

M.S. Groenhuijsen

Het Besluit Buitengewoon Strafrecht (1943) en het legaliteitsbeginsel in strafzaken

1. Inleiding

Nico Keijzer is een van de weinige beoefenaars van de strafrechtswetenschap met een grote belangstelling voor het oorlogsrecht.¹ Daarnaast heeft hij in zijn geschreven werk in opvallende mate aandacht geschonken aan 'beginselen' die het strafrecht doortrekken. Zijn opstel over de praesumptio innocentiae behoort zelfs tot de selecte groep van echt klassieke teksten die in de afgelopen decennia zijn verschenen.² En een derde kenmerk van het oeuvre van Keijzer is de historische dimensie. Hij heeft oog voor de geschiedenis van rechtsinstellingen en toont aan hoe dit ons begrip van hedendaagse probleemstellingen kan bevorderen. Deze drie facetten vormen de inspiratie voor de keuze van het onderwerp van dit opstel ter ere van Nico Keijzer. Het BBS uit 1943 heeft betrekking op de oorlog, het kan niet los worden gezien van de betekenis van het legaliteitsbeginsel in strafzaken, en als historisch verschijnsel vormt het de opmaat voor actuele vragen die thans zowel nationaal als internationaal op de agenda staan.

In paragraaf 2 wordt eerst iets gezegd over de voor mijn betoog meest interessante onderdelen van het BBS. Daarna wordt ingegaan op de vraag welke rechtvaardiging in rechtspraak en literatuur werd gegeven voor de inbreuk die in dit besluit werd gemaakt op het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr (paragraaf 3 en 4). Vervolgens worden enkele na-oorlogse ontwikkelingen in de rechtspraktijk beschreven (paragraaf 5). Tenslotte wordt aangegeven welke conclusies daaraan kunnen worden verbonden voor soortgelijke vragen die in de hedendaagse omstandigheden naar voren komen (paragraaf 5).

2. Na-oorlogse rechtspleging

De Duitsers capituleerden op 8 mei 1945. Die dag werd in Berlijn formeel een eind gemaakt aan de militaire krachtmeting tussen de geallieerde troepen en de legers van het Derde Rijk. De handtekeningen waarmee generaal Jodl en admiraal Doenitz de onvoorwaardelijke overgave tot stand brachten, betekenden echter allerminst dat er definitief een streep onder het verleden werd gezet. Duitsland legde de wapens neer, doch daarmee was de zaak niet afgedaan. De Nazi's waren verslagen, maar de afrekening moest nog komen.

Oorlogsmisdadigers en landverraders vormden de belangrijkste doelgroepen van de na-oorlogse rechtspleging. Voordat

¹Zie natuurlijk vooral zijn Tilburgse oratie Hoop en wanhoop om het oorlogsstrafrecht, Deventer 1997.

²De bescheidenheid van de auteur komt ook tot uitdrukking in de titel van dit veel geciteerde opstel: Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken, in: Naar eer en geweten (Rommelink-bundel), Arnhem 1987, p. 235-253.

de hoofdlijnen van deze justitiële reactie op zinvolle wijze kunnen worden beschreven, moet evenwel eerst meer in het algemeen een indruk worden geboden van het type problemen waarvoor men zich gesteld zag. Tijdens de bezetting waren de rollen in zekere zin omgedraaid. De gruwelijkste misdrijven werden door of namens 'het gezag' begaan tegen de gewone burgers. En voorzover particulieren ernstige delicten begingen tegen hun landgenoten, deden zij dit veelal onder de gewapende hoede van de Duitsers of collaborerende politieke organisaties als de NSB. De slachtoffers stonden hier in beginsel machteloos tegenover. Het geweldsmonopolie van de staat was in deze situaties een voorname bron van criminaliteit, in plaats van een instrument om delinquent gedrag met beheerste middelen tegen te gaan. Sterker nog: enkele van de meest aanstootgevende handelingen werden niet alleen door het heersende regiem getolereerd of aangemoedigd, maar zelfs wettelijk voorgeschreven. Daaruit volgt tweemaal. In de eerste plaats dat redres van deze feiten niet mogelijk was via de normale staatkundig-politieke kanalen. En in de tweede plaats rijst de vraag hoe na het herstel van de verhoudingen moest worden gereageerd op de wandaden uit de oorlogstijd. Meer in het bijzonder moet dan een standpunt worden bepaald omtrent het verweer van verdachten die zich beroepen op een wettelijke plicht om te handelen zoals ze hebben gedaan.³

Op 22 december 1943 zette koningin Wilhelmina haar handtekening onder het zogenoemde Besluit Buitengewoon Strafrecht⁴. Als vermeldenswaardige bepalingen van dit BBS noem ik art. 4, waarin de werking van de Nederlandse strafwet door middel van het beschermingsbeginsel en het actief personaliteitsbeginsel werd uitgebreid; art. 11 (j° art. 5), waarin strafmaxima uit het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht werden verhoogd en de doodstraf opnieuw werd ingevoerd terzake van sommige misdrijven; art. 13, waarin de

³Zie in algemene zin over deze probleemstelling Lon L. Fuller, The morality of law, Yale University Press 1969 (revised edition), p. 245-253. Later is men dit type vraagstukken gaan bestuderen onder de noemer van de 'transitional justice'; zie ook C.H. Brants, Afrekenen met het kwade verleden: de bijzondere rechtspleging na de Tweede Wereldoorlog, in: M. Moerings e.a. (red.), Morele kwesties in het strafrecht, Deventer 1999, p. 33-55 (p. 34).

⁴Stb D 61. Zie hieromtrent J.C.E. van den Brandhof, De besluitwetgeving van de kabinetten de Geer en Gerbrandy, diss. Amsterdam, Deventer 1986, p. 225 e.v. Zie in het algemeen omtrent de na-oorlogse rechtspleging C.F. Rüter, Enkele aspecten van de strafrechtelijke reactie op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, diss. Amsterdam 1973; A.D. Belinfante, In plaats van bijltjesdag. De geschiedenis van de bijzondere rechtspleging na de tweede wereldoorlog, Assen 1978; en de instructieve case-study van A. Krikke, De zaak Menten en de bijzondere rechtspleging, Recht en Kritiek 1978/2, p. 89-116, 1978/3, p. 267-313, en 1979/1, p. 4-70.

samenspanning tot de in art. 1 genoemde misdrijven met straf werd bedreigd; art. 15, dat het ne bis in idem-beginsel in een groot aantal gevallen buiten werking stelde; en artt. 8 en 12 waarin strafverzwarende omstandigheden werden genoemd. Bovendien werden in artt. 26 en 27 nieuwe delicten omschreven:

art. 26:

1.Hij, die gedurende de tijd van de huidige oorlog opzettelijk een ander blootstelt aan opsporing, vervolging, vrijheidsberoving of -beperking, enige straf of maatregel door of vanwege de vijand, diens helper of een persoon, als in art. 21 bedoeld, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren.(...)

art. 27:

Hij die gedurende de tijd van de huidige oorlog opzettelijk gebruik maakt of dreigt te maken van macht, gelegenheid of middel, hem door de vijand of door het feit der vijandelijke bezetting geboden, om een ander in zijn vermogen wederrechtelijk te benadelen of om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.

Na de oorlog bleek er een hinderlijke lacune te bestaan in de rechtsmacht van Nederland ten aanzien van buitenlandse militairen die hadden gehandeld binnen het bereik van hun formele bevoegdheden⁵. Daarin werd voorzien door een nieuw art. 27a BBS⁶:

1.Hij, die gedurende de tijd van de huidige oorlog in krijgs-, staats- of publieke dienst bij of van de vijand zich schuldig maakt aan enig oorlogsmisdrijf of enig misdrijf tegen de menselijkheid als bedoeld in art. 6 onder (b) of (c) van het Handvest bij de overeenkomst van Londen van 8 augustus 1945, bekend gemaakt bij Ons besluit van 4 januari 1946 (Stbl. G 5) wordt, indien zodanig misdrijf tevens bevat de bestanddelen van een strafbaar feit volgens de Nederlandse wet, gestraft met de daarop gestelde straf.

2.Indien zodanig misdrijf niet tevens bevat de bestanddelen van een strafbaar feit volgens de Nederlandse wet, wordt de dader gestraft met de straf, gesteld op het feit volgens de Nederlandse wet, waarmede het de meeste overeenkomst vertoont.

3.Met gelijke straf als bedoeld in het eerste en tweede lid wordt gestraft de meerdere, die opzettelijk toelaat, dat een zijner minderen zich aan een zodanig misdrijf

⁵Zie de zaak Ahlbrecht, Bijzondere Raad van Cassatie 17 februari 1947, NJ 1947, 87.

⁶Wet van 10 juli 1947, Stb. H. 233.

schuldig maakt.

Het is duidelijk dat voor het onderwerp van dit opstel vooral de nieuwe delictsoomschrijvingen en de strafverhogingen van art. 11 van belang zijn. Deze noviteiten werden ingevoerd met terugwerkende kracht tot aan 'het begin van de huidige oorlog'⁷, hetgeen wetssystematisch gezien mogelijk was op grond van art. 3 BBS, luidende: 'Het bepaalde in artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht blijft voor de werking van dit besluit buiten toepassing'.

Bij deze voorschriften moet allereerst worden aangetekend dat de Nederlandse regering zichzelf tot in 1942 onbevoegd achtte om strafsancties op te nemen in de Londense wetsbesluiten, omdat men deze zag als een variant op de algemene maatregel van bestuur⁸. Kennelijk heeft men dit standpunt later nadrukkelijk herzien, en als min of meer 'gewone' wetgever zelfs gemeend te mogen derogeren aan bepalingen uit het algemeen deel van de bestaande wetboeken.

In de na-oorlogse rechtspleging werd dus openlijk gebroken met de strakke richtlijnen van het legaliteitsbeginsel. Terugwerkende kracht van de nieuwe delictsoomschrijvingen werd gemotiveerd met een beroep op de bijzondere ernst van de betrokken feiten, strafverhoging ex post facto werd 'noodzakelijk' en 'onvermijdelijk' genoemd, het Bestimmtheitsgebot werd onder andere in relatie tot het misdrijf tegen de menselijkheid niet optimaal in acht genomen⁹, en bijvoorbeeld in art. 27a lid 2 BBS zijn duidelijke sporen van analogische toepassing van strafbepalingen te vinden. Deze inbreuken op de normen van art. 1 Sr c.a. worden algemeen gezien als een door de omstandigheden opgelegd incident. Niemand pleitte voor integrale afschaffing van het legaliteitsbeginsel als grondslag voor de strafrechtsbedeling. Integendeel: men was als voorheen overtuigd van de waarde daarvan voor een aannemelijke organisatie van de rechtsstaat, maar in deze unieke situatie moest één uitzondering mogelijk zijn.

Hoe moet deze visie nu worden geëvalueerd? Kan de afbreuk aan het legaliteitsbeginsel op theoretische en systematische gronden worden gerechtvaardigd, of is de na-oorlogse rechtspleging - met respect voor het geestelijk klimaat na vijf harde jaren van strijd en verzet - primair een wraakoefening geweest in een juridische gedaante? Is er een zakelijk verschil aanwijsbaar tussen de zogenaamde Lex-Van der Lubbe en soortgelijke Nazistische produkten enerzijds en het BBS anderzijds, of moeten we volstaan met de nuchtere constatering dat wij nu eenmaal de oorlog hebben gewonnen en dus over goed en kwaad kunnen oordelen?¹⁰ En als er al een principiële rechtvaardiging

⁷Volgens art. 23 wordt hieronder mede begrepen 'de tijd, waarin die oorlog dreigende was'.

⁸Vergelijk J.C.E. van den Brandhof, a.w. p. 417-418.

⁹C.F. Rüter, a.w. p. 42.

¹⁰Vergelijk het motto van de dissertatie van C.F. Rüter: 'Het is nu eenmaal zo, dat het oorlogsmisdrijf iets is, dat de tegenpartij heeft begaan'.

kan worden gegeven van de beperkingen op het legaliteitsbeginsel, is er dan niet onnodig sterk afgeweken van het normale stelsel van voorafgaande strafbedreiging? Is het bijvoorbeeld verdedigbaar dat het BBS pas bijna 9 maanden na de ondertekening door de koningin in het staatsblad werd gepubliceerd (op 4 september 1944)? Dit zijn de belangrijkste vragen die ook thans nog aan de orde moeten worden gesteld. Niet met het doel om na ommekomst van meer dan 50 jaar nog eens zo objectief mogelijk uiteen te zetten hoe men destijds had kunnen of moeten reageren¹¹, maar vooral met het oog op eigenaardigheden in de toenmalige gedachtevorming die tegenwoordig van belang zijn voor de benadering van actuele problemen in verband met het legaliteitsbeginsel in de strafrechtsbedeling.

3. Reacties in toenmalige rechtspraak en literatuur

In de jurisprudentie van de organen van de bijzondere rechtspleging is het ingrijpen door de besluitwetgever consequent gesauveerd¹². Ter illustratie hiervan kan worden gewezen op de navolgende karakteristieke beslissing van de Bijzondere Raad van Cassatie, waaruit ik alleen de belangrijkste overwegingen citeer¹³:

"dat de Raad van oordeel is, dat de Regeering bij het tot stand brengen der bovengenoemde Koninklijke Besluiten haar bevoegdheid niet is te buiten gegaan; dat toch in verband met de door den gewonen wetgever niet voorzienbare gebeurtenissen en gedragingen bij en gedurende de bezetting en de daardoor bij de bevolking gewekte verbittering in verband ook met den bijzonderen aard en het groote aantal der toen gepleegde strafwaardige handelingen in het belang der openbare orde, rust en veiligheid moest worden voorzien in een snelle en goede berechting, waarvan de materie der eventueele uitbreiding en verscherping der strafmaatregelen een onderdeel vormt;

dat tot deze materie ook behoort art. 3 van het Koninklijk Besluit van 22 December 1943 S. D 61, door verdachte's verdediger speciaal genoemd als niet rechtsgeldig, omdat het art. 1 Sr voor de werking van dit Besluit buiten toepassing verklaart; dat toch art. 1 Sr wel een belangrijk maar niet een onder alle omstandigheden onaantastbaar beginsel inhoudt en hetzelfde geldt voor de in het cassatiemiddel

¹¹Wat dat betreft is er een aanzienlijk risico voor anachronistische opmerkingen en voor moralistische vertekeningen wanneer men nu vanuit de leunstoel een 'emotionele benadering' van deze delicten confronteert met een 'rationele benadering'. Zie hieromtrent o.a. J.C.E. van den Brandhof, a.w. p. 222-234.

¹²Ook door de Hoge Raad: zie NJ 1946, 737 en door de Tweede Kamer, zie Handelingen 1945-1946, bijlage 123.

¹³5 december 1945, NOR 1946, 150.

genoemde artt. 4 en 5 A.B., welke artikelen in het Besluit Buitengewoon Strafrecht weliswaar niet met zoovele woorden, maar toch metterdaad op ondubbelzinnige wijze worden terzijdegesteld; dat die artikelen weliswaar een waarborg vormen voor de vrijheid der staatsburgers in de regeling van hun gedrag binnen de grenzen van het recht, maar geen vrijbrief kunnen scheppen voor het in abnormale tijden plegen van handelingen, die ieder normaal burger kan begrijpen als ongeoorloofd en misdadig, daar zij de veiligheid, zelfs het bestaan van den Staat aantasten, of het recht, de veiligheid, zelfs het leven van medeburgers in gevaar brengen (...)"

De reacties op het BBS c.a. in de rechtsgeleerde literatuur zijn volgens mij in drie groepen in te delen. De eerste daarvan bestaat uit kritische, enigszins terughoudende oordelen over de getroffen regelingen; de tweede uit principieel instemmende geschriften; en de derde uit meningen van auteurs die pas enige decennia later hun licht over de zaak hebben doen schijnen.

J.M. van Bemmelen was nagenoeg de enige gezaghebbende penalist die destijds zwaarwegende bedenkingen heeft geuit tegen belangrijke onderdelen van het na-oorlogse strafrecht. De terugwerkende kracht van het BBS had zijn instemming¹⁴, maar met betrekking tot de overige inbreuken op het legaliteitsbeginsel verzette hij zich tegen het argument dat dit 'noodzakelijk' was voor een doeltreffende afrekening met de aanstootgevende delinquenten¹⁵. Zo meende Van Bemmelen dat het misdrijf van art. 26 BBS in al zijn schakeringen valt onder de delictomschrijving van art. 102 Sr, mits men de bestanddelen 'opzettelijke hulpverlening aan den vijand' en 'opzettelijke benadeeling van den staat tegenover den vijand' niet te beperkt zou uitleggen. Art. 27 BBS is weliswaar 'zeer handig', maar met de bestaande vermogensdelicten zou men ook hier een heel eind zijn gekomen. Daardoor wegen de voordelen van de introductie van deze nieuwe strafbare feiten, zo begrijp ik Van Bemmelen, niet op tegen de nadelen van wetgeving ex post facto. De auteur tekent voorts verzet aan tegen de herinvoering van de doodstraf, tegen de vergaande uitbreiding van de strafbaarheid van

¹⁴J.M. van Bemmelen, Het buitengewoon straf- en tuchtrecht, TvS 1946, p. 142: 'Wie aanvaardt dat hier van Staatsnoodrecht sprake is - en ik zelf doe dit ten volle - zal vrede hebben met deze tijdelijke afwijking van het beginsel van artikel 1'.

¹⁵J.M. van Bemmelen, a.w. p. 142-143. Andere 'tegenstanders' van de regelingen in het BBS worden vermeld door A.D. Belinfante, a.w. p. 21, waarbij m.n. de latere secretaris-generaal van het ministerie van Marine, J.J. van Houten, een belangrijke rol in Londen heeft gespeeld. Guus Meershoek, Dienaren van het gezag. De Amsterdamse politie tijdens de bezetting, Amsterdam 1999, p. 321 benadrukt nog de protesten van minister Burger in Londen (ook aangehaald door Brants, a.w. 1999, p. 39).

samenspanning, en tegen de clausulering van het ne bis in idem-beginsel. Bovendien zou zijns inziens in art. 3 BBS geen algehele toestemming mogen worden gelezen tot analogische toepassing van strafbepalingen.

Volgens mij is de blijvende verdienste van de beschouwing van Van Bemmelen gelegen in zijn kritische toetsing van de bijna algemeen aanvaarde gedachte dat alle genoemde inbreuken op het legaliteitsbeginsel in de gegeven omstandigheden noodzakelijk waren. De idee van onvermijdelijkheid - waardoor de persoonlijke verantwoordelijkheid voor een legislatieve beslissing daartoe lijkt weg te vallen - kan worden aangetast door middel van een zorgvuldige juridische analyse van bestaande justitiële mogelijkheden. Mij dunkt dat vanuit deze invalshoek bijvoorbeeld ook interessant materiaal zou kunnen worden verzameld omtrent de strafverhogingen ex art. 11 en 12 BBS. Waren de maxima volgens het vigerende wetboek van strafrecht inderdaad aanmerkelijk te laag, gezien de praktijk van de bijzondere rechtspleging en het daarop volgende gratiebeleid?¹⁶

Van de voorstanders van de regeling in het BBS noem ik vooral de hoogleraren W.P.J. Pompe, M.P. Vrij¹⁷ en D. van Eck.¹⁸ Vanwege de beperkingen die het bestek van dit opstel oplegt, volsta ik noodgedwongen met de weergave van het standpunt van de eerstgenoemde schrijver.

W.P.J. Pompe heeft zijn ideeën over de vormgeving van de na-oorlogse samenleving uitgewerkt in een intrigerend boek, getiteld 'Het nieuwe tijdperk en het recht'¹⁹. In dit tractaat geeft hij eerst in algemene zin aan dat het oude individualisme niet langer maatgevend mag zijn²⁰. Volgens Pompe zou men daar-

¹⁶Zie hieromtrent C.F. Rüter, a.w. p. 128 e.v.; en m.n. A.D. Belinfante, a.w. p. 513-579 en p. 619-620. Zie ook L.de Jong, Het Koninkrijk der Nederlanden in de tweede wereldoorlog, deel 12, Amsterdam 1988, p. 594-607; alsmede P.P.T. Bovend'Eert, Het gratiebeleid inzake de doodstraf, in: Staatkundig Jaarboek 1985.

¹⁷ M.P. Vrij, Kanttekeningen op het Besluit Buitengewoon Strafrecht, TvS 1946, p. 161.

¹⁸D. van Eck, Het misdrijf van hulp aan den vijand in verband met de bepalingen van het Besluit Buitengewoon Strafrecht, Utrecht/ Nijmegen 1945; dezelfde, Het nulla-poena beginsel in het Neurenbergse proces, zonder plaats, zonder jaar; dezelfde, Enkele beschouwingen omtrent het nulla poena-beginsel, in: Opstellen over recht, wet en samenleving (Pompebundel, 1948), herdrukt in: Recht en ethiek, Deventer 1971, p. 107-127. Opgemerkt moet worden dat de gedachtegang van Van Eck zeer grote gelijkenis vertoont met de vooroorlogse beschouwing van W.J.A.J. Duynstee, preadvies voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland, Annalen jaargang XXVIII, afd. II, 1936.

¹⁹Amsterdam 1945.

²⁰a.w. p. 8 e.v.

entegen moeten 'streven naar het geheel', zowel in zedelijk als in christelijk opzicht²¹. In deze holistische visie dient de staat te zijn gegrondvest op de algemene menselijke zedewetten, waarbij zedelijke instellingen als huwelijk, gezin en Kerk een voorname rol kunnen spelen²². Tegen deze achtergrond volgen dan de beschouwingen over het recht in het nieuwe tijdperk. Recht moet volgens de auteur anti-étatistisch en anti-kapitalistisch zijn:

'Het zal den nadruk leggen op de betekenis van de gemeenschap, op de gebondenheid der individuen en groepen, op een krachtig gezag, dit alles met een trek naar de totaliteit, een neiging om de afzonderlijke mensen en dingen in het verband van het geheel te zien en te behandelen, om tot den zin en den wortel van mensen en dingen door te dringen'²³.

Dit zijn verrassende aankondigingen in een boekwerk dat nota bene is geschreven om de overwinning op totalitaire regimes te vieren²⁴. Geheel in overeenstemming met deze uitgangspunten relativeert Pompe vervolgens de betekenis van geschreven wettelijke bepalingen in de rechtspleging. De bestaande nadruk op wetgeving berust zijns inziens ten eerste op het onjuiste beginsel dat de mens, van nature vrij, alleen door zijn eigen wil kan worden gebonden, en ten tweede op een verkeerde opvatting over de rechtszekerheid²⁵. Pompe is van mening dat de 'ware betekenis' van de wet beduidend kleiner is. De wet is niet meer dan één van de - even belangrijke - kenbronnen van het recht. Wet en gewoonte zijn 'determinaties uit de rechtsbeginselen' welke ... men kan samenvatten onder den term natuurrecht, want zij zijn gegrond op de natuur van den mensch, van de samenle-

²¹a.w. p. 15 e.v., p. 21 e.v., p. 27 e.v.

²²a.w. p. 24, p. 26: 'Principieel onjuist is de stelling, dat omtrent zaken van zedelijken aard, waaromtrent in het volk meeningsverschil zou heerschen, de overheid neutraal zou moeten blijven'.

²³a.w. p. 41.

²⁴Hierbij moet overigens worden bedacht dat er gedurende de bezettingsjaren in brede kring overeenstemming over bestond dat het onwenselijk zou zijn om na de overwinning de voor-oorlogse politieke situatie ongewijzigd in ere te herstellen.

Velen dachten daarentegen in termen van een fundamentele 'vernieuwing' van het maatschappelijk bestel. Daarvan is niet zoveel terecht gekomen. Zie o.a. L.de Jong, Het Koninkrijk der Nederlanden in de tweede wereldoorlog, bijvoorbeeld deel 12, Amsterdam 1988, p. 83-251.

²⁵a.w. p. 45, 46: 'Maar de leuze der rechtszekerheid is kenmerkend voor het burgerlijke tijdperk, meer gesteld op zekerheid, in den zin van veiligheid en berekenbaarheid, dan op recht, in den zin van rechtvaardigheid'.

ving en van de dingen'²⁶. De schrijver geeft vervolgens te kennen dat ook het legaliteitsbeginsel in het strafrecht niet mag worden overschat²⁷. Art. 1 lid 1 Sr bevat zijns inziens géén Bestimmtheitsgebot, noch een analogieverbod. Dit voorschrift mag dan ook niet op één lijn worden gesteld met een echt 'onaantastbaar beginsel', zoals bijvoorbeeld de basisregel 'geen straf zonder schuld'²⁸. Op grond van al deze opmerkingen ligt de conclusie van Pompe ten aanzien van art. 3 BBS voor de hand: de bepaling is naar zijn oordeel "noch onrechtvaardig noch ondoelmatig"²⁹.

Pompe was en is in Nederland een algemeen gerespecteerde strafrechtsgeleerde. Zijn vaderlandslievende instelling is boven iedere twijfel verheven, getuige onder andere zijn benoeming in de Bijzondere Raad van Cassatie. Toch moet mijns inziens de vraag worden opgeworpen waarom in de literatuur zo vaak de staf is gebroken over de ideeën van mensen als Taverne en Hooykaas - en na de oorlog ook over die van bijvoorbeeld Feber - terwijl de soortgelijke gedachten van Pompe veel minder aanstoot hebben gegeven. Waarschijnlijk is de reden hiervoor gelegen in de omstandigheid dat Pompe en zijn geestverwanten steeds duidelijk hebben gekozen voor bescherming van de 'underdog' in concrete justitiële situaties³⁰. Hoewel de theorie van deze auteur ongetwijfeld enkele minder prettige collectivistische implicaties heeft, staat vast dat zijn loyaliteit primair ligt bij de individuele medemens. Op dit punt onderscheidt hij zich in gunstige zin van andere schrijvers die

²⁶a.w. p. 46-47. Zie over het gewoonterecht ook p. 70 e.v.

²⁷a.w. p. 49, p. 50: 'Deze regel mocht wel in een plechtige taal worden geregideerd, want hij is sinds de vorige eeuw hemelhoog verheven en schromelijk overschat, als de hoeksteen van ons liberale strafrecht, als de 'magna charta' voor den burger en zelfs voor den misdadiger (...). De regel blijkt bij nadere bezinning - waar men zich bij dergelijke leuzen meestal wel voor wacht - geen bijzondere betekenis voor het strafrecht te bezitten'.

²⁸a.w. p. 51: 'Een straf zonder schuld is steeds onrechtvaardig, een straf zonder voorafgaande geschreven wet is op zich zelf niet onrechtvaardig, maar behoudens uitzonderingsgevallen ondoelmatig'.

²⁹Ibidem. Op p. 53 argumenteert de schrijver dat 'uitbarstingen van volksjustitie' moesten worden voorkomen en dat 'de omstandigheden dwongen tot deze inbreuk op art. 1.'

³⁰Zie hieromtrent het interessante opstel van P.J. Baauw, Afwezigheid van de raadsman, in: Grenzen en mogelijkheden, Nijmegen 1984, m.n. p. 70-80. En meer recent: C.H. Brants, Over levende gedachten. De menselijkheid van een functioneel strafrecht, oratie Utrecht, Deventer 1999.

soortgelijke inbreuken op het legaliteitsbeginsel hebben gepropageerd.

Pompe heeft dus zijn humanitaire motieven zwaarder laten wegen dan andere - daarmee concurrerende - waarden, zoals de rechtszekerheid op grond van geschreven strafbepalingen. In zijn gedachtegang treffen we argumenten aan die ook in oudere literatuur doorslaggevend werden geacht. Zijn opmerkingen over het natuurrecht lijken te stammen van vóór de invloed van de Historische School.³¹ En zijn apologie van art. 3 BBS komt in hoofdlijnen overeen met de visie van Binding over de grondslagen van het strafrecht en de daarvan deel uitmakende normenleer.³² Het is fascinerend om te zien dat deze argumentatie later weer vrijwel letterlijk door anderen is overgenomen.³³

4. Meer recente standpunten in de literatuur

Tijd scheidt distantie. Het is daarom interessant te bezien of na ommekomst van enige decennia in de rechtswetenschappelijke literatuur andere standpunten worden ingenomen ten opzichte van het BBS dan in de eerste na-oorlogse jaren. Enigszins generaliserend meen ik dat dit niet het geval is.

In zijn dissertatie over de strafrechtelijke reactie op oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid maakt C.F. Rüter de volgende opmerkingen over ons thema:

'Is de constatering, dat het nullum crimen beginsel geschonden is op zichzelf ook juist, het verweer kan slechts gehonoreerd worden, indien men bereid is te accepteren, dat daardoor de berechting van deze delicten stil komt te liggen. De berechting van misdrijven tegen de menselijkheid door het opvolgend regime is namelijk noodzakelijk en onvermijdelijk het verwezenlijken van rechtsbeginselen, die in het voorafgaand tijdvak niet golden. Daarbij is het bijna geheel irrelevant, of het strafbaar feit, waarvoor thans berecht wordt, ook ten tijde van de daad al als zodanig in het Wetboek van Strafrecht was opgenomen'³⁴.

³¹Zie M.S. Groenhuijsen, Enige ideeën binnen de Historische School omtrent het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, in: R. van den Berg, O.E. Tellegen-Couperus, W.J. Witteveen (red.), Tussen Recht en Geschiedenis. Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw, Tilburg 1996, p. 87-100.

³²Zie vooral K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885 en dezelfde, Die Normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, m.n. deel I, Normen und Strafgesetze, Leipzig 1872.

³³Zoals door D. van Eck, t.a.p.

³⁴C.F. Rüter, a.w. p. 100. 'Het is', zo vervolgt Rüter, 'luce clarius, dat men alleen kan aanvaarden, dat de thans berechte moorden ook toen strafbare feiten waren, indien men wettekst met rechtswerkelijkheid verwisselt'.

Voor een inhoudelijke bespreking van de merites van de door de Nederlandse regering gekozen oplossing biedt zijn studie geen plaats, zegt hij³⁵. Dit standpunt is overigens verwant aan de apodictische benadering van het thema door M.P. Vrij.³⁶

De visie van Pompe heeft eveneens een evenknie onder de latere auteurs, en wel in het standaardwerk van A.D. Belinfante over de geschiedenis van de bijzondere rechtspleging na de tweede wereldoorlog³⁷. De artt. 3, 11 en 12 van het BBS zijn volgens deze schrijver zeker gerechtvaardigd. Als formeel argument voor deze mening voert hij aan dat de Londonse wetsbesluiten dezelfde kracht hebben als een gewone wet (lex specialis en lex posterior ten opzichte van art. 1 Sr). En als materiële overweging voegt hij daaraan toe dat de genoemde maatregelen ook moreel te verantwoorden zijn. Kan men werkelijk volhouden, zo vraagt hij retorisch, dat verraders, jodenjagers en moordenaars van nietsvermoedende burgers niet konden weten dat wat zij deden zedelijk abject en de zwaarste straf waardig was? Met Pompe is hij van mening dat niet de wet, maar de schuld de diepste grondslag voor de straf levert. Evenals Pompe vindt Belinfante dat het verbod van verraad zijn principiële kracht niet ontleent aan de geschreven strafbepalingen, maar aan het in de handen van de mensen geschreven recht³⁸.

In de 70er jaren heeft vooral Van Dorst - in het voetspoor van Van Eck - gewezen op een bijzondere legitimatie van de strafbepalingen met terugwerkende kracht in het BBS.³⁹ Deze schrijver wijst er terecht op dat eerbiediging van het legaliteitsbeginsel onder andere voorkomt dat de overheid de schijn op zich laadt met het oog op bepaalde personen wetten tot stand te brengen om hen aldus te kunnen bestraffen. Bovendien stelt hij vast dat dergelijke ad hoc wetten beladen zijn met de waan van de dag en later in menig opzicht slecht van kwaliteit blijken te zijn. Van Dorst meent tegen deze achtergrond dat in de visie van Pompe en Van Eck teveel ruimte bestaat voor strafwetgeving ex post facto. Hij suggereert dat dit bezwaar kleiner wordt als we de door de beschaafde volkeren erkende algemene rechtsbeginselen als maatstaf hanteren voor aanvaardbare inbreuken op het legaliteitsbeginsel ('De handelwijze van de BBS-wetgever is als het ware achteraf gedekt door art. 7 lid 2 van het Europees Verdrag')⁴⁰.

³⁵ a.w., p. 113. Zie niettemin ook de desbetreffende passages op p. 34 en m.n. p. 54.

³⁶ Zie voetnoot 17 hierboven.

³⁷ A.D. Belinfante In plaats van Bijltjesdag, Assen 1978, zie m.n. p. 20-23.

³⁸ a.w., p. 23.

³⁹ Zie ook de beschouwing van W.C. van Binsbergen, Inleiding strafrecht, Zwolle 1976 (derde druk) p. 39-40. Het is opvallend dat in de recente beschouwing van Brants, a.w. 1999, vrijwel met geen woord wordt gerept over de specifieke problemen rond het legaliteitsbeginsel.

⁴⁰ A.J.A. van Dorst, Enkele aspecten van artikel 1 Wetboek

Resumerend kan worden opgemerkt dat de beoordeling van het Besluit Buitengewoon Strafrecht in de rechtswetenschappelijke literatuur tamelijk constant en doorgaans welwillend is geweest. Zonder twijfel ligt hieraan voor een belangrijk deel de gedachte ten grondslag dat een onvoldoende resoluut ingrijpen door de Nederlandse overheid zou hebben geleid tot een bijl-tjesdag. Deze psychologische factor verdient respect: de regering in ballingschap probeerde de regeling met de juridische waarborgen te omgeven die onder de gegeven omstandighe-den haalbaar waren. Van Bemmelen accepteerde de inbreuken op het legaliteitsbeginsel desondanks slechts zeer ten dele. Zijn visie is wetenschappelijk vooral van belang vanwege de aanspo-ring om niet te snel te zwichten voor het argument van de 'noodzakelijke', van de 'onvermijdelijke' maatregelen. De overige auteurs - ik noem hier Pompe en Van Eck - roepen door hun oordeel opnieuw de vraag op naar de verhouding tussen hoofdregel en uitzondering in relatie tot het legaliteitsbe-ginsel. Voorzover zij niet terugvallen in de historisch bekende idee van de 'natuurlijke delicten', prikkelen hun publicaties tot nadere bezinning op rationele criteria om in werkelijk onvoorzienbare situaties te kunnen afwijken van de normen van art. 1 Sr. Van Dorst suggereert in dit verband terug te vallen op de maatstaf van art. 7 lid 2 EVRM.

5. Latere ontwikkelingen

Voor een goed begrip van ons onderwerp is het van belang om kort stil te staan bij enkele ontwikkelingen in de na-oorlogse rechtspraak. Genoemd is reeds het EVRM uit 1950, met het in lid 2 geclausuleerde legaliteitsbeginsel in art. 7. Voorts moet worden gewezen op de Wet Oorlogsstrafrecht van 1952.⁴¹ Deze regeling berustte op de gedachte dat, wanneer het land in oorlog is, ten eerste de vigerende delictomschrijvingen niet te eng geformuleerd mogen zijn, ten tweede het strafmaximum van levenslange gevangenisstraf te laag is, en ten derde, dat een berechting in drie instanties door de gewone rechter onvoldoende bescherming aan de staat biedt. "Het belang der gemeenschap eist in die omstandigheden een snelle en afdoende repressie", aldus de memorie van toelichting.⁴²

Wat het materiële recht betreft, is voor mijn onderwerp vooral art. 6 van belang, dat voorziet in een aanmerkelijke

van Strafrecht, in: Macht en onmacht van de wetgever, Deventer 1978, p. 181: 'De hierboven weergegeven opvattingen van Van Eck en Pompe worden door deze uitzonderingsbepalingen (bedoeld zijn de in art. 7 lid 2 genoemde beginselen; MSG) nader begrensd ... In extremis zou hun theorie ertoe leiden, dat ieder onrechtmatig handelen, als strijdig met de rechtsorde, voor strafbaarstelling ex post facto in aanmerking komt'.

⁴¹Wet van 10 juli 1952, S. 408. Hand. Tweede Kamer, Bijlagen 1950-1951, 2258, no. 1 en 2.

⁴²MvT p. 5

strafverhoging voor degene die een misdrijf begaat en daartoe gebruik maakt of dreigt te maken van macht, gelegenheid of middel, hem door de vijand geboden.⁴³

In de memorie van toelichting treffen we de volgende, vanuit legaliteitsoogpunt belangwekkende passage aan⁴⁴:

"De wetgever kan de toekomst niet volledig overzien. De in het ontwerp voorgestelde bepalingen steunen goeddeels op ervaringen, in de jaren van de afgelopen oorlog opgedaan. Een nieuwe oorlog kan een nieuwe wijze van oorlogvoeren meebrengen en ons voor situaties plaatsen, die in het hierbijgaande ontwerp niet zijn voorzien en niet konden worden voorzien. In dergelijke buitengewone omstandigheden is het de taak van de dan aanwezige wetgever om voor aanvulling van de lacunes in de geldende bepalingen zorg te dragen. Het is evenwel een eis van behoorlijk beleid voor de wetgever om zoveel doenlijk tijdig de feiten, die men strafbaar gesteld wil zien, en de straffen, die men daartegen wil bedreigen, te formuleren. De wetgever mag van het beginsel, dat geen straf mag worden opgelegd dan uit kracht van een aan het strafbare feit voorafgegane wettelijke bepaling, slechts afwijken, indien de nood hem daartoe dwingt."

Deze nuchtere uiteenzetting verdient naar mijn mening waardering. Nulla poena sine lege is een belangrijk adagium, zo begrijp ik de aangehaalde passage, waarvan niet lichtvaardig mag worden afgeweken. Maar als de noodtoestand daartoe in buitengewone omstandigheden dwingt, dan moet de wetgever van dat moment naar bevind van zaken kunnen handelen. De tweede wereldoorlog heeft afdoende aangetoond dat zich in een nieuw gewapend conflict situaties kunnen voordoen die tot dan toe ondenkbaar waren, zodat het onverantwoord - of onoprecht - zou zijn om voor de toekomst iedere inbreuk op het legaliteitsbeginsel op voorhand uit te (willen) sluiten. Dit lijkt mij juist. Resteert uiteraard opnieuw de vraag onder welke omstandigheden de 'nood' zo dringend is dat we 'gedwongen' zijn om inbreuk te maken op art. 1 Sr c.a.

Wat dat betreft moet ook in dit verband worden gewezen op de veranderingen die zijn aangebracht door de Grondwet van 1983.⁴⁵ ⁴⁶ Het is bekend dat bij deze gelegenheid de tekst van

⁴³Een soortgelijke overweging ligt ten grondslag aan art. 7: "Hij die in geval van oorlog opzettelijk gebruik maakt of dreigt te maken van macht, gelegenheid of middel hem door de vijand geboden, om een ander in zijn vermogen wederrechtelijk te benadelen of om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, wordt gestraft met ...".

⁴⁴MvT p. 6

⁴⁵Door ruimtegebrek zie ik af van een bespreking van de wet van 8 april 1971, Stb. 210, waarin de verjaring werd uitgesloten van o.a. de delicten van art. 27a BBS. Zie hieromtrent vooral C.F. Rüter, a.w. p. 5 e.v., p. 68 e.v.

⁴⁶Zie voor de achtergonden A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1

art. 1 Sr als grondrecht in het eerste hoofdstuk werd opgenomen (art. 16 GW). Met deze keuze wenste de regering aanvankelijk primair het belang van het nulla poena-beginsel te ondersteunen. Bovendien zou op deze wijze duidelijk worden gemaakt dat onze nationale wetgeving op dit punt verder gaat dan het verdragsrecht, omdat de uitzonderingsbepaling van het tweede lid van art. 7 EVRM niet wordt overgenomen. Voor wat betreft het verleden wilde de regering niet dat de rechtskracht van het BBS alsnog zou kunnen worden aangevochten; daarom werd een additioneel artikel XIV voorgesteld waarin dit besluit uitdrukkelijk wordt gesauveerd.

De motivering van het aanvankelijke regeringsstandpunt is ronduit schamel te noemen. Een principiële beschouwing over de betekenis van het legaliteitsbeginsel treft men nergens in de stukken aan. Alsof een andere mening over dit belangrijke onderwerp nauwelijks denkbaar zou zijn, volstaat de memorie van toelichting met weinig inhoudelijke formuleringen waarin in feite alleen wordt gesteld dat het voorstel verder gaat dan de overeenkomstige bepalingen van internationaal recht.⁴⁷

Wetsontwerp 11051 was door het kabinet-De Jong ingediend kort vóór de verkiezingen van 1971. Het werd niet meer door het parlement in behandeling genomen. Op 2 april 1976 werd wetsontwerp 13872 ingediend, dat in combinatie met ontwerp 16905 van 15 juni 1981 uiteindelijk heeft geleid tot de nieuwe grondwet die in 1983 in werking is getreden.

In beide laatstgenoemde ontwerpen wordt evenals in 1971 voorgesteld de tekst van art. 1 lid 1 Sr op te nemen onder de klassieke grondrechten. De toelichting van dit plan is opnieuw sober. Er wordt wederom nauwelijks positief beargumenteerd waarom dit nieuwe artikel aanbeveling verdient, aangezien de aandacht grotendeels wordt gericht op de verhouding met het Europees Verdrag en met het Besluit Buitengewoon Strafrecht. De uitzondering van het tweede lid van art. 7 EVRM zou volgens de regering overbodig zijn, omdat in ons land desbetreffende bepalingen van kracht zijn in de Wet Oorlogsstrafrecht en de Uitvoeringswet Genocideverdrag. In het voorgestelde art. A 1.15 wordt het nulla poena-beginsel eenvoudig uitgesloten ten aanzien van het BBS.⁴⁸

van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, p. 1-39.

⁴⁷Kamerstukken II, 1970-1971, 11051, no. 3, p. 19-20, met enige tussen haakjes geplaatste toevoegingen van mijn hand: "De ondergetekenden zijn door de argumenten van genoemde leden (de minderheid van de staatscommissie Cals/Donner) er niet van overtuigd, dat het opnemen van een zo belangrijk beginsel in de Grondwet moet worden nagelaten. (Over de positieve redenen om daartoe wel over te gaan is dan nog niet gerept) Voorts (sic) blijkt uit het voorgaande, dat de in de grondwettelijke bepaling op te nemen waarborg, waarin de uitzondering met betrekking tot misdrijven tegen de mensheid niet is opgenomen, van verdere strekking zal zijn dan de overeenkomstige bepaling in het Verdrag van Rome..."

⁴⁸Volgens A.C. 't Hart, Het nulla poenabeginsel, in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), a.w. p. 335, is het additionele artikel overeenkomstig het advies van de Raad van State overgenomen in

Ook de kamerleden vonden het niet nodig om uitgebreid stil te staan bij de betekenis van dit ontwerp. Het Voorlopig Verslag bevat niet de neerslag van een grondige discussie, maar bestaat uit welgeteld één zin: "Het voorstel om dit beginsel ook in de Grondwet te noemen, riep in de Bijzondere Commissie geen bezwaren op." Van voordelen van zo'n stap wordt geen melding gemaakt. Kennelijk is iedereen het eens over het grote belang van het legaliteitsbeginsel: deze onderdelen van de grondwetsherziening zijn zonder noemenswaardig debat en zonder stemming aangenomen.⁴⁹

Is het niet wonderlijk dat de grondwetsherziening op dit punt zo rimpelloos is verlopen? Natuurlijk: een memorie van toelichting is geen strafrechtelijk handboek. Maar zou het desondanks niet voor de hand hebben gelegen om systematisch de voordelen en de mogelijke nadelen te inventariseren van de onderhavige aanvulling van de klassieke grondrechten? Waarom is er bijvoorbeeld geen aandacht besteed aan de vraag of twee identieke positiveringen van een rechtsbeginsel niet wat veel van het goede is? Zeker nu art. 4 AB op het eerste gezicht nog een derde soortgelijke bepaling bevat, zou er voldoende aanleiding zijn geweest om de verhouding tussen de diverse richtlijnen aan de orde te stellen. Dit geldt ook voor de relatie met het tweede lid van art. 1 Sr. Waarom is deze waarborg voor de burger niet in de grondwet opgenomen? Is hij minder belangrijk dan de hoofdregel uit het eerste lid? Maar hoe moeten we dit dan rijmen met de visie van de wetgever van 1886, die in de memorie van toelichting op het strafwetboek schreef dat het bijna vanzelfsprekende eerste lid alleen is opgenomen als aanloopje tot het tweede deel van die bepaling?

De vraag naar de betekenis van de grondwetsherziening van 1983 kan volgens mij worden toegespitst op de verhouding met het Verdrag van Rome van 1950. In het tweede lid van art. 7 van dit verdrag is bepaald dat het in dit artikel omschreven nulla poena-beginsel niet in de weg staat aan bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, hetwelk ten tijde van dat handelen of nalaten een misdrijf was overeenkomstig "de algemene rechtsbeginselen welke door de beschaafde volken worden erkend." Bij de voorbereiding van de grondwetsherziening kwam natuurlijk de vraag ter sprake of deze uitzondering ook in ons nationale recht moest worden opgenomen. De regering vond van niet, zoals gezegd omdat dergelijke bepalingen reeds zijn

ontwerp 13872. Dit is onjuist. Het gepubliceerde advies (Kamerstukken II, 1975-1976, 13872, no. 4 p. 71) maakt juist duidelijk dat de Raad dit artikel overbodig vindt, omdat in de gelding van het BBS geen wijziging komt door overbrenging van het bepaalde in art. 1 lid 1 Sr naar de Grondwet.

⁴⁹Zo ook A.C. 't Hart, a.w. p. 333: "De parlementaire geschiedenis laat geen principiële discussies zien over dit beginsel en zijn formulering, zij het dat er wel twijfel bestond over het nut van opname in de nieuwe Grondwet." Hierbij moet worden aangetekend dat de genoemde twijfel alleen is gebleken bij een minderheid van de commissie-Cals/Donner in 1969 (!); de regering en het parlement hebben op dit punt nooit gearzeld.

ondergebracht in de Wet Oorlogsstrafrecht en de Uitvoeringswet Genocideverdrag. Hierbij moet iets langer worden stilgestaan. De Nederlandse grondwetgever is kennelijk van mening dat de evengenoemde delictsommschrijvingen precies samenvallen met (dus worden gedekt door) 'de algemene rechtsbeginselen die worden erkend door de beschaafde volken'. Dit opmerkelijke standpunt wordt inhoudelijk niet beargumenteerd. Dat is verbazingwekkend, want als de regering hierin gelijk zou hebben, dan is er welbeschouwd dus géén verschil met de bescherming die wordt geboden door art. 7 EVRM! Hoe valt dit dan te rijmen met de eerder geciteerde opmerkingen uit de gewisselde stukken, waarin uitdrukkelijk werd gekozen voor een verderstreckende bescherming voor de burger dan in het Europese Verdrag wordt gewaarborgd? Het verdrag werd in de toelichting op het ontwerp van 1971 immers met nadruk beschouwd als een minimum-norm, zodat eventuele clausuleringen van de toegekende mensenrechten mogen worden weggelaten in de nationale wetgeving.

Al met al is het beeld dat uit de geschiedenis van de grondwetsherziening naar voren komt op z'n minst verwarrend te noemen. Voor mij staat tegen deze achtergrond allerminst vast dat de herziening van de Nederlandse grondwet in 1983 inderdaad mag worden gezien als de uitdrukking van een doordacht engagement aan de legaliteitsidealen achter art. 1 lid 1 Sr.

Op grond van de toelichtende stukken blijft het duister waarom de regering in de 70er jaren plotseling van mening is dat het BBS de enig denkbare legitieme uitzondering op het verbod van terugwerkende kracht vormt. Vanwaar deze zelfverzekerdheid? Er zijn helemaal geen argumenten naar voren gebracht om het nuchtere standpunt te verlaten dat nog werd verdedigd bij de voorbereiding van de Wet Oorlogsstrafrecht. Destijds ging de regering er van uit dat zich altijd onvoorzienbare omstandigheden kunnen voordoen, die nieuwe inbreuken op het nulla poena-beginsel rechtvaardigen. De wetgever moet in zo'n noodtoestand naar bevind van zaken kunnen handelen, aldus de eerderbesproken memorie van toelichting in het begin van de 50er jaren. Deze volgens mij realistische visie is door de grondwetgever van 1983 ingeruild voor het nauwelijks op enige reflectie berustende vertrouwen dat het vigerende strafrechtelijk systeem zou voorzien in alle denkbare en ondenkbare eventualiteiten. Op grond van de vorenstaande gegevens kan ik de mogelijkheid niet uitsluiten dat in de Nederlandse rechtsorde tamelijk vrijblijvend is besloten tot de bevordering van het legaliteitsbeginsel tot klassiek grondrecht. Deze promotie moet daarom met enige argwaan worden bezien.

6. Conclusie

In het BBS van 1942 is voorzover mij bekend voor het eerst in de Nederlandse geschiedenis door de wetgever expliciet afstand genomen van het legaliteitsbeginsel van art. 1 lid 1 Sr. In de na-oorlogse discussie hierover werd deze ingreep vrijwel algemeen gebillijkt, met als overkoepelend argument dat dit 'noodzakelijk' was. Er is geen systematisch debat gevoerd omtrent de maatstaven aan de hand waarvan kan worden bepaald onder welke omstandigheden van een toereikende mate van noodzakelijkheid resp. onvermijdelijkheid sprake is. Wel werden in

dit verband bijkomende argumenten aangevoerd, die in hoofdzaak de strekking hadden dat de betrokkenen ook zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling konden weten dat hun handelingen volstrekt ongeoorloofd waren en dus na de oorlog zouden kunnen worden bestraft. Het is opvallend dat de ontwikkelingen in de tweede helft van de twintigste eeuw dit beeld niet wezenlijk hebben veranderd. In het EVRM wordt de waarde van het legaliteitsbeginsel herbevestigd, maar wordt bewust ruimte gelaten voor uitzonderingen in bijzondere omstandigheden (lid 2 van art. 7). De Wet Oorlogsstrafrecht van 1952 weerspiegelt dezelfde benadering. Bij de herziening van de Grondwet in 1983 lijkt het tij te keren. De grondwetgever zegt strengere eisen te stellen dan het verdragsrecht en lijkt niet meer te willen weten van uitzonderlijke inbreuken op het legaliteitsbeginsel. Aan de andere kant wordt geponereerd dat de inhoud van het bestaande oorlogsstrafrecht en de Uitvoeringswet Genocideverdrag zou voorzien in alle denkbare eventualiteiten, zodat geen behoefte meer zou bestaan aan een clausulering in de trant van het tweede lid van art. 7 EVRM. Ik ben niet overtuigd van de wijsheid van de visie van de grondwetgever van 1983. De discussie naar aanleiding van het BBS toont daarom eens te meer aan dat er behoefte is aan inhoudelijke theorievorming omtrent de situaties waarin strafwetgeving met terugwerkende kracht mogelijk is.⁵⁰ Nu het debat omtrent deze kwesties zich de laatste jaren heeft verplaatst naar het internationale forum - ik denk uiteraard aan de regelgeving omtrent het Yugoslavië Tribunaal en later omtrent het International Criminal Court - kan in die arena mede worden geprofiteerd van de inzichten die de Nederlandse na-oorlogse rechtspleging heeft opgeleverd.

⁵⁰In mijn opstel Legaliteit als probleem, NJB 1982, p. 277-287 is als mogelijk element van zo'n theorie genoemd dat het van cruciaal belang is of een 'misdrijf' is gepleegd met misbruik van overheidsmacht. Zo'n gezichtspunt ligt ook ten grondslag aan artt. 6 en 7 Wet Oorlogsstrafrecht en kan tevens dienst doen bij de invulling van de generieke normen van art. 7 lid 2 EVRM.