sup> omdat ook de schakelbepaling het belang van het algemene (in het materiële strafrecht) nadrukkelijk op de voorgrond stelt: ‘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.’ Met ‘dit boek’ wordt verwezen naar Boek I van het Wetboek van Strafrecht, dat aangeduid wordt als het Algemeen Deel. Dit deel is, behoudens de Betekenistitel (Titel IX),<sup>18</sup> op basis van artikel 91 Sr niet alleen van toepassing op het gecodificeerde strafrecht in Boek II (Misdrijven) en Boek III (Overtredingen) van het wetboek, maar ook op al het materiële strafrecht buiten het wetboek, oftewel het bijzonder strafrecht. Dit

---

15 De codificatiebepaling is sindsdien een aantal keer verplaatst: in 1798 stond het in art. 28 van de Staatsregeling 1798, daarna in art. 84 van de Staatsregeling 1801, vervolgens in art. 100 van de Grondwet 1814, waarna het binnen de Grondwet verplaatst werd naar (chronologisch) art. 163, art. 161, art. 146, art. 150, art. 151, art. 157, art. 164 en art. 107 Gw.

16 Althans, niet in Nederland. De discussie over de mate waarin de Europese Unie invloed mag uitoefenen op het strafrecht van de lidstaten (meer centraal gezag, of meer nationale autonomie) lijkt enige parallelen te vertonen met die discussie over lokale autonomie.

17 Kristen, Lamp, Lindeman & Luchtman 2011, p. 53.

18 Hoewel ook een geval bekend is waarin een onderdeel van die Betekenistitel, namelijk art. 88 Sr, als uitgangspunt genomen werd in de context van een bijzondere wet (in dit geval de Wegenverkeerswet), zie: HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5627.

bijzonder strafrecht bestond bij de invoering van het Wetboek in 1886 uit het fiscale en militaire strafrecht.<sup>19</sup> Na 1886 zouden er meer bijzondere wetten worden ingevoerd. De nadruk op en het belang van het algemene<sup>20</sup> blijft evenwel nadrukkelijk op de voorgrond staan vanwege de schakelbepaling, artikel 91 Sr. Op deze wijze waarborgt de schakelbepaling het codificatie-ideaal in die zin dat het materiële strafrecht een geheel blijft: het Algemeen Deel bereikt immers ook het ongecodificeerde strafrecht. Nolte noemde deze bepaling dan ook 'een trait d'union tussen het Wetboek van Strafrecht en de andere strafwetten'.<sup>21</sup>

Deze schakelbepaling vormt een instructie voor de wetgever en rechter.<sup>22</sup> De rechter wordt geïnstrueerd de leerstukken uit het Algemeen Deel uniform toe te passen, ook indien een delict afkomstig uit een bijzondere wet ten laste is gelegd. De wetgever dient bij de vormgeving van delictsommschrijvingen buiten het wetboek de bepalingen in het Algemeen Deel (in beginsel) als uitgangspunt te nemen.<sup>23</sup> Door dit algemene steeds voorop te stellen wordt de rechtseenheid en rechtszekerheid gediend, hetgeen illustreert dat deze codificatiegedachte niet alleen op zichzelf, maar ook vanuit het legaliteitsperspectief een te respecteren belang is.<sup>24</sup>

Dit Algemeen Deel bevat belangrijke leerstukken en uitgangspunten die op basis van de schakelbepaling uniform dienen te worden ingepast en toegepast door wetgever en rechter. Zo treffen we in het Algemeen Deel onder meer het legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr), de strafuitsluitingsgronden (art. 39-43), de onvoltooide delictsvormen (art. 45-46b Sr), de deelneming (art. 47-54a Sr, waar (verwarrend genoeg) ook de strafbaarheid van de rechtspersoon in geregeld is)<sup>25</sup> en de samenloop (art. 55-63a). De toepasselijkheid van het Algemeen

19 Smidt I 1891, p. 43; Het fiscale en militaire strafrecht werd gezamenlijk aangeduid als het 'bijzonder strafrecht', zie Simons I 1904, p. 41 & 49.

20 De link tussen het belang van 'het algemene' in het recht, het codificatie-ideaal en de Verlichte idealen werd eerder gelegd door Nijboer in (voorzien van de in dit verband veelzeggende titel 'Het nut van het algemene en het gedachtegoed van de Verlichting'): Nijboer 2012.

21 Nolte 1949, p. 95.

22 Cnossen 2017.

23 C.P.M. Cleiren, *T&C Strafrecht*, art. 91 Sr, aant. 1.

24 Deze link tussen codificatie en legaliteit legt Nijboer in: Nijboer 1987, p. 110

25 Het Algemeen Deel dient systematiek in het materiële strafrecht te bewerkstelligen, maar die systematiek is in het Algemeen Deel zelf soms ver te zoeken: deze Titel V laat zien wat er met de systematiek van het wetboek gebeurt indien het wetboek in de loop der tijd op onderdelen wordt aangepast, maar (dan) niet systematisch wordt herzien: waarom staat midden in deze deelnemingsartikel opeens vermeld dat strafbare feiten door natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen worden gepleegd (art. 51 Sr)? Waarom is dit tussen de bepalingen betreffende de medeplechtigheid (art. 48, 49 en 52) geplaatst? Waarom begint de Deelnemingsartikel hier niet mee? Of, beter gezegd, wat heeft dit met deelneming te maken? En, een andere vraag hierbinnen: waarom is het na de oorlog in de Wet op de Economische Delicten ontwikkelde daderschap van de rechtspersoon wel gecodificeerd en het na de oorlog in de jurisprudentie rondom economische delicten ontwikkelde functioneel dader-

Deel gaat echter verder dan deze expliciet geregelde leerstukken. De wetgever van 1886 koos ervoor bepaalde leerstukken niet expliciet te regelen in het Algemeen Deel, zoals het opzet, de culpa, de causaliteit en de wederrechtelijkheid. Aangenomen wordt dat deze leerstukken wel impliciet deel uitmaken van het Algemeen Deel.<sup>26</sup> Dat uitgangspunt ligt voor de hand. Immers, indien men naar de expliciet geregelde leerstukken kijkt dan vallen de impliciete algemene leerstukken reeds daardoor onder het bereik van het Algemeen Deel. Het opzet is een belangrijk onderdeel van de onvoltooide delictsvormen en de deelneming, voor de culpa geldt hetzelfde bij de deelneming, en sinds 1976 ook voor het daderschap van de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever.<sup>27</sup> De causaliteit en wederrechtelijkheid zijn weer respectievelijk vaak en altijd onderdeel van de culpa. Uitgaande van de algemene werking van de expliciet geregeld leerstukken liggen afwijkingen op leerstukken die geen expliciete basis hebben in het Algemeen Deel – maar dus wel als onderdeel zijn verwerkt van expliciet geregelde leerstukken – niet voor de hand. Alleen hierom al ligt het voor de hand deze leerstukken op gelijke voet te behandelen, voor wat betreft hun algemene werking, met de leerstukken die wel een expliciete basis hebben.

De reden waarom een aantal belangrijke leerstukken geen wettelijke bepaling, en dus geen wettelijke definitie, kennen is gelegen in de houding van de wetgever van 1886 ten aanzien van de vormgeving en inhoud van het Wetboek. Het is een tamelijk pragmatisch Wetboek, dat niet vanuit een van de op dit punt rechtsfilosofische inslag is opgebouwd: '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.'<sup>28</sup> Hiermee werd de ruimte gelaten aan de rechtspraak en -wetenschap om deze leerstukken te ontwikkelen, met dien verstande dat, getuige hetgeen in deze paragraaf is beschreven, hierbij wel de uniformiteit van het recht bewaakt dient te worden.

Aldus kan geconcludeerd worden dat deze algemene leerstukken binnen het materiële strafrecht impliciet of expliciet onderdeel zijn van het Algemeen Deel, en dus een in beginsel algemene werking hebben binnen het gehele materiële strafrecht. Dit is van belang vanuit het perspectief van legaliteit en het codificatie-ideaal. Daarnaast vormt de algemene werking van deze leerstukken een belangrijke garantie in de vorm van de fundamentele uitgangspunten (naast het zojuist genoemde legaliteitsbeginsel) van waaruit die algemene leerstukken hun betekenis krijgen, zoals bijvoorbeeld het schuldbeginnel. Zo beschouwd vormt de algemene werking van belangrijke (algemene) leerstukken, of ze nu expliciet of impliciet onderdeel zijn van het Algemeen Deel,

---

schap hier niet gecodificeerd?

26 Smidt I 1891, p. 73-89; Hazewinkel-Suringa 1953, p. 24; Hierover ook: De Hullu 2015, p. 63.

27 De Hullu 2015, p. 278-283 & 444-445.

28 Smidt I 1891, p. 60.

vanuit rechtsstatelijk perspectief een belangrijke garantie voor de burgers met betrekking tot mogelijk strafrechtelijk optreden van de overheid.<sup>29</sup>

Net als de codificatiebepaling bevat artikel 91 Sr voor de formele wetgever de mogelijkheid om van het Algemeen Deel af te wijken. Dit betekent dat de wetgever in beginsel van elk leerstuk mag afwijken, maar hij dient hierin grote terughoudendheid te betrachten. Hij kan dit pas doen 'waar het volstrekt noodig is'.<sup>30</sup> Dit uitgangspunt herhaalde de wetgever aan het einde van twintigste eeuw, toen de strafbare voorbereidingshandelingen (daarvoor alleen strafbaar binnen de Opiumwet) in het Algemeen Deel werd geplaatst: '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 uiterste noodzaak mag afwijken. Aldus wordt een van de doelstellingen van de codificatie geactualiseerd.'<sup>31</sup> Ook in de literatuur wordt dit uitgangspunt onderschreven. Zo benadrukt Mevis dat de wetgever met terughoudendheid uitzonderingen op het Algemeen Deel in bijzondere wetten zou moeten creëren, omdat anders 'het algemene van het wetboek om zeep geholpen wordt'.<sup>32</sup>

#### 4.4 HET BIJZONDER STRAFRECHT ALS UITZONDERING?

We zagen dat het codificatie-ideaal met zich brengt dat algemene wetboeken het uitgangspunt zijn, en in het verlengde daarvan het Wetboek een Algemeen Deel bevat dat eveneens van toepassing is op het materiële strafrecht buiten het wetboek. Rechtseenheid en rechtszekerheid zijn, zo bezien, centrale waarden binnen de organiek van het materiële strafrecht.<sup>33</sup> De vraag is nu in hoeverre de codificatiegedachte in het huidige stelsel van het materiële strafrecht tot uiting komt. Ter beantwoording van deze vraag kan gezien worden in welke mate het Wetboek van Strafrecht nog daadwerkelijk als regel fungeert, en het bijzonder strafrecht als uitzondering.

De grondwettelijke codificatiebepaling bevat, zoals eerder beschreven, die mogelijkheid tot uitzondering: 'behoudens de bevoegdheid tot regeling van *bepaalde* onderwerpen in afzonderlijke wetten.' [cursivering JC]. Tot 1983 luidde die tekst iets anders: 'behoudens de bevoegdheid der wetgevende macht om *enkele* onderwerpen in afzonderlijke wetten te regelen' [cursivering JC]. Dit is een subtiel, maar niet onbelangrijk verschil. Sinds 1983 is de ruimte om

---

29 De Hullu onderscheidt dan ook een 'ordenende en normerende functie' van de algemene leerstukken in het Algemeen Deel, De Hullu 2015, p. 66.

30 Smidt I 1891, p. 545.

31 *Kamerstukken II* 1990/91, 22268, 3, p. 20.

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

33 Zie hierover expliciet: Nijboer 2012, p. 111-118.

uitzonderingen te maken (dus: bijzondere wetten te creëren) namelijk groter geworden.<sup>34</sup>

Wat de precieze hoeveelheid bijzondere wetten op dit moment is, is niet eenvoudig vast te stellen.<sup>35</sup> Wel is duidelijk dat die hoeveelheid enorm is. Alleen al via artikel 1 en 1a van de Wet op de Economische Delicten (WED) zijn overtredingen van ‘tallose wettelijke voorschriften’ strafbaar gesteld.<sup>36</sup> Daar komen andere belangrijke bijzondere wetten dan nog bij, zoals de Opiumwet, de Wet Wapens en Munitie (WWM), de Wegenverkeerswet 1994 (WVW) en (art. 68, 69 en 69a van) de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

Naast de grote hoeveelheid aan bijzondere wetten, is het bijzonder strafrecht ook in de rechtspraak (uitgegroeid tot) een omvangrijk gebied. In de kerncijfers van het OM 2014 is, bij de instroom in eerste aanleg, het bijzonder strafrecht stevig vertegenwoordigd: alleen al (overtredingen van) de Opiumwet, de WWM en de WVW zorgt voor 26% van de instroom, de andere bijzondere wetten dus nog niet meegerekend.<sup>37</sup>

Aldus kan gesteld worden dat in de huidige tekst van de codificatiebepaling voor de wetgever meer ruimte is ontstaan voor regelingen in bijzondere wetten. Die ruimte is ook benut. Niet alleen is er meer bijzonder strafrecht, maar ook op basis van statistieken kan rustig gesteld worden dat het bijzonder strafrecht thans een enorm en in de praktijk levend (rechts)gebied is geworden. De vraag kan dan ook gerechtvaardigd opgeworpen worden in hoeverre het bijzonder strafrecht zijn status van uitzondering niet is ontgroeid, of anders gezegd in hoeverre het Wetboek van Strafrecht nog wel een representatieve afspiegeling vormt van het geldende materiële strafrecht, zoals het op basis van het in paragraaf 2 besproken codificatie-ideaal zou moeten zijn.

## 4.5 INTERACTIE

### 4.5.1 Toepassing art. 91 Sr

De hierboven besproken omvang van het bijzonder strafrecht laat onverlet dat die bijzondere wetten nog steeds als uitzondering te gelden hebben, en het algemene als regel. Het uitgangspunt blijft daarom dat het Algemeen Deel op de belangrijke punten (fundamentele uitgangspunten en algemene leerstukken) ‘regeert’, en daarmee het bijzonder strafrecht in beginsel beïnvloedt. Op

---

34 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; *Kamerstukken II 1979/80*, 15046, 9, p.2: ‘Het woord ‘bepaalde’ suggereert eveneens een getalsmatige beperking, doch doet dat in minder sterke mate dan ‘enkele’.’

35 Mij is althans geen bron bekend waarin dit op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld.

36 Hartmann, *T&C Strafrecht*, art. 1 WED, aant. 4.

37 OM Jaarbericht 2014, p. 86 ([https://www.om.nl/publish/pages/45396/jaarbericht\\_2014\\_def02.pdf](https://www.om.nl/publish/pages/45396/jaarbericht_2014_def02.pdf)).



deze wijze wordt, zoals eerder beschreven, gewaakt tegen willekeur, rechtsverscheidenheid en rechtsonzekerheid binnen het materiële strafrecht, en wordt de werking van fundamentele uitgangspunten gegarandeerd.

In betrekkelijk zeldzame gevallen past de rechter artikel 91 Sr in een concreet geval toe, of, anders gezegd, beschermt de rechter de algemene werking die uitgaat van het Algemeen Deel. Zo overwoog de Hoge Raad in een arrest uit 1983 dat de lagere wetgever niet de werking van een algemene strafuitsluitingsgrond (in casu art. 42 Sr, handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift) kan uitsluiten.<sup>38</sup> Evenmin kan de lagere wetgever onderdelen van het Algemeen Deel, zoals de Deelnemingstitel, uitbreiden naar gevallen waarin het Algemeen Deel niet voorziet.<sup>39</sup> Dit bevestigt het beeld dat de algemene werking van het Algemeen Deel van belang wordt geacht, en beschermenswaardig is in voorkomende gevallen in de rechtspraak.<sup>40</sup>

Aldus rijst ten aanzien van het Algemeen Deel een beeld dat kan worden getypeerd als 'eenrichtingsverkeer'; algemene leerstukken liggen verankerd, en zijn en worden ontwikkeld binnen het Algemeen Deel, en via artikel 91 Sr is dat toepasselijk op het gehele materiële strafrecht. De formele wetgever kan (in het geval van 'uiterste noodzaak') van dat Algemeen Deel afwijken in bijzondere strafwetten, maar die afwijkingen blijven dan beperkt tot die bijzondere wet. Anders gesteld: van een invloed 'terug' zou geen sprake dienen te zijn, de uitzondering zou de regel niet moeten beïnvloeden.

## 4.5.2 Onbedoelde interactie

### 4.5.2.1 *Interactie via wetgeving*

In literatuur wordt echter gesignaleerd dat van dergelijke beïnvloeding wel sprake is, namelijk via (formele) bijzondere wetten. Deze zogenoemde wettelijke 'osmose'<sup>41</sup> betekent dat er sprake is van beïnvloeding van het Algemeen

---

38 HR 19 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC7942.

39 Cleiren, *T&C Strafrecht*, art. 91 Sr, aant. 7, waarbij zij onder meer wijst op HR 5 november 1934, NJ 1935/344 en HR 4 mei 1954, NJ 1954/375.

40 Zie voor een geval, waarin een minder vergaande afwijking op het Algemeen Deel wel toelaatbaar werd geacht: HR 7 juni 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB9839.

41 Bos is de eerste die in dit verband de osmose-metafoor gebruikt om de ontwikkeling binnen het economische en commune strafrecht te duiden. Hij schrijft: 'Osmose is het natuurkundig verschijnsel, dat hierin bestaat dat, wanneer twee kolommen gevuld met een in vloeistof opgeloste stof gescheiden zijn door een half doordringbare afscheiding, b.v. een membraam, de vloeistof met de sterkere oplossing doordringt in de kolom van de vloeistof met een minder sterke oplossing en in die vloeistof diffuseert. Een dergelijk verschijnsel kan, met enige fantasie, ook in het economisch strafrecht aangetroffen worden in de toepassing op diverse terreinen en in diverse richtingen. Ik bedoel hiermee niet alleen wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, welke geïnspireerd zijn door de Wet Economische Delicten;

Deel van Wetboek van Strafrecht door het bijzondere strafrecht. Bos wijst op verschillende ‘nouveautés’ van de WED die later zijn getransplanteerd naar het Wetboek van Strafrecht: de verbeurdverklaring, de strafbaarheid van rechtspersonen en de ontnemingsmaatregel.<sup>42</sup> Wat eerst een kennelijk ‘uiterst noodzakelijke’ afwijking (of in deze gevallen preciezer geformuleerd: uitbreiding) vormde op het Algemeen Deel, belandt vervolgens juist in dat Algemeen Deel. Deze (wettelijke) osmose is niet tot het economisch strafrecht beperkt gebleven. Zo heeft de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen op bepaalde delicten reeds snel na de introductie daarvan in de Opiumwet (1985<sup>43</sup>) een plaats verworven in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht (1994<sup>44</sup>). Gelet op deze osmose tussen het bijzondere en commune strafrecht kan geconstateerd worden dat er ook beïnvloeding ‘terug’ zichtbaar is. Anders geformuleerd: er vindt interactie plaats tussen het bijzondere en het commune strafrecht.<sup>45</sup> Op zichzelf zou dit als weinig problematisch beschouwd kunnen worden, nu de formele wetgever er op zichzelf voor kan kiezen het Algemeen Deel aan te passen, ook indien die aanpassing geïnspireerd is op, of een vrijwel letterlijke transplantatie is van, een voorziening die als uitzondering (op het Algemeen Deel) was opgenomen in een bijzondere wet. Het is dan wel van belang dat de wetgever zich rekenschap geeft van het feit dat er toch telkens een reden was waarom die afwijkingen in bijzondere wetten als afwijking golden: omdat zij klaarblijkelijk (eerder) niet pasten in de bestaande systematiek van het materiële strafrecht. Daarbij komt dat zodra een afwijking verplaatst wordt naar het Wetboek, die afwijking ook karakteristieken meebrengt van die bijzondere wet of van die afwijking zelf.

Dit wordt bijvoorbeeld zichtbaar bij de introductie van de strafbaarheid van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht. Dit bestond sinds 1950 in de WED (destijds art. 15 WED),<sup>46</sup> en sinds 1976 is dit onderdeel van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht.<sup>47</sup> Uit artikel 51 Sr volgt een volledige gelijkschakeling van natuurlijke- en rechtspersonen. Op deze wijze

---

ik bedoel daar ook mee de invloed op de gedachten over de doelstelling van het strafrecht.’ Zie: Bos 1976, p. 381; Zie later ook: Wladimiroff 1990.

42 Bos 1976, p. 384-385.

43 Wet van 4 september 1985, *Stb.* 1985, 495.

44 Wet van 27 januari 1994, *Stb.* 1994, 60.

45 Binnen deze bijdrage wordt gefocust op het materiële strafrecht. Er vindt evenwel osmose plaats tussen het commune strafprocesrecht en het bijzondere strafprocesrecht. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden de verlaagde opsporingsdrempel (namelijk bij ‘aanwijzingen’ in plaats van een ‘verdenking’) in het kader van terroristische misdrijven. De opsporingsdrempel bestond voor de invoering daarvan in het Wetboek van Strafvordering alleen in de Wet Wapens en Munitie en de Wet op de Economische Delicten.

46 Wet van 22 juni 1950, *Stb.* 1950, K 574.

47 Wet van 23 juni 1976, *Stb.* 1976, 377 (*Kamerstukken* 13655). Vanwege deze stapsgewijze introductie in het Nederlandse strafrecht stelt De Hullu dat het (de mogelijkheid tot aansprakelijkstelling van de rechtspersoon) “sluipenderwijs” het Nederlands strafrecht is binnengekomen, De Hullu 2015, p. 121.

wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon binnen (daarvoor al) bestaande materieelrechtelijke kaders en uitgangspunten behandeld. Dit oogt sierlijk vanuit het perspectief van gelijkheid. Tegelijk wringt het hier nu juist: die kaders en die uitgangspunten waren nimmer bedoeld voor toepassing op rechtspersonen. Dit is te zien in de wijze waarop schuld (in de vorm van opzet of culpa) bij de rechtspersoon wordt vastgesteld. Ten aanzien van natuurlijke personen brengt het schuldbeginsel met zich dat die schuld, opzet of culpa, *vastgesteld* wordt. Bij een rechtspersoon ligt dit anders. Vanwege het fictieve karakter van een rechtspersoon dient de toepasselijke schuldvorm te worden *toegerekend*,<sup>48</sup> en in voorkomende gevallen zelfs 'bijeengeharkt'.<sup>49</sup> Zo is niet alleen de strafbaarheid van de rechtspersoon verplaatst vanuit de WED naar het wetboek, maar is eveneens gebroken met een belangrijke en algemeen geldende consequentie van het schuldbeginsel. Deze afwijking had de status van exceptie, en verkreeg in 1976 de status van 'algemeen'. Niet begrijpelijk is de keuze om bij het invoeren van de strafbaarheid van de rechtspersoon in het wetboek een stelselmatige wijziging in het opzet of culpa-begrip, in een toepassing van het schuldbeginsel, op de koop toe te nemen. De suggestie van Keijzer voor eigen materieelrechtelijke rechtsregels voor rechtspersonen in het Algemeen Deel, zoals ten aanzien van de inhoud van het opzetbegrip, is dan ook begrijpelijk.<sup>50</sup> Ook De Hullu bestempelt de regeling rondom de strafbaarheid van de rechtspersoon als 'vooral abstract, weinig uitgewerkt, en niet specifiek op rechtspersonen toegesneden',<sup>51</sup> en wijst op een veelzeggend citaat van de Minister in de Memorie van Toelichting: 'Het wetsontwerp is de laatste stap op weg die in Nederland reeds lang is begaan. Het lijkt mij dan ook niet vereist aan de strafbaarstelling van de rechtspersoon thans een diepgravende rechtstheoretische beschouwing te wijden.'<sup>52</sup> Dat laatste was nu juist geboden geweest bij de invoering van de strafbaarheid van de rechtspersoon. Het Algemeen Deel is een zorgvuldig opgebouwd, systematisch en uitgekiend geheel, waardoor een wijziging daarvan een fundamentele, rechtstheoretische beschouwing niet kan ontberen. Die wijziging was eerder toch niet voor niets een exceptie op (een uitbreiding van) het Algemeen Deel?

Deze invoering van de strafbaarheid van de rechtspersoon in het Algemeen Deel vormt een illustratie van problematiek die ontstaat bij deze vorm van interactie tussen bijzonder en algemeen strafrecht. Een vergelijkbaar betoog kan worden gehouden voor andere transplantaties van onderdelen uit het bijzonder strafrecht naar het Algemeen Deel van het Wetboek, zoals de (invoe-

---

48 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 1-3, p. 14.

49 Torringa 1984, p. 99-100; De Hullu 2015, p. 281-282.

50 HR 22 juni 2010, *NJ* 2010/476, m.nt. Keijzer.

51 De Hullu 2015, p. 121.

52 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 8.

ring van) strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen en de ontnemingsmaatregel.

#### 4.5.2.2 *Interactie via jurisprudentie?*

Wetgeving is een eerste modaliteit die interactie tussen bijzonder en algemeen strafrecht mogelijk maakt. Ook via jurisprudentie kan sprake zijn van een dergelijke interactie, en dan in het bijzonder ten aanzien van leerstukken waarvan wel wordt aangenomen dat zij impliciet onderdeel zijn van het Algemeen Deel. Dit geldt bijvoorbeeld voor belangrijke leerstukken als opzet en culpa. Aangenomen wordt dat zij impliciet onder het Algemeen Deel gerekend dienen te worden, waardoor op zichzelf ook niet ondenkbaar is dat hiervan (conform art. 91 Sr) wordt afgeweken in (de context van) bijzondere (formele) strafwetten.

Deze modaliteit kan geïllustreerd worden aan de hand van het (voorwaardelijk) opzet – hoewel het volgende betoog ook gehouden kan worden ten aanzien van andere algemene leerstukken. De gangbare definitie van het voorwaardelijk opzet is – semantische variatie hierin daargelaten – ‘het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans op het (ten laste gelegde) gevolg’.<sup>53</sup> Juist bij deze laagste opzetgradatie is het bepalen van de ondergrens van belang,<sup>54</sup> nu hiermee de grens gemarkeerd wordt tussen doleuze gedragingen en (veel minder zwaar bestrafte) culpoze gedragingen. Er is geen reden aan te nemen dat deze gangbare definitie anders is in de context van bijzondere wetten. Wel lijkt er een (subtiel) verschil te bestaan in de wijze waarop dit (voorwaardelijk) opzet de facto wordt vastgesteld binnen een aantal bijzondere wetten. Met name in de context van de Opiumwet, de WED en de AWR speelt de schending van zorg- of onderzoeksplichten een belangrijke rol bij het bewijzen van voorwaardelijk opzet. Het onvoldoende in de gaten houden van je koffer op Schiphol, een onzorgvuldige belastingaangifte, het onvoldoende betrachten van zorg rondom de uitstoot van afvalstoffen; het kan het bewijs leveren van voorwaardelijk opzet. De facto komt het voorwaardelijk opzet dan neer op een schending van een zorgplicht. Dit is, vanuit het perspectief van de handhaving, geen onbegrijpelijk verschijnsel – de bewijslast voor het OM zou anders onredelijk hoog liggen. Wel is het van belang dat de rechtspraak bewaakt dat deze zorgplichtschending als basis voor het voorwaardelijk opzet als uitzondering blijft gelden, en niet eveneens wordt toegepast op commune delicten (waarop immers de ‘algemene’ regel van toepassing is). Anders dreigt immers een erosie van het algemene opzetbegrip, waarmee het schuldbeginsel dreigt te worden uitgehold. Nader onderzoek zal moeten

---

53 HR 25 maart 2003, NJ 2003/552 (HIV-I).

54 De Hullu heeft het over ‘moeilijke grensgevallen’, De Hullu 2015, p. 242-251

uitwijzen in hoeverre hiervan sprake is, maar dat het niet slechts denkbeeldig is zien we bijvoorbeeld in recente jurisprudentie.<sup>55</sup>

#### 4.6 CONCLUSIE

Vanuit de rechtshistorische ontwikkelingen aan het einde van de achttiende, en begin van de negentiende eeuw kan worden begrepen waarom de wetgever ervoor koos het codificatiebeginsel binnen de systematiek van de strafwetgeving centraal te stellen. Hoewel de discussie over lokale autonomie versus rechtseenheid tegenwoordig niet meer leeft, geldt dit codificatiebeginsel onverminderd; nog steeds staat als uitgangspunt overeind dat het materiële strafrecht in het wetboek geregeld wordt. De schakelbepaling in artikel 91 Sr is hiermee in lijn, nu ook deze bepaling het belang van het algemene benadrukt. Aldus is het materiële strafrecht in 1886 opgebouwd vanuit een overzichtelijke systematiek: het strafrecht wordt geregeld in het wetboek, op uitzonderingen na. Daarnaast kent het wetboek een Algemeen Deel, dat van toepassing is op al het materiële strafrecht, ook buiten het wetboek, wederom uitzonderingen daargelaten.

Vanuit deze twee uitzonderingsmogelijkheden is het bijzonder strafrecht gegroeid, hetgeen inmiddels is verworven tot een enorm gebied, met wettelijke afwijkingen en een deels eigen interpretatie van algemene leerstukken, en bovendien een proeftuin van regelingen en varianten op leerstukken die als uitbreiding op het Algemeen Deel gelden. Het is de vraag of het overzicht binnen en de uniformiteit van het materiële strafrecht, waaraan destijds zo werd gehecht, nog wel voldoende bewerkstelligd wordt. In het verlengde hiervan is de vraag of er niet sprake is van een onbedoelde vorm van interactie tussen het commune en bijzondere strafrecht. Zowel via wetgeving als via jurisprudentie lijkt sprake te zijn van een invloed 'terug' vanuit het bijzonder strafrecht, terwijl deze invloed niet lijkt te kunnen volgen uit de bestaande systematiek, waarin juist het algemene voorop zou moeten staan. Kortom, dit is problematiek die zowel vanuit het perspectief van de rechtspraktijk als de dogmatiek voldoende aanleiding geeft tot nader onderzoek.

---

55 In HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2766 is de verdachte vervolgd voor het opzettelijk niet opvolgen van een ambtelijk bevel (een *commuun delict*, art. 184 Sr). Volgens het OM kan het voorwaardelijk opzet voor een belangrijk deel worden gebaseerd op het feit dat de verdachte onvoldoende moeite heeft gedaan (onderzoeks- of zorgplicht) op de hoogte te raken van een gebiedsverbod dat in de *Metro* en de *Echo* (twee dagbladen) zou worden gepubliceerd. Volgens het Hof voert het te ver op basis hiervan het voorwaardelijk opzet aan te nemen, en de HR laat dit oordeel in stand. De A-G concludeerde op dit punt echter *contraire* ECLI:NL:PHR:2016:1202, en baseert zich hierbij (zie §20) onder meer op de wijze waarop voorwaardelijk opzet wordt vastgesteld in de context van de Opiumwet.

## LITERATUUR

Bentham V 1843

J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham V*, Edinburgh: William Tait 1843

Van den Berg 1996

P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1996

Van Binsbergen 1950

W.C. van Binsbergen, *Algemeen karakter van het crimineel wetboek voor het koninkrijk Holland* (diss. Utrecht), Utrecht: De Vroede 1950

Bos 1976

P.A.H. Bos, 'Osmose tussen het economische en commune strafrecht', *SEW* 1976, p. 381-387

Bosch 1965

A.G. Bosch, *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht* (diss. Leiden), Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1965

Bosch 2011

A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Buruma 1993

Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993

Cnossen 2017

J.P. Cnossen, 'Een essentiële schakelbepaling in het materiële strafrecht', *AA* 2017/03, p. 172-173

Hazewinkel-Suringa 1953

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon n.v. 1953

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Kristen, Lamp, Lindeman & Luchtman 2011

F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman & M.J.J.P. Luchtman, *Bijzonder Strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011

Lokin & Zwალve 2014

J.H.A. Lokin & W.J. Zwალve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014

Nijboer 1987

J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987

Nijboer 2012

J.F. Nijboer, 'Het nut van het algemene en het gedachtegoed van de Verlichting', *Expertise en Recht* 2012/3, p. 111-118

Nolte 1949

H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de bijzondere wetten* (diss. Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt n.v. 1949

## OM Jaarbericht 2014

*Jaarbericht Openbaar Ministerie*, online raadpleegbaar via: [https://www.om.nl/publish/pages/45396/jaarbericht\\_2014\\_def02.pdf](https://www.om.nl/publish/pages/45396/jaarbericht_2014_def02.pdf)

## Simons I 1904

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht* deel I, Groningen: P. Noordhoff 1904

## Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891

## De Smidt 1966

J.Th. de Smidt, *Codificatie-perikelen* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1966

## Torringa 1984

R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984

## Wladimiroff 1990

M. Wladimiroff, 'Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196