

388

Hoge Raad
9 oktober 2012, nr. 3061.10, LJN BX4096
(Mrs. Van Schendel, Groos, Wortel)
Noot mr. T.J. Kelder

De klacht dat voor de verdachte niet voorzienbaar was dat zijn handelen strafbaar was, kan niet tot cassatie leiden omdat zodanig beroep op schending van art. 7 EVRM niet voor het eerst in cassatie kan worden gedaan, aangezien zulks mede een onderzoek van feitelijke aard zou vergen waarvoor in cassatie geen plaats is. In de overwegingen van het Hof ligt als zijn oordeel besloten dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte meende en in redelijkheid kon menen dat hij met zijn handel in paintballwapens de wet niet overtrad, en dat derhalve van verschoonbare dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van zijn gedraging geen sprake is. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. De overweging van het Hof dat de dagvaarding ten aanzien van de tenlastelegging nietig verklaard dient te worden "aangezien het daar gestelde een onvoldoende duidelijke en begrijpelijke omschrijving bevat van het tenlastegelegde", is zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk.

[EVRM art. 7; Sr art. 1; Sv art. 261; Wet wapens en munitie art. 2 lid 1, 3 lid 1, 13 lid 1; Regeling wapens en munitie art. 3 lid aanhef en onder a]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2012, 388 (afl. 13), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

1. Welk gedrag strafbaar is moet duidelijk zijn, anders kunnen rechtssubjecten hun handelen en nalaten daarop niet afstemmen. Als over de strafbaarheid van gedrag twijfel bestaat, of als de verdachte er op goede gronden van uitging dat zijn gedrag niet ongeoorloofd was, is het aan de verdediging om daarvoor aandacht te vragen. De rechter kan die omstandigheid immers op ver-

schillende manieren ten faveure van de verdachte laten spreken: hij kan een te onbepaalde strafbepaling buiten toepassing laten of onverbindend verklaren, de verdachte vanwege verontschuldigbaar handelen straffeloos achten of in de complexiteit van de regelgeving of de oprechte intenties van de verdachte aanleiding vinden de aan hem op te leggen straf te matigen.

2. In de hier gepubliceerde zaak betoogde de verdediging onder meer dat een wettelijke bepaling ontbrak op grond waarvan bepaalde gedragingen met betrekking tot op vuurwapens gelijkende paintballwapens strafbaar zouden zijn. De regelgeving in kwestie was bovendien dusdanig ondoorzichtig dat voor de verdachte niet voorzienbaar was dat zijn handelen strafbaar was. Beide standpunten worden door de Hoge Raad verworpen, het eerste op inhoudelijke gronden, het tweede "omdat zodanig beroep op schending van art. 7 EVRM niet voor het eerst in cassatie kan worden gedaan, aangezien zulks mede een onderzoek van feitelijke aard zou vergen waarvoor in cassatie geen plaats is".

3. Die laatste overweging is minder vanzelfsprekend dan zij lijkt. Een verweer dat inhoudt dat de wettelijke regeling te ondoorzichtig is om een veroordeling op te kunnen baseren, impliceert een beroep op het in art. 1 Sr, art. 16 Gw en art. 7 EVRM besloten liggende *lex certa*-beginsel (ook wel 'bepaaldheidsgebod' genoemd, vgl. HR 31 oktober 2000, LJN AA7954, *NJ* 2001, 14). In oudere rechtspraak van de Hoge Raad zijn – als ik het goed zie – geen aanwijzingen te vinden voor de stelling dat klachten over schending van het *lex certa*-beginsel niet tot cassatie kunnen leiden als dienaangaande in feitelijke aanleg geen verweer is gevoerd. Eerder blijkt daaruit het volgende. In HR 30 juni 2009, LJN BG4822, *NJ* 2009, 481 m.nt. N. Keijzer was ten overstaan van het Hof niets aangevoerd met betrekking tot het *lex certa*-beginsel, maar werd in cassatie wel over schending van dat beginsel geklaagd – een klacht die de Hoge Raad 'gewoon' inhoudelijk beoordeelde. Nan schrijft in zijn dissertatie dan ook tamelijk stellig "dat een klacht over schending van het *lex certa*-beginsel ook eerst in cassatie kan worden opgeworpen". (J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 220).

4. Uit de hier gepubliceerde zaak kan naar mijn mening niet worden afgeleid dat bij de Hoge Raad nooit voor het eerst over schending van het *lex certa*-beginsel kan worden geklaagd, wel dat de Raad daarbij een genuanceerde benadering hanteert. In die benadering is de ruimte die bestaat om eerst in cassatie te beoordelen of het *lex certa*-beginsel is geschonden afhankelijk van de vraag of de toetsing in abstracto (is de norm in het algemeen te vaag?) of in concreto (was voor deze verdachte voorzienbaar dat hij een strafbaar feit pleegde?) heeft plaats te vinden.

5. Wordt betwist dat de norm in haar algemeenheid voldoende bepaald is, dan kan de Hoge Raad de (rechts)vraag of dat het geval is beantwoorden, ook als daaromtrent in een eerder stadium geen verweer is gevoerd. In de zaak die leidde tot *NJ* 2009, 481 deed die situatie zich voor: in cassatie werd betoogd dat het onderdeel 'hij die zich schuldig maakt aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog' in art. 8 WOS dermate vaag was dat die bepaling in strijd moest worden geacht met het *lex certa*-beginsel. De betrekkelijke algemeenheid van deze stelling verklaart vermoedelijk waarom de Hoge Raad haar besprak, ondanks het feit dat de verdediging hieromtrent niets had aangevoerd bij het hof.

6. Veelal kan bij de integrale beoordeling van een beroep op het *lex certa*-beginsel echter niet met deze abstracte toets worden volstaan. Dat een strafbepaling in haar algemeenheid voldoende bepaald is betekent namelijk niet dat ook in dit concrete geval voor de verdachte voorzienbaar moet zijn geweest dat zijn gedrag strafbaar was. In de rechtspraak van het EHRM worden de concrete omstandigheden van het geval duidelijk betrokken bij de beoordeling van een op het bepaaldheidsgebod gestoeld verweer (zie bijv. EHRM 8 juli 1999, LJV AC0481, *NJ* 2001, 62 m.nt. E.J. Dommering, par. 40: "(...) what could be reasonably foreseen in the circumstances)", terwijl ook de Hoge Raad zich daarvoor niet blind toont (zie bijv. HR 20 oktober 1998, LJV ZD1257, *NJ* 1999, 48, rov. 6.5: "Onder de feitelijke omstandigheden die het Hof heeft vastgesteld (...)"). Bij de integrale beoordeling van een klacht dat het *lex certa*-beginsel is geschonden staat de abstracte formulering van de norm dus niet op zich, maar verschuiven de accenten naar de concrete

casus waarin die norm fungeert (waarbij zelfs raakvlakken met het leerstuk van de verontschuldige rechtsdwaling lijken te ontstaan). Heeft de verdediging in feitelijke aanleg nagelaten om de relevante feiten en omstandigheden te benoemen die volgens haar maken dat het *lex certa*-beginsel juist in dit specifieke geval is geschonden, en heeft de feitenrechter zich daar zodoende evenmin over kunnen uitlaten, dan kan van de cassatierechter bezwaarlijk worden verlangd dat hij daarnaar alsnog onderzoek verricht. Dat is niet zijn taak en daartoe leent de cassatieprocedure zich ook niet. De klacht dat het *lex certa*-beginsel is geschonden omdat de wettelijke regeling zo ondoorzichtig is dat voor *deze* verdachte in de concrete omstandigheden van *dit* geval niet voorzienbaar was dat zijn handelen strafbaar was, laat zich dan ook niet voor het eerst in cassatie beoordelen. Spanning met *NJ* 2009, 481 levert dat mijns inziens niet op.

7. Had de verdachte in de hier gepubliceerde zaak succes gehad als in feitelijke aanleg wel uitvoerig was betoogd waarom het *lex certa*-beginsel juist in zijn geval was geschonden? Dat lijkt mij niet waarschijnlijk.

In de eerste plaats noemt A-G Knigge in zijn conclusie een viertal steekhoudende argumenten dat daartegen pleit, namelijk: (i.) het verhandelen van de paintballwapens was hoe dan ook verboden, de onduidelijkheid betrof slechts de toepasselijke verbodsbepaling, (ii.) de verdachte hield zich beroepsmatig bezig met deze handel en van hem mocht dan ook worden verwacht dat hij juridisch advies zou inwinnen, (iii.) het was de verdachte duidelijk dat sprake was van een grote gelijkenis met echte vuurwapens, en (iv.) de tekst van de geldende regeling is niet dusdanig dat het voor de verdachte als een grote verrassing kan zijn gekomen dat de paintballwapens binnen het bereik van de WWM vallen.

In de tweede plaats moet, abstraherend van deze casus, worden geconstateerd dat een beroep op het *lex certa*-beginsel in de praktijk eigenlijk nooit slaagt (vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 90 en M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 123). De waarde van het *lex certa*-beginsel mag dogmatisch weliswaar onbe-

twist zijn, de betekenis ervan in de rechtspraak is tot op heden uiterst beperkt gebleven.

8. Het OM had in cassatie meer succes: zijn klacht dat de dagvaarding ten aanzien van één van de ten laste gelegde feiten om onbegrijpelijke redenen nietig was verklaard trof doel. Wordt dus – in zoverre – vervolgd.

T.J. Kelder

399

Rechtbank Rotterdam
24 april 2012, parketnr. 10.600081.08
(Mr. Van der Ven)

Noot mr. P.W. van der Kruijs, tevens behorend bij nr. 400 en 402.

Een redelijke uitleg van art. 591a Sv brengt mee dat, hoezeer sprake is van een formeel beletsel nu ter zake van een feit op de dagvaarding toepassing is gegeven aan art. 9a Sr, in dit geval, waarin de kosten uitsluitend zijn gemaakt voor het feit waarvan de verzoeker is vrijgesproken, gronden van billijkheid aanwezig moeten worden geacht voor een vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand aan de verzoeker.

[Sv art. 591a]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2012, 399 (afl. 13), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

Het is juist gezien van de redactie van *Nieuwsbrief Strafrecht* om een aantal uitspraken over de problematiek van de artikelen 89 en 591a Sv in een aflevering te plaatsen (*NbSr* 2012, 399, 400 en 402 van resp. tweemaal de Rechtbank Rotterdam en eenmaal de Rechtbank Utrecht). Onderstaand wordt met name naar aanleiding van deze uitspraken een aantal opmerkingen gemaakt om de problematiek van de verdachte en zijn of haar raadsman een perspectief te geven.

We kennen een op het oog rigide uitleg van het begrip 'zaak'. De Hoge Raad is daar in zijn uit-

spraak van 8 mei 2001, *NJ* 2001, 508 en 509 klip en klaar over geweest. Feitenrechtters proberen zich daar al langer onderuit te wurmen door meer te kijken naar art. 90 lid 1 Sv: zijn er, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig om ondanks de rigide formulering van art. 89 lid 1 Sv toch schadevergoeding toe te kennen (zie Hof Amsterdam 2003, LJA AO0473 waar het overigens kosten van rechtsbijstand betrof, gemaakt in de opsporingsfase). Of, a contrario, luidt toepassing van het rigide zaaksbegrip tot onbillijke uitkomsten. Daar kan met name de rechter die op de zaak heeft gezeten (als het tot een zitting kwam) het best over oordelen (art. 89 lid 4 Sv). De praktijk leert echter dat, behoudens toeval, het niet de zittingsrechter is die dergelijke verzoeken beoordeelt.

De Hoge Raad kan die rigide uitleg niet worden verweten want de wet zelf is strak geformuleerd al denk ik niet dat de wetgever de onbillijke uitkomsten van haar formulering in de wet heeft voorzien. Daar had bij de laatste wetwijziging wel wat aandacht aan kunnen worden besteed (Wet van 6 december 2001, inwerkingtreding 1 januari 2002). Het is immers vaak toeval of de gewezen verdachte al of niet afstand heeft gedaan van in beslag genomen goederen. Als bij vrijpraak een onttrekking van die goederen moet worden uitgesproken, dan is sprake van de oplegging van een maatregel en zou het vergoedingsrecht, althans het verzoek daartoe, op grond van art. 89 Sv moeten worden afgewezen. De regeling lijkt dus slecht doordacht.

Zo zou de verdachte na vrijpraak van het feit of de feiten waarvoor hij heeft vastgezeten en een veroordeling voor andere, toegevoegde, feiten slechts dan voor vergoeding in aanmerking komen als voor die andere feiten geen voorlopige hechtenis is toegelaten (welke zinsnede in art. 591a Sv niet voorkomt).

We weten dat in de voorbije jaren de grens voor die feiten steeds verder is verlaagd zodat nagevoeg geen feit meer overblijft waarvoor geen voorlopige hechtenis (VH) is toegelaten. Feiten waarop 'slechts' een gevangenisstraf staat van maximaal 3 jaar zoals eenvoudige mishandeling en stalking of zelfs feiten waarop maximaal twee jaar staat als vernieling en manipulatie van computergegevens, worden in art. 67 Sv genoemd als feiten waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. En er liggen nog wetsvoorstellen om