

VOORWOORD

Voor u ligt de derde druk van *Elementair materieel strafrecht* (EMS).

In dit boek worden de belangrijkste materiële leerstukken op het gebied van het strafrecht (opzet, schuld, medeplegen, noodweer, poging, causaliteit etc.) op een kernachtige en heldere wijze besproken.

Elk leerstuk wordt op een inzichtelijke en gestructureerde wijze belicht aan de hand van aan de praktijk ontleende voorbeelden en richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad, waardoor het boek zeer geschikt is voor zowel de universitaire als de hbo-student die voor het eerst kennis maakt met het strafrecht.

De auteurs realiseren zich dat, ondanks het feit dat het boek primair voor de student is geschreven, sommige onderwerpen desalniettemin als complex kunnen worden ervaren. Getracht is dit zoveel mogelijk te ondervangen door de theorie af te wisselen met verhelderende aan de rechtspraak ontleende voorbeeldcases.

In elk leerstuk wordt de meest recente en relevante jurisprudentie besproken en worden vele andere uitspraken in noten vermeld. Dit maakt dat ook de gevorderde strafjurist zijn toevlucht kan nemen tot dit werk.

Ten aanzien van het sluitstuk van het materiële strafrecht, de sanctieoplegging door de rechter, is er bewust voor gekozen de straffen en maatregelen uit ons strafrecht beknopt te bespreken. Een uitgebreide bespreking gaat het bestek van dit boek te buiten.

Deze versie van *EMS* is bijgewerkt tot juli 2018. Voor een volgende druk houden wij ons aanbevolen voor opmerkingen en suggesties.

Zwolle, juli 2018

Rob ter Haar
Gerlof Meijer

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding in het (materiële) strafrecht / 1

- 1.1 Algemeen / 1
- 1.2 Het strafbare feit / 1
 - 1.2.1 Inleiding / 1
 - 1.2.2 Menselijke gedraging / 2
 - 1.2.3 De wettelijke delictsomschrijving / 3
 - 1.2.4 Wederrechtelijkheid en schuld / 4
 - 1.2.5 Verschillende typen strafbare feiten / 5
- 1.3 Het legaliteitsbeginsel / 8
 - 1.3.1 Algemeen / 8
 - 1.3.2 Verbod op onduidelijke wetgeving / 8
 - 1.3.3 Interpretatie van regels: verbod op analoge interpretatie / 10
 - 1.3.4 Verbod van terugwerkende kracht / 12
 - 1.3.5 Toepassing van voor de verdachte gunstigste bepaling bij verandering in wetgeving / 13
- 1.4 Rechtsmacht / 14
- 1.5 Ne bis in idem / 17
 - 1.5.1 Algemeen / 17
 - 1.5.2 Hetzelfde feit / 18
 - 1.5.3 Wat is 'vervolgen' in 'niet andermaal vervolgen voor hetzelfde feit'? / 20
 - 1.5.4 Onherroepelijkheid / 24
 - 1.5.5 Herziening ten nadele / 24

HOOFDSTUK 2

Strafrechtelijke causaliteit / 27

- 2.1 Algemeen / 27
- 2.2 Toerekening naar redelijkheid / 28
- 2.3 Grenzen aan de redelijke toerekening / 31
- 2.4 Causaliteit bij onderscheiden soorten delictsomschrijvingen / 37

HOOFDSTUK 3

Opzet en schuld / 41

- 3.1 Opzet en schuld algemeen / 41
- 3.2 Opzet / 41
 - 3.2.1 Wat is opzet? / 41
 - 3.2.2 De ondergrens van opzet: het voorwaardelijk opzet / 44
 - 3.2.3 Verschil tussen opzet en schuld / 52
 - 3.2.4 Opzet op bestanddelen / 54
 - 3.2.5 Boos opzet of kleurloos opzet? / 55
 - 3.2.6 Bijzondere opzetvormen: oogmerk, wetende dat en voorbedachte raad / 56
- 3.3 Schuld / 63
 - 3.3.1 Wat verstaan we onder schuld? / 63
 - 3.3.2 De twee vormen van schuld: bewuste en onbewuste schuld / 65
 - 3.3.3 De normatieve/objectieve component van de culpa / 67
 - 3.3.4 De subjectieve component van de culpa (verwijtbaarheid) / 69
 - 3.3.5 Medeschuld slachtoffer en sport- en spelsituaties / 72
 - 3.3.6 De grens met voorwaardelijk opzet / 72
 - 3.3.7 Soorten culpose delicten / 73
 - 3.3.8 Culpa en strafuitsluitingsgronden / 75
 - 3.3.9 Verkeersschuld (art. 6 WVW 1994) / 75
 - 3.3.10 De mate van schuld: roekeloosheid als zwaarste schuldvorm / 79

HOOFDSTUK 4

Strafuitsluitingsgronden / 85

- 4.1 Inleiding / 85
 - 4.1.1 Algemeen / 85
 - 4.1.2 Rechtvaardigingsgronden / 86
 - 4.1.3 Schulduitsluitingsgronden / 88
 - 4.1.4 Gevolgen van beroep op strafuitsluitingsgronden / 90
- 4.2 Overmacht / 91
 - 4.2.1 Inleiding / 91
 - 4.2.2 Overmacht noodtoestand / 92
 - 4.2.3 Psychische overmacht / 98

- 4.2.4 Garantenstelling (in het kader van art. 40 Sr) / 101
- 4.2.5 Culpa in causa (in het kader van art. 40 Sr) / 101
- 4.3 Noodweer en noodweerecnes / 103
 - 4.3.1 Wat is noodweer(exces)? / 103
 - 4.3.2 Noodweer / 104
 - 4.3.3 Noodweerecnes / 118
 - 4.3.4 Culpa in causa bij noodweer (en noodweerecnes) / 128
 - 4.3.5 Putatief (vermeend) noodweer / 133
- 4.4 Ontoerekenbaarheid / 134
 - 4.4.1 Algemeen / 134
 - 4.4.2 Toetsingskader ontoerekenbaarheid / 135
 - 4.4.3 Culpa in causa ('zelfveroorzaakte ontoerekenbaarheid') / 139
 - 4.4.4 Stoornis en opzet / 141
 - 4.4.5 Straffen en maatregelen bij niet-toerekenbaarheid / 143
 - 4.4.6 Grens tussen ontoerekenbaarheid en psychische overmacht (art. 40 Sr) / 144
- 4.5 Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid / 144
 - 4.5.1 Algemeen / 144
 - 4.5.2 Het Veearts-arrest / 145
 - 4.5.3 De huidige rol van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid / 146
- 4.6 Afwezigheid van alle schuld (AVAS) / 149
 - 4.6.1 Algemeen / 149
 - 4.6.2 AVAS nader bezien / 151
 - 4.6.3 Feitelijke dwaling / 152
 - 4.6.4 Rechtsdwaling / 154
 - 4.6.5 Verontschuldigbare onmacht / 156
 - 4.6.6 Maximaal te vergen zorg / 158

HOOFDSTUK 5

Uitbreiding van strafbaarheid; poging en voorbereiding / 161

- 5.1 Poging / 161
 - 5.1.1 Het karakter en de ratio van de poging / 161
 - 5.1.2 Bij welke delicten? / 162
 - 5.1.3 Criterium / 162
 - 5.1.4 Twee typen poging: de voltooide en onvoltooide poging / 168
 - 5.1.5 De ondeugdelijke poging / 169
 - 5.1.6 Poging tot deelneming / 170
 - 5.1.7 Grens met strafbare voorbereiding / 171
 - 5.1.8 Vrijwillige terugtred bij poging / 172
- 5.2 Voorbereiding / 173
 - 5.2.1 Algemeen / 173
 - 5.2.2 Voorbereidingsmiddelen / 174

- 5.2.3 Voorbereidingshandelingen / 174
- 5.2.4 Bestemming tot het begaan van dat misdrijf / 175
- 5.3 Vrijwillige terugtred / 179
 - 5.3.1 Ratio art. 46b Sr / 179
 - 5.3.2 Wijze van terugtreden / 180
 - 5.3.3 Criterium vrijwillige terugtred / 181
 - 5.3.4 Vrijwillige terugtred en deelnemers / 186
 - 5.3.5 Vrijwillige terugtred bij strafbare voorbereiding / 187

HOOFDSTUK 6

Daderschap en deelneming / 191

- 6.1 Algemeen / 191
- 6.2 Medeplegen / 192
 - 6.2.1 Bewuste en nauwe samenwerking / 192
 - 6.2.2 Medeplegen en opzet / 203
 - 6.2.3 Medeplegen van kwaliteitsdelicten / 205
- 6.3 Medeplichtigheid / 205
 - 6.3.1 Wat verstaan we onder medeplichtigheid? / 205
 - 6.3.2 Vormen van medeplichtigheid / 209
 - 6.3.3 Dubbel opzet bij medeplichtigheid / 210
- 6.4 Uitlokken en doen plegen / 214
 - 6.4.1 Algemeen / 214
 - 6.4.2 Uitlokking / 215
 - 6.4.3 Reikwijdte opzet uitlokker / 216
 - 6.4.4 Doen plegen / 218
 - 6.4.5 Poging tot uitlokking en doen plegen / 220
- 6.5 Functioneel daderschap en daderschap van rechtspersonen / 220
 - 6.5.1 Algemeen / 220
 - 6.5.2 Functioneel daderschap / 221
 - 6.5.3 Daderschap rechtspersoon / 224
 - 6.5.4 Opdrachtgevers/feitelijk leidinggevers / 228
 - 6.5.5 Strafbare feiten begaan door de (lagere) overheid / 231

HOOFDSTUK 7

Meervoudige aansprakelijkstelling / 235

- 7.1 Ratio en strekking samenloopregeling / 235
- 7.2 Eendaadse samenloop, voortgezette handeling en meerdaadse samenloop / 236
- 7.3 Lex specialis (art. 55 lid 2 Sr) / 243
- 7.4 Art. 63 Sr: overeenkomstige toepassing samenloopregeling / 244

HOOFDSTUK 8

Straffen en maatregelen / 247

- 8.1 Straffen / 247
 - 8.1.1 Algemeen / 247
 - 8.1.2 Gevangenisstraf / 247
 - 8.1.3 Hechtenis / 249
 - 8.1.4 Taakstraf / 249
 - 8.1.5 Geldboete / 251
 - 8.1.6 Bijkomende straffen / 251
 - 8.1.7 Ontzetting van bepaalde rechten / 252
 - 8.1.8 Verbeurdverklaring / 252
 - 8.1.9 Openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak / 254
 - 8.1.10 Ontzegging van de rijbevoegdheid / 254
 - 8.1.11 Voorwaardelijke straffen / 255
- 8.2 Maatregelen / 258
 - 8.2.1 Algemeen / 258
 - 8.2.2 Onttrekking aan het verkeer / 258
 - 8.2.3 Ontneming wederrechtelijk voordeel / 259
 - 8.2.4 Schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr) / 268
 - 8.2.5 Plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis / 270
 - 8.2.6 De terbeschikkingstelling (tbs) / 272
 - 8.2.7 De ISD-maatregel / 275
 - 8.2.8 Plaatsing in een Inrichting voor Jeugdigen / 278
 - 8.2.9 Gedragsbeïnvloedende maatregel / 280

Trefwoordenregister / 283

HOOFDSTUK 1

Inleiding in het (materiële) strafrecht

1.1 Algemeen

Het materiële strafrecht vormt de tegenhanger van het formele strafrecht. Waar het formele strafrecht ziet op de procedureregels die gevolgd moeten worden om iemand aansprakelijk te kunnen stellen (de regels van het strafproces¹), bepaalt het materiële strafrecht de inhoudelijke grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gaat – kort gezegd – over welk gedrag wanneer strafbaar is. Vanzelfsprekend gaat het dan om de strafrechtelijke geboden (niet iemand vermoorden, verkrachten, niet door onvoorzichtigheid iemands dood veroorzaken, niet stelen etc.), maar bijvoorbeeld ook om de regels die gaan over wanneer je als dader kan worden aangemerkt (medeplegen, uitlokken etc.), in welke gevallen ook een poging of voorbereiding strafbaar is en wanneer iemand wel of niet kan worden bestraft voor een door hem gepleegd delict (noodweer, overmacht, ontoerekenbaarheid etc). Men zou dus kunnen zeggen dat het formele strafrecht dienstig is aan het materiële strafrecht in die zin dat het formele strafrecht de spelregels vaststelt voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag via het materiële strafrecht.

1.2 Het strafbare feit

1.2.1 Inleiding

Een verdachte wordt door het Openbaar Ministerie gedagvaard om voor de rechter te verschijnen, omdat hij verdacht wordt van een strafbaar feit.³ Dit strafbare feit wordt door het Openbaar Ministerie in de tenlastelegging omschreven en bepaalt het speelveld van het strafproces. Op grond van de tenlastelegging zal de rechter oordelen of de

1 Bijvoorbeeld regels over het horen van getuigen, de inzet van dwangmiddelen, de rol van de advocaat, regels met betrekking tot het slachtoffer, het onderzoek ter zitting etc.

2 Zie daarover het boek R. ter Haar en G.H. Meijer, *Elementair Formeel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

3 Let wel: thans kan het OM op grond van art. 257a e.v. Sv vervolging ook plaatsvinden door een strafbeschikking. Een strafbeschikking is een straf die opgelegd wordt door het OM voor met name veel voorkomende strafbare feiten. Als de bestrafte het niet eens is met zijn strafbeschikking, kan hij bezwaar maken door verzet in te stellen bij het OM. De strafrechter beoordeelt de strafzaak dan in zijn geheel opnieuw.

verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit en zo ja, of hij daarvoor straf dient te krijgen.

Wanneer kan nu worden gesproken van een strafbaar feit? Om te bepalen of een gedraging een strafbaar feit oplevert, moet aan een viertal voorwaarden worden voldaan:

1. het moet gaan om een menselijke gedraging;
2. die past binnen een wettelijke delictsomschrijving;
3. die wederrechtelijk is;
4. en aan de schuld van de verdachte te wijten is.

De laatste twee voorwaarden voor een strafbaar feit, te weten de wederrechtelijkheid en de schuld, worden ook wel algemene voorwaarden voor strafbaarheid of elementen van het strafbare feit genoemd.⁴

1.2.2 Menselijke gedraging

Als eerste voorwaarde geldt dat sprake dient te zijn van een menselijke gedraging. De gedraging kan zowel bestaan uit een handelen⁵ of een nalaten⁶. Zo maakt het voor de strafrechtelijke beoordeling geen verschil of een moeder haar kind vergiftigt of laat verhongeren⁷. Het woord gedraging impliceert dat er een zekere mate van wil, die heeft geleid tot die gedraging, aanwezig moet zijn. Wanneer iemand door een hond omver wordt gelopen en hierdoor door een ruit valt, kan niet worden gezegd dat sprake is geweest van een menselijke gedraging.

Lastiger wordt het wanneer iemand aan het slaapwandelen is en tijdens zijn slaap een handeling verricht die binnen een delictsomschrijving valt. In een dergelijk geval kan de schuldsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' (AVAS) aan de orde zijn.⁸

4 Zie in dit verband de klassieke arresten 'Veearts' (NJ 1933, p. 918) en 'Melk en water' (NJ 1916/681), waarin de Hoge Raad respectievelijk de buitenwettelijke (op het beginsel 'geen straf zonder schuld' gebaseerde) schuldsluitingsgrond AVAS ('afwezigheid van alle schuld') en de buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid' erkende. Zie hierover nader 4.5 en 4.6.

5 Bijvoorbeeld stelen, doodsteken, verkrachten etc.

6 Zo heeft de Hoge Raad gevallen aangenomen waarbij een morele plicht tot handelen tevens een strafrechtelijke plicht werd (zie bijvoorbeeld HR 12 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8966, NJ 2002/516, m.nt. Knigge). We spreken dan van oneigenlijke omissiedelicten: delicten die men begaat door een nalaten (omissie), en waarbij dit nalaten niet als gedraging in de wet wordt genoemd. Een strafbaar feit dat bestaat in het nalaten van iets dat men behoorde te doen wordt een zuiver omissiedelict genoemd. Een voorbeeld hiervan is het nalaten aan iemand die in direct levensgevaar verkeert die hulp te verlenen die men geven kan zonder gevaar voor zichzelf (art. 450 Sr).

7 Zo kan het onthouden van voedsel aan een kind (een nalaten), waardoor dat kind overlijdt, het commissiedelict doodslag opleveren.

8 Zie over deze (buitenwettelijke) strafuitsluitingsgrond 4.6.

In sommige delictomschrijvingen is de gedraging op zich strafbaar gesteld, bijvoorbeeld bij diefstal (art. 310 Sr, 'wegneemt'). In dat geval is sprake van een formeel omschreven delict. Bij een materieel omschreven delict is het bewerkstelligen van een bepaald gevolg strafbaar gesteld. Een goed voorbeeld van een materieel omschreven delict is de doodslag uit art. 287 Sr. In dat geval moet worden vastgesteld dat het ingetreden gevolg (hier: de dood) ook daadwerkelijk door de menselijke gedraging is veroorzaakt. Er dient met andere woorden sprake te zijn van een causaal verband tussen de gedraging en het gevolg.⁹

1.2.3 De wettelijke delictomschrijving

Op grond van het in art. 1 Sr vastgelegde legaliteitsbeginsel is "geen feit strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgaande wettelijke strafbepaling". Wil een gedraging dus een strafbaar feit op kunnen leveren, dan dient deze te passen binnen een wettelijke strafbepaling. Strafbepalingen zijn te vinden in het Wetboek van Strafrecht (Sr) en in bijzondere wetten, zoals de Opiumwet, de Wet wapens en munitie (WWM), de Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994) en de Wet economische delicten (WED). In de strafbepaling wordt de omschrijving gegeven van het strafbare feit. Deze delictomschrijving bestaat uit bestanddelen, de vereisten waar de gedraging aan moet voldoen wil er sprake zijn van het strafbare feit, en bevat soms ook de kwalificatie van het strafbare feit¹⁰. Vaak staat ook de strafbedreiging in de strafbepaling zelf. Zo luidt art. 310 Sr:

"Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vierde categorie."

Bestanddelen in dit geval zijn:

- enig goed;
- dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort;
- wegnemen;
- oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening.

Wanneer aan deze bestanddelen is voldaan, dan luidt de kwalificatie van de strafbare gedraging 'diefstal'.

De strafbedreiging is een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vierde categorie.

Niet elke delictomschrijving geeft overigens ook de kwalificatie van het strafbare feit. In dat geval volgt de kwalificatie de delictomschrijving.

⁹ Zie over het leerstuk 'causaal verband' en de wijze waarop dit kan worden vastgesteld 2.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld art. 321 Sr: "*Hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijk zich toeëigent, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie.*"

In het Wetboek van Strafrecht is de strafbedreiging altijd in de wettelijke bepaling opgenomen (daarnaast gelden de regels van het sanctierecht uit het algemene deel van het Wetboek van Strafrecht¹¹), maar in bijzondere wetten vindt men de strafbedreiging meestal in een aparte bepaling terug¹².

1.2.4 Wederrechtelijkheid en schuld

Naast het feit dat een menselijke gedraging binnen een delictsomschrijving moet passen, gelden als algemene voorwaarden voor strafbaarheid dat een gedraging wederrechtelijk moet zijn geweest en aan de schuld van de dader te wijten moet zijn. Anders gezegd: wederrechtelijkheid en schuld zijn kernvoorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Soms worden de wederrechtelijkheid en de schuld al in de delictsomschrijving genoemd, zoals hierboven bij wederrechtelijkheid in het geval van art. 310 Sr en schuld in het geval van art. 307 Sr¹³. Wederrechtelijkheid en schuld zijn in dat geval bestanddeel van het strafbare feit. Echter, ook wanneer wederrechtelijkheid en schuld geen bestanddeel zijn, moet aan deze voorwaarden worden voldaan om tot strafbaarheid te komen. Wanneer wederrechtelijkheid en schuld geen bestanddeel zijn van het strafbare feit worden het 'elementen' van het strafbare feit genoemd. Ontbreekt een van de elementen, doordat sprake is van een strafuitsluitingsgrond, dan verliest het feit zijn strafbare karakter, dan wel is de verdachte niet strafbaar.¹⁴

11 Zie hierover 8.

12 Zie bijvoorbeeld art. 6 WVV 1994 waarin (o.a.) strafbaar is gesteld het culpoos veroorzaken van een dodelijk verkeersongeval ("Het is een ieder die aan het verkeer deelneemt verboden zich zodanig te gedragen dat een aan zijn schuld te wijten verkeersongeval plaatsvindt waardoor een ander wordt gedood of waardoor een ander zwaar lichamelijk letsel wordt toegebracht of zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van de normale bezigheden ontstaat."). Wil men weten welke straf hierop gesteld is, dan moet worden gekeken in art. 175 WVV 1994 ("Overtreding van art. 6 wordt gestraft gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander wordt gedood.").

13 "Hij aan wiens **schuld** de dood van een ander te wijten is, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie."

14 Neem het delict 'doodslag' uit art. 287 Sr ("Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft, wordt, als schuldig aan doodslag, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie."). Schuld noch wederrechtelijkheid is hier bestanddeel. Het is echter mogelijk dat een dader een beroep doet op bijvoorbeeld de rechtvaardigingsgrond 'noodweer' (art. 41 lid 1 Sr). Indien de rechter dit beroep honoreert is het gevolg dat het opzettelijk doden van een ander persoon in dit geval gerechtvaardigd was en dus niet wederrechtelijk. De dader zal moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van het feit (voor een voorbeeld zie Rb. Noord-Holland 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1560). Het zou ook zo kunnen zijn dat het opzettelijk doden van de ander wel is geschied in een noodweersituatie (de dader kreeg bijvoorbeeld klappen), doch dat het doden van de aanvaller 'disproportioneel' was. Wanneer de dader nu een geslaagd beroep op de schuldsluitingsgrond 'noodweerecces' (art. 41 lid 2 Sr) kan doen, moet hij worden ontslagen van alle rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van de dader. Het doden is weliswaar wederrechtelijk (want excessief), maar er kan de dader geen verwijt worden gemaakt voor deze wederrechtelijke daad (voor een voorbeeld zie Hof Amsterdam 3 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2780).

1.2.5 Verschillende typen strafbare feiten

De grote verzameling aan strafbare feiten kan op verschillende manieren worden onderverdeeld.

Het belangrijkste onderscheid dat kan worden gemaakt is het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen. Deze tweedeling geldt sinds 1886. Als criterium gold destijds dat misdrijven rechtsdelicten waren die indruisten tegen de fundamentele normen in de maatschappij, waarbij te denken valt aan moord en diefstal. Overtredingen waren wetsdelicten: gedragingen die strafbaar werden gesteld om de maatschappij te ordenen en die niet zozeer fundamentele waarden en normen schenden. Inmiddels gaat dit onderscheid minder goed op en kan worden gezegd dat ernstiger strafbare feiten worden aangemerkt als misdrijven en minder ernstige feiten als overtredingen, waarbij meestal enkel een geringe vermogensstraf wordt opgelegd.

Bij misdrijven zijn opzet of schuld als bestanddeel vereist; bij overtredingen komen meestal geen subjectieve bestanddelen in de delictomschrijving voor.

Het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen is juridisch van belang. Te denken valt hierbij aan een aantal strafprocessuele gevolgen, onder meer in de sfeer van dwang- en rechtsmiddelen.¹⁵

Voorts zijn verschillende deelnemingsvormen, zoals medeplichtigheid en poging, bij overtredingen niet strafbaar, nu deze door de wetgever onvoldoende strafwaardig worden geacht.

Naast het maken van een onderscheid tussen misdrijven en overtredingen kan men strafbare feiten ook nog op andere manieren onderverdelen. Een aantal wordt hieronder kort besproken.

– *Commune delicten en delicten uit bijzondere wetgeving*

Commune delicten worden strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht. Binnen het Wetboek van Strafrecht is een verdeling in titels gemaakt waarbinnen strafbare feiten zijn onderverdeeld naargelang welk rechtsgoed zij beschermen. Een rechtsgoed is een belang dat strafrechtelijke bescherming verdient, zoals de openbare orde¹⁶, de zeden¹⁷ en de persoonlijke vrijheid¹⁸.

15 Zo mag bijvoorbeeld slechts een telefoon worden getapt als het gaat om een verdenking van een (ernstig) misdrijf (art. 126l Sv).

16 Bijvoorbeeld een bekend delict als 'openlijke geweldpleging' in art. 141 Sr.

17 Voorbeelden zijn natuurlijk verkrachting (art. 242 Sr) en aanranding (art. 246 Sr).

18 Bijvoorbeeld mensenhandel (art. 273f Sr) en kidnapping (art. 282a Sr).

Ook andere bijzondere wetten, zoals de Wet op de economische delicten (WED), de Opiumwet (Opw), de Wet Wapens en Munitie (WWM) en de Wegenverkeerswet (WVW 1994), bevatten veel strafbaarstellingen.¹⁹

– *Krenkings- en gevaarzettingsdelicten*

In het geval van een krenkingsdelict wordt daadwerkelijke krenking van een rechtsgoed strafbaar gesteld, bijvoorbeeld bij mishandeling (art. 300 Sr) of diefstal (art. 310 Sr). In het geval van een gevaarzettingsdelict wordt het veroorzaken van gevaar voor een in een bepaalde delictomschrijving beschermd rechtsgoed strafbaar gesteld (bijvoorbeeld rijden onder invloed uit art. 8 WVW 1994). Het Wetboek van Strafrecht kent concrete en abstracte gevaarzettingsdelicten. Kenmerkend voor het concrete gevaarzettingsdelict is dat het gevaar zich in concreto heeft voorgedaan. Een goed voorbeeld daarvan is de opzettelijke brandstichting (art. 157 Sr). Deze is pas strafbaar indien daadwerkelijk gevaar voor goederen of personen is ontstaan.²⁰

Een abstract gevaarzettingsdelict daarentegen berust op een wettelijk vermoeden dat bepaalde gedragingen voor een bepaald beschermd rechtsgoed algemeen gevaarlijk zijn. De rechter hoeft dus niet te toetsen of het gevaar zich in het concrete geval ook werkelijk heeft voorgedaan. Als voorbeeld kan worden genoemd het rijden onder invloed (art. 8 WVW 1994). Ook kan worden gedacht aan de bedreiging (art. 285 Sr). Hier is strafbaar gesteld het doen van uitlatingen die in het algemeen geëigend zijn om vrees op te wekken. Of die vrees ook daadwerkelijk is ontstaan bij de ontvanger van de bedreiging is niet relevant.²¹

– *Formele en materiële delicten*

In het strafrecht kan een onderscheid worden gemaakt tussen formeel omschreven delicten en materieel omschreven delicten. Bij formele delicten is voor strafbaarheid een bepaalde handeling (en dus niet het intreden van een gevolg) voldoende. Zij zijn voltooid bij het verrichten van een specifiek in de delictomschrijving aangeduide handeling, ongeacht de daardoor teweeggebrachte gevolgen. Het voorhanden hebben van een vuurwapen en het telen van hennep zijn voorbeelden van formele delicten. Formeel omschreven delicten zijn veelal gevaarzettingsdelicten. Bij dit type delicten staat niet de krenking van een rechtsgoed centraal, maar het gevaar voor een dergelijke krenking.²²

19 Bekend zijn natuurlijk art. 6 WVW 1994 (schuld aan verkeersongeval waardoor een ander zwaar gewond raakt of komt te overlijden), art. 2 en 3 Opw (soft- en harddrugs) en art. 26 WWM (wapenbezit).

20 HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:BN8840.

21 HR 7 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3659, HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4824 en HR 20 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2131.

22 Zo is het voorhanden hebben van een vuurwapen door de wetgever verboden omdat die het risico (gevaar) op zware verwondingen of de dood als gevolg van vuurwapengeweld te groot achtte. De gedraging die het rechtsgoed daadwerkelijk kan krenken is het schieten (bijvoorbeeld in de vorm van doodslag ex art. 287 Sr); daarvoor moet de schutter natuurlijk over een wapen beschikken. Welnu, dat wapenbezit is ook strafbaar gesteld (art. 26 WWM).

Materieel omschreven delicten zijn veelal krenkingsdelicten. Daarbij staat wel het gevolg centraal en (eventueel) de gedraging die daartoe heeft geleid. Doodslag (art. 287 Sr) en oplichting (art. 326 Sr) zijn bekende voorbeelden van materiële delicten.

Het onderscheid tussen formeel omschreven delicten en materieel omschreven delicten is overigens niet altijd even duidelijk. Neem bijvoorbeeld een delict als diefstal (art. 310 Sr). Dit kan men op twee manieren interpreteren. De centrale handeling is het 'wegnemen'. Een gevolg lijkt op het eerste gezicht niet te zijn omschreven. Het artikel kan echter ook zo gelezen worden dat dit wegnemen wel degelijk een gevolg impliceert, namelijk dat het goed aan de heerschappij van de rechthebbende is onttrokken.²³

– *Kwaliteitsdelicten en algemene delicten*

Algemene delicten kunnen door eenieder worden gepleegd. Sommige delictsoomschrijvingen richten zich echter tot personen met een bepaalde hoedanigheid; dan spreekt men van een kwaliteitsdelict. Voorbeelden hiervan zijn art. 340 Sr, dat zich richt tot degene die in staat van faillissement verkeert, en art. 68 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), dat zich richt tot de aangifteplichtige.²⁴ Overigens kan een kwaliteitsdelict wel worden medegepleegd door iemand zonder de desbetreffende kwaliteit.²⁵

– *Commissie- en omissiedelicten*

Commissiedelicten zijn strafbare feiten die door handelen worden begaan. Een commissiedelict of handelingsmisdrijf is een misdrijf waarbij de strafbare daad bestaat uit een bij wet verboden handeling. Voorbeelden zijn doodslag (art. 287 Sr) en mishandeling (art. 300 Sr). Tegenover het commissiedelict staat het omissiedelict, zijnde een misdrijf waarbij het constitutief element bestaat uit het niet verrichten van een handeling. De strafwaardigheid schuilt dan in de schending van een gebodsnorm, waardoor dus het delict wordt gepleegd door het enkele verzuim de geboden handeling te verrichten. Voorbeelden zijn het niet-voldoen aan een ambtelijk bevel (art. 184 lid 1 Sr²⁶), het wegblijven als getuige (art. 444 Sr), het niet-helpen van een persoon in levensgevaar (art. 450 Sr²⁷) en het niet-doen van belastingaangifte (art. 69 AWR²⁸).

Sommige commissiedelicten kunnen overigens ook door nalaten worden begaan. Men spreekt dan van een 'oneigenlijk omissiedelict'. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin ouders hun kind onvoldoende voeden, waardoor het kind overlijdt of zwaar letsel oploopt.²⁹

23 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627.

24 HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8286.

25 HR 28 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9096.

26 Zie over dit artikel bijvoorbeeld HR 4 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5832.

27 Zo ging het in Rb. Zutphen 29 januari 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL1161 om het verzuimen medische hulp in te roepen.

28 Voor een voorbeeld over deze materie zie HR 1 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3431.

29 Rb. Zwolle-Lelystad 27 december 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU9355.

1.3 Het legaliteitsbeginsel

1.3.1 Algemeen

Het legaliteitsbeginsel is een essentieel beginsel van de rechtsstaat en daarmee van het strafrecht. Het vereist dat alle wetgeving duidelijk, verifieerbaar en 'non-retrospectief' is.

In het strafrecht wordt het beginsel allereerst uitgelegd als een algemeen verbod op het opleggen van sancties voor handelen of nalaten dat niet strafbaar was toen het werd gepleegd: '*nullum crimen, nulla poena sine lege*' (geen delict, geen straf zonder voorafgaande strafbepaling). Eenvoudig gezegd: de wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geen terugwerkende kracht. Een bepaalde daad kan dus niet met terugwerkende kracht strafbaar gemaakt worden.

Daarnaast wordt het legaliteitsbeginsel ook geacht te zijn geschonden wanneer de op een bepaald feit gestelde straf met terugwerkende kracht wordt verhoogd. Een en ander is vastgelegd in art. 1 Wetboek van Strafrecht:

1. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling;
2. Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit is begaan, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast."

Ter vergelijking zijn hieronder weergegeven art. 15 lid 1 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en art. 7 lid 1 EVRM:

"No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby."

"Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was."

Het legaliteitsbeginsel beschermt aldus in de eerste plaats tegen willekeurige of terugwerkende bestraffing door de staat. In het verlengde daarvan betekent het tevens dat de wetgeving duidelijk geformuleerd dient te zijn (dat wil zeggen geen vage normen die voor een te vergaande interpretatie door de rechter vatbaar zijn).

1.3.2 Verbod op onduidelijke wetgeving

Een voor het legaliteitsbeginsel belangrijk uitgangspunt is dat het individu de keuze heeft tussen dat wat toegestaan is en dat wat verboden is. Anders gezegd: hij kan kiezen om wel of niet een specifiek strafbaar feit te plegen. Deze mogelijkheid kan enkel bestaan wanneer de grenzen tussen wat verboden is en wat niet, duidelijk zijn.

Een delictomschrijving mag dus niet vaag zijn. Een delictomschrijving wordt als voldoende duidelijk gezien wanneer het de burger uit de bewoordingen van de betreffende bepaling en, indien nodig, met behulp van jurisprudentie of rechtsgeleerd advies, duidelijk is welk handelen en nalaten hem strafbaar doet zijn. Het EHRM vat dit samen met de woorden 'accessibility' en 'foreseeability' ('toegankelijkheid' en 'voorspelbaarheid').³⁰ Met het vereiste van *accessibility* wordt bedoeld dat de toepasselijke regels eenvoudig moeten zijn te achterhalen. Het belangrijke vereiste van *foreseeability* (welk vereiste door de Hoge Raad wordt ingelezen in art. 1 lid 1 Sr³¹) houdt in dat een interpretatie door de rechter van een strafbepaling redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn geweest op het moment van het plegen van het feit.

Verweren dienaangaande worden zo nu en dan gevoerd in zaken waarin het draait om ietwat vage gedragingen die in APV³² of milieuwetten zijn strafbaar gesteld.

Overigens komt het in Nederland nagenoeg nooit voor dat een bepaling te vaag wordt geacht. Dit houdt verband met het feit dat zowel het EHRM als de Hoge Raad erkennen dat het nu eenmaal onvermijdelijk is dat delictomschrijvingen ietwat vaag zijn. Het EHRM verwoordt dit als volgt:

*"The Court recalls that however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen."*³³

Het feit dat een bepaling zich door middel van interpretatie jurisprudentieel ontwikkelt, maakt die bepaling dus niet direct strijdig met het legaliteitsbeginsel. Daarover hieronder meer.

30 Zie bijvoorbeeld r.o. 185 e.v. uit *Kononov v. Latvia*, EHRM 17 mei 2010, No. 36376/04 en r.o. 50 uit *Streletz, Kessler en Krenz v. Germany*, EHRM 22 maart 2001, No. 34044/96, 35532/97 en 44801/98.

31 Zie bijvoorbeeld HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5435.

32 In de Algemene Plaatselijke Verordening, oftewel APV, staat de regelgeving die in je gemeente geldt. De APV gaat altijd in op regelgeving rondom openbare orde en veiligheid. Denk bijvoorbeeld aan plekken waar het toegestaan is om alcohol te drinken en waar het toegestaan is om met een groepje op straat te hangen. De APV verschilt dus per gemeente.

33 *O.m. Jorgic v. Germany*, EHRM 12 oktober 2007, No. 74613/01, *Rohlina v. the Czech Republic*, EHRM 27 januari 2015, No. 59552/08 en *Del Rio Prada v. Spain*, EHRM 21 oktober 2013, No. 42750/09.

1.3.3 Interpretatie van regels: verbod op analoge interpretatie

Hiervoor is reeds vermeld dat een zekere interpretatie door de rechter van de strafbepalingen onvermijdelijk is omdat er ‘*doubtful points*’ bestaan die verheldering behoeven of omdat een bepaling moet worden ‘aangepast’ aan de veranderende (maatschappelijke) omstandigheden. Het is uiteraard logisch dat – wil het legaliteitsbeginsel hier zijn relevantie behouden – daaraan grenzen zijn verbonden. In de hierboven weergegeven passage uit de rechtspraak van het EHRM wordt met de woorden “*provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen*” gewezen op die grenzen: het resultaat van die interpretatie mag geen afbreuk doen aan de essentie van de strafbepaling en moet redelijkerwijs te voorzien zijn geweest. Anders gezegd: de burger mag niet voor (grote) verrassingen komen te staan. Daarvan is sprake bij een (te) extensieve interpretatie. Het EHRM verwoordt het als volgt:

“the principle that criminal law must not be extensively construed to the detriment of an accused, for instance by analogy.”³⁴

Hiermee geeft het EHRM niet een algeheel verbod op extensieve interpretatie, maar geeft het wel aan dat er goede argumenten nodig zijn om in een specifiek geval extensieve interpretatie toelaatbaar te doen zijn. Hoewel het EHRM in de meeste gevallen waarin wordt geklaagd over een schending van art. 7 EVRM de klacht afwijst, zijn er zaken te vinden waarin wel een schending wordt aangenomen. Een goed voorbeeld daarvan is de zaak Dragotoni v. Romania³⁵. Omdat het arrest enkel in het Frans is gepubliceerd volgt hier een korte samenvatting:

Dragotoni is een Roemeense onderdaan die, ten tijde van de hem verweten feiten, bankmedewerker was bij een private bank. In 1996 is hij veroordeeld voor ‘corruptie’ (*‘accepting bribes’*) tot drie jaar gevangenisstraf. Dragotoni klaagde bij het EHRM dat hij is veroordeeld voor een feit dat niet onder een strafbepaling viel te brengen op het tijdstip van plegen. Het argument dat hij daartoe aanvoerde was dat het misdrijf corruptie vereiste dat de dader een ambtenaar was, terwijl hij bij een private bank werkte. Het EHRM stelde vast dat het voor het eerst was dat in de jurisprudentie medewerkers van een bank ineens onder ambtenaren worden geschaard en dat het daarom lastig, zo niet onmogelijk was voor Dragotoni te kunnen weten dat hij bestraft zouden kunnen worden voor zijn handelen op het moment van plegen. Het EHRM oordeelde dan ook dat, op basis van het Wetboek van Strafrecht zoals dat gold ten tijde van het plegen, het aannemen van steekpenningen enkel strafbaar was voor

34 Zie bijvoorbeeld r.o. 100 uit het Jorgic-arrest, alsook het recentere Kononov v. Latvia, ECHR 17 mei 2010, No. 36376/04 (r.o. 185) en Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina, ECHR 18 juli 2013, No. 2312/08 and 34179/08 (r.o. 66).

35 Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Roumanie, EHRM Requêtes No. 77193/01 et 77196/01.