

ANNOTATIE

EHRM (GK) 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM

J. Cnossen en J.H. Gerards

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21-10-2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009 (EHRC-2020-0160)

Inleiding

1. Op 29 mei 2020 gaf de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op verzoek van het constitutionele hof van Armenië advies over de uitleg van het in art. 7 EVRM neergelegde strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.^[1] Dit advies is vanuit verschillende perspectieven interessant. Allereerst bevat het verschillende aspecten die inzicht geven in de ontwikkeling van de adviesbevoegdheid van het Hof onder Protocol 16 EVRM. Daarop gaat Janneke Gerards in het eerste gedeelte van deze annotatie in (onder randnummers 2-15). Daarnaast is de eigenlijke inhoud van het advies van groot belang, zeker ook voor het Nederlandse recht. Kort samengevat is het advies aan het Armeense constitutionele hof tweeledig. Allereerst concludeert het Hof dat strafbaarstelling door middel van verwijzing naar overtreding van een (andere, al dan niet hogere of constitutionele) norm verenigbaar is met art. 7 EVRM, mits het samenstel van bepalingen voldoende voorzienbaar is. In de tweede plaats adviseert het Hof over de situatie waarin een strafbepaling na de feiten is gewijzigd voor het concreet voorliggende geval. In dat geval moet volgens het Hof worden nagegaan of de nieuwe bepaling strenger is; is dat het geval, dan mag zij niet worden toegepast. Op het eerste inhoudelijke onderdeel van het advies, en dan in het bijzonder op de consequenties ervan voor strafbaarstelling via gelede normstelling in Nederland, gaat Jelle Cnossen hierna in

onder randnummers 16-31.

Protocol 16 EVRM

2. De bevoegdheid van het EHRM om op verzoek van een nationale rechter te adviseren over de interpretatie en toepassing van het EVRM bestaat nog niet zo lang. Het EVRM-Protocol dat dit mogelijk maakt, Protocol 16 (hierna ook P16), is op 1 augustus 2018 in werking getreden.[2] Tot nu toe wordt er maar spaarzaam gebruik gemaakt van de mogelijkheid die dit Protocol biedt om – in een lopende procedure – duidelijkheid te krijgen over de betekenis van het EVRM. Pas één keer eerder, namelijk in 2019, heeft het EHRM een advies gegeven op basis van Protocol 16.[3] Toen ging het om een Franse kwestie over de juridische erkenning van een kind dat in het buitenland is geboren uit draagmoederschap. De thematiek van het adviesverzoek van het Armeense constitutionele hof is duidelijk een volstrekt andere en de adviesvragen zijn ook in een heel andere context gesteld.

Achtergrond en politieke betekenis

3. De aanleiding van het adviesverzoek is gelegen in de ‘Fluwelen Revolutie’ in Armenië in 2018, in samenhang met grootschalige protesten die eerder, in februari 2008, tegen de regering plaatsvonden.[4] De protesten in 2008 kwamen voort uit de Armeense presidentsverkiezingen, die niet waren gewonnen door minister-president Sersz Sargsyan,[5] een partijgenoot van de toenmalige president Robert Kocharyan. Volgens de demonstranten waren de verkiezingen niet vrij en eerlijk verlopen en had eigenlijk een oppositiekandidaat moeten winnen. Duizenden mensen protesteerden en de protesten hielden dagenlang aan. Op 1 maart 2008 hadden de autoriteiten er genoeg van en werd een politiemacht van 800 mensen gemobiliseerd om de protesten te beëindigen.[6] Dit leidde tot gewelddadige aanvaringen met de demonstranten, waarbij uiteindelijk zelfs het leger werd ingeschakeld om de orde te herstellen. Bij deze gebeurtenissen vielen er acht burgerslachtoffers en kwamen twee ordehandhavers om het leven. President Kocharyan riep vervolgens de noodtoestand uit en verbood alle verdere protesten.[7] Toen de rust was weergekeerd werd Sargsyan alsnog geïnaugureerd als president; hij bleef dat tot 2018, toen zijn derde termijn afliep. Na nieuwe presidentsverkiezingen zou een andere president worden benoemd, maar het was de bedoeling dat Sargsyan opnieuw minister-president zou worden. Dat laatste gegeven vormde de aanleiding tot een reeks nieuwe, grootschalige protesten. Die maakten dat Sargsyan uiteindelijk besloot om terug te treden ten faveure van een oppositiekandidaat, Nikol Pashinyan, die in 2008 mede de protesten had geleid.[8]

4. Deze Fluwelen Revolutie leidde tot een nieuwe politieke ordening in Armenië, waarbij ook geprobeerd werd schoon schip te maken met het verleden. Op grond van een in 2009

aangenomen strafwet werd de voormalige president Kocharyan aangeklaagd vanwege handelen in strijd met de constitutionele orde in 2008. Volgens de aanklacht had hij in de post-verkiezingenfase onrechtmatig het leger ingeschakeld en had hij door zijn bevelen op onrechtmatige wijze een nieuwe commandostructuur gecreëerd.[9] Ook was hij volgens de aanklacht verantwoordelijk voor de gewelddadige beëindiging van de (verder vreedzame) protesten in 2008 en had hij, in strijd met de Armeense grondwet, de noodtoestand uitgeroepen om een heel aantal democratische rechten te kunnen beperken.[10] Kocharyan verzette zich tegen deze aanklachten, onder meer door te stellen dat de ingeroepen strafbepalingen niet met terugwerkende kracht zouden mogen worden toegepast.[11] In verband hiermee heeft het constitutionele hof van Armenië advies gevraagd aan het Hof, omdat het wilde weten hoe de inrichting van het Armeense systeem van strafbaarstelling zich verhiel tot het in art. 7 EVRM neergelegde strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

5. Deze korte achtergrondschets maakt duidelijk dat de rechtsvragen in deze zaak sterk verweven zijn met complexe maatschappelijke, constitutionele en politieke discussies op nationaal niveau. Het vermoeden zou kunnen rijzen dat het Armeense constitutionele hof de vragen juist had voorgelegd aan het EHRM *omdat* het gaat om zo'n gevoelige kwestie. Het kan voor een nationale rechter inderdaad strategisch handig zijn om in een dergelijk geval de kwestie uit te besteden aan een volstrekt niet betrokken derde partij, die zodanige aanwijzingen kan geven dat de nationale rechter die alleen nog maar hoeft op te volgen, en hij bovendien duidelijk kan maken dat hij dat in het licht van het EVRM *moest* doen. Daardoor kan het oordeel van het Hof helpen om extra legitimatie te verlenen aan een eventuele veroordeling op nationaal niveau. Voor de nationale rechters is deze strategische werkwijze dus slim, maar het risico ervan is, dat op deze manier de hete aardappel bij het EHRM komt te liggen. Als dat niet voorzichtig omgaat met een heikel onderwerp als dit, kan het al snel te maken krijgen met het verwijt dat het politiek oordeelt.[12] De procedure van Protocol 16 is er bovendien zeker niet voor bedoeld om te dienen als externe legitimatie voor moeilijke, politiek gevoelige oordelen op nationaal niveau. Doel is veeleer om het EHRM de gelegenheid te geven om relatief vroegtijdig mee te denken over de juiste toepassing van het EVRM. Daardoor kunnen EVRM-schendingen al op nationaal niveau op een bevredigende manier worden voorkomen of opgelost, en kan bovendien worden tegengegaan dat individuele klachten door gebrek aan duidelijkheid op nationaal niveau bij het EHRM terechtkomen.[13]

Beoordeling door het Panel; risico van politiek gebruik van de adviesmogelijkheid

6. Het Panel van de Grote Kamer van het EHRM, dat op grond van art. 2 lid 1 P16 over de ontvankelijkheid van het verzoek oordeelde, had op zichzelf kunnen weigeren om het verzoek in behandeling te nemen als het het idee zou hebben dat het adviesverzoek al te zeer strategisch gemotiveerd was. Het is namelijk aan het Panel zelf om te bepalen welke

verzoeken het in behandeling wil nemen, en behalve een paar formele vereisten zijn er in Protocol 16 geen nadere criteria opgenomen over de vraag wanneer dit wel of niet hoort te gebeuren.[14] Dat betekent dat het Panel de ruimte heeft om politiek en/of oneigenlijk gebruik af te straffen door te besluiten een adviesverzoek niet te behandelen. Lastig is wel dat het EHRM volgens Protocol 16 verplicht is om te motiveren waarom het een verzoek niet in behandeling neemt. Dat zal gemakkelijker zijn wanneer er formele en concrete redenen zijn om dat niet te doen (bijvoorbeeld omdat een adviesverzoek hypothetisch van aard is of niet alle relevante feiten van de nationale procedure uiteen zijn gezet), dan wanneer moet worden beredeneerd waarom een zaak te gevoelig is om er de vingers aan te willen branden.

7. Interessant is daarbij dat de (*ad hoc*-) rechter voor Armenië een apart oordeel aan het advies heeft toegevoegd waarin hij nog wat nader op deze motiveringsplicht ingaat.[15] Volgens rechter Sarvarian zou het wenselijk zijn als het Panel niet alleen zou motiveren waarom het een adviesverzoek *niet* wil behandelen, zoals het Protocol voorschrijft in art. 2 lid 1, maar dat ook zou doen als het ervoor kiest om een adviesverzoek *wel* in behandeling te nemen. In het bijzonder zou het Panel volgens Sarvarian in een interne notitie moeten ingaan op de vraag of het verzoek door een bevoegde rechter is ingediend, of het voldoende op concrete rechtsvragen en feiten is gebaseerd, of de vragen voldoende duidelijk en stevig genoeg zijn onderbouwd om een beoordeling door de Grote Kamer mogelijk te maken, en of het verzoek echt een nieuwe EVRM-vraag oproept. Zo'n interne notitie zou het gemakkelijker maken voor de Grote Kamer om het adviesverzoek te beoordelen en te weten hoe het met bepaalde vragen zou kunnen omgaan. Inderdaad moeten de rechters van de Grote Kamer nu maar gewoon aannemen dat de vier geformuleerde vragen volgens het Panel allemaal met 'ja' moeten worden beantwoord, en moeten ze gissen naar de redenen achter dat antwoord. In het bijzonder kunnen ze daardoor ook geen inzicht krijgen in de vraag of het Panel overwegingen van politieke aard in zijn beoordeling heeft betrokken en zo ja, hoe het die heeft beoordeeld. Tegelijkertijd is dit bepaald geen halszaak. De leden van het Panel zullen namelijk vrijwel allemaal onderdeel uitmaken van de Grote Kamer,[16] dus zij kunnen tijdens de beraadslagingen ook mondeling toelichten waarom ze bepaalde beslissingen hebben genomen. Het motiveren van een positieve beslissing als de onderhavige lijkt daardoor toch niet echt nodig.

8. In ieder geval kan uit deze positieve beslissing impliciet blijken dat het Panel in de complexe achtergrond van de zaak geen bezwaar heeft gezien tegen het behandelen ervan door de Grote Kamer.[17] Een teken van de gevoeligheid van de zaak is vervolgens overigens wel te zien in het feit dat de Grote Kamer bij zijn beoordeling van het onderhavige verzoek alle context weglaat en uitsluitend ingaat op de puur juridische vragen die uit het verzoek naar voren komen. Het advies zelf laat zich daardoor lezen als een uiterst juridisch, objectief en

zakelijk geheel, dat recht doet aan de wens van het Hof 'not to transfer the dispute to the Court, but rather to give the requesting court guidance on Convention issues when determining the case before it'.^[18] Daarmee gaat het Hof het risico van politiek gebruik uiteindelijk toch op een slimme manier tegen: het geeft inhoudelijke advies, maar het doet dat op een zodanig abstractieniveau dat het de hete aardappel in feite gewoon weer terugspeelt naar het constitutionele hof. Dit laat wel zien dat het voor het goed omgaan met (mogelijk) strategisch gemotiveerde adviesverzoeken niet nodig is dat zo'n verzoek door het Panel wordt afgewezen.

Interpretatie- en afbakeningsvrijheid; abstractieniveau van de advisering

9. Voor de procedure van Protocol 16 is verder interessant dat naar aanleiding van de vragen van het Armeense constitutionele hof de vraag opkwam of de Grote Kamer het adviesverzoek precies zo zou moeten behandelen als het Panel het had aanvaard, of dat het daarbij nog keuzes mag maken, bijvoorbeeld als het gaat om het al of niet behandelen van alle vragen.^[19] De Grote Kamer stelt voorop dat het Hof niet alsnog kan besluiten om een adviesverzoek af te wijzen: die beoordeling is echt aan het Panel. Dat uitgangspunt ligt logisch in lijn met de benadering die het Hof volgt als het gaat om de herbeoordeling van zaken na intern ingesteld hoger beroep op grond van art. 43 EVRM.^[20] Daarover heeft het in de zaak *Pisano* geoordeeld dat 'neither the Convention nor the Rules of Court empower it to review a decision by the panel to accept a request for a rehearing. What is more, the terms of Article 43 § 3 of the Convention ... make clear that once the panel has accepted a request for a rehearing, the Grand Chamber has no option but to examine the case.'^[21] Wel ziet het Hof, net als bij art. 43 EVRM, bij Protocol 16 de nodige vrijheid om de omvang van het adviesverzoek verder af te bakenen en de vragen van de nationale rechter zelf te interpreteren.

10. Deze interpretatie- en afbakeningsvrijheid betekent allereerst dat de Grote Kamer de nodige ruimte ziet waar het gaat om de keuze voor het abstractieniveau van de advisering. Zoals bij randnr. 8 al even aan de orde kwam, maakt een algemene beoordeling het mogelijk dat het Hof kan abstraheren van de politieke context van de voorliggende zaak. Een tweede verklaring voor de gekozen abstracte beoordeling is erin gelegen dat de kwestie in Armenië niet bij het constitutionele hof terecht was gekomen na uitputting van alle andere nationale rechtsmiddelen, maar na een interne prejudiciële procedure. Het gevolg daarvan was dat de zaak op nationaal niveau nog nauwelijks was uitgeprocedeerd voor hij aan het EHRM werd voorgelegd, waardoor veel feitelijke en rechtsvragen nog helemaal openlagen. Normaal gesproken is juist een van de voordelen van de keuze om alleen hoogste rechters bevoegd te maken (of, bij gewone klachtprocedures, van de eis van uitputting van rechtsmiddelen) dat de zaak op nationaal niveau al uitvoerig feitelijk en juridisch is beoordeeld. Daardoor, en door de eis dat in het adviesverzoek de nodige concrete informatie wordt gegeven over de nationale

procedure en de daarin spelende feitelijke en juridische vragen,[22] hoeft het Hof zich niet met feitenvaststelling en met inschattingen van het nationale recht bezig te houden. Het Hof merkt terecht op dat het in de onderhavige zaak juist moeilijk is om een concrete EVRM-uitleg te geven, nu er door het premature stadium waarin de zaak op nationaal niveau verkeert nog maar zo weinig duidelijk is over de feiten en de nationale rechtstoepassing.[23] Ook daarom benadrukt het Hof dat zijn oordeel weinig gericht kan zijn op de feiten en dat het echt aan de nationale rechter is om een juridische beoordeling te geven in het licht van het algemene advies van het Hof.

Buiten behandeling laten van een van de adviesvragen

11. Opmerkelijk is vervolgens dat de Grote Kamer besluit om zijn vrijheid tot interpretatie en afbakening van het adviesverzoek ook in te zetten waar het gaat om de keuze voor de te beantwoorden adviesvragen. Als onderdeel van zijn adviesverzoek had het Armeense constitutionele hof als eerste de vraag aan het Hof voorgelegd of het concept ‘recht’ (‘law’), zoals het is opgenomen in art. 7 EVRM, dezelfde betekenis zou moeten hebben als het heeft voor andere EVRM-bepalingen, zoals art. 8-11, tweede lid (waarbij overigens interessant is dat in de Nederlandse vertaling van die bepalingen niet het in art. 7 EVRM genoemde begrip ‘recht’, maar het begrip ‘wet’ wordt gebruikt).[24] Ook vroeg het constitutionele hof of bij art. 7 EVRM dan dezelfde kwalitatieve eisen van rechtszekerheid, toegankelijkheid, voorzienbaarheid en stabiliteit zouden moeten worden geformuleerd, en, als dat niet zo zou zijn, welke eisen dan wel zouden moeten worden gesteld.[25] Hoewel ruim verwoord, zijn dit op zichzelf geen gekke vragen om in een adviesverzoek te stellen. Ze geven het Hof immers de gelegenheid om te komen tot verduidelijking van het begrip ‘recht’ in art. 7 lid 1 EVRM, zowel op zichzelf bezien als in relatie tot het wetsbegrip in andere bepalingen.[26] Daardoor zou het Hof ook de samenhang en de verschillen tussen de betekenis van hetzelfde begrip in verschillende EVRM-bepalingen kunnen verduidelijken, wat vanuit een goed begrip van het EVRM en een goede toepassing daarvan op nationaal niveau zeker nuttig is. Bovendien zouden ze een opmaat kunnen vormen naar de beantwoording van de meer specifieke interpretatievragen die het constitutionele hof had voorgelegd, en waarin die kwalitatieve eisen ook een belangrijke rol spelen.[27] Al met al bood deze vraag het Hof dus een goede gelegenheid om invulling te geven aan zijn interpretatietask zoals die onder art. 32 EVRM en in Protocol 16 is geformuleerd, en om in de dialoog met de nationale rechter duidelijkheid te bieden over de betekenis van kernbegrippen in het EVRM.

12. Het Hof blijkt de vraag van de nationale rechter echter heel anders te interpreteren, namelijk als een vraag om iets te zeggen over het wetsbegrip in art. 8-11 EVRM als zodanig. Dat lijkt het Hof niet zo nuttig, want: ‘[a]s far as can be seen from the charges brought against Mr Kocharyan ..., there is nothing in the factual context of the case that could be perceived as

the exercise of his rights under Articles 8-11 of the Convention.’[28] Gelet daarop is er volgens het Hof te weinig aanleiding in de nationale kwestie om op deze vragen in te gaan en zou een antwoord op deze vragen ook te zeer losgezongen raken van de feiten.[29] Die redenering van het Hof is niet zo overtuigend, want de vragen van de nationale rechter richtten zich juist *niet* op art. 8-11 EVRM als zodanig, maar zagen primair op de uitleg van het rechtsbegrip in art. 7 EVRM in het licht van de rechtspraak over die bepalingen. Het lijkt er bijna op dat het Hof de vragen van het constitutionele hof doelbewust wat anders interpreteerde om niet op deze vraag te hoeven ingaan. De redenen daarvoor zijn niet duidelijk, maar mogelijk zag het Hof er weinig heil in om een heel brede EVRM-uitleg te moeten geven die ook voor andere staten relevant zou kunnen zijn, en dat in een adviesprocedure onder een Protocol dat lang niet alle staten wordt ondersteund.[30] Toch is dit jammer, want door deze keuze biedt Protocol 16 minder mogelijkheden tot algemene rechtsontwikkeling en interpretatie van het EVRM dan velen hadden gehoopt.[31] Dit betekent ook dat het voor nationale rechters zaak zal zijn om adviesverzoeken zo precies en zo concreet mogelijk te formuleren als ze een antwoord op hun vragen willen krijgen.

Snelheid

13. Procedureel gezien ligt de aanpak van het Hof verder in lijn met de benadering die het in zijn eerste advies al koos.[32] Opnieuw is de Grote Kamer in relatief korte tijd tot een advies gekomen, namelijk binnen tien maanden. Dat is niet zo snel als in de eerste zaak, waar het maar een half jaar nodig had,[33] maar toch nog aanzienlijk sneller dan in veruit de meeste reguliere uitspraken naar aanleiding van individuele klachten. In de korte tijd die het Hof uittrok om de zaak te beoordelen heeft het bovendien een vrij uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht laten samenstellen, waaruit het in zijn beoordeling van de zaak ook stevig blijkt te putten.[34] Op de mogelijke risico’s die deze snelheid oplevert in het licht van de zorgvuldigheid van zo’n rechtsvergelijkend overzicht, gaan we hierna bij randnr. 18 verder in.

Interventies

14. De Grote Kamer heeft verder enige steun bij zijn advies kunnen krijgen van interveniënten die toestemming hadden gekregen om observaties in te dienen. Daarbij valt op dat dit er duidelijk minder waren dan bij het eerste adviesverzoek over erkenning van buitenlands draagmoederschap in Frankrijk. In die kwestie intervenueerden niet alleen zes non-gouvernementele organisaties en de Franse ombudsman, maar ook drie regeringen van andere staten (het Verenigd Koninkrijk, Tsjechië en Ierland).[35] In het onderhavige geval heeft kennelijk geen van de andere regeringen zich geroepen gevoeld om iets over de kwestie in te brengen, en ook vanuit ‘civil society’ werden alleen interventies ontvangen van de *Helsinki Association for Human Rights* en een organisatie die *ad hoc* opkwam voor de nabestaanden van

de mensen die bij de beëindiging van de protesten in 2008 waren overleden.[36] Mogelijk heeft dit gebrek aan belangstelling iets te maken met het bijzondere karakter van de onderliggende zaak, waarbij de problematiek die het Armeense constitutionele hof aan het EHRM voorlegde ogenschijnlijk sterk gerelateerd is aan de fluwelen revolutie zoals die zich in Armenië voordeed. Daardoor kan het goed zijn dat de kwestie voor andere staten minder relevant leek en dat zij geen aanleiding zagen om menskracht en tijd te investeren in het indienen van hun observaties. Toch is het jammer dat dit niet is gebeurd, want het inhoudelijke advies van het EHRM was voor veel staten vermoedelijk wel degelijk van belang (in ieder geval voor Nederland, zoals hierna nog zal blijken), juist doordat het wat abstract en daardoor rechtssysteemoverstijgend is geformuleerd. Het verschaffen van feitelijke en inhoudelijke informatie door andere regeringen en ‘civil society’ had mogelijk kunnen leiden tot een stevigere basis voor het advies.[37]

15. Al met al kan worden geconcludeerd dat dit tweede advies op procedureel terrein wel wat verduidelijking en vernieuwing biedt, maar ook weer geen vuurwerk.[38] De inhoudelijke beoordeling is in vergelijking hiermee des te interessanter. Daarop zal dan ook in het vervolg van deze annotatie het accent liggen.

‘Legislation by reference’ en gelede normstelling

16. Vanuit inhoudelijk perspectief is het advies vooral uiterst relevant omdat het EHRM voor het eerst specifiek de vraag beantwoordt onder welke voorwaarden het gebruik van ‘legislation by reference’ in het strafrecht verenigbaar is met hiervoor al even genoemde art. 7 EVRM, waarin het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is vastgelegd.^[39] Het constitutionele hof van Armenië heeft deze vraag aan het Hof voorgelegd naar aanleiding van een strafbaarstelling waarin wordt verwezen naar bepalingen in de Armeense grondwet (par. 26). Die bepalingen in de Armeense grondwet bepalen hierdoor mede de inhoud van de strafbaarstelling. In het Nederlandse strafrecht wordt een dergelijke legislatieve constructie doorgaans een ‘gelede normstelling’ genoemd. Van een gelede normstelling is sprake in het strafrecht als de materiële (verbods- of gebods)norm verspreid is over meerdere geledingen van wetgeving, waardoor de strafbaarstelling gevormd wordt in een samenstel van bepalingen.^[40] Niet zelden bestaat een gelede normstelling uit bepalingen afkomstig uit verschillende rechtsgebieden (zoals het administratieve recht en het strafrecht). Het EHRM lijkt op deze domeinoverschrijdende gelede normstellingen specifiek het oog te hebben; in par. 31 overweegt het Hof namelijk het volgende: ‘the Court will use the terminology “blanket reference” or “legislation by reference” technique to denote the legislative technique where substantive provisions of criminal law, when setting out the constituent elements of criminal offences, refer to legal provisions outside criminal law’.

17. Dergelijke normstellingen die bestaan uit geledingen in verschillende (rechts)domeinen komen ook in Nederland veelvuldig voor in het bijzonder strafrecht. Zo is de systematiek achter de Wet op de Economische Delicten (WED) – het grootste deelterrein in het bijzonder strafrecht – feitelijk gebouwd op gelede normstellingen; de WED wordt dan ook wel het strafrechtelijk sluitstuk genoemd van achterliggende administratieve wetten.^[41] Via art. 1 en 1a WED (jo. art. 2 WED) wordt een groot aantal bepalingen uit administratieve wetten voorzien van de mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving en sanctionering. Ook de centrale bepaling in het fiscale strafrecht, art. 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), laat een gelede normstelling zien doordat deze bepaling strafrechtelijke sanctionering mogelijk maakt indien het achterliggende belastingrecht (bestuursrecht) opzettelijk is overtreden. Dit betekent dat dit advies potentieel ook van grote betekenis is voor het Nederlandse strafrecht.

Rechtsvergelijkend overzicht in het advies

18. Hoogst opmerkelijk is daarom de passage in par. 32 van het advies, waarin het Hof het volgende overweegt: ‘The survey shows that a large majority of the forty-one member States covered by the survey, namely all except two (Malta and the Netherlands), make use of the “blanket reference” or “legislation by reference technique” in *their criminal law in general*’ (cursivering JC). Deze vaststelling aangaande het Nederlands recht doet sterk vermoeden dat een misverstand is ontstaan bij de uitvoering van het bedoelde rechtsvergelijkende onderzoek. In elk geval kan de conclusie van het Hof met betrekking tot de situatie in Nederland lastig anders verklaard worden. Mogelijk heeft ook de vraagstelling van het Armeens constitutioneel hof de resultaten van het onderzoek beïnvloed. De derde vraag van dit hof is namelijk gesteld naar aanleiding van een bepaling in het Armeense wetboek van strafrecht (art. 300.1 CC), waarin verwezen wordt naar bepalingen in de Armeense *grondwet* (namelijk de art. 1-5 en 6, lid 1 daarvan). Wellicht is de vraag in het rechtsvergelijkend onderzoek dus zo opgevat dat enkel gedacht is aan strafbepalingen met een verwijzing naar grondwettelijke bepalingen. Dit is echter niet heel aannemelijk, omdat de vraag van het Armeense constitutionele hof, zoals die hierboven is weergegeven, onbetwistbaar luidt of het strafrecht in de lidstaten *in het algemeen* gelede normstellingen bevat. Dit wordt onderstreept door de gestelde vervolgvragen, zoals weergegeven in par. 32 en 33 van het advies van het Hof, waarin aan de landen waar gebruik wordt gemaakt van gelede normstellingen, wordt gevraagd of die gelede normstellingen zich *ook* uitstrekken tot normen in de grondwet. Daar komt nog bij dat het Nederlandse strafrecht wel degelijk bepalingen bevat waarin verwezen wordt naar de Grondwet. Te denken valt vooral aan art. 355 Sr over de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers en staatssecretarissen voor schendingen van de Grondwet.^[42] Dus ook als het rechtsvergelijkend onderzoek beperkt is uitgevoerd naar strafbaarstellingen met verwijzingen

naar de grondwet, had het antwoord over het Nederlandse strafrecht beslist bevestigend moeten zijn.

19. Een andere mogelijke verklaring voor de vaststelling ten aanzien van het Nederlands recht is – maar dan betreden we het riskante terrein der speculatie – dat het rechtsvergelijkende onderzoek onder (te) hoge tijdsdruk is uitgevoerd, waardoor een vergissing is geslopen in de resultaten. Hiervoor werd er al even melding van gemaakt dat het Hof binnen een krappe tien maanden zijn advies heeft gepubliceerd. Op 2 augustus 2019 heeft het Armeense constitutioneel hof immers om een advies van het EHRM verzocht, en het advies is op 29 mei 2020 reeds gepubliceerd. Dat is een korte periode voor een rechtsvergelijkend onderzoek van maar liefst 41 lidstaten.

In elk geval mag rustig geconcludeerd worden dat het een vergissing is dat het Nederlandse strafrecht geen gelede normstellingen (of, in de woorden van het Hof, ‘legislation by reference’) kent.

Verenigbaarheid van gelede normstelling met art. 7 EVRM

20. Zodoende wordt het de hoogste tijd om terug te keren naar de voor het Nederlandse strafrecht relevante vraag onder welke omstandigheden gelede normstellingen toelaatbaar zijn in het licht van het in art. 7 EVRM vervatte legaliteitsbeginsel. Hierbij gaan we bewust voorbij aan de vraag óf een gelede normstelling als strafbaarstellingstechniek voldoende tegemoetkomt aan de eisen van art. 7 EVRM. Het Hof had in *Khodorkovskiy en Lebedev* immers al geoordeeld dat het gebruik van een (impliciete) gelede normstelling niet automatisch tot een schending van art. 7 EVRM leidt.^[43] In die zaak waren de klagers veroordeeld voor overtreding van art. 198 en 199 van het Russische wetboek van strafrecht, waarin belastingontduiking strafbaar is gesteld. In zijn interpretatie van deze bepalingen had de Russische rechter aangeknoopt bij de uitleg van vergelijkbare termen in het civiele recht en het belastingrecht.^[44] De klagers stelden dat deze (*de facto*) gelede normstelling tot een onvoorzienbare interpretatie van het recht leidde, waarmee art. 7 EVRM geschonden was. Het EHRM volgde de klagers echter niet in deze klacht. Het overwoog dat de art. 198 en 199 van het Russische wetboek van strafrecht onvermijdelijk vaag zijn, omdat zij een breed palet aan mogelijke gedragingen (ter ontduiking van belastingen) omvatten,^[45] en dat een extensieve interpretatie van deze bepalingen daarom geen strijd oplevert met art. 7 EVRM, ook niet als die interpretatie mede gevoed wordt door de uitleg van bepalingen in andere rechtsdomeinen. Hierbij achtte het Hof relevant dat de bepalingen zich op een bijzonder terrein bevinden (fiscaal strafrecht, een ‘highly technical sphere’ volgens het Hof), waardoor meer zorg verwacht mag worden bij het verrichten van professionele, bedrijfsmatige, activiteiten op dit terrein – ook indien hiervoor juridische ondersteuning benodigd is.^[46] Dit betekent ook dat

een vergelijkbare redenering niet zomaar kan worden toegepast op commune delicten als diefstal en verduistering, zo bleek uit een latere zaak van dezelfde klagers;^[47] in commune zaken zal namelijk geen sprake zijn van een ‘highly technical sphere’.

21. Hoewel het Hof zich in zijn rechtspraak niet eerder expliciet over gelede normstelling heeft uitgesproken, wisten we, kortom, al dat dergelijke normstellingen verenigbaar kunnen zijn met art. 7 EVRM. Het Hof had bovendien al de eerste piketpaaltjes geslagen inzake de toelaatbaarheid van gelede normstellingen. Tussen de piketpaaltjes bevond zich echter nog onontgonnen terrein. Bovendien werd in geen van de zaken expliciet geklaagd over het gebruik van gelede normstellingen; de klacht was telkens dat de (interpretatie van de) strafbaarstelling als geheel (inclusief de gelede normstelling) niet verenigbaar was met art. 7 EVRM, omdat het niet voldeed aan de vereisten van ‘helderheid’ (van de strafbaarstelling) en ‘voorzienbaarheid’ (van de toepassing van de strafbaarstelling) die door de EHRM in zijn rechtspraak zijn ontwikkeld.^[48] De meerwaarde van het advies van 29 mei 2020 aan het Armeens constitutioneel hof is dan ook dat de expliciete vraag naar de verenigbaarheid van gelede normstellingen met art. 7 EVRM het Hof de gelegenheid bood het terrein van gelede normstellingen verder te ontginnen. In onderhavig advies verschaft het Hof op dit punt vooral meer helderheid door te benadrukken (in par. 70), en onder verwijzing naar de eerdere rechtspraak, dat deze wetgevingstechniek in zichzelf niet onverenigbaar is met art. 7 EVRM.

Duidelijkheid en voorzienbaarheid

22. De derde, in verband met gelede normstellingen uiterst relevante vraag die het Armeens constitutioneel hof aan het EHRM voorlegt is of gelede normstellingen waarbij verwezen wordt naar een bepaling met ‘supreme legal force’ (zoals de Armeense grondwet in het onderhavige geval) in het strafrecht verenigbaar is met de vereisten van ‘certainty, accessibility, foreseeability and stability’. Het Hof veralgemeniseert die vraag tot de vraag of het gebruik van gelede normstellingen in het strafrecht verenigbaar is met art. 7 EVRM, mede omdat uit het hierboven gesproken rechtsvergelijkend onderzoek bleek dat vrijwel alle verdragsstaten gebruik maken van gelede normstellingen in het strafrecht.^[49] In de beantwoording van deze vraag knoopt het Hof aan bij zijn jurisprudentie over de kwaliteitseisen die in het algemeen aan strafbaarstellingen worden gesteld in het licht van art. 7 EVRM: de eisen van voldoende precisie, toegankelijkheid en voorspelbaarheid (in de toepassing) van de bepaling. Hieruit vloeit voort dat de gelede normstelling als geheel (het Hof spreekt van de ‘referencing provision’ en de ‘referenced provision’) voldoende zekerheid moet verschaffen over de vraag welk gedrag (of nalaten) tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt.

23. De meest effectieve manier om aan de kwaliteitseisen van duidelijkheid en

voorzienbaarheid te voldoen is door in de strafbepaling waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt expliciet te verwijzen naar de achterliggende bepaling(en). Daarnaast moet de strafbepaling de (strafbepalende) bestanddelen van de strafbaarstelling bevatten, zodat in de achterliggende bepaling(en) de strafbaarstelling enkel verder kan worden uitgewerkt (door bijvoorbeeld meer gedetailleerd een van de bestanddelen uit te werken), maar die achterliggende bepalingen de reikwijdte van de strafbaarstelling niet zullen uitbreiden.^[50] Zodoende moet iedere burger van tevoren kunnen voorzien welk gedrag strafbaar is, desnoods met behulp van juridisch advies.

Het is niet verrassend dat het Hof deze voorwaarden, die het in het algemeen stelt aan de kwaliteit van strafbaarstellingen, ook toepast op strafbaarstellingen waarbij gebruik gemaakt wordt van een gelede normstelling. Interessanter is de manier die volgens het Hof het 'meest effectief' is om dit te bereiken. Hoewel dit niet de enige manier is waarop het gebruik van gelede normstellingen verenigbaar is met art. 7 EVRM, staan beide, hieronder afzonderlijk besproken, onderdelen van dit advies haaks op de Nederlandse legislatieve praktijk in bijzondere strafwetgeving.

Verwijzing naar achterliggende bepalingen in Nederland

24. In beginsel wordt in de gelede normstellingen in het Nederlandse strafrecht in de strafbepaling expliciet verwezen naar de achterliggende (administratiefrechtelijke) bepalingen. De WED is bijvoorbeeld zo ontworpen dat alle bepalingen die onder die wet vallen genoemd staan in art. 1 en 1a. Deze omvangrijke bepalingen, waarin de genoemde regelingen alfabetisch zijn gesorteerd, verwijzen telkens expliciet naar de honderden bepalingen in bijzondere wetten waarin de strafbaarstellingen nader worden uitgewerkt.^[51] Anders dan de constellatie die ten grondslag ligt aan het onderhavig advies (en waaraan het EHRM (mogelijk daarom) lijkt te denken in zijn rechtsvergelijkend overzicht), bestaat een gelede normstelling in het Nederlandse strafrecht vaak uit meer dan twee geledingen.^[52] In die bijzondere (administratiefrechtelijke) wetten waarnaar de WED verwijst, worden de verwijzingen naar volgende geledingen minder expliciet, terwijl die volgende geledingen ook niet genoemd worden in de WED zelf.

25. Zo stelt – ter illustratie – art. 1a WED (jo. art. 2 WED) de opzettelijke overtreding van de art. 6-13 van de Wet Bodembescherming strafbaar als misdrijf. In deze bestuursrechtelijke bepalingen wordt vervolgens weer verwezen naar (onderliggende) regels die 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur' kunnen worden gesteld. Via de woorden 'bij algemene maatregel van bestuur' (AMvB) wordt de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels gedelegeerd aan een bestuursorgaan. Via de woorden 'krachtens algemene maatregel van bestuur' wordt het gedelegeerde bestuursorgaan toegestaan die bevoegdheid zelf weer te

delegeren (subdelegatie).^[53] Zo gaan alleen al achter art. 6 van de Wet bodembescherming diverse besluiten (AMvB's) schuil, die op hun beurt de mogelijkheid bieden de bevoegdheid tot het stellen van regels nogmaals de delegeren. De achterliggende besluiten worden in art. 6 Wet bodembescherming noch art. 1a WED expliciet vermeld. Zodoende heeft de wetgever rondom art. 6 Wet bodembescherming een legislatieve situatie gecreëerd die doet denken aan een speurtocht op een kinderfeestje, waarbij de organiserende ouders onderweg een pijl vergeten zijn te zetten. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij tal van andere bepalingen in bijzondere wetten.

26. Zodoende kan gesteld worden dat terwijl het EHRM graag expliciete verwijzingen ziet binnen gelede normstellingen, die expliciete verwijzingen in de Nederlandse bijzondere wetten veelal ontbreken, terwijl de gelede normstellingen vaak meer dan twee geledingen bestrijken. Het is veilig om te stellen dat juist bij complexe gelede normstellingen de verwijzingen expliciet zouden moeten zijn, gelet op het achterliggende belang van de rechtszekerheid dat door het EHRM nog beklemtoond wordt in par. 74. Hoe omvangrijker de speurtocht, hoe belangrijker de pijlen die de weg wijzen.^[54]

Verwerken van delictsbestanddelen in de strafbepaling

27. Het tweede onderdeel van de – volgens het Hof – meest effectieve manier om met het gebruik van gelede normstellingen te voldoen aan de kwaliteitseisen die het EHRM stelt aan (straf)wetgeving, is door de (strafbepalende) delictsbestanddelen van de strafbaarstelling te verwerken in de strafbepaling (waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt). In de achterliggende bepalingen kunnen die bestanddelen dan in meer detail worden uitgewerkt, zonder dat die achterliggende bepalingen de reikwijdte van de strafbaarstelling uitbreiden.

28. In het Nederlandse strafrecht lijken veel gelede normstellingen (ook) niet aan deze voorkeur van het EHRM te voldoen. Sterker nog, – laten we voor het gemak maar even in art. 1a WED blijven – de delictsbestanddelen van de gelede normstelling bevinden zich doorgaans juist in de lagere regelgeving, en niet in de strafbepaling waarin de gelede normstelling zijn oorsprong vindt.

In het hierboven al besproken voorbeeld van de gelede normstelling rondom de art. 6-13 Wet Bodembescherming, waarvan de oorsprong ligt in art. 1a WED, zijn de bestanddelen als volgt verdeeld. In art. 1a WED zelf is geen (strafbepalend) bestanddeel opgenomen, hier is enkel gesteld dat overtreding van onder meer de art. 6-13 Wet Bodembescherming strafbaar is als economisch delict. In art. 2 WED is bepaald dat de *opzettelijke* overtreding van onder meer de art. 6-13 Wet Bodembescherming als misdrijf te gelden heeft. In deze misdrijfvariant is een van de bestanddelen, namelijk het opzet, dus opgenomen in art. 2 WED.^[55] Voor de rest van de

bestanddelen van deze strafbaarstelling moet te rade gegaan worden bij de art. 6-13 Wet Bodembescherming en de tientallen AMvB's die via de delegatiebevoegdheid in de art. 6-11 Wet Bodembescherming tot stand zijn gebracht. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij de vele andere bepalingen die genoemd staan in de art. 1 en 1a WED.

Gelet op de aangebrachte systematiek in de WED is bovenstaande legislatieve situatie niet vreemd; de bedoeling van de WED is, onder meer, te functioneren als strafrechtelijk sluitstuk op administratiefrechtelijke regels. Niet vreemd is daarom dat de uitwerking van de normen, in de bestanddelen, juist op dat administratiefrechtelijke niveau plaatsvindt. Deze praktijk lijkt echter slecht te passen bij de wijze waarop het EHRM gelede normstellingen graag vormgegeven ziet.

Tot slot

29. In het onderhavige advies heeft het EHRM voor het eerst expliciet de vraag beantwoord onder welke omstandigheden het gebruik van gelede normstellingen verenigbaar is met art. 7 EVRM. In dit advies wordt zichtbaar dat het EHRM deze vraag feitelijk hetzelfde beantwoordt als het al deed in eerdere kwesties die, meer in het algemeen, gingen over de kwaliteitseisen voor strafbaarstellingen. Ook voor strafbaarstellingen die een gelede normstelling bevatten blijven de eisen gelden van voldoende precisie, toegankelijkheid en voorspelbaarheid (in de toepassing) van de bepaling. Het EHRM beschrijft vervolgens de 'meest effectieve wijze' waarop strafbaarstellingen waarin een gelede normstelling is vervat aan deze kwaliteitseisen tegemoet kunnen komen.

30. De Nederlandse situatie in bijzondere (straf)wetten staat ver af van deze 'meest effectieve wijze'. Deze constatering betekent echter niet dat de Nederlandse wetgevingspraktijk rondom gelede normstellingen ogenblikkelijk op de schop moet om aan de eisen van het EHRM te voldoen. Het EHRM beschrijft immers 'slechts' de meest effectieve manier om gelede normstellingen aan de kwaliteitseisen van strafbaarstellingen te laten voldoen; dat betekent niet dat er geen andere manieren zijn om aan die eisen te voldoen. Bovendien is de strafbaarstelling naar aanleiding waarvan het Armeens constitutioneel hof advies vroeg aan het EHRM een gelede normstelling waarin verwezen wordt naar een eenvoudig vindbare bepaling in de Grondwet. De terreinen waarin in Nederland gebruik wordt gemaakt van gelede normstellingen zijn vrijwel allemaal 'highly technical spheres' – een voor het EHRM relevante factor in de weging van de verenigbaarheid van een bepaalde regeling met art. 7 EVRM. Op deze specialistische terreinen mag immers meer zorg verwacht worden ten aanzien van de bestudering van de relevante wet- en regelgeving door de normadressaten, zo nodig met behulp van juridisch advies. Hierdoor roept het onderhavige advies van het EHRM, vertaald naar de Nederlandse legislatieve situatie, vooral een aantal nieuwe vragen op,

bijvoorbeeld naar de precieze betekenis van het advies voor dit soort varianten van gelede normstelling.

31. Wel is het onderhavige advies relevant voor de discussie (in praktijk en wetenschap) over de normerende kracht van het legaliteitsbeginsel in het Nederlandse materiële strafrecht. In de literatuur wordt namelijk al langer gesignaleerd dat het legaliteitsbeginsel nog slechts 'beperkte normerende kracht' heeft in het Nederlands bijzonder strafrecht.^[56] Hierbij wordt erop gewezen dat verweren die zien op de onverbindendheid van te onduidelijke strafbaarstellingen vrijwel nooit gehonoreerd worden door de Nederlandse rechter.^[57] Datzelfde geldt voor verweren ten aanzien van de rechtmatigheid van het gebruik van de delegatiebevoegdheden binnen een gelede normstelling.^[58] Dit Straatsburgse advies kan een nieuwe impuls geven aan de discussie, en wie weet leidt het zelfs wel tot een adviesverzoek aan het Hof vanuit de Nederlandse Hoge Raad.

Janneke Gerards

Hoogleraar fundamentele rechten, Universiteit Utrecht

Jelle Cnossen

PhD-fellow bij de afdeling Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden

[1] EHRM (GK) 29 mei 2020, nr. P16-2019-001, Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law, requested by the Armenian constitutional Court [Advies met betrekking tot het gebruik van de 'blanket reference' - of 'wetgeving door verwijzing' - techniek bij de definitie van een misdrijf en de criteria voor vergelijking tussen het strafrecht dat van toepassing is ten tijde van het plegen van een misdrijf en de aanpassing van het strafrecht, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof].

[2] Zie voor de tekst van het Protocol <https://conventions.coe.int>, CETS-no 214.

[3] EHRM (GK) 10 april 2019, nr. P16-2018-001, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother [Advies met betrekking tot de erkenning in nationaal recht van een juridische ouder-kindrelatie tussen een kind dat door middel van draagmoederschap in het buitenland is geboren en de wensmoeder], «EHRC» 2019/121 m.nt. J.H. Gerards en C. Mak.

[4] Zie bijv. ‘Armeens parlement kiest nieuwe premier – massale demonstraties houden aan’, *NRC Handelsblad* 30 april 2018, <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/04/30/armenie-kiest-nieuwe-premier-massale-demonstraties-houden-aan-a1601305>. Zie ook D. Baazil, ‘Stap voor stap’, *De Groene Amsterdammer* 29 januari 2020, <https://www.groene.nl/artikel/stap-voor-stap-2020-01-29>, en de documentaire waarnaar in dit stuk wordt verwezen.

[5] In deze noot wordt de Engelse spelling van de namen van de hoofdrolspelers gegeven zoals het EHRM die ook gebruikt; in Nederland worden verschillende andere spellingen gehanteerd, zoals Sargsjan en Sarkisian.

[6] Advies P16-2019-001, par. 14.

[7] Advies P16-2019-001, par. 14. Zie over de rellen en de nasleep daarvan ook nader een rapport van toenmalig Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa Thomas Hammarberg, ‘Special Mission to Armenia’, Yerevan, 15-18 maart 2008, CommDH(2008)1, <https://rm.coe.int/16806db879>.

[8] Zie bijv. “Fluwelen revolutie” levert Nikol Pashinyan Armeens premierschap op’, *De Tijd* 8 mei 2018, <https://www.tijd.be/politiek-economie/internationaal/verkiezingen/fluwelen-revolutie-levert-nikol-pashinyan-armeens-premierschap-op/10009921.html>. Zie over de rol van Pashinyan ook https://en.wikipedia.org/wiki/Nikol_Pashinyan#Post-election_protests_and_violence.

[9] Advies P16-2019-001, par. 16.

[10] Idem.

[11] Advies P16-2019-001, par. 18.

[12] Zie o.m. K. Dzehtsariou, ‘Interaction between the European Court of Human Rights and member States: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy’, in: S. Flogaitis, T. Zwart & J. Fraser (red.), *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 116–146, p. 130; J.H. Gerards, ‘Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights—A Comparative and Critical Appraisal’, 21 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, p. 630–651.

[13] Hierover is inmiddels veel geschreven. Zie recent J.H. Gerards, ‘Protocol 16. Advisering door het EHRM’, in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2020. Zie ook de noot van Gerards en Mak bij het eerste advies van het EHRM in «EHRC» 2019/121.

[14] Zie voor die formele criteria Regel 3 (3) van Hoofdstuk X van het Reglement van het Hof en zie de *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure* die het Plenaire Hof in 2018 heeft vastgesteld, https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf, par. 7. Zie verder Gerards 2020 (noot 13), onderdeel C.3.

[15] Dat is toegestaan op basis van art. 4 lid 2 P16.

[16] Het Panel bestaat volgens Regel 3 lid 1 (1) van hoofdstuk X van het Reglement van het Hof uit (1) de President van het Hof (of eventueel de Vicepresident), (2 en 3) twee Sectievoorzitters (of vicevoorzitters) die worden aangewezen via een rotatiesysteem, (4) de nationale rechter voor de staat waar het verzoek vandaan is gekomen, en (5) een rechter die via een rotatiesysteem is aangewezen uit die rechters van het Hof die bevoegd zijn om in een Panel zitting te nemen. Van de Grote Kamer maken de volgende rechters volgens artikel 26 lid 5 EVRM jo. Regel 24 lid 2 (a) en (b) altijd onderdeel uit: de President van het Hof; de twee Vice-Presidenten van het Hof; de vijf Sectievoorzitters; de rechter die is verkozen voor de staat waartegen de zaak is gericht; de resterende plaatsen worden via loting toegekend (zie voor Protocol 16 Regel 94 lid 1 van het Reglement van het Hof). Dat betekent dat er in ieder geval altijd een overlap van vier van de vijf rechters zal bestaan.

[17] Hoogstens valt iets van de complexiteit te proeven uit het feit dat de EHRM-rechter voor Armenië, Armen Harutyunyan, zich voor de beoordeling van het verzoek heeft moeten verschonen. Hij was ten tijde van de relevante feiten Ombudsman in Armenië en sprak zich eerder in een rapport en in de media al kritisch uit over de manier waarop de protesten in 2008 waren beëindigd en hoe daarop vanuit de politiek werd gereageerd. Zie bijv. A. Harutyunyan, 'How can the human rights situation in Armenia be improved?', *RadioFreeEurope-RadioLiberty* 3 augustus 2008, https://www.rferl.org/a/How_Can_the_Human_Rights_Situation_In_Armenia_Be_Improved/1188181.html. Hij werd vervangen door de al genoemde adhoc-rechter Arman Sarvarian, die ten tijde van de protesten in Londen studeerde en daarna in het Verenigd Koninkrijk een academische carrière heeft opgebouwd; zie <https://www.surrey.ac.uk/people/arman-sarvarian>.

[18] Advies P16-2019-001, par. 43.

[19] Zie Advies P16-2019-001, par. 46.

[20] De Grote Kamer merkt dit zelf ook op; zie Advies P16-2019-001, par. 47.

[21] *Pisano t. Italië*, EHRM (GK) 24 oktober 2002, nr. 36732/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1023JUD0003673297, par. 26, «EHRC» 2002/106 m.nt. Schokkenbroek.

[22] Zie daarvoor art. 1 lid 2 en 3 P16 en zie nader Gerards 2020 (noot 13), onderdeel C.2.

[23] Advies P16-2019-001, par. 49.

[24] Letterlijk vroeg het Constitutionele Hof: ‘1) Does the concept of ‘law’ under Article 7 of the Convention and referred to in other Articles of the Convention, for instance, in Articles 8-11, have the same degree of qualitative requirements (certainty, accessibility, foreseeability and stability)? 2) If not, what are the standards of delineation?’; zie Advies P16-2019-001, par. 52.

[25] Idem.

[26] Zie daarover overigens wel H.F. Morre, ‘Artikel 7. Geen straf zonder wet’, in J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2020, onderdeel C.2.1.2. Uit haar analyse blijkt dat de uitleg van de begrippen ‘recht’ in art. 7 en ‘wet’ in art. 8-11 EVRM toch wel in hoge mate parallel loopt.

[27] Zie hierna, randnrs. 21-22.

[28] Advies P16-2019-001, par. 54.

[29] Advies P16-2019-001, par. 55.

[30] Protocol 16 is maar door een beperkt aantal staten geratificeerd; zie o.m. Gerards 2020 (noot 13).

[31] Zie kritisch hierover ook L. Lavrysen, ‘Advisory Opinion No. 2: a Slightly Bigger Rodent’, *Strasbourg Observers* 5 juni 2020, <https://strasbourgobservers.com/?s=advisory+opinion>.

[32] Zie voor een nadere analyse, met bronverwijzingen, de noot van J.H. Gerards en C. Mak bij advies P16-2018-001, «EHRC» 2019/121

[33] Zie nader de noot van J.H. Gerards en C. Mak bij advies P16-2018-001 (noot 3), «EHRC» 2019/121, randnr. 8.

[34] Advies P16-2019-001, par. 20-40.

[35] Zie het advies P16-2018-001 (noot 3), par. 6.

[36] Advies P16-2019-001, par. 8.

[37] Zie ook het pleidooi van Lize Glas voor het vaker (kwalitatief goed) interveniëren door staten in ‘high profile’-zaken bij de Grote Kamer; L.R. Glas, ‘The Draft Copenhagen

Declaration: ‘New Ways’ to ensure a ‘Strengthened Dialogue?’ *Strasbourg Observers* 26 februari 2018, <https://strasbourgobservers.com/2018/02/26/the-draft-copenhagen-declaration-new-ways-to-ensure-a-strengthened-dialogue/>.

[38] Niet voor niets heeft Laurens Lavrysen het in zijn blogpost over de zaak op *Strasbourg Observers* het over een ‘slightly bigger rodent’ dan in vergelijking met het eerste advies; zie <https://strasbourgobservers.com/?s=advisory+opinion>.

[39] Daarnaast bevat het advies een belangwekkend deel betreffende het *lex mitior*-beginsel (par. 75-92), naar aanleiding van de vierde vraag van het Armeens constitutioneel hof; dit deel blijft buiten beschouwing in deze annotatie.

[40] In de literatuur wordt dit begrip vaak meer als volgt omschreven: ‘De norm is gebaseerd op een hogere regeling en op grond van een delegatiebevoegdheid krijgt die norm gestalte in een lagere regeling of een combinatie van samenhangende regelingen’; zie F.G.H. Kristen, ‘Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 430.

[41] D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 20.

[42] Art. 355 Sr luidt als volgt: Met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, worden gestraft de ministers of staatssecretarissen: 1°. die hun medeondertekening verlenen aan koninklijke besluiten, wetende dat daardoor de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur worden geschonden; 2°. die uitvoering geven aan koninklijke besluiten, wetende dat deze niet van de vereiste medeondertekening van een minister of staatssecretaris zijn voorzien; 3°. die beschikkingen nemen of bevelen geven of bestaande beschikkingen of bevelen handhaven, wetende dat daardoor de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur worden geschonden; 4°. die opzettelijk nalaten uitvoering te geven aan de bepalingen van de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur, voor zover die uitvoering wegens de aard van het onderwerp tot hun taak behoort of uitdrukkelijk hun is opgedragen.

[43] *Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*, EHRM 25 juli 2013, nrs. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206.

[44] *Khodorkovskiy en Lebedev*, par. 795.

[45] *Khodorkovskiy en Lebedev*, par. 791.

[46] *Khodorkovskiy en Lebedev*, par. 784.

[47] *Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland (nr. 2)*, EHRM 14 januari 2020, nrs. 51111/07 en 42757/07, ECLI:CE:ECHR:2020:0114JUD005111107, *EHRC Updates* 2020-0061, par. 574-585.

[48] Advies P16-2019-001, par. 66.

[49] Advies P16-2019-001, par. 71.

[50] Advies P16-2019-001, par. 73.

[51] Er zijn ook voorbeelden te bedenken van minder expliciete verwijzingen. Zo verwijst art. 69 AWR naar ‘de belastingwet’ in het algemeen. Een explicietere verwijzing is hier echter nauwelijks mogelijk; het benoemen van alle achterliggende regelingen in het belastingrecht zou de bepaling immers zeer omvangrijk maken. En anders dan in de art. 1 en 1a WED verwijst art. 69 AWR naar één specifiek terrein

[52] In het onderhavige advies spreekt het EHRM immers steevast over twee bepalingen: de ‘referencing provision’ en de ‘referenced provision’.

[53] Deze rij aan delegatiemogelijkheden start overigens al in art. 1 en 1a WED; in de aanhef spreken die bepalingen immers al van ‘voorschriften, gesteld *bij of krachtens*’.

[54] Veel bijzondere wetten zullen een (in de woorden van het EHRM) ‘highly technical sphere’ zijn, waardoor verwacht mag worden dat de normadressaten meer dan gemiddelde inspanning verrichten om de voor hen relevante wet- en regelgeving te begrijpen – zo nodig met behulp van juridisch advies.

[55] Vgl. M. Kessler, *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 132-140.

[56] Zie bijvoorbeeld Kristen 2019 (noot 39), p. 444-445.

[57] Kristen 2019 (noot 39), p. 421-422.

[58] Kristen 2019 (noot 39), p. 434-435.