

**This item is the archived peer-reviewed author-version of:**

De handhavenswaardigheid van gedragingen in het publiekrecht : naar een algemeen toetsingskader en specifieke voorstellen tot depenalisering

**Reference:**

Rozie Joëlle, Opdebeek Ingrid, Todts Liesbeth.- De handhavenswaardigheid van gedragingen in het publiekrecht : naar een algemeen toetsingskader en specifieke voorstellen tot depenalisering  
Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht - ISSN 0040-7437 - 8(2023), p. 496-518  
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/2004880151162165141>

**De handhavenswaardigheid van gedragingen in het publiekrecht: naar een algemeen toetsingskader en specifieke voorstellen tot depenalisering**

*Joëlle Rozie, gewoon hoogleraar strafrecht Universiteit Antwerpen*

*Ingrid Opdebeek, prof. em. bestuursrecht Universiteit Antwerpen*

*Liesbeth Todts, docent bestuursrecht Universiteit Gent, wetenschappelijk medewerker Universiteit Antwerpen*

## **Inhoud**

<b>I. Inleiding</b> .....	3
<b>II. Probleemstelling, terminologie en afbakening</b> .....	3
A. Probleemstelling: gebrek aan een algemeen toetsingskader voor de strafwaardigheid van gedragingen.....	3
B. Voorafgaande terminologische verduidelijkingen .....	5
C. Verdere afbakening en mogelijke voorbehouden bij het onderzoek .....	6
<b>III. Ontwikkeling van een algemeen toetsingskader voor strafwaardigheid</b> .....	8
A. Uitgangspunt: een principiële keuzevrijheid van de regelgever tussen strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving maar met als grenzen de preliminaire uitgangspunten en de grondvoorwaarden.....	8
B. Preliminaire uitgangspunten .....	10
1. Het strafrecht als <i>ultimum remedium</i> .....	10
2. Visie over de strafdoelstellingen: vergelding en preventie als primaire doelstellingen in vraag gesteld .....	11
C. Grondvoorwaarden .....	15
1. Grondvoorwaarden inzake de legaliteitseis .....	15
2. Grondvoorwaarden inzake de legitimiteitseis .....	17
3. Grondvoorwaarden inzake de proportionaliteitseis .....	34
D. Schematisch overzicht.....	36
<b>IV. Concrete toetsing van gedragingen aan het toetsingskader</b> .....	39
A. Algemene aandachtspunten voor de regelgever bij de concrete toetsing .....	39
1. Maak gebruik van het toetsingskader, maar met de nodige omzichtigheid.....	39
2. Besteed voldoende aandacht aan de verantwoording van de strafbaarstelling, in functie van de preliminaire uitgangspunten .....	39
3. Waak bij de grondvoorwaarden over het (relatieve) belang per criterium.....	40
B. Concrete voorstellen tot depenalisering.....	41

1. (Eerder) niet depenaliseren wanneer er een hiërarchisch hogere norm is die strafrechtelijke handhaving dwingend voorschrijft, de integriteit van personen in het geding is of wanneer dit afbreuk doet aan reeds bestaande strafrechtelijke bepalingen .....	42
2. (Eerder) niet depenaliseren in geval van een aantal specifieke, veel terugkomende gedragingen die (quasi) altijd strafrechtelijk worden gehandhaafd .....	42
3. (Eerder) wel depenaliseren in geval van overtredingen .....	42
4. Wel of niet depenaliseren, in functie van de beleidskeuze .....	43
<b>V. Conclusie</b> .....	<b>43</b>

## I. Inleiding

1. Vlaanderen wil een coherent, efficiënt en effectief handhavingsbeleid voeren, waarbij het strafrechtelijke en bestuurlijke handhavingsbeleid nog meer aanvullend aan elkaar worden ingezet. Iedere inbreuk moet een aangepaste reactie krijgen.<sup>1</sup> Hierbij rijst de vraag welke inbreuken dan gedragingen zijn die 'strafwaardig' zijn, en welke misdrijven desgevallend in aanmerking komen om te worden 'gedepenaliseerd', ten voordele van andere handhavingssystemen, zoals de bestuurlijke handhaving.

2. Deze vraag staat centraal in deze bijdrage. Het bevat de krachtlijnen van het onderzoek dat reeds eerder door de auteurs werd uitgevoerd in opdracht van de Vlaamse overheid<sup>2</sup>, over het "opstellen van een set van criteria voor depenalisering en toepassing ervan door het aanleveren van onderbouwde voorstellen tot depenalisering". Deze set van criteria kan niet alleen worden gebruikt bij het toetsen van reeds bestaande strafbaarstellingen, wat ~~ook~~ het voorwerp uitmaakte van de onderzoeksopdracht (het betrof een reeks van (109) bijzondere strafwetten op Vlaamse niveau). Een dergelijke set is ook relevant bij de totstandkoming van nieuwe regelgeving. Het kan fungeren als een algemeen toetsingskader waaraan de strafwaardigheid van gedragingen kan worden getoetst, om zo de keuze tussen strafrechtelijke en andere (bv. bestuurlijke) handhaving te faciliteren. Het is vanuit die overweging dat deze (vervolg)bijdrage tot stand is gekomen.

3. Hiervoor schetsen we de ontwikkeling van het toetsingskader zoals opgesteld naar aanleiding van de onderzoeksopdracht (III). Vervolgens formuleren we een aantal aanbevelingen naar de regelgever die voortvloeien uit de concrete toetsing aan dit kader (IV). Eerst staan we ~~evenwel~~ kort stil bij de probleemstelling en-evenals de verantwoording van het onderzoek, alsook de verdere terminologie en afbakening ervan (II).

## II. Probleemstelling, terminologie en afbakening

A. Probleemstelling: gebrek aan een algemeen toetsingskader voor de strafwaardigheid van gedragingen

4. Er zijn verschillende redenen (denkbaar) waarom gedragingen worden gehandhaafd via het strafrecht. Soms zijn die redenen geëxpliciteerd bij de totstandkoming van de regelgeving,

---

<sup>1</sup> Vlaamse regering, Regeerakkoord 2019-2024, 94, beschikbaar via [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be).

<sup>2</sup> J. ROZIE, I. OPDEBEEK en L. TODTS, *Opstellen van een set van criteria voor depenalisering en toepassing ervan door het aanleveren van onderbouwde voorstellen tot depenalisering*, onderzoeksrapport, Universiteit Antwerpen, 2020, 366 p., beschikbaar via [https://assets.vlaanderen.be/image/upload/v1626263715/Criteria\\_voor\\_depenalisering\\_en\\_toepassing\\_ervan\\_cyuukr.pdf](https://assets.vlaanderen.be/image/upload/v1626263715/Criteria_voor_depenalisering_en_toepassing_ervan_cyuukr.pdf).

maar vaak is de regelgever stilzwijgend over de criteria die de onderbouwing vormden voor de strafbaarstelling. Tot voor kort vormden de criteria voor de handhavenswaardigheid van gedragingen via het strafrecht, en dus de strafwaardigheid ervan, zelfs een grote blinde vlek in het Belgisch strafrechtelijk beleid.

5. Nochtans is een doordachte sanctionering - en daarmee samenhangend waar nodig depenalisering - fundamenteel met het oog op een coherent en eenvormig strafrechtelijk beleid. Er is dan ook nood aan een duidelijk, algemeen toetsingskader voor het nagaan van de strafwaardigheid van gedragingen, om tot een doordacht en coherent handhavingsbeleid te kunnen komen. In onze buurlanden Frankrijk en Nederland is er al heel wat inkt gevloeid over deze materie.<sup>3</sup> Sinds het Federaal Regeerakkoord van 9 oktober 2014 werd ook in België uiteindelijk de wens geuit op beleidsniveau om na te denken over de actuele rol van het strafrecht in de handhaving en over een mogelijke hervorming daarvan.<sup>4</sup> Op federaal niveau, werd hiin het kader hiervan gaf (o.a.) de opdracht<sup>5</sup> gegeven door de voormalige minister van Justitie ~~(o.a.) de opdracht<sup>6</sup>~~ aan de Dienst voor het Strafrechtelijk Beleid om een 'taxatie-instrument' uit te werken.<sup>7</sup> Dit instrument kadert in de idee om het strafrecht als handhavingsmechanisme tot zijn 'kerntaak' terug te brengen en een methode te ontwikkelen die ertoe kan leiden dat alleen de inbreuken die echt als strafwaardig worden beschouwd voor de strafrechter te brengen. Het is dit instrument dat ook voor dit onderzoek een belangrijke inspiratiebron vormde voor de vraag naar de strafwaardigheid van gedragingen meer algemeen, zij het aangepast in het licht van een aantal opmerkingen die we hierbij formuleerden.<sup>8</sup>

6. Een algemeen toetsingskader voor het nagaan van de strafwaardigheid van gedragingen is niet alleen relevant voor academici, maar ook - en vooral - voor non-academici. Met het

---

<sup>3</sup> Zie ook nog *infra*.

<sup>4</sup> *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-20/001, 130-132.

<sup>5</sup> Naast de aanduiding van een aantal experts die samen de Commissie tot hervorming van het strafrecht vormden (opgericht per MB 30 oktober 2015 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht (BS 29 december 2015)). De Commissie werd nieuw leven ingeblazen per MB 22 december 2020 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht (BS 20 januari 2021). De voorstellen van de Commissie hebben reeds aanleiding gegeven tot diverse wetsinitiatieven. Het wetsontwerp tot invoering van Boek I van het Strafwetboek (*Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 3374/001) werd recent ingediend in de Kamercommissie Justitie.

<sup>6</sup> ~~Naast de aanduiding van een aantal experts die samen de Commissie tot hervorming van het strafrecht vormden (opgericht per MB 30 oktober 2015 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht (BS 29 december 2015)). De Commissie werd nieuw leven ingeblazen per MB 22 december 2020 houdende oprichting van de Commissies tot hervorming van het strafrecht en van het strafprocesrecht (BS 20 januari 2021). De ontwerpen van Boek I en Boek II van het Strafwetboek werden op 8 juli 2022 resp. 28 oktober 2022 in eerste lezing goedgekeurd op de ministerraad en liggen thans voor voor advies van (o.a.) de Raad van State, afdeling Wetgeving.~~

<sup>7</sup> DIENST VOOR HET STRAFRECHTELIJK BELEID m.m.v. C. DE CRAIM, C. DEFEVER, A. DELADRIÈRE, E. DEVEUX, R. PARRANDO RAMOS, H. VAN DER LINDEN, *Ontwikkeling van een taxatie-instrument ter bepaling van de strafwaardigheid van het gedrag omschreven in de inbreuk. Eindrapport ter attentie van de minister van Justitie*, Brussel, Federale Overheidsdienst Justitie, 2015, 222 p.

<sup>8</sup> Zie *infra*, III.

toetsingskader willen we in de eerste plaats een richtsnoer bieden aan de *regelgever*, die hij kan gebruiken bij het toetsen van reeds bestaande handhavingsbepalingen, dan wel bij het opstellen van nieuwe regelgeving inzake strafrechtelijke dan wel bestuurlijke handhaving. Het reikt de regelgever ankerpunten aan om een coherent beleid uit te dragen, gebaseerd op een verantwoorde, evenwichtige en legitieme afweging inzake de strafwaardigheid van een bepaalde gedraging.

7. Daarnaast beogen we met het toetsingskader ook een ~~praktische~~ richtlijn te geven-bieden aan de *strafrechter*. De strafrechter zal wanneer de strafvordering ontvankelijk is de betrokken strafbepaling hoe dan ook moeten interpreteren, zo niet maakt hij zich schuldig aan rechtsweigering, bij de interpretatie van de betrokken strafbepaling. Voor de strafrechter zal een set van criteria van strafwaardigheid een oriënterende rol kunnen vervullen.<sup>9</sup>

8. Tot slot is het toetsingskader ook relevant voor de *burger*, die uiteindelijk het voorwerp uitmaakt van de strafbepaling. Het toetsingskader kan bijdragen aan het inzicht van de burger in de strafwaardigheid van zijn gedraging, zodat hij op voorhand kan voorzien hoe de overheid op zijn gedragingen strafrechtelijk zal kunnen reageren. Dit is essentieel in het licht van het *lex certa*-principe, krachtens dewelke de strafwet moet zijn geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is.<sup>10</sup>

9. Het doel van het onderzoek beperkt zich niet tot enkel het opstellen van een algemeen toetsingskader *als zodanig*. We beogen ook een aantal concrete en onderbouwde voorstellen te formuleren tot depenalisering, aan de hand van het opgestelde toetsingskader.

## B. Voorafgaande terminologische verduidelijkingen

10. In het onderzoek staat de vraag centraal naar al dan niet ‘*depenalisering*’. Voor een goed begrip, moet de notie ‘*depenalisering*’ worden afgebakend. Niet alle doctrine hanteert immers dezelfde (werk)definitie.<sup>11</sup> Voor dit onderzoek gaan we ervan uit dat het begrip ‘*depenalisering*’ moet worden onderscheiden van het begrip ‘*decriminalisering*’.

11. ‘*Depenalisering*’ impliceert dat de gedraging wordt onttrokken aan het strafrechtelijk systeem, ten gunste van een ander sanctioneringsmechanisme, bijvoorbeeld een bestuurlijk handhavingssysteem. *Depenalisering* wil dus niet zeggen dat de inbreuk op een bepaalde

---

<sup>9</sup> Zie ook C. P.M. CLEIREN, “Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht”, in C.P.M. CLEIREN, M.J.J. KUNST, J.P. VAN DER LEUN, G.K. SCHOEP, J.M. TEN VOORDE (eds.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag, Boom Lemma Uitgevers, 2012, 7.

<sup>10</sup> Zie hierover nog *infra*, III, C, 1, inzake de legaliteitseis.

<sup>11</sup> Zie daarover o.a. J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Parijs, Collection des rapports officiels, 2008, 20.

norm niet langer meer kan worden gehandhaafd. Dit is anders bij ‘decriminalisering’, dat betekent dat de gesanctioneerde verplichting uit de ganse rechtsorde (niet alleen de strafrechtelijke) wordt geschrapt en er dus in principe geen (strafrechtelijke of andere) handhaving meer mogelijk is.<sup>12</sup> Deze begripsinvulling ligt in lijn met de parlementaire voorbereiding bij de totstandkoming van het Sociaal Strafwetboek<sup>13</sup> en met de visie die door een meerderheidsstrekking in de Belgische strafrechtsleer wordt vertolkt.<sup>14</sup>

**12.** Een ander begrip dat duiding behoeft, is de notie ‘*strafwaardigheid*’. Dit begrip kan in het strafrecht immers vele ladingen dekken. Voor het onderzoek hanteren wij het begrip ‘strafwaardigheid’ in de ruime zin. Het gaat om de overtreding van een norm waarvoor het ‘waard’ is om te opteren voor een strafrechtelijke handhaving. Ongewenst gedrag is immers niet (per se) in zichzelf ‘strafwaardig’ en wordt dat pas door het gedrag als zodanig te bestempelen via een strafbaarstelling.<sup>15</sup> Het politiek besluitvormingsproces determineert waarom bepaalde gedragingen als ‘strafwaardig’ moeten worden bestempeld.<sup>16</sup>

**13.** Nu reeds valt te benadrukken dat de strafwaardigheid van een gedraging niet belet dat uiteindelijk toch voor (ook) een *bestuurlijke* handhaving wordt geopteerd. Het kan gaan om een zuivere bestuurlijke handhaving, maar ook een vorm van ‘gemengde’ handhaving. Er is dan weliswaar sprake van een strafwaardig geachte gedraging, maar waarvoor een beroep wordt gedaan op de inzetbaarheid van zowel het straf- als het bestuursrecht.<sup>17</sup>

### C. Verdere afbakening en mogelijke voorbeelden bij het onderzoek

---

<sup>12</sup> Cf. DIENST VOOR HET STRAFRECHTELIJK BELEID m.m.v. C. DE CRAIM, C. DEFEVER, A. DELADRIÈRE, E. DEVEUX, R. PARRANDO RAMOS, H. VAN DER LINDEN, *Ontwikkeling van een taxatie-instrument ter bepaling van de strafwaardigheid van het gedrag omschreven in de inbreuk. Eindrapport ter attentie van de minister van Justitie*, Brussel, Federale Overheidsdienst Justitie, 2015, 23-24. Al moet dit wel worden genuanceerd, in die zin dat burgerrechtelijke afhandeling in de regel steeds mogelijk blijft van zodra er sprake is van een fout, schade en causaal verband tussen fout en schade.

<sup>13</sup> *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-3059/001, 10.

<sup>14</sup> Zie bv. A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 36; G. KELLENS, *Punir: pénologie et droit des sanctions pénales*, Luik, 2000, 101.

<sup>15</sup> C. P.M. CLEIREN, “Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht”, in C.P.M. CLEIREN, M.J.J. KUNST, J.P. VAN DER LEUN, G.K. SCHOEP, J.M. TEN VOORDE (eds.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag, Boom Lemma Uitgevers, 2012, 17.

<sup>16</sup> M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, Brussel, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, 390; vgl. DIENST VOOR HET STRAFRECHTELIJK BELEID m.m.v. C. DE CRAIM, C. DEFEVER, A. DELADRIÈRE, E. DEVEUX, R. PARRANDO RAMOS, H. VAN DER LINDEN, *Ontwikkeling van een taxatie-instrument ter bepaling van de strafwaardigheid van het gedrag omschreven in de inbreuk. Eindrapport ter attentie van de minister van Justitie*, Brussel, Federale Overheidsdienst Justitie, 2015, 23 en de referenties aldaar.

<sup>17</sup> Zie bv. de sanctionering in het kader van de gemeentelijke administratieve sancties (art. 3, 1° en 2° van de wet van 24 juni 2013 betreffende de gemeentelijke administratieve sancties (BS 1 juli 2013)). Zie ook de voorbeelden die in *infra*, punt III nog aan bod komen.

14. Voor het onderzoek focussen we ons op de *intrinsieke* criteria voor strafwaardigheid.<sup>18</sup> Er wordt aldus geen rekening gehouden met eventuele andere factoren, zoals meer financiële, organisatorische of proceseconomische overwegingen.

15. Het onderzoek betreft hierbij in de eerste plaats een *klassiek juridisch-wetenschappelijke onderzoek*, in het licht van het opzet en de haalbaarheid ervan. Dit neemt niet weg dat een meer interdisciplinair, *evidence-based* onderzoek aangewezen is, waarbij rekening kan worden gehouden met ook de empirische realiteit van wetgeving. Rechtsregels en de hieraan verbonden criteria voor strafwaardigheid staan immers niet in een juridisch vacuüm. Waar mogelijk hebben we het onderzoek echter wel aangevuld en onderbouwd met meer criminologische inzichten.

16. De grootste uitdaging bij het opstellen van een set van criteria voor strafwaardigheid is wellicht nagaan wat de *effectiviteit* is van een bepaalde strafbepaling. Er kan immers geen eenduidig antwoord worden geformuleerd op de vraag naar de invulling van de notie 'effectiviteit'. Hoewel men in de praktijk veel belang blijft hechten aan de preventieve functie van het strafrecht, valt de effectiviteit van een strafrechtelijk optreden niet noodzakelijk samen met de omvang van de terugval van de justitiabelen (vermindering van de recidive).<sup>19</sup> Zo blijkt het ontradend effect van de opgelegde straf vaak verwaarloosbaar te zijn in de praktijk.<sup>20</sup> Ook andere doeleinden kunnen met een sanctie worden nagestreefd. Voor dit onderzoek kan de notie 'effectieve' handhaving (in de zin van 'capaciteit tot doelbereiking'<sup>21</sup> of 'doeltreffendheid' c.q. 'adequaatheid') worden gedefinieerd als elke handeling die erop gericht is de naleving van een rechtsregel te bevorderen of een inbreuk te beëindigen.<sup>22</sup>

17. Een laatste voorbehoud dat we willen maken betreft het *criterium van de publieke opinie*, dat o.i. moeilijk in een criterium voor strafwaardigheid kan worden gegoten.<sup>23</sup> De beleidsmaker schaaft zich soms achter de zogenaamde 'publieke opinie', maar zelden is dit gebaseerd op een wetenschappelijke onderbouwing. De vraag rijst zelfs of men ooit met

---

<sup>18</sup> Dit overeenkomstig de opdrachtomschrijving door de Vlaamse regering waarvoor het onderzoek destijds werd uitgevoerd.

<sup>19</sup> Cf. B.S.J. WARTNA, D.L. ALBERTA en S. VERWEIJ, "Wat werkt in Nederland en wat niet? Een meta-analyse van Nederlands recidiveonderzoek naar de effecten van strafrechtelijke interventies", Den Haag, WODC, 2013, 14, beschikbaar via [www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/meta-analyse-nederlandse-effectstudies.aspx?cp=44&cs=6798](http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/meta-analyse-nederlandse-effectstudies.aspx?cp=44&cs=6798).

<sup>20</sup> Zie S. RAATS, *Consistente straftoemeting*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 159-160 en de verwijzingen aldaar.

<sup>21</sup> Naar de woorden van C.M. BILLIET, "Lappendekens in de rechtshandhaving. Naar een publieke sanctionering in het omgevingsrecht" in C.M. BILLIET en L. LAVRYSEN (eds.), *In de roos: doeltreffende sanctionering van omgevingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 6.

<sup>22</sup> F.C.M.A. MICHIELS, "Handhavingsrecht en handhavingsbeleid", in F.C.M.A. MICHIELS en E.R. MULLER (eds.), *Handhaving. Bestuurlijke handhaving in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2013, 21-22.

<sup>23</sup> Vgl. nochtans met Nederland, waar in de memorie van toelichting bij de wijziging van (o.a.) het Wetboek van Strafrecht in verband met de herwaardering van de strafbaarstelling van enkele delictsvormen, wordt verwezen naar het volgende criterium: de "*maatschappelijke afkeuring en de onrust die een bepaalde gedraging veroorzaakt en de toenemende maatschappelijke roep om herkenbare erkenning van het leed van slachtoffers*" (*Kamerstukken II 2018-19*, 35 080, nr. 3).



wetenschappelijke precisie over dé ‘publieke opinie’ kan spreken.<sup>24</sup> Om die redenen wordt dit criterium niet mee opgenomen in het onderzoek.

### III. Ontwikkeling van een algemeen toetsingskader voor strafwaardigheid

- A. Uitgangspunt: een principiële keuzevrijheid van de regelgever tussen strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving maar met als grenzen de preliminaire uitgangspunten en de grondvoorwaarden

**18.** Het uitgangspunt bij de ontwikkeling van de set van criteria vormt de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (Arbitragehof), overeenkomstig waarvan het aan de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever/decreetgever toekomt om, wanneer hij oordeelt dat bepaalde tekortkomingen aan wettelijke verplichtingen beteugeld moeten worden, te kiezen tussen strafrechtelijke sancties dan wel bestuurlijke sancties.<sup>25</sup> De wet- of decreetgever beschikt dus over een *principiële keuzevrijheid* tussen strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving.<sup>26</sup>

**19.** Toch is het belangrijk dat er *grenzen* worden gesteld aan deze keuzevrijheid. Het risico op willekeur loert anders om de hoek. Er bestaat alleszins eensgezindheid over één grens: wanneer het gaat om een vrijheidsberoving als sanctie, kan dit enkel worden opgelegd door de rechter en nooit bij wijze van een administratieve sanctie.<sup>27</sup> Voor het overige is het moeilijk om zwart-wit te formuleren voor welke feiten welke vorm van handhaving de beste keuze is.<sup>28</sup>

**20.** Om te komen tot een verantwoorde, evenwichtige en legitieme afweging bij de vraag of een bepaalde gedraging al dan niet als strafwaardig kan worden bestempeld, moet een set van criteria worden gebruikt die moet beantwoorden aan een aantal *grondvoorwaarden*. Deze grondvoorwaarden stellen grenzen aan de vraag of en in welke gevallen een bepaalde

---

<sup>24</sup> Zie daarover o.a. F.T. CULLEN, B.S. FISHER, B.K. APPLGATE, “Public Opinion about Punishment and Corrections”, *Crime & Justice*, vol. 27, 2000, 3-8 en 58-59.

<sup>25</sup> De keuze voor de ene of de andere categorie kan niet worden geacht op zich een discriminatie in te voeren. Zie bv. Arbitragehof 7 december 1999, nr. 128/99, overw. B.7; [GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, overw. B.5](#); [GwH 14 december 2016, nr. 159/2016, overw. B.6](#); [GwH 5 mei 2022, nr. 61/2022, overw. B.11.2](#).

<sup>26</sup> E. DE BOCK, J. ROZIE en I. OPDEBEEK, *Onderzoeksrapport Bestuurlijke sanctioneringsmechanismen: een wondermiddel tegen handhavingstekorten of een lege doos?*, Brussel, FOD Binnenlandse Zaken, 2007, 233.

<sup>27</sup> Zoals blijkt uit vaststaande rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Zie bv. EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, Öztürk/Duitsland, overw. 56; [EHRM 25 augustus 1987, nr. 9912/82, Lutz/Duitsland, overw. 57](#); [EHRM 27 september 2011, nr. 43509/08, A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italië, overw. 58-59](#). Zie ook (o.a.) A. ALEN, “Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie” in *Liber amicorum Prof.dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, (369) 400 en de referenties aldaar.

<sup>28</sup> E. DE BOCK, J. ROZIE en I. OPDEBEEK, *Onderzoeksrapport Bestuurlijke sanctioneringsmechanismen: een wondermiddel tegen handhavingstekorten of een lege doos?*, Brussel, FOD Binnenlandse Zaken, 2007, 233.

gedraging strafbaar kan worden gesteld. We kunnen ze onderverdelen in drie grote categorieën:<sup>29</sup>

- Grondvoorwaarden inzake de legaliteitseis;
- Grondvoorwaarden inzake de legitimiteitseis;
- Grondvoorwaarden m.b.t. de proportionaliteitseis.

**21.** Het gaat om voorwaarden die reeds belangrijke waarborgen bieden tegen willekeur.<sup>30</sup> De legaliteits- en proportionaliteitseis zijn fundamentele, gevestigde principes van het strafrecht.<sup>31</sup> Naar deze twee voorwaarden wordt, samen met de subsidiariteitseis - die we voor dit onderzoek beschouwen als een preliminaire voorwaarde maar die ook tot uiting komt in de legitimiteitseis en de proportionaliteitseis in de zin van dit onderzoek<sup>32</sup> - soms verwezen met het bekende begrip de '*magna charta*' van het strafrecht, zoals ontstaan vanuit de Verlichting. Op basis hiervan moest het strafrecht de burger bescherming bieden tegen willekeurig overheidsoptreden.<sup>33</sup> Ook op internationaal niveau vinden we soortgelijke eisen terug. In het bijzonder de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) speelt hierin een belangrijke rol. Bijgevolg moet ook met deze voorwaarden en de draagwijdte ervan rekening worden gehouden. Niet toevallig vinden we deze drie voorwaarden dan ook terug doorheen (de verschillende fasen van) het taxatie-instrument als de criteria voor strafbaarstelling, zij het soms in andere vormen of benamingen.

**22.** Wanneer zou blijken dat een van de grondvoorwaarden niet is vervuld, levert dit een *indicatie* op dat de strafrechtelijke handhaving niet op zijn plaats is. Er wordt bewust gesproken van een indicatie, daar de ontwikkelde set van criteria een louter faciliterende en legitimerende functie heeft en als zodanig niet kan worden ingezet als een 'hakbijvoorwaarde' om over te gaan tot al dan niet depenalisering.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Inspiratie voor de indeling in deze grondvoorwaarden werd gehaald uit het doctoraal proefschrift van L. TODTS, *Bestuurlijke en strafrechtelijke vrijheidsbeperkingen ter handhaving van de openbare orde*, Brugge, die Keure, 2021, 612 p.

<sup>30</sup> In het voormelde proefschrift van L. TODTS ging het weliswaar specifiek om (grond)voorwaarden voor bestuurlijke en strafrechtelijke beperkingen op fundamentele rechten in het bijzonder, met name het recht op persoonlijke bewegingsvrijheid, en dus niet om (grond)voorwaarden voor strafbaarstelling meer algemeen. Het betreft echter voorwaarden die meer algemeen belangrijke garanties bieden tegen willekeur met het oog op meer rechtszekerheid, dit voor o.a. de wetgever maar ook voor de optredende instantie (zoals de rechter) en de burger zelf. Bovendien vinden we soortgelijke voorwaarden ook terug in het strafrecht, als fundamentele principes die eraan ten grondslag liggen, zoals hierna zal blijken.

<sup>31</sup> L. DUPONT, *Beginnelen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 2004, 28; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge, Tome 1: la loi pénale*, Brussel, Larcier, 2009, 66.

<sup>32</sup> Zie *infra*, III, C, 2 en 3.

<sup>33</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Oud-Turnhout/'s-Hertogenbosch, Gompel&Svacina, 2019, 11.

<sup>34</sup> Met die nuancering dat (slechts) één voorwaarde uit de vooropgestelde set van criteria als een 'hakbijvoorwaarde' zou kunnen worden beschouwd, nl. indien er een hiërarchisch hogere norm voorhanden is die de strafrechtelijke sanctionering van het gedrag dwingend voorschrijft (zie *infra*, III, C, 2).

**23.** Allereerst moeten er evenwel een aantal *preliminaire uitgangspunten* verenigd zijn, die hierna aan bod komen.

## B. Preliminaire uitgangspunten

### 1. Het strafrecht als *ultimum remedium*

**24.** De vraag naar een set van criteria voor strafwaardigheid, en de daarbij horende vraag naar de noodzaak tot depenalisering van bepaalde strafbaarstellingen - de insteek van dit onderzoek (en de voorafgaande onderzoeksoopdracht) - houdt inherent de gedachte in dat het strafrecht het *ultimum remedium* moet zijn.<sup>35</sup> Ook wij zijn van mening dat, om de criteria te kunnen inventariseren voor strafwaardigheid, het uitgangspunt moet zijn dat het strafrecht als handhavingmechanisme komt *na* alle andere vormen van handhaving. Het principe van het strafrecht als *ultimum remedium* spoort ook volledig met de visie van de Commissie tot hervorming van het strafrecht<sup>36</sup> en ligt bovendien in lijn met Europese zienswijzen.<sup>37</sup>

**25.** Het strafrecht als *ultimum remedium* impliceert dat de strafbaarstelling niet verantwoord is indien hetzelfde of een beter resultaat kan worden bereikt door andere handhavingssystemen. Vanuit die optiek mogen strafrechtelijke bepalingen enkel als laatste redmiddel worden ingezet. Naar dit principe wordt soms ook verwezen met het principe van de *subsidiariteit* van het strafrecht.<sup>38</sup> Een voorbeeld bij uitstek hiervan vormt het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (DABM)<sup>39</sup>, waarvan het handhavingssluik ingrijpend is gewijzigd met de komst van het Milieuhandhavingdecreet.<sup>40</sup> Sindsdien wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds (milieu-) inbreuken, die bestuurlijk worden gehandhaafd via (exclusieve) bestuurlijke

---

<sup>35</sup> Zie ook (o.a.) S. MELANDER, "Ultima ratio in European Criminal Law", *European Criminal Law Review* 2013, 45-64.

<sup>36</sup> J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Antwerpen, Brugge, die Keure, 2016, 36.

<sup>37</sup> Zie ook M. GROENHUIJSEN en J. OUWERKERK, "Ultima ratio en criteria voor strafbaarstelling in Europees perspectief", in M. GROENHUIJSEN, T. KOOIJMANS en J. OUWERKERK (eds.), *Roosachtig strafrecht. Liber amicorum Theo de Roos*, Deventer, Kluwer, 2013, 249-279.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 258; zie ook S.S. BUISMAN, "Criteria voor strafbaarstelling", *Boom Strafblad* 2020, nr.1, (64) 67.

<sup>39</sup> BS 3 juni 1995.

<sup>40</sup> Decreet van 21 december 2007 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XVI "Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen", BS 29 februari 2008.

geldboetes en anderzijds (milieu-) misdrijven, als enige categorie die in beginsel strafrechtelijk kan worden gehandhaafd.<sup>41</sup> Heeft de procureur des Konings evenwel aangegeven uitdrukkelijk af te zien van strafrechtelijke vervolging, dan komt het milieumisdrijf alsnog in aanmerking voor een afhandeling via een (alternatieve) bestuurlijke geldboete. In dit geval heeft de decreetgever dus een vorm van een cascadesysteem uitgewerkt.<sup>42</sup> Het strafrecht is hierbij reeds als laatste redmiddel geconcipeerd in het decreet zelf.<sup>43</sup>

**26.** Het uitgangspunt van de subsidiariteit van het strafrecht moet evenwel afdoende worden onderbouwd. Dit verklaart mee de nood aan de verdere ontwikkeling van een set van criteria voor strafwaardigheid. *De inzet van het strafrecht behoeft met andere woorden verantwoording.*

## 2. Visie over de strafdoelstellingen: vergelding en preventie als primaire doelstellingen in vraag gesteld

**27.** De ontwikkeling van een set van criteria voor strafwaardigheid hangt ook nauw samen met de visie over bestraffing. De regelgever denkt best voorafgaand na over de doelstellingen die met de bestraffing worden beoogd, om te kunnen komen tot een (verantwoorde) set van criteria voor strafwaardigheid.<sup>44</sup>

**28.** Reeds eerder wezen we erop dat de regelgever niet altijd (even diepgaand) ingaat op de onderbouwing van de strafbaarstelling. Wanneer hij dit wel doet, valt op dat de regelgever in diverse regelgevingen heeft gekozen voor een gecombineerde handhaving, bestaande uit de mogelijkheid om bepaalde inbreuken te handhaven via bijvoorbeeld strafrechtelijke sancties dan wel bestuursrechtelijke sancties, zij het nooit tegelijkertijd. Dit kunnen we bijvoorbeeld terugvinden in het omgevingsrecht, zoals in het eerder aangehaalde DABM<sup>45</sup>, maar ook in andere domeinen. Voorbeelden zijn het scheepvaartrecht, zoals in de regelgeving inzake de veiligheid van vaartuigen<sup>46</sup>, in verzekeringszaken, bijvoorbeeld in de ziekteverzekeringwet,<sup>47</sup> en in het arbeidsrecht, bijvoorbeeld in het decreet betreffende de private

---

<sup>41</sup> Zie art. 16.1.2, 2° resp. 1° *jo.* art. 16.4.27, lid 3 DABM.

<sup>42</sup> Op basis van art. 16.4.27, lid 2 *jo.* art. 16.4.31-16.4.39 DABM.

<sup>43</sup> Zie ook *Parl.St.* VI.Parl. 2006-07, nr. 1249/1, 18.

<sup>44</sup> Zie ook L.H.C. HULSMAN, "Criteria voor strafbaarstelling" in X., *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn, In de Toren, 1972, 81.

<sup>45</sup> Zie in gelijkaardige zin ook art. 6.2.1 e.v. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009 (BS 20 augustus 2009) en het art. 11.2.1 e.v. decreet van 12 juli 2013 betreffende het onroerend erfgoed (BS 17 oktober 2013).

<sup>46</sup> Art. 3 e.v. van de wet van 5 juni 1972 op de veiligheid van vaartuigen (BS 17 oktober 1972), zoals gewijzigd door de wet van 25 december 2016 tot instelling van administratieve geldboetes van toepassing in geval van inbreuken op de scheepvaartwetten (BS 19 januari 2017).

<sup>47</sup> Art. 168*sexies* van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 14 juli 1994 (BS 27 augustus 1994).

arbeidsbemiddeling.<sup>48</sup> Dit zouden we meer algemeen kunnen beschouwen als het nastreven door de regelgever zelf van het strafrecht als *ultimum remedium*.

**29.** Daartegenover staat dat de regelgever af en toe gewag maakt van meer vergeldende en/of preventieve overwegingen ter verantwoording van de strafbepaling.<sup>49</sup> De klassieke strafdoelstellingen van vergelding (en preventie) kunnen volgens ons echter niet langer naar voren worden geschoven als criteria voor strafwaardigheid. Zij passen weliswaar in de gedachtegang van de klassieke leer, van waaruit het Strafwetboek is ontstaan en waarin de vergelding, de intimidatie en het voorkomen van recidive als strafdoelstellingen eveneens centraal staan.<sup>50</sup> Het valt echter te betwijfelen of het centraal stellen van de vergelding, in de zin van leedtoevoeging<sup>51</sup>, bij straffen vandaag nog opgaat.<sup>52</sup> Zo doet voor de rechtsonderhorige elke sanctie of maatregel pijn, ongeacht de juridische kwalificatie ervan als 'straf' of niet.<sup>53</sup> Een dergelijke, meer vergeldende insteek doet ook de criteria voor strafwaardigheid *a priori* neigen naar een meer vergeldend model, wat net haaks lijkt te staan op de insteek van depenalisering en het uitgangspunt van het strafrecht dat het *ultimum remedium* dient te zijn.

**30.** Inspiratie voor wat vanuit die optiek wél mogelijke doelstellingen van de straf kunnen zijn, kan worden gevonden in de werkzaamheden van de Commissie tot hervorming van het strafrecht, die een aantal strafdoelen heeft geïnventariseerd.<sup>54</sup> Deze werden intussen integraal overgenomen in de in de vorige legislatuur ingediende wetsvoorstellen tot invoering van een nieuw Strafwetboek<sup>55</sup>, en ook in het nieuw wetsontwerp tot hervorming van het

<sup>48</sup> Art. 22 e.v. van het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling (BS 29 december 2010).

<sup>49</sup> Zie bv. MvT, *Parl.St.* VI.Parl. 1998-99, nr. 1332/1, 70, inzake het toenmalige decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (BS 8 juni 1999), dat de basis vormde voor de strafbepalingen in de huidige Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) van 15 mei 2009 (BS 20 augustus 2009).

<sup>50</sup> J. ROZIE, "De strafdoelstellingen in het licht van de gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie", *NC* 2022, afl. 2, (119) 119.

<sup>51</sup> Zie Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Korte detenties nader bekeken. Minder korte detenties en meer betekenisvolle alternatieven*, Den Haag, 2021, 20.

<sup>52</sup> Zie hierover reeds nader L. HUYBRECHTS, "Straffen" in *Liber Amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, (419) 429; T. MOREAU en D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, Brussel, la Chartre, 2019, 218. ~~Zie ook J. ROZIE, "Ceci n'est pas une peine... Over de vraag hoe lang het hybride Belgische sanctiebegrif nog overeind kan blijven" in F. DERUYCK (ed.), *De wet voorbij: liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 319-335, die er ook op wijst dat deze leer niet langer lijkt te kunnen worden gerijmd met de rechtspraak van het EHRM.~~

<sup>53</sup> Zie J. ROZIE, "Ceci n'est pas une peine... Over de vraag hoe lang het hybride Belgische sanctiebegrif nog overeind kan blijven" in F. DERUYCK (ed.), *De wet voorbij: liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 319-335, die er ook op wijst dat dit uitgangspunt niet langer lijkt te kunnen worden gerijmd met de rechtspraak van het EHRM.

<sup>54</sup> Gebaseerd op de werkzaamheden van de Commissie Strafvuiveringsrechtbanken, externe rechtspositie van gedetineerden en straftoemeting (2000-2003), ook de Commissie Holsters genoemd. Zie Eindverslag Commissie "Strafvuiveringsrechtbanken, externe rechtspositie van gedetineerden en straftoemeting", Deel II – Straftoemeting.

<sup>55</sup> Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer BZ 2019, nr. 0417/001 en wetsvoorstel tot instelling van een nieuw Strafwetboek (boek 1 en 2), *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 1011/001.

Strafwetboek vinden we deze visie over de strafdoelstellingen terug. Met deze visie wordt dan ook best rekening gehouden bij het opstellen van een set van criteria voor strafwaardigheid, niet enkel op federaal niveau maar ook op gedefederaliseerde niveau. Uiteraard kunnen de Gemeenschappen en Gewesten eigen strafbaarstellingen creëren, maar de uitgangspunten en daarmee samenhangende strafdoelstellingen van de bestraffing zou niet mogen verschillen louter in functie van de entiteit. Dit ondermijnt de legitimiteit van de strafbaarstelling.

**31.** De regeling zoals voorgesteld door de Commissie tot hervorming van het strafrecht, wil met de geïnventariseerde strafdoelstellingen vooral gestalte geven aan het subsidiariteitsbeginsel en aan zijn corollarium, zijnde de beperking van de nadelige gevolgen van de straf. Ook het beginsel van de proportionaliteit van de bestraffing mag hierbij niet uit het oog worden verloren. Volgens deze regeling streeft de rechter bij de keuze van de straf en het bepalen van de strafmaat de volgende doelen na:

- Het uiting geven aan de maatschappelijke afkeuring ten aanzien van de overtreding van de strafwet;
- Het bevorderen van het herstel van het maatschappelijk evenwicht en van het herstel van de door het misdrijf veroorzaakte schade;
- Het bevorderen van de maatschappelijke rehabilitatie en re-integratie van de dader;
- Het beschermen van de maatschappij;
- Het binnen de grenzen van de wet zoeken naar een rechtvaardige proportionaliteit tussen het misdrijf en de opgelegde straf.<sup>56</sup>

**32.** Het valt op dat de klassieke strafdoelstellingen van preventie en vergelding in het vooropgestelde nieuwe Strafwetboek niet langer worden vernoemd. Wat de *preventie* betreft, kunnen we verwijzen naar wat we hierover eerder hebben gesteld, namelijk dat in veel gevallen het preventieve effect van de strafwet verwaarloosbaar blijkt te zijn.<sup>57</sup> Bovendien kan worden geargumenteed dat de preventie reeds (impliciet) vervat zit in de andere doelstellingen die aan de straf kunnen worden toegedicht.<sup>58</sup> Belangrijker is dat ook de *vergelding* niet langer als (essentieel) strafdoeleinde kan gelden volgens het voorstel van nieuw Strafwetboek. Elke sanctie is hoe dan ook leedtoevoegend, maar dit mag nooit de

---

<sup>56</sup> Zie J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Antwerpen, Brugge, die Keure, 2016, 98-102; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 6-7.

<sup>57</sup> *Supra*, II, C, inzake de notie van 'effectiviteit' van een strafbepaling.

<sup>58</sup> Zie J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Antwerpen, Brugge, die Keure, 2016, 98-102; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT, m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 6-7.

primaire insteek zijn van een (democratische) samenleving.<sup>59</sup> Opvallend is dat ook het Hof van Cassatie, die de leedtoevoeging of vergelding meestal naar voren schoof voor de definiëring van de straf, in een recent arrest zich aansluit bij de strafdoelen zoals geformuleerd door de Commissie, en hierbij niet meer (expliciet) verwijst naar het strafdoel van de vergelding (noch van de preventie).<sup>60</sup> In latere rechtspraak verwijst het Hof evenwel opnieuw naar de preventie (het voorkomen van recidive) dan wel de vergelding als mogelijke strafdoelen, maar blijft tegelijk aanknopen bij de nieuwe doelstellingen zoals geformuleerd door de Commissie.<sup>61</sup>

**33.** Op te merken valt dat ook in het bestuursrecht het criterium van de vergelding in de zin van leedtoevoeging nog steeds naar voren wordt geschoven in de meerderheid van de rechtspraak<sup>62</sup> en literatuur<sup>63</sup> als essentieel, determinerend criterium van de bestuurlijke sanctie met andere bestuurlijke handhavinginstrumenten. De bestuurlijke sanctie wil de overtreder 'raken' voor het feit dat hij een inbreuk heeft gepleegd en is in die zin leedtoevoegend.<sup>64</sup> In het recente Vlaamse Kaderdecreet betreffende de bestuurlijke handhaving<sup>65</sup> krijgt het leedtoevoegend karakter zelfs een uitdrukkelijke wettelijke grondslag, zowel bij de definiëring van de straf als van de bestuurlijke sanctie.<sup>66</sup> Hierbij kunnen vraagtekens worden geplaatst in het licht van de huidige criminologische inzichten, zoals hierboven uiteengezet.

**34.** Tot slot stippen we nog aan dat er daarnaast soms naar veeleer externe factoren wordt verwezen om de al dan niet strafrechtelijke handhaving te rechtvaardigen. Voorbeelden zijn

---

<sup>59</sup> Zie J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Antwerpen, Brugge, die Keure, 2016, 33. Zie ook het verslag namens de Commissie voor de Justitie m.b.t. de hervorming van het Strafwetboek – het nut van de straf, *Parl.St.* Kamer 2017-2018, nr. 3721/001, 19.

<sup>60</sup> Zie Cass. 16 maart 2021, AR P.20.1123.N. In latere rechtspraak verwijst het Hof evenwel opnieuw naar de preventie (het voorkomen van recidive) dan wel de vergelding als mogelijke strafdoelen, maar blijft tegelijk aanknopen bij de nieuwe doelstellingen zoals geformuleerd door de Commissie (zie Cass. 21 december 2021, AR P.21.0858.N; Cass. 28 juni 2022, nr. AR P.21.1449.N). Zie hierover ook J. ROZIE, "De strafdoelstellingen in het licht van de gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie", *NC 2022*, afl. 2, 119-126.

<sup>61</sup> Cass. 21 december 2021, AR P.21.0858.N; Cass. 28 juni 2022, nr. AR P.21.1449.N. Zie hierover ook J. ROZIE, "De strafdoelstellingen in het licht van de gewijzigde rechtspraak van het Hof van Cassatie", *NC 2022*, afl. 2, 119-126.

<sup>62</sup> Bv. RvS 23 oktober 2009, nr. 197.212, vzw Liga voor de mensenrechten, overw. 8-14; RvS 8 mei 2014, nr. 227.331, bvba Wedwinkel, overw. 20.

<sup>63</sup> Zie daarover o.a. de bijdragen van T. BOMBOIS en D. DÉOM, "La définition de la sanction administrative" en M. PÂQUES, "Police administrative et sanction administrative" in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, (25) 37 e.v. resp. (681) 689; P. DE SMEDT, "Probleemverhelpend handhaven in een versnipperd handhavinglandschap" in C. BILLIET en L. LAVRYSEN (eds.), *In de roos: doeltreffende sanctionering van omgevingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (181) 184; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER (eds.), *Bestuurlijke handhaving. Hoe door de bomen het bos nog zien?*, Brugge, die Keure, 2018, 12-13.

<sup>64</sup> I. BOONE en G. VAN HAEGENBORGH, "Hoofdstuk III – Administratieve sancties" in I. VEROUGSTRAETE, J.-F. LECLERCQ, P. LECROART en S. LIERMAN, Jaarverslag van het Hof van Cassatie, 2004, 178.

<sup>65</sup> Kaderdecreet van 22 maart 2019 betreffende de bestuurlijke handhaving, *BS* 13 mei 2019.

<sup>66</sup> Zo bepaalt art. 2, 3° dat de bestuurlijke sanctie een sanctie is, andere dan een tuchtsanctie, die 'gericht is op leedtoevoeging en opgelegd wordt door een bestuur'. Art. 2, 13° bepaalt dat een straf een sanctie is 'die gericht is op leedtoevoeging en die door een rechter is opgelegd'.

de effectiviteit van de strafrechtelijke vervolging, de opsporingscapaciteit, de kostprijs van het handhavingssysteem....<sup>67</sup> Zoals gezegd, valt een analyse van de externe criteria voor strafwaardigheid evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

## C. Grondvoorwaarden

### 1. Grondvoorwaarden inzake de legaliteitseis

**35.** Handhaving vereist in de eerste plaats dat het te handhaven gedrag een wettelijke basis heeft. Dit vloeit voort uit het legaliteitsprincipe, dat een fundamenteel beginsel is en volgt uit het 'rechtsstaat-beginsel' of '*the rule of law*'.<sup>68</sup>

**36.** Het legaliteitsprincipe impliceert in de eerste plaats dat de wetgever moet optreden om een gedrag strafbaar te kunnen stellen. De strafrechter kan geen gedraging moreel afkeuren indien de gedraging niet uitdrukkelijk als een misdrijf is voorzien en door een straf wordt beteugeld. Dit wordt treffend verwoord door de adagia '*nullum crimen sine lege*', '*nulla poena sine lege*', zoals die zijn verankerd op nationaal niveau, in het Strafwetboek en in de Grondwet<sup>69</sup>, evenals op internationaal niveau, zoals in artikel 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).<sup>70</sup> Daarmee samenhangend is het principe van het verbod van retroactieve werking van de strafwet. De wetgever mag niet met terugwerkende kracht gedragingen strafbaar stellen en de rechter mag de strafbepaling niet toepassen op feiten die voor de inwerkingtreding zijn voorgevallen.<sup>71</sup>

**37.** De vraag naar de wettelijke basis zal op zich meestal geen grote problemen opleveren, nu er veelal wel *een* grondslag voorhanden zal zijn die als basis kan dienen. In het kader van de onderzoeksopdracht bijvoorbeeld, werd gevraagd een reeks van bestaande strafbepalingen – dus mét wettelijke grondslag – te analyseren.

**38.** Die wettelijke grondslag moet echter bijkomend voldoen aan een aantal meer materiële of kwaliteitsvereisten, zoals (o.a.) blijkt uit de rechtspraak van het EHRM. Bij het creëren van

---

<sup>67</sup> Zie bv. E. ANKAERT en J. PUT, "Bestuurlijke punitieve sancties in België" in E. ANKAERT, J. PUT, P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN en M.L. VAN EMMERIK, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2006, Alphen aan den Rijn, Kluwer, (53) 53 en de verwijzingen aldaar.

<sup>68</sup> M. KRYGIER, "Rule of Law" in M. ROSENFELD en A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (233) 237.

<sup>69</sup> Art. 2, lid 1 Sw. resp. art. 12, lid 2 en 14 Gw.

<sup>70</sup> Zie ook art. 15 IVBPR; cf. art. 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

<sup>71</sup> Een uitzondering op dit principe betreft de terugwerkende kracht van de mildere strafwet (art. 2, lid 2 Sw.).



handhavingsregels moet steeds in het achterhoofd worden gehouden dat de wettelijke norm ook *toegankelijk* en *voorzienbaar* moet zijn voor de burger.<sup>72</sup>

**39.** De *toegankelijkheidseis* zal in strafzaken doorgaans minder ter discussie staan, gelet op het feit dat iedereen geacht wordt de strafwet te kennen vanaf de inwerkingtreding. Dit impliceert wel dat de strafbepaling moet gepubliceerd zijn in het Belgisch Staatsblad<sup>73</sup>, alsook dat men de inwerkingtredingsdatum moet afwachten.<sup>74</sup>

**40.** Moeilijker is de *voorzienbaarheidseis*, op basis waarvan de norm die de basis vormt voor de strafbaarstelling ook voldoende helder of nauwkeurig moet omschreven zijn. In de woorden van het EHRM betekent dit dat de betrokkene uit de bewoordingen van de strafbepaling, en indien nodig met behulp van de interpretatie eraan gegeven door de rechter, moet kunnen weten welk handelen en nalaten hem aansprakelijk zullen stellen.<sup>75</sup> Een gelijkaardig idee vinden we terug in het strafrecht in het '*lex certa-principe*', op basis waarvan de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is.<sup>76</sup>

**41.** Het beginsel van de algemeenheid van de wet heeft onvermijdelijk tot gevolg dat strafbepalingen *geen absolute precisie* kunnen hebben. Het is haast ondenkbaar dat de wetgever voor alle gevallen scherpe regels kan uitdenken die dan determinerend zijn voor de concrete zaak.<sup>77</sup> Het is dus niet omdat er een onvoorziene omstandigheid in de samenleving opduikt, dat strafbepalingen *a priori* ontoereikend zijn. Elke strafbepaling zal hiertoe afzonderlijk moeten worden getoetst. Wel belangrijk is dat de wetgever nog altijd meester moet blijven van zijn eigen wetten<sup>78</sup>, zo niet dreigt het legaliteitsprincipe te worden uitgehold. Het uitgangspunt hierbij is dat de rechter niet op de stoel van de wetgever mag zitten, een analogische toepassing van strafbepalingen is verboden.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> Zie daarover reeds L. TODTS, *Bestuurlijke en strafrechtelijke vrijheidsbeperkingen ter handhaving van de openbare orde*, Brugge, die Keure, 2021, 219-227 en de referenties naar de rechtspraak aldaar.

<sup>73</sup> Vgl. met bv. EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, Kokkinakis/Griekenland, overw. 40.

<sup>74</sup> D.i. tien dagen na publicatie in het Belgisch Staatsblad tenzij er een andere inwerkingtredingsdatum naar voren wordt geschoven.

<sup>75</sup> Bv. EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, Kokkinakis/Griekenland, overw. 52.

<sup>76</sup> Bv. Cass. 3 februari 2009, AR P.081477.N; Cass. 24 maart 2015, AR P.13.1134.N; Cass. 23 juni 2015, AR P.14.0582.N; Cass. 9 april 2019, AR P.18.1282.N, NC 2019, 271.

<sup>77</sup> Zie ook Cass. 14 november 2012, AR P.13.1420.N en R. VERSTRAETEN, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel" in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadvies vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 125.

<sup>78</sup> Terminologie ontleend aan B. VAN DEN BERGH, "Recht zkt zekerheid voor vaste relatie", *RW* 2010-2011, 353.

<sup>79</sup> Het Hof van Cassatie heeft evenwel reeds verduidelijkt in een arrest van 22 februari 2012 (AR P.111809.F) dat uit het verbod van analogische interpretatie niet voortvloeit dat de rechter bij de interpretatie van een strafbepaling de in de wet gebruikte bewoordingen altijd in de meest enge betekenis dient op te vatten. Hij dient aan die bewoordingen alleen die betekenis te geven die de wetgever eraan heeft willen toekennen. Zie meer algemeen over de interpretatie van de strafwet (o.a.) E. CLAES, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering*, Leuven, Universitaire Pers Leuven 2003, 521 p.

**42.** Opvallend is evenwel dat, in het kader van het *lex certa*-principe, de rechtspraak blijkbaar veel verwacht van de *burger*. Een strafbepaling wordt als ‘redelijk voorzienbaar’ of ‘redelijk voorspelbaar’ beschouwd wanneer het voor de persoon op wie de strafbepaling van toepassing is, mogelijk is om op grond van de strafbepalingen en, zo nodig, met behulp van de uitleg ervan gegeven in de rechtspraak, de handelingen en verzuimen te kennen die zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid kunnen meebrengen.<sup>80</sup> Uit een eerdere studie blijkt dat de invulling die het Hof van Cassatie geeft aan het ‘*lex certa*-principe’ steeds soepeler wordt en dit mede onder invloed van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van het EHRM. De wetgever verliest stilaan maar zeker zijn geprivilegieerde positie. Het is meer dan ooit de strafrechter die uiteindelijk bepaalt hoe de in de strafwet geformuleerde strafbaarstelling in een concrete toepassing vorm moet krijgen. Bovendien verlangt men van de burger een doorgedreven anticiperende houding.<sup>81</sup>

**43.** Dit neemt niet weg dat bij de analyse van de strafbaarstellingen in het licht van hun strafwaardigheid deze aspecten in ogenschouw moeten worden genomen, en dat hierbij wel degelijk problemen kunnen rijzen. Een voorbeeld hiervan vinden we terug in het DABM, waar er reeds vragen inzake de legaliteit van specifiek artikel 16.6.1, § 1. Het betreft een algemeen geformuleerde bepaling die voorziet in een strafbaarstelling van elke schending van milieuregelgeving die onder het toepassingsgebied van Titel XVI ‘Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen’ van het DABM valt (ook wel een ‘vangnetbepaling’ genoemd).<sup>82</sup> In een arrest van 29 januari 2010 heeft het hof van beroep van Gent evenwel geoordeeld dat deze bepaling het legaliteitsbeginsel niet schendt, overwegende onder meer dat de gehandhaafde regelgeving gedetailleerd is weergegeven en de uitzonderingen waarop de strafbaarstelling niet geldt uitdrukkelijk zijn opgesomd, zodoende dat de burger op basis van de bewoordingen kan weten welke regelgeving hij moet nakomen.<sup>83</sup>

## 2. Grondvoorwaarden inzake de legitimiteitseis

**44.** Met de legitimiteitseis wordt in de eerste plaats gepolst naar *de (legitieme) doelstellingen die met een strafbaarstelling kunnen worden nagestreefd*. Daarnaast heeft de legitimiteitseis betrekking op de *subsidiariteit van het strafrecht*, waarbij de vraag wordt gesteld of het strafrecht wel een adequaat instrument biedt voor de omschreven inbreuk.

---

<sup>80</sup> Zie bv. Cass. 24 maart 2015, AR P.13.1134.N; Cass. 16 januari 2018, AR P.17.0281.N; Cass. 9 april 2019, AR P.18.1282.N, NC 2019, 271.

<sup>81</sup> J. ROZIE, “Beklaagde Alwetend. Over het criterium van de redelijke voorzienbaarheid als maatstaf van het *lex certa* principe in strafzaken”, *RW* 2012-2013, 802-817.

<sup>82</sup> Zo stelde de Raad van State in zijn advies bij het ontwerp van Milieuhandhavingsdecreet reeds vragen m.b.t. de overeenstemming van deze bepaling met het legaliteitsbeginsel in strafzaken (zie *Parl.St.* VI.Parl. 2006-07, nr. 1249/1, 219-220).

<sup>83</sup> Gent 29 januari 2010, nr. C/142/10, onuitg.; zie ook H. VAN LANDEGHEM, “Strafrechtelijke handhaving in het milieuhandhavingsdecreet” in L. LAVRYSEN (ed.), *Het milieuhandhavingsdecreet in de praktijk. Een jaar nieuwe milieuhandhavingspraktijk onder de loep*, Brugge, die Keure, 2010, (133) 143-144.

45. Hiervoor kunnen we in grote mate terugvallen op het taxatie-instrument ontwikkeld door de Dienst Strafrechtelijk Beleid<sup>84</sup>, dat immers hoofdzakelijk kan worden gerelateerd aan de legitimiteitseis.<sup>85</sup> We gebruiken het instrument hiervoor als startpunt, maar met de nodige kanttekeningen.<sup>86</sup> ~~Bovendien moet h~~Hierbij ~~moet~~ worden benadrukt dat het taxatie-instrument in eerste instantie alleen rekening houdt met criteria die kunnen worden gerelateerd aan de *intrinsieke* strafwaardigheid van de feiten, niet ook met financiële, organisatorische of proceseconomische overwegingen.<sup>87</sup> Het instrument schrijft verder een *gefaseerde redenering* voor, bestaande uit vijf fasen die moeten worden doorlopen. In elke fase wordt de notie strafwaardigheid geanalyseerd vanuit een verschillende invalshoek of dimensie, en volgens bepaalde criteria die aan de hand van indicatoren worden gemeten. Die indicatoren nemen de vorm aan van vragen waarop moet worden geantwoord. Die criteria en vragen kunnen worden gezien als legitieme doelstellingen voor strafwaardigheid.

46. Aan te stippen valt evenwel dat we in het taxatie-instrument ook criteria terugvinden die (ook) gerelateerd kunnen worden aan de voorwaarden van legaliteit en proportionaliteit, die elders al aan bod komen in dit onderzoek. Net als voor de preliminaire voorwaarde van de subsidiariteit van het strafrecht, blijkt hieruit dat het onderscheid tussen de diverse (grond)voorwaarden onderling aldus niet zwart-wit is. Bovendien kunnen er ook enkele kanttekeningen worden geplaatst bij het taxatie-instrument.

47. In wat volgt overlopen we de criteria en vragen die naar voren worden geschoven doorheen de verschillende fasen en die kunnen worden beschouwd als legitieme doelstellingen voor strafwaardigheid, zij het aangevuld met een aantal kanttekeningen.

(i) *Hiërarchisch hogere norm schrijft de strafrechtelijke sanctionering dwingend voor*

48. De **eerste fase** is een 'eliminatiefase' die slechts uit één enkele vraag bestaat: is er een hiërarchisch hogere norm die de strafrechtelijke sanctionering van het betreffende gedrag dwingend voorschrijft? Een voorbeeld hiervan vinden we terug in milieuzaken, waarvoor de Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht (Milieustrafrechtlijn)<sup>88</sup> de

---

<sup>84</sup> DIENST VOOR HET STRAFRECHTELIJK BELEID m.m.v. C. DE CRAIM, C. DEFEVER, A. DELADRIÈRE, E. DEVEUX, R. PARRANDO RAMOS, H. VAN DER LINDEN, *Ontwikkeling van een taxatie-instrument ter bepaling van de strafwaardigheid van het gedrag omschreven in de inbreuk. Eindrapport ter attentie van de minister van Justitie*, Brussel, Federale Overheidsdienst Justitie, 2015, 33 e.v.

<sup>85</sup> Al vinden we in het instrument ook criteria terug die (ook) betrekking hebben op de voorwaarden van legaliteit en proportionaliteit (zie *infra*).

<sup>86</sup> Een volledige en gedetailleerde bespreking van het taxatie-instrument als zodanig maakt aldus niet het voorwerp uit van deze bijdrage.

<sup>87</sup> Dit moet wel worden genuanceerd, zoals hierna nog zal blijken.

<sup>88</sup> *Pb.L.* 2008, 328.

strafrechtelijke handhaving verplicht oplegt voor bepaalde vormen van milieucriminaliteit.<sup>89</sup> Op basis hiervan moeten de lidstaten de nodige maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat deze feiten strafbaar worden gesteld met 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties'.<sup>90</sup> Ook voor sommige bepalingen in het scheepvaartrecht, zoals in het Scheepvaartbegeleidingsdecreet<sup>91</sup>, en in het arbeidsrecht, zoals in het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling<sup>92</sup>, is er sprake van een verplichte strafrechtelijke sanctionering die wordt voorgeschreven door een hiërarchisch hogere norm.<sup>93</sup>

**49.** Is er sprake van een dergelijke hogere norm, is de regelgever duidelijk aan handen en voeten gebonden. In die zin gaat het om een 'hakbijvoorwaarde': de regelgever moet de norm naleven en wordt aldus gedwongen om dat gedrag in het strafrecht te behouden. Als deze eliminatievraag positief wordt beantwoord, kan de evaluatie daar reeds stoppen. Indien niet, moet men overgaan naar de tweede fase.

**50.** Bij dit criterium passen evenwel de volgende kanttekeningen. Dit criterium kan weliswaar worden beschouwd als een hakbijvereiste, maar tegelijk kan worden geargumenteed dat op die manier de *ultimum remedium*-gedachte mogelijk wordt gehypothekeerd. Dit moet dan ook in het achterhoofd gehouden worden bij het concreet toetsen van de strafbepalingen. In milieuzaken bijvoorbeeld, beoogde de decreetgever aan voornoemde verplichting tot strafrechtelijke sanctionering tegemoet te komen door te voorzien in een reeks (nieuwe) strafbepalingen, ingevoerd via het eerder genoemde Milieuhandhavingsdecreet, dat het DABM op zijn beurt ingrijpend heeft gewijzigd. Er is dus sprake van een hogere norm, waardoor het behoud van deze strafrechtelijke bepalingen zich opdringt.<sup>94</sup> Toch wordt

---

<sup>89</sup> Zie art. 3 Milieustrafrechtlijn. Het betreft o.a. het lozen of uitstoten van materie in de lucht, de grond of het water met de dood van of ernstig letsel aan personen dan wel aanzienlijke schade aan de kwaliteit van lucht, grond of water of aan dieren of planten wordt of dreigt te worden veroorzaakt; bepaalde overdrachten van afvalstoffen; etc.

<sup>90</sup> Art. 5 Milieustrafrechtlijn.

<sup>91</sup> Art. 53, § 1, 5°, 7° en 9° decreet 16 juni 2006 betreffende de begeleiding van de scheepvaart op de maritieme toegangswegen en de organisatie van het Maritiem Reddings- en Coördinatiecentrum (BS 26 oktober 2006), die het verstoren of bemoeilijken van het gegevens- en berichtenverkeer, het vernietigen of beschadigen van bepaalde (navigatie)apparatuur, dan wel het ernstig verstoren van de werking ervan, resp. het meedelen van onjuiste gegevens e.d. waardoor de scheepvaart(begeleiding) in het gedrang wordt gebracht, strafbaar stellen.

<sup>92</sup> Zie art. 23-24 decreet 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling (BS 29 december 2010), die uiteenlopende gedragingen ter zake strafbaar stellen, zoals het exploiteren van een bureau via een rechtspersoon die niet regelmatig werd opgericht volgens de regels van de lidstaat van vestiging; het verrichten van bepaalde, verboden diensten, het verstrekken van onjuiste informatie, het exploiteren van een uitzendbureau zonder of in strijd met de vereiste erkenning, etc.

<sup>93</sup> Zie art. 3, lid 1 Verdrag van de Internationale Maritieme Organisatie (IMO) tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de zeevaart, gedaan te Rome op 10 maart 1988 (BS 23 mei 2005) resp. art. 14, § 3 IAO-Verdrag nr. 181 van 19 juni 1997 betreffende de particuliere bureaus voor private arbeidsbemiddeling (BS 11 augustus 2000).

<sup>94</sup> Dit geldt m.n. voor de strafbepalingen in art. 16.6.2-16.6.3 en 16.6.3ter-16.6.3quinquies DABM, die hun grondslag vinden in een hiërarchisch hogere (Europese) norm. Dit geldt volgens ons daarentegen niet voor art. 16.6.1 DABM, dat (o.a.) strafbaar stelt die personen die opzettelijk niet meewerken aan een identiteitscontrole of toezichtrechten schenden, en dat niet als zodanig lijkt voort te vloeien uit een hiërarchisch hogere norm. Toch

hiermee geen afbreuk gedaan aan het principe van het strafrecht als *ultimum remedium*. In de Milieustrafrechtlijn wordt weliswaar het strafrechtelijk handhavingsspoor vooropgesteld, maar dit geldt enkel voor de meest ernstige vormen van milieucriminaliteit<sup>95</sup>, als noodzakelijke aanvulling op andere vormen van (i.h.b. bestuurlijke) handhaving.<sup>96</sup>

**51.** Bovendien dient te worden opgemerkt dat in vele gevallen er misschien weliswaar sprake is van een hiërarchisch hogere norm die voorziet in een verplichte sanctionering, maar dat deze niet als zodanig voorschrijft dat die strafrechtelijk moet zijn. Een voorbeeld hiervan is de Richtlijn van het Europees Parlement 2010/63/EU betreffende bescherming van dieren die voor wetenschappelijke doeleinden worden gebruikt<sup>97</sup>, waarbij de lidstaten bij overtreding van de regels verplicht worden om sanctionerend op te treden, maar waarbij de keuze voor al of niet strafrechtelijke handhaving wordt opengelaten. Een vaak terugkomende formulering in dit verband is dat de lidstaten sancties moeten vaststellen die ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ moeten zijn.<sup>98</sup> Dit vormt volgens ons reeds een belangrijke indicatie voor het behoud van de strafbaarstelling, zij het niet doorslaggevend.

**52.** Eenzelfde redenering geldt o.i. wanneer er een hiërarchisch hogere norm is waarin bepaalde waarden of normen worden beschermd, ook al voorziet die hogere grondslag zelf niet uitdrukkelijk in een verplichte sanctionering in geval van inbreuken op de daarin vervatte waarden of normen. Ook dit kan immers worden beschouwd als een belangrijke indicatie dat een strafrechtelijke reactie aangewezen lijkt, om de bescherming van dergelijke hogere waarde of norm te kunnen garanderen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de strafbepalingen in het decreet houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen.<sup>99</sup> Adoptie is een gebeurtenis met een belangrijke impact, zowel voor het adoptiekind als het adoptiegezin. Het welzijn van het kind moet hoe dan ook centraal staan. Met adoptie mag dus niet lichtzinnig

---

is er ook in dit geval sprake van doorslaggevende indicatoren die wijzen in de richting van het behoud van de strafbepaling, o.a. door het duidelijk conceptueel verband dat er is tussen dit artikel en andere strafrechtelijk te handhaven inbreuken, zoals het niet meewerken aan identiteitscontroles en het verhinderen van toezicht (zie ook nog hierna).

<sup>95</sup> Zie ook R. MEEUS, *Sanctionering van het Europees milieurecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 434.

<sup>96</sup> Vgl. met de opdeling die thans wordt gemaakt in het DABM tussen loutere milieu-inbreuken, die bestuurlijk worden gehandhaafd, en de milieumisdrijven, die als enige categorie in beginsel strafrechtelijk wordt gehandhaafd, zoals hierboven reeds uiteengezet.

<sup>97</sup> *Pb.L.* 20 oktober 2010, nr. 276, 33.

<sup>98</sup> Zie bv. art. 60 van voornoemde Richtlijn van het Europees Parlement 2010/63/EU betreffende bescherming van dieren die voor wetenschappelijke doeleinden worden gebruikt. Toch moet de strafrechtelijke handhaving o.i. in dit geval worden bepleit, o.a. wegens de verwevenheid die er is met de eerder besproken Milieustrafrechtlijn en waarin een verplichte strafrechtelijke sanctionering wordt voorgeschreven, o.a. voor het doden, vernietigen, bezitten of vangen van specimens van beschermde in het wild levende diersoorten. Bovendien kan worden geargumenteed dat strafbepalingen die te maken hebben met (inbreuken op) het welzijn van dieren tevens betrekking hebben op (schade toegebracht aan) het samenleven in de maatschappij, waardoor strafrechtelijke handhaving aangewezen is (zie hierover ook nog *infra*).

<sup>99</sup> Decreet van 20 januari 2012 houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen, *BS* 2 maart 2012. De strafbepalingen zijn terug te vinden in art. 27 van dit decreet, die (o.a.) strafbaar stellen elke persoon die bemiddelt in een adoptie zonder de vereiste erkenning of die enig ongeoorloofd materieel voordeel haalt uit de bemiddeling in een adoptie.

worden omgegaan.<sup>100</sup> Het belang van het kind is bovendien een belangrijke waarde, die grondwettelijk is verankerd. Er is dus een hogere norm waarin het belang wordt gewaarborgd, *in casu* de Grondwet.<sup>101</sup> Een strafrechtelijke handhaving kan aldus worden verantwoord, ter bescherming van dit belang, ook al voorziet die norm (de Grondwet) niet expliciet in een verplichte strafrechtelijke sanctionering.

(ii) *Betrokkenheid van de harde kern van fundamentele rechten*

**53.** De **tweede fase** groepeert een aantal vragen die voornamelijk betrekking hebben op (de dimensie van) het ‘ernstig’ of ‘zwaar’ karakter van het gedrag omschreven in de inbreuk. Daarnaast zijn er twee vragen die peilen naar de dimensie ‘dwingende of bijzondere redenen in verband met legaliteit’.

**54.** Te benadrukken valt dat het in deze tweede fase niet gaat om eliminatievragen, maar veeleer om *indicatoren* die via open vragen en in hun samenspel waardevolle handvatten aanreiken om tot strafbaarstelling over te gaan. De volgorde van de vragen moet niet worden gezien als een rangschikking naar belangrijkheid, maar is veeleer pragmatisch ingegeven. Eerst worden de indicatoren geïnventariseerd die eigen zijn aan de inbreuk zelf, daarna de indicatoren die gelinkt zijn met factoren die eerder buiten de inbreuk liggen.

**55.** Eerst komen dus vragen aan bod die verbonden zijn aan de dimensie van *zwaarte van de inbreuk*. Die vragen verwijzen naar de onderliggende normen, ervan uitgaande dat de aantasting of schending van de norm(en) een argument kan aanreiken om een strafbaarstelling te behouden. Hier komt het subsidiariteitsprincipe van het strafrecht tot uiting, in de mate dat het inhoudt dat enkel die gedragingen strafbaar worden gesteld waarvan de bestraffing nodig wordt geacht met het oog op de te beschermen normen.<sup>102</sup>

**56.** Een eerste criterium dat polst naar de zwaarte van de inbreuk betreft de *bescherming van fundamentele rechten*. In dat kader wordt de vraag gesteld of de beschrijving van de inbreuk een aantasting omvat van de ‘harde kern’ van de fundamentele rechten. Dit zijn volgens het taxatie-instrument de volgende fundamentele rechten:

- Het recht op leven;
- Het recht om niet gefolterd te worden of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen onderworpen te worden;
- Het recht om niet in slavernij of dienstbaarheid te worden gehouden, en;

---

<sup>100</sup> Vandaar ook de noodzaak aan een wettelijk kader, aldus de regelgever (toelichting bij het voorstel van decreet houdende wijziging van het decreet houdende wijziging van het decreet van 20 januari 2012 houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 390/1).

<sup>101</sup> Art. 22*bis* Gw.

<sup>102</sup> Zie reeds *supra*, III, B, 1.

- Het recht op legaliteit van de inbreuken en straffen en het verbod op een retroactieve strafwetgeving.

Er wordt verder nog verduidelijkt dat er weliswaar geen hiërarchie van mensenrechten bestaat, maar dat er toch een convergentie is tussen de verschillende mensenrechteninstrumenten, waarbij de vier bovenstaande rechten kunnen worden beschouwd als absolute<sup>103</sup>, onaantastbare rechten van de persoon en aldus als de harde kern.

**57.** Hierbij passen evenwel de volgende bedenkingen. In de mate dat het gaat om ‘het recht op legaliteit van de inbreuk en straffen en verbod op een retroactieve strafwetgeving’, lijkt dit criterium te moeten worden geschrapt. Deze vereiste is immers niet op zijn plaats in het vraagstuk met betrekking tot de legitimiteit. Het refereert aan de legaliteitseis, die eerder al aan bod kwam.

**58.** Daarnaast kunnen er vragen worden gesteld bij de geselecteerde fundamentele rechten als ‘harde kern’. De meeste strafbaarstellingen en straffen raken op een of andere manier wel aan bepaalde fundamentele rechten, zoals opgenomen in bovenvermelde lijst, maar ook andere fundamentele rechten. Denk bijvoorbeeld aan de eerdergenoemde strafbepalingen in het decreet houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen, die raken aan het belang van het kind, dat een recht is dat grondwettelijk wordt gewaarborgd. Ook het misdrijf van de schending van de geheimhoudingsplicht of het beroepsgeheim, dat in diverse strafbepalingen terug te vinden is<sup>104</sup>, is hiervan een voorbeeld. Overeenkomstig het taxatie-instrument strekt het beroepsgeheim niet alleen tot de bescherming van het maatschappelijk belang, maar ook van het individueel belang, dat net haar wortels vindt in het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven (art. 8 EVRM). Wanneer een dergelijk fundamenteel recht in het geding is, ook al behoort het niet tot de ‘harde kern’ in de zin van het taxatie-instrument, lijkt ons dit minstens een indicatie te zijn dat een strafrechtelijke reactie aangewezen is om de bescherming ervan te garanderen. Dit sluit ook mooi aan bij het criterium van de hiërarchisch hogere norm zoals hierboven reeds uiteengezet.

*(iii) Schade aan het individueel belang (de integriteit van personen dan wel de materiële goederen van personen) maakt deel uit van de beschrijving van de inbreuk*

**59.** De zwaarte van de inbreuk wordt in de tweede fase in een tweede beweging onderzocht aan de hand van het criterium van *de schade aan het individueel belang*. Dit criterium valt

---

<sup>103</sup> Met dien verstande dat het recht op leven (art. 2 EVRM) weliswaar als een absoluut recht wordt gekwalificeerd, maar berovingen van het leven worden niet als strijdig beschouwd met dit artikel wanneer zij geschieden i.o.m. art. 2, § 2 EVRM.

<sup>104</sup> Zie de gemeenrechtelijke strafbepaling van art. 458 Sw. Daarnaast bevatten verschillende andere strafbepalingen een gelijkaardig misdrijf (bv. art. 14 decreet 1 maart 2002 houdende de organisatie van het parlementair onderzoek (BS 7 mei 2002); art. 26 decreet 24 januari 2003 houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang (BS 14 maart 2003)).

uiteen in meerdere indicatoren. Een eerste groep indicatoren houdt verband met de integriteit van personen en stellen de vraag of respectievelijk de ‘fysieke’, ‘seksuele’ of ‘psychische integriteit van de persoon’ deel uitmaakt van de beschrijving van de inbreuk. Een laatste indicator heeft betrekking op de materiële goederen van personen en stelt de vraag of ‘de materiële schade’ deel uitmaakt van de beschrijving van de inbreuk.

**60.** De verschillende concepten die gebruikt worden in het taxatie-instrument, worden in bijgevoegde fiches toegelicht. Hier kan kort worden vermeld dat het begrip ‘integriteit’ doelt op de waardigheid van de mens, hetgeen onvermijdelijk wordt gelinkt met de fundamentele rechten en vrijheden van de mens. Met materiële schade wordt gedoeld op de aantasting van een voorwerp of de patrimoniale integriteit van een ander. Materiële schade beoogt dus geen aantasting van de extrapatrimoniale of morele schade.

**61.** Vooral het criterium van de schade aan de integriteit van een persoon zal o.i. een belangrijk criterium zijn. Veel inbreuken raken immers aan de integriteit van personen. Het eerder aangehaalde decreet houdende regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen bijvoorbeeld, bevat strafbepalingen waarvan kan worden geargumenteed dat de beschrijving van de inbreuk betrekking heeft op een aantasting van de fysieke, seksuele of psychische integriteit van een persoon. Hoewel dergelijke aantasting als zodanig niet uitdrukkelijk wordt vernoemd in de strafbaarstelling, is duidelijk dat de niet-naleving van de opgelegde adoptievoorschriften schadelijk is voor de persoon die zich in een kwetsbare positie bevindt, in dit geval het adoptiekind<sup>105</sup>, waarvoor een strafrechtelijke handhaving zich aldus opdringt.

**62.** Een mogelijke kritiek hierbij is wel dat het criterium, dat verwijst naar het begrip ‘schade’, een bijzonder ruim en dus *vaag* criterium is: zowat alles kan ressorteren onder dit begrip. Toch wordt dit criterium gebruikt, zowel door de regelgever als in de bestuursrechtelijke<sup>106</sup> en de criminologische literatuur.<sup>107</sup> Met het criterium wordt ook niet gepolst naar de *mate van schade* en dus de *ernst* ervan.<sup>108</sup> Tegelijk is ook het begrip ‘ernst’ geen eenduidig begrip. Het is geen voor de hand liggend criterium en veeleer moeilijk hanteerbaar.<sup>109</sup> De betekenis en

---

<sup>105</sup> Zie bv. art. 27, § 2, inzake het halen van een ongeoorloofd materieel voordeel uit de bemiddeling in een adoptie: wanneer lucratieve doeleinden worden nagestreefd, staat het welzijn van het kind niet centraal.

<sup>106</sup> Zo werd er reeds verwezen naar de aard en omvang en de frequentie van de inbreuken als relevante factor. Zie bv. inzake de gemeentelijke administratieve sancties het verslag bij wetsontwerp betreffende de gemeentelijke administratieve sancties e.a., *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2712/006; cf. A. DISPA en T. PAPART, “Sanctions administratives communales: grande évolution ou petite révolution?” in A. JACOBS en A. MASSET (eds.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel, Larcier, 2014, (173) 179.

<sup>107</sup> Al wordt er tegelijk op gewezen dat schade moeilijk te definiëren valt en dat hierover discussie bestaat. Zie bv. N. PERSAK, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, New York, Springer, 2007, 153 p. .

<sup>108</sup> Vgl. bv. met het Franse model; zie G.K. SCHOEP EN G.N.G. VANDERVEEN, “De ernst van het feit: percepties, attitudes en referentiepunten bij strafbaarstelling”, in C.P.M. CLEIREN, M.J.J. KUNST, J.P. VAN DER LEUN, G.K. SCHOEP, J.M. TEN VOORDE (eds.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag, Boom Lemma Uitgevers, 2012, 155 e.v.

<sup>109</sup> Zie ook P. POPELIER, *Heldere handhaving. Naar een sterker handhavingsbeleid door betere regelgeving en reglementering*, Brussel, Politeia, 2010, 827.



functie van de ernst of schadelijkheid van een inbreuk blijken in belangrijke mate samen te hangen met de context.<sup>110</sup> Het meten ervan zal dus veeleer neerkomen op het meten van percepties en attitudes.<sup>111</sup>

**63.** Het zal aldus zaak zijn om bij de toepassing van dit criterium die interpretatie te hanteren die het beste aansluit bij de hierboven genoemde *ultimum remedium*-gedachte, waarbij het strafrecht enkel als laatste redmiddel zou mogen worden gebruikt. Concreet betekent dit dat wanneer er geen sprake is van schade, dit eerder een indicatie zou zijn voor geen strafrechtelijke handhaving.<sup>112</sup> Omgekeerd, wordt in gelijkaardige zin in de (bestuursrechtelijke) literatuur verdedigd dat, wanneer er wel sprake is van schade (in de zin van een letsel) aan personen of schade aan goederen, bestuurlijke handhaving (via bestuurlijke boeten) niet aangewezen lijkt.<sup>113</sup>

**64.** Daarnaast kan men zich de vraag stellen in welke mate ook het vereiste *moreel bestanddeel* of *schuldbestanddeel* een element is dat men in de weegschaal kan leggen om de ernst van het misdrijf te bepalen. Nu dit o.i. wel degelijk kan worden beschouwd als een apart criterium, komen we hierop later nog terug (*infra*, punt v).

*(iv) Schade aan het algemeen belang (de staat, de economie, het fysieke milieu dan wel het samenleven in een gemeenschap) maakt deel uit van de beschrijving van de inbreuk*

**65.** De zwaarte van de inbreuk wordt in de tweede fase vervolgens onderzocht aan de hand van het criterium van *schade aan het algemeen belang*. Het gaat daarbij om het algemeen belang van de samenleving in haar globaliteit, als het te onderscheiden - maar niet noodzakelijk tegengesteld - belang ten aanzien van dat van de individuen of groepen in die samenleving.

**66.** Dit criterium valt uiteen in een aantal indicatoren, die polsen naar de beschadiging van collectieve rechtsgoederen en die telkens de vraag stellen of een bepaalde vorm van schade deel uitmaakt van de beschrijving van de inbreuk. Het gaat om: 'schade toegebracht aan de staat', 'schade toegebracht aan de economie (in ruime zin)', 'schade toegebracht aan het fysieke milieu' en 'schade toegebracht aan het samenleven' in onze maatschappij.

---

<sup>110</sup> Cf. N. PERSAK, "Norms, Harms and Disorder at the Border: Legitimacy of Criminal Law Intervention through the Lens of Criminalisation Theory" in N. PERSAK (ed.), *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice: Norms, Procedures, Outcomes*, Abingdon, Routledge, 2014, (13) 18, die erop wijst dat bij het schadebeginsel rekening moet worden gehouden met de onderliggende culturele of politieke veronderstellingen.

<sup>111</sup> Zie bv. A. ADRIAENSSEN, L. PAOLI, S. KARSTEDT, J. VISSCHERS, S. PLEYSIER, V.A. GREENFIELD, "Public Perceptions of the Seriousness of Crime: Weighing the Harm and the Wrong", *European Journal of Criminology*, 2017, nr. 17, 1-24.

<sup>112</sup> Zie o.a. A. ASHWORTH en L. ZEDNER, "Prevention and Criminalization: Justifications and Limits", *New Criminal Law Review* 2012, nr. 15(4), (542) 548.

<sup>113</sup> Zie L. DEBEN, Onderzoeksrapport "De optimale juridische omstandigheden voor de bestuurlijke boete" – Steunpunt Verkeersveiligheid, Diepenbeek, Limburgs Universitair Centrum, 2005, 10 en 20 en de referenties aldaar.

**67.** Ook deze concepten worden verder toegelicht in de bij het taxatie-instrument gevoegde fiches. Hier kan kort worden verduidelijkt dat het begrip ‘staat’ in de klassieke en positivistische zin wordt opgevat, wat overeenstemt met een territoriaal omschreven maatschappelijke organisatie en een geheel van instellingen, gekenmerkt door het monopolie inzake de uitvaardiging van rechtsregels en de inzet van de openbare macht. Ook de notie ‘*economie-in-de-ruime-zin*’ is niet beperkt tot de klassieke betekenis en omvat zo ook (economische) aspecten binnen de non-profit sector. De schade toegebracht aan ‘het fysieke milieu’ heeft dan weer betrekking op elke vorm van schade die negatieve effecten heeft op de lucht, het water of de bodem dan wel de instandhouding van dier- en plantensoorten of de habitats ervan of die er een mogelijke verstoring van inhoudt. Onder ‘het leven in gemeenschap binnen onze samenleving’ wordt begrepen het geheel van algemeen aanvaarde normen die van toepassing zijn op onze samenlevingsregels en die in rechtsregels werden omgezet, waarvoor desgevallend in een strafsanctie kan worden voorzien in geval van niet-naleving.

**68.** Een voorbeeld hiervan vinden we terug in de strafbepalingen in de wet van 14 augustus 1986 betreffende de bescherming en het welzijn der dieren<sup>114</sup>, die een aantal rechtstreekse inbreuken op het dierenwelzijn strafbaar stellen. Er kan immers worden geargumenteed dat de schade toegebracht aan het samenleven in onze maatschappij deel uitmaakt van de beschrijving van de inbreuken. Zo volgt uit de recente wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 “Goederen” van het Burgerlijk Wetboek<sup>115</sup> dat voorwerpen te onderscheiden zijn van dieren en dat dieren wel degelijk een gevoeligheid hebben alsook biologische noden.<sup>116</sup> Een ander voorbeeld betreft het gedrag dat strafbaar wordt gesteld in artikel 5 van het decreet van 21 december 2018 houdende de luchtkwaliteit in het binnenmilieu van voertuigen<sup>117</sup>, zijnde de niet-naleving van het rookverbod in voertuigen.<sup>118</sup> Met dit rookverbod beoogde de decreetgever de verontreiniging van de luchtkwaliteit in het binnenmilieu van voertuigen ten gevolge van het vrijkomen van schadelijke chemische stoffen tijdens het roken van tabaksproducten of van soortgelijke producten te beperken, met name in het bijzijn van -16-jarigen.<sup>119</sup> Aldus brengt het strafbaar gestelde gedrag (roken) schade toe aan het fysieke milieu (aantasting luchtkwaliteit) en maakt die schade deel uit van de beschrijving van de inbreuk, waarvoor een strafrechtelijke handhaving aangewezen lijkt.

**69.** Ook hier past evenwel de kanttekening van het *ruime en dus vage karakter* van het criterium, door de verwijzing naar het ‘schadebegrip’, net als bij het hierboven besproken

---

<sup>114</sup> BS 3 december 1986.

<sup>115</sup> BS 17 maart 2020.

<sup>116</sup> Zie art. 3.38 en 3.39.

<sup>117</sup> BS 30 januari 2019.

<sup>118</sup> Zie art. 4 van het decreet, dat eenieder verbiedt te roken in voertuigen in aanwezigheid van -16-jarigen.

<sup>119</sup> Art. 3 van het decreet; cf. memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet houdende de luchtkwaliteit in het binnenmilieu van voertuigen, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, nr. 1751/1, 3.

criterium van 'schade aan het individueel belang'. Dit geldt in het bijzonder voor het criterium van 'schade toegebracht aan het samenleven'. Dit criterium zou op het eerste gezicht immers transponeerbaar kunnen zijn op alle casussen van maatschappelijk ongewenst gedrag, waaronder ook lokale overlast, terwijl in andere literatuur in dit geval net meer het bestuurlijke spoor naar voren wordt geschoven als beste keuze voor de afhandeling ervan.<sup>120</sup> Gelijkaardige kritiek geldt o.i. voor het criterium 'schade aan het fysiek milieu', dat betrekking heeft op nagenoeg elke vorm van schade aan milieugerelateerde aspecten. In andere literatuur wordt in geval van milieugebonden inbreuken net geargumenteed in het voordeel van bestuurlijke handhaving in plaats van strafrechtelijke handhaving.<sup>121</sup>

**70.** Tegelijk gaat het om bepalingen waarvoor er vaak ook andere indicatoren zijn die wijzen in de richting van het behoud van (ook) de strafrechtelijke handhaving. Voor milieuzaken bijvoorbeeld, kan er worden verwezen naar het recht op bescherming van een gezond leefmilieu, dat grondwettelijk gewaarborgd is<sup>122</sup> en waaraan de betrokken inbreuken afbreuk zouden kunnen doen. De aanwezigheid van een dergelijke hogere norm levert een indicatie op pro een strafrechtelijke reactie, zoals we reeds eerder hebben gesteld. In de mate dat er sprake is van waarden en normen gewaarborgd in een hogere norm, zoals in de Grondwet (of in voorstellen daartoe), kan eveneens worden geargumenteed dat zij uiting geven aan een (steeds meer) algemeen aanvaarde waarde binnen de maatschappij en dus uiting geven aan het samenleven in die maatschappij, en die in rechtsregels zijn omgezet (of worden voorgesteld daartoe) om de bescherming ervan te garanderen, waardoor een strafrechtelijke handhaving zich eveneens kan opdringen.<sup>123</sup>

**71.** Aldus lijkt een veelal gecombineerde handhaving - bestuurlijk en strafrechtelijk - in dergelijke gevallen aangewezen. Het strafrecht blijft dan best voorbehouden voor de meer zware inbreuken (misdrijven). Op die manier kan uiting worden gegeven aan het hierboven geschetste uitgangspunt van het strafrecht dat het *ultimum remedium* moet zijn (en blijven).

---

<sup>120</sup> Illustratief hiervoor is de reglementering inzake de gemeentelijke administratieve sancties; zie bv. S. VERHELST, "GAS en lokaal en integraal veiligheidsbeleid. Uitholling van of hulp voor de strafrechtelijke keten?", *NC* 2011, (351) 363 en de referenties aldaar.

<sup>121</sup> Bv. J.-F. NEURAY, *Précis de droit de l'environnement*, Brussel, Bruylant, 2001, 639; cf. C. THIEBAUT, "Les sanctions administratives en droit de l'urbanisme et de l'environnement" in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, (613) 618.

<sup>122</sup> Art. 23, lid 3, 2° Gw.

<sup>123</sup> Zie bv. art. 63 e.v. decreet 20 april 2001 betreffende de organisatie van het personenvervoer over de weg (*BS* 21 augustus 2001), dat een aantal strafbepalingen bevat naargelang het soort van inbreuk op de bepalingen van het decreet (dan wel de uitvoeringsbepalingen ervan). Die bepalingen strekken er (o.a.) toe een minimumaanbod inzake mobiliteit te realiseren. Het belang van een minimale dienstverlening inzake mobiliteit wordt steeds vaker erkend en heeft reeds het voorwerp uitgemaakt van een verklaring tot herziening van de Grondwet om aan de burger een dergelijk (grond)recht toe te kennen (zie Verklaring tot herziening van de Grondwet van 12 april 1995, *BS* 12 april 1995). Dit is minstens een indicatie dat het gaat om gedragingen die kunnen worden beschouwd als de omzetting in recht van een (steeds meer) algemeen aanvaarde norm in onze samenleving en waarvoor een strafrechtelijke reactie aangewezen lijkt om de bescherming ervan te garanderen (zie in die zin ook de memorie van toelichting bij ontwerp van het decreet, *Parl.St.* VI.Parl. 2000-01, nr. 435/1, 3).

(v) *Schuldbestanddeel van het zonder rechtvaardiging aannemen van het strafbaar gestelde gedrag dat de uiting is van het niet-nakomen van de algemene verplichting tot waakzaamheid waartoe de dader gehouden is, maakt deel uit van de beschrijving van de inbreuk*

**72.** Voor het beoordelen van de zwaarte of ernst van het misdrijf rijst de vraag in welke mate ook het *vereiste moreel bestanddeel of schuldbestanddeel* een rol kan spelen. In het strafrecht onderscheiden we het bijzonder opzet, het wetens en willens aannemen van het strafbaar gestelde gedrag (het zgn. algemeen opzet) en het ernstig gebrek aan voorzorg en voorzichtigheid. Men zou kunnen argumenteren dat indien er specifiek een *bijzonder opzet* is opgenomen in de inbreuk, de wetgever hieraan een bijzondere aandacht heeft willen geven en dit een indicatie ~~van de zwaarte van de inbreuk~~ geeft, *pro* strafrechtelijke handhaving.<sup>124</sup> Toch lijkt ons het al dan niet voorhanden zijn van een bijzonder opzet ~~dit~~ geen (doorslaggevend) criterium te ~~kunnen-mogen~~ zijn ~~dat mee in de weegschaal kan worden gelegd~~; (a) de verschillende vormen van het schuldbestanddeel lijken wel degelijk een plaats te (moeten) hebben binnen het strafrecht.<sup>125</sup>

**73.** Dit wil niet zeggen dat er helemaal geen rekening kan worden gehouden met het schuldbestanddeel bij de beoordeling van de strafwaardigheid van een gedraging. In het kader van de vooropgestelde hervorming van het Strafwetboek wordt er eindelijk een wettelijke grondslag toegekend aan het schuldbestanddeel. Ook wordt er een nieuwe, vierde vorm geïnventariseerd van schuldbestanddeel, zijnde 'het zonder rechtvaardiging aannemen van het strafbaar gestelde gedrag dat de uiting is van het niet-nakomen van de algemene verplichting tot waakzaamheid waartoe de dader gehouden is'.<sup>126</sup> Dit schuldbestanddeel heeft betrekking op de zogenaamde reglementaire misdrijven<sup>127</sup>, waarbij de fout er louter in bestaat dat de dader zonder rechtvaardiging de wettelijke bepalingen niet heeft nageleefd. De aanwezigheid van een dergelijk schuldbestanddeel lijkt ons wel degelijk een criterium te zijn dat mee in de weegschaal kan worden gelegd, als argument *pro* depenalisering. Voorbeelden bij uitstek van reglementaire misdrijven zijn bepaalde inbreuken in verkeerszaken. Zo bevatten de gecoördineerde wetten betreffende de politie over het wegverkeer van 16 maart

---

<sup>124</sup> Aan te stippen valt dat in een eerste versie van het taxatie-instrument het al dan niet voorhanden zijn van dit bijzonder opzet als toetsingscriterium naar voren werd geschoven.

<sup>125</sup> Dit zou anders het pervers effect kunnen hebben dat bv. feiten van onopzettelijk toebrengen van een lichamelijk letsel, onopzettelijke doding of onopzettelijke brandstichting anders (bestuursrechtelijk) zouden moeten worden afgehandeld.

<sup>126</sup> Zie J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Antwerpen, Brugge, die Keure, 2016, 52-53; J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH en J. DE HERDT m.m.v. M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Naar een nieuw Strafwetboek? Het voorstel van de Commissie tot hervorming van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 2.

<sup>127</sup> Behalve wanneer de tekst anders bepaalt (en dus uitdrukkelijk refereert aan een algemeen opzet, een bijzonder opzet of een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid), behoren de misdrijven ingesteld bij bijzondere strafwetten tot de categorie van de reglementaire misdrijven.

1968 (samen de Wegverkeerswet)<sup>128</sup>, een reeks misdrijven, waaronder diverse reglementaire misdrijven, bijvoorbeeld de loutere overtreding zonder rechtvaardiging van bepaalde reglementen in verkeerszaken.<sup>129</sup>

**74.** Het betreft evenwel enkel *een* argument ten voordele van depenalisering, dat moet worden geschraagd door ook andere argumenten *pro* depenalisering. Ook al gaat het met andere woorden om een reglementair misdrijf, ook in verkeerszaken, wil dit niet noodzakelijk zeggen dat het moet worden gedepenaliseerd. De vraag naar de strafwaardigheid van verkeersinbreuken is geen eenvoudige vraag en heeft reeds aanleiding gegeven tot discussie. De kaart van bestuursrechtelijke handhaving kan niet zomaar (volledig) worden getrokken.<sup>130</sup> Een gedifferentieerde aanpak (bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving) lijkt ons hierbij vooralsnog de beste te zijn. Er moet immers ook rekening worden gehouden met de ruimere context en de verwevenheid met andere verkeersregelgeving, zoals op het federale niveau. Bovendien raken sommige (reglementaire) misdrijven in verkeerszaken aan de veiligheid en integriteit van personen die in gevaar worden gebracht en die deel uitmaken van de beschrijving van de inbreuk<sup>131</sup>, wat zoals gezegd net pleit voor het behoud van de strafbaarstelling.

*(vi) Aanbevelingen van internationale organisaties*

**75.** Volgens het taxatie-instrument wordt in de tweede fase, naast de dimensie van de 'zwaarte van de inbreuk', ook nog gekeken naar de dimensie van 'dwingende of bijzondere redenen in verband met legaliteit'. Deze dimensie valt uiteen in twee vragen of indicatoren. De eerste indicator heeft betrekking op het criterium van eventuele *aanbevelingen door internationale organisaties* die er zijn, en stelt de vraag of de strafbaarstelling van het gedrag op een dergelijke aanbeveling gebaseerd is. Met een 'internationale organisatie' wordt een niet-rechtsprekend orgaan bedoeld, zoals bijvoorbeeld de Verenigde Naties, de Europese Unie en de Raad van Europa.

---

<sup>128</sup> BS 27 maart 1968.

<sup>129</sup> Zie art. 28 e.v.

<sup>130</sup> Illustratief hiervoor is het proefschrift van L. DEBEN, dat net ging over de vraag wat de meest effectieve handhavingwijze is van verkeersregelgeving (bestuurlijk of strafrechtelijk), en wat de plaats daarin is van de bestuurlijke verkeersboete. DEBEN komt meer algemeen tot de conclusie dat, vanuit een effectiviteits- (en rechtswaarborgende) invalshoek, er 'geen eenduidig antwoord' bestaat op de vraag naar wat het gewenste handhavingsinstrument is in geval van verkeersovertredingen (zie L. DEBEN, *De optimale inrichting van de verkeersboete in België en Nederland vanuit een strafrechtelijk en bestuursrechtelijk perspectief*, Intersentia, 2007, 405 p.).

<sup>131</sup> Wat de Wegverkeerswet betreft, gaat het bv. om de strafbaarstelling van de overtreding van bepaalde reglementen in verkeerszaken die de veiligheid van personen rechtstreeks in gevaar brengen en/of die van die aard zijn dat ze bij een ongeval bijna onvermijdbaar leiden tot fysieke schade, dan wel de veiligheid van personen onrechtstreeks in gevaar brengen (zie art. 29). In dit geval verwijst de strafbepaling uitdrukkelijk naar de veiligheid en integriteit van personen die in het gedrang worden gebracht.

Hierbij past evenwel de volgende bedenking. In tegenstelling tot de eliminatievraag van de eerste fase, gaat het hier *niet* om bindende hogere normen, maar eerder om beslissingen, richtlijnen, adviezen en aanbevelingen, waarvoor België een zekere appreciatiemarge geniet. Toch kan volgens ons de loutere aanwezigheid van een hogere ‘norm’ (*in casu* een richtlijn, aanbeveling...) minstens *een* indicatie opleveren *pro* strafrechtelijke handhaving, ook al voorziet die niet als zodanig in een verplichte (strafrechtelijke sanctionering), gelijkaardig aan wat het hierboven reeds argumenteerde.

*(vii) Samenhang met andere strafrechtelijk te handhaven inbreuken*

**76.** De tweede indicator om na te gaan of er sprake is van ‘dwingende of bijzondere redenen in verband met legaliteit’, heeft volgens het taxatie-instrument te maken met het mogelijke verband dat er is met andere inbreuken. Hiermee wordt gepolst of de inbreuk samenhangt met of afhangt van een andere strafrechtelijk te handhaven inbreuk. Deze indicator is erop gericht het verband tussen twee of meerdere inbreuken in kaart te brengen, en te onderzoeken of dezelfde maatschappelijke reactie voor die inbreuken kan worden overwogen met het oog op de logica en coherentie in de (strafrechtelijke) handhaving.

**77.** Dit is o.i. een belangrijk criterium. Veel strafbaarstellingen kunnen immers op de een of andere manier in verband worden gebracht met elkaar. Wat bijvoorbeeld de eerder aangehaalde Wegverkeerswet betreft, is er sprake van samenhang van bepaalde strafbaarstellingen met andere, gelijkaardige inbreuken in het (ruimere) verkeersrecht die eveneens strafrechtelijk worden gehandhaafd, zoals inzake het verkeer over het water en dus het scheepvaartrecht.<sup>132</sup> Daarnaast kan er worden gewezen op samenhang met andere strafbaarstellingen op veeleer conceptueel vlak. Het gaat bijvoorbeeld om het misdrijf van het besturen van een voertuig in geval van alcoholopname of dronkenschap, dat strafbaar wordt gesteld in de Wegverkeerswet, maar ook elders strafrechtelijk wordt gehandhaafd.<sup>133</sup> Hetzelfde geldt voor de misdrijven inzake het rijden zonder of in strijd met het vereiste (rij)bewijs<sup>134</sup> en het tegenwerken van opsporings- of vaststellingsopdrachten.<sup>135</sup> Daarnaast is

---

<sup>132</sup> Zie de gelijkaardige strafbepalingen in art. 100 KB 15 oktober 1935 houdende algemeen reglement van de scheepvaartwegen van het Koninkrijk (*BS* 15 oktober 1935), die eveneens voorbeelden bevatten van reglementaire misdrijven, zoals het louter niet-naleven van voornoemd reglement.

<sup>133</sup> Vgl. art. art. 34 e.v. Wegverkeerswet met bv. de besluitwet van 14 november 1939 betreffende de beteugeling van de dronkenschap (*BS* 18 november 1939), die eveneens vormen van dronkenschap strafbaar stelt.

<sup>134</sup> Zie art. 30 e.v. Wegverkeerswet. Ook diverse andere strafbepalingen stellen het doen van iets zonder de daartoe vereiste vergunning, toelating, etc. strafbaar (bv. art. 16 programmawet 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap (*BS* 21 februari 1998); art. 10 decreet 18 mei 2018 betreffende het niet-dringend liggend ziekenvervoer (*BS* 11 juni 2018); art. 33, § 1 decreet 29 maart 2019 betreffende het individueel bezoldigd personenvervoer (*BS* 14 mei 2019)).

<sup>135</sup> Zie bv. art. 29*bis* Wegverkeerswet, m.b.t. overtredingen van voorschriften of reglementen waardoor de opsporing of vaststelling van overtredingen wordt bemoeilijkt of verhinderd. Er kan worden geargumenteed dat deze gedragingen in het verlengde liggen van het misdrijf van het belemmeren of verhinderen van controle of toezicht, een gedraging die in andere strafbepalingen eveneens strafrechtelijk wordt gehandhaafd (zie bv. afdeling 12, Hoofdstuk 2, Titel 3, Boek XV Wetboek Economisch Recht; art. 209 en 210 Sociaal Strafwetboek).

er sprake van samenhang met of minstens complementariteit aan een aantal gemeenrechtelijke misdrijven (bv. het misdrijf van aanmatiging van functies of titels<sup>136</sup>, voor het niet beschikken over het vereiste (rij)bewijs, of nog, het misdrijf van kwaadwillige belemmering van het verkeer (op de weg)<sup>137</sup>, waarvan ook sprake kan zijn door de overtreding van bepaalde reglementen in verkeerszaken).

**78.** Bij dit criterium past dan ook het nodige *voorbehoud*. De strafbaarheid van een gedraging behouden louter omdat aanverwante of samenhangende gedragingen ook strafbaar zijn, kan immers neerkomen op een cirkelredenering. Het criterium moet dus worden beschouwd als enkel *een* indicator, die samen met de andere factoren mee in de afweging moet worden genomen. Belangrijk is wel dat we er bij de analyse naar streven dat gelijkaardige gedragingen (op termijn) op eenzelfde wijze worden behandeld.<sup>138</sup> In dit verband kan worden geargumenteed dat zogenaamde ‘samengestelde inbreuken’, dus tegen verschillende normen, minder snel in aanmerking komen om te worden gehandhaafd via bestuurlijke weg.

**79.** Na het doorlopen van deze vragen en indicatoren, volgt volgens het taxatie-instrument de **derde fase**, bestaande in een tussentijdse evaluatie waarin een afweging moet worden gemaakt van alle antwoorden die tot nu toe werden bekomen. Daarbij moeten twee vragen worden gesteld die de contouren aangeven tussen *decriminalisering* (geen verbod meer) en *penalisering* (strafrechtelijk handhaven). Ten eerste moet men zich afvragen of het gedrag nog een antwoord of reactie verdient. Indien niet, moet worden overgegaan tot een decriminalisering van de inbreuk en stopt de taxatieprocedure. In het andere geval moet de vraag worden gesteld of het gedrag in het licht van de verschillende antwoorden gegeven in de vorige fases, voldoende ernstig is om een *strafrechtelijke* reactie te vereisen. Zo ja, dan wordt de taxatie stopgezet en blijft de inbreuk in het strafrecht. Indien niet, moet het instrument verder worden doorlopen.

*(viii) Bestaan van een (mogelijk) adequater, niet-penaal antwoord op het gedrag omschreven door de inbreuk*

**80.** De **vierde fase** polst overeenkomstig het taxatie-instrument naar de vraag in welke mate de reactie op de onderzochte gedraging noodzakelijk *strafrechtelijk* moet zijn. Deze fase omvat daarom een aantal vragen die verband houden met de *subsidiariteit* van het strafrecht (dimensie). Ook hier komt het subsidiariteitsprincipe van het strafrecht dus tot uiting. Het gaat om een denkoefening over andere mogelijke reacties op de gedraging en de gepastheid van dergelijke reacties.

---

<sup>136</sup> Zoals omschreven in Titel III, Hoofdstuk VI van huidig Boek 2 Sw.

<sup>137</sup> Art. 406 Sw.

<sup>138</sup> Dit uitgangspunt geldt zowel binnen een entiteitsoverschrijdende verhouding (federale overheid *versus* gemeenschappen/gewesten) als binnen eenzelfde entiteit.

**81.** Aan te stippen valt dat deze fase, door te peilen naar het strafrecht als ultieme remedie waarbij de noodzakelijkheid en gepastheid van de al dan niet strafrechtelijke tussenkomst wordt beoordeeld, tevens raakt aan voorwaarden die betrekking hebben op de vraag naar de *proportionaliteit* van de tussenkomst. In die zin is er overlap met de proportionaliteitseis, die hierna aan bod komt als aparte (grond)voorwaarde.

**82.** In het kader van de vierde fase wordt in de eerste plaats de vraag gesteld *of* er een niet-penaal antwoord bestaat op het onderzochte gedrag. Als voorbeelden van niet-penaal antwoorden worden gegeven: een burgerlijke vordering, een administratief antwoord (in de ruime zin, waaronder fiscale of gemeentelijke administratieve sancties, lokale/sociale bemiddeling, bemiddeling in het kader van de gemeentelijke administratieve sancties, gemeenschapsdienst, ouderlijke betrokkenheid, etc.), een disciplinair antwoord, een medische aanpak of een vorm van herstelrecht.

**83.** Wanneer wordt vastgesteld dat er een ander soort antwoord bestaat op de gedraging, moet volgens het taxatie-instrument vervolgens de vraag worden gesteld of dit niet-penaal antwoord een *adequater* antwoord biedt voor de omschreven inbreuk dan de strafrechtelijke reactie. Om dit te beoordelen, moet het op meerdere punten worden vergeleken met het strafrechtelijk equivalent. Het instrument somt daartoe vijf vergelijkingspunten op, die voornamelijk uit de rechtsleer werden gedestilleerd: (1) de specialisatie en deskundigheid van de actoren die belast zijn met de uitvoering van de reactie; (2) de doeltreffendheid op het vlak van de maatschappelijke re-integratie en voorkoming van recidive; (3) de plaats toegekend aan het slachtoffer; (4) de reactiesnelheid ten aanzien van het gepleegde feit en (5) de rechten vastgelegd in artikel 6 EVRM en algemene strafrechtsbeginselen.

**84.** Bij deze punten passen een aantal belangrijke *kanttekeningen*. Anders dan de andere in het taxatie-instrument ontwikkelde criteria, peilen diverse van deze criteria niet zozeer naar de intrinsieke strafwaardigheid. Zij hebben veeleer betrekking op de *handhaafbaarheid* van het gedrag (in plaats van de *handhavingswaardigheid* ervan) en de *gevolgen van de handhaving*. Ook in de literatuur<sup>139</sup> en in de rechtspraak<sup>140</sup>, evenals door de regelgever zelf<sup>141</sup>, wordt soms gerefereerd aan dergelijke meer extrinsieke criteria. Er wordt dan verwezen naar de specificiteit en complexiteit van de materie en de nood aan gespecialiseerde

---

<sup>139</sup> Bv. A. DE NAUW, "L'évolution législative vers un système punitif administratif", *Rev.dr.pén.* 1989, (337) 362-380; E. ANKAERT en J. PUT, "Bestuurlijke punitieve sancties in België" in E. ANKAERT, J. PUT, P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN en M.L. VAN EMMERIK, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2006, Alphen aan den Rijn, Kluwer, (53) 53; C. THIEBAUT, "Les sanctions administratives en droit de l'urbanisme et de l'environnement" in R. ANDERSEN, D. DÉOM en D. RENDERS (eds.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007, (613) 618-619.

<sup>140</sup> Bv. Arbitragehof 30 oktober 2001, nr. 132/2001, overw. B.5.1 en B.7; Arbitragehof 28 november 2001, nr. 153/2001, overw. B.6.

<sup>141</sup> Bv. in het verslag bij het wetsontwerp betreffende de gemeentelijke administratieve sancties, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2712/006, 54.



(administratieve) instanties, de gerechtelijke overbelasting en achterstand of zelfs gebrek aan toepassing van strafsancties, *versus* de snelheid (en efficiëntie) van het bestuurlijk optreden ten aanzien van het gepleegde feit, en de gevolgen op het vlak van stigmatisering (de doeltreffendheid op het vlak van de maatschappelijke re-integratie en voorkoming van recidive).

**85.** Reeds eerder hebben wij erop gewezen dat wij ons voor dit onderzoek focussen op enkel intrinsieke criteria inzake strafwaardigheid.<sup>142</sup> Bovendien kunnen bij bovengenoemde criteria uit het taxatie-instrument meerdere vraagtekens worden geplaatst. Zo zijn sommige van deze criteria geenszins evident of eenduidig.<sup>143</sup> Ook rijst de vraag of dit niet deels drogredenen zijn, nu sommige ervan veeleer het gevolg lijken te zijn van beleidskeuzes over de vraag in welk domein men middelen wil inzetten. Diverse van deze criteria kunnen overigens niet worden geëvalueerd via een zuivere juridische analyse<sup>144</sup>, en vereisen de input van ook andere disciplines. Dit impliceert vaak het uitvoeren van empirisch onderzoek, hetgeen, zoals gezegd, eveneens buiten het opzet van dit onderzoek valt.

**86.** In de vierde fase moet daarnaast nog worden nagedacht of andere niet-penale alternatieven, die vandaag nog niet in aanmerking worden genomen als antwoord op het gedrag, een adequaat antwoord zouden kunnen bieden. Het gaat dus om een denkoefening over nieuwe, *mogelijke* reacties op het gedrag.<sup>145</sup> Een voorbeeld vinden we terug inzake het decreet van 20 maart 2009 houdende de toegankelijkheid van publieke plaatsen voor personen met een assistentiehond (Assistentiehondendecreet).<sup>146</sup> Dit decreet voorziet in straffen voor het misdrijf (overtreding) van het ontzeggen van het recht op toegang van een persoon met een assistentiehond tot een publieke plaats.<sup>147</sup> Opvallend is dat in een eerste versie van het decreet werd gewezen op de mogelijkheid om de inbreuk eveneens te bestraffen met een gemeentelijke administratieve sanctie. Intussen is dit niet meer mogelijk door de komst van de wet van 24 juni 2013<sup>148</sup>, die dergelijke administratieve sancties verhindert wanneer het gaat om inbreuken waarvoor reeds een strafsanctie bestaat, zoals *in casu* het geval is.<sup>149</sup> Nochtans rijzen vragen bij deze strafrechtelijke handhaving, *in het licht*

---

<sup>142</sup> *Supra*, II, C.

<sup>143</sup> Illustratief hiervoor is het criterium van de 'doeltreffendheid' op het vlak van de maatschappelijke re-integratie en dus de 'effectiviteit', wat geen eenduidig begrip is en buiten het bestek van dit onderzoek valt (zie *supra*, II, C).

<sup>144</sup> Een uitzondering hierop lijkt het vijfde en laatste criterium te zijn van 'de rechten vastgelegd in artikel 6 EVRM en algemene strafrechtsbeginselen' en deels ook het derde criterium inzake 'de plaats toegekend aan het slachtoffer'.

<sup>145</sup> Hierbij kan worden gewezen op wetenschappelijk onderzoek in verband met het verboden gedrag dan wel op de manier waarmee met het verboden gedrag wordt omgegaan in onze buurlanden, aldus het taxatie-instrument.

<sup>146</sup> BS 8 mei 2009.

<sup>147</sup> Op basis van art. 5.

<sup>148</sup> Wet 24 juni 2013 betreffende de gemeentelijke administratieve sancties, BS 1 juli 2013.

<sup>149</sup> De betreffende bepaling werd dan ook opgeheven (zie het decreet 2 februari 2018 tot wijziging van artikel 5 van het decreet van 20 maart 2009 houdende de toegankelijkheid van publieke plaatsen voor personen met een assistentiehond, BS 23 februari 2018).

~~van de initiële wil van de decreetgever en~~ nu er wel degelijk een niet-penale reactie (administratieve sanctie) mogelijk lijkt te zijn, die een adequater antwoord lijkt te kunnen bieden op het gedrag omschreven in de inbreuk (nl. een overtreding).<sup>150</sup>

(ix) *Eindevaluatie*

**87.** Nadat de hierboven vermelde fases werden doorlopen, volgt in de **vijfde fase** in het taxatie-instrument de *eindevaluatie*, waarin een conclusie moet worden geformuleerd over de strafwaardigheid van het gedrag zoals omschreven in de inbreuk.

**88.** Te benadrukken hierbij is dat, behoudens de eliminatievraag van de eerste fase, de verschillende indicatoren doorheen de andere fasen overeenkomstig het instrument op zich *niet doorslaggevend* zijn. Alle indicatoren moeten tegen elkaar worden afgewogen, waarbij al naargelang de specificiteit van de inbreuk een andere ‘relatieve zwaarte’ aan de verschillende indicatoren kan worden toegekend. Dit kan worden onderschreven. Het zou een onmogelijke opgave zijn om een ‘mathematisch en decisief model’ te ontwikkelen dat bepaalt of gedrag al dan niet (strafrechtelijk) moet worden gehandhaafd. Daarnaast moet bij de eindevaluatie rekening worden gehouden met de mogelijke implicaties die de genomen beslissing met zich meebrengt (bv. op het vlak van verbonden inbreuken en regelgeving).

**89.** Dit betekent ook dat niet altijd een zwart-wit antwoord mogelijk is, en dat zelfs *een combinatie van (strafrechtelijke en bestuurlijke) handhaving zich kan opdringen*. Reeds eerder wezen we op de Wegverkeerswet, waarvoor een strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving aangewezen lijkt te zijn, gelet op (o.a.) de verwevenheid die er is met andere (verkeers)regelgeving.

Een ander voorbeeld betreft het fiscaal recht en de Vlaamse Codex Fiscaliteit<sup>151</sup>, waarin eveneens discussie bestaat over het te volgen handhavingsspoor.<sup>152</sup> Ook hier lijkt een gedifferentieerde aanpak (bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving) voorlopig de beste te zijn, gelet op (o.a.) de verwevenheid met de andere fiscale wetboeken. Een uniforme aanpak, zowel van de federale als van de gedefederaliseerde wetgevers, moet o.i. worden bepleit. Volgens VAN EYNDHOVEN, die er zijn doctoraal proefschrift aan wijdde, zou de strafrechtelijke handhaving in het fiscaal recht hoe dan ook enkel moet worden ingeschakeld wanneer het een adequater instrument is dan andere handhavingsinstrumenten, met name de bestuurlijke handhaving, met het oog op de preventie van fiscale overtredingen en de reparatie van schade

---

<sup>150</sup> Het kan immers worden betwijfeld of een strafrechtelijke sanctie wel altijd *proportioneel* is wanneer het gaat om een overtreding. ~~Z-(zie hierover infra, III, C, 3, inzake de proportionaliteitseis als grondvoorwaarde).~~

<sup>151</sup> Decreet 13 december 2013 houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit, *BS* 23 december 2013

<sup>152</sup> Soms wordt er zelfs een lans gebroken voor de integrale depenalisering van de fiscale fraudemisdrijven (G.DE. GOYVAERTS, W. HEYVAERT, P. VERHAEGHE, J. MALHERBE, C. VAN HOUTE, S. SCARNA en N. LANNON, “Over de opportuniteit van (de dreiging met) bestraffing door celstraf bij (beweerdelijke) fiscale misdrijven en de procedurele waarborgen bij de strafrechtelijke vervolging hiervan”, *TFR* 2019, 60).

die daardoor wordt veroorzaakt. Depenalisering zou volgens de auteur kunnen worden overwogen wanneer er louter sprake is van een niet-aangifte, een laattijdige aangifte of de niet-betaling van de verschuldigde belasting na een correcte aangifte.<sup>153</sup> Dit zou o.i. meteen ook een mooie concretisering vormen van het principe van het strafrecht als *ultimum remedium*, waarbij het strafrecht voorbehouden kan blijven voor de meer ernstige inbreuken.

### 3. Grondvoorwaarden inzake de proportionaliteitseis

**90.** Bij het vraagstuk naar de strafwaardigheid van gedragingen mag ook de proportionaliteitstoets niet uit het oog worden verloren. De proportionaliteitseis is weliswaar meestal in het geding op het niveau van de rechterlijke of bestuurlijke instantie, bij de toepassing of beoordeling van een bepaalde norm (bv. bij het bepalen van de hoogte van de straf of sanctie voor een bepaalde gedraging). Toch werkt de proportionaliteitseis ook door in de fase daaraan voorgaand, nl. in de keuze voor de al dan niet strafrechtelijke of een andere vorm van handhaving van de gedraging. De proportionaliteitseis moet immers ook worden nageleefd door de wetgever. Ook de wetgever moet het proportionaliteitsprincipe naleven, Deze verplichting vloeit voort op basis van uit een algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving.<sup>154</sup>

**91.** In strafzaken wordt het proportionaliteitsprincipe klassiek ingevuld als een *middel-feiten toets*, op basis waarvan de straf (het middel) in evenredige verhouding moet staan tot de gepleegde *feiten* (het misdrijf).<sup>155</sup> Ook de strafwetgever moet erop toezien dat de wettelijke strafmaten proportioneel zijn met het gepleegde misdrijf.<sup>156</sup>

**92.** De proportionaliteitseis is hiertoe evenwel niet beperkt. Zo blijkt vanuit Europees mensenrechtelijk perspectief dat wanneer er fundamentele rechten in het geding zijn, wat veelal het geval zal zijn voor straffen en strafbaarstellingen, de handhaving ook in een redelijke verhouding moet staan tot het nagestreefde (legitieme) *doel*, zoals hierna duidelijk wordt.

De inhoud van het proportionaliteitsbeginsel wordt traditioneel omschreven in de vorm van een *drietrapsredenering*, bestaande uit de drie subtests van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit *sensu stricto* waaraan de maatregel moet voldoen.<sup>157</sup> De beperking moet

<sup>153</sup> J. VAN EYNDHOVEN, *De strafrechtelijke handhaving van fiscale verplichtingen. Een pleidooi voor een doordachte depenalisering*, onuitg. proefschrift Universiteit Antwerpen, Faculteit Rechten, 2020, 841 p.

<sup>154</sup> Zie T. CORTHAUT, J. RIEMSLAGH, F. VANNESTE en J. VAN NIEUWENHOVE, "Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State 2017-18", *TvW* 2019, 98.

<sup>155</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME en P. TRAEST, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Oud-Turnhout/'s-Hertogenbosch, Gompel&Svacina, 2019, 12.

<sup>156</sup> J. ROZIE, "De verbeurdverklaring van het instrument van het misdrijf: een noodzakelijk kwaad of een onevenredige straf", *NC* 2017, 255-268.

<sup>157</sup> S. RANCHORDÁS en B. DE WAARD, "Proportionality crossing borders" in S. RANCHORDÁS en B. DE WAARD (eds.), *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A Comparative Study*, Londen, Routledge, 2015, (1) 1.

geschikt of nuttig zijn om het vooropgestelde, legitieme doel te bereiken, ze moet noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken, wat doorgaans wordt omschreven als de vereiste van het minst ingrijpende middel (zgn. '*least restrictive alternative*'-doctrine) en ze moet beantwoorden aan de vereiste van proportionaliteit in de strikte zin, wat een afweging impliceert van de in het geding zijnde belangen.<sup>158</sup>

In de rechtspraak van het EHRM vinden we echter diverse toetsingscriteria terug die het Hof heeft ontwikkeld om de proportionaliteit te beoordelen.<sup>159</sup> Meer algemeen is de proportionaliteitseis volgens het EHRM inherent aan het gehele EVRM, op basis waarvan er een *fair balance* moet zijn tussen de bescherming van de individuele fundamentele rechten en het algemeen belang dat wordt gediend met beperkingen op deze rechten.<sup>160</sup> Vooral de proportionaliteitseis *sensu stricto* neemt hierin een centrale plaats in, het is immers in deze eis dat de vereiste *fair balance* duidelijk aanwezig is. Op basis hiervan moet er een redelijke verhouding zijn tussen de vooropgestelde doeleinden en de middelen die daartoe worden ingezet (zoals het strafrecht), waarbij rekening moet worden gehouden met de mogelijke nadelige gevolgen, bijvoorbeeld voor de bescherming van fundamentele rechten. Dit wordt vaak een *doel-middel* toets genoemd.<sup>161</sup> Ook hiermee zal rekening moeten worden gehouden bij het vraagstuk naar de proportionaliteit van de strafbaarstelling.

**93.** De proportionaliteitseis zal o.i. met name een rol spelen wanneer het gaat om *overtredingen*. Ze dringt zich met name op wanneer moet worden nagegaan in welke mate een concrete strafbepaling inpast in het grotere geheel. Hierbij moet worden nagegaan waarom voor een bepaald type misdrijf werd geopteerd (*overtreding versus wanbedrijf versus misdad*) en hoe de straffen in kwestie zich verhouden tot de straffen voor vergelijkbare, verwante misdrijven.<sup>162</sup> Dit geldt des te meer in het licht van de vooropgestelde hervorming van het Strafwetboek. Het is immers de bedoeling dat alleen nog wanbedrijven en misdaden overeind blijven. De overtredingen zullen worden gedepenaliseerd. In voorkomend geval kunnen ze worden opgewaardeerd tot een wanbedrijf, maar dit laatste kan tot gevolg hebben dat het proportionaliteitsprincipe dreigt te worden geschonden.<sup>163</sup> Bij wijze van voorbeeld

---

<sup>158</sup> A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 303; A. D'ESPALLIER, *Redelijke aanpassingen, evenredigheid en de rol van de rechter*, Brugge, die Keure, 2016, 100-101.

<sup>159</sup> Zie hierover reeds uitvoerig L. TODTS, *Bestuurlijke en strafrechtelijke vrijheidsbeperkingen ter handhaving van de openbare orde*, Brugge, die Keure, 2021, 330-341 en de referenties aldaar.

<sup>160</sup> Bv. EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, Soering/Verenigd Koninkrijk, overw. 89; cf. EHRM 31 oktober 2006, nr. 41463/02, Hajlik/Hongarije, overw. 32.

<sup>161</sup> A. BARAK, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 132.

<sup>162</sup> Zie in dezelfde zin TH. A. DE ROOS, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie (diss. Utrecht)*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 72 en 98.

<sup>163</sup> Omgekeerd, kan het behouden van de strafbaarstelling als overtreding eveneens op gespannen voet komen te staan met de proportionaliteitseis in het licht van meer proceseconomische overwegingen, wat evenwel een criterium betreft dat geen uitstaans heeft met de intrinsieke strafwaardigheid. Zie hierover ook J. ROZIE en D. VANDERMEERSCH m.m.v. J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Antwerpen, Brugge, die Keure, 2016, 39.

kunnen we verwijzen naar het eerder aangehaalde Assistentiehondendecreet, waarin het eveneens ging om een gedraging in de vorm van een overtreding. Deze gedraging lijkt op het eerste gezicht niet voldoende ernstig om een strafrechtelijke reactie te vereisen, zodat er kan worden gedacht aan depenalisering, ten voordele van de bestuurlijke handhaving via een gemeentelijke administratieve sanctie, zoals die initieel ook reeds was voorzien door de decreetgever.

#### D. Schematisch overzicht

**94.** Alles bij elkaar genomen, komen we – naast de preliminaire uitgangspunten – tot 19 concrete vragen die betrekking hebben op de voornoemde grondvoorwaarden. Deze preliminaire voorwaarden en grondvoorwaarden geven samen vorm aan de uiteindelijke set van criteria en dus het algemeen toetsingskader om de strafwaardigheid van gedragingen te kunnen toetsen. Voor de duidelijkheid geven we een schematisch overzicht van deze criteria. Hiervoor vertrekken we vanuit het toetsingsschema dat wordt gehanteerd in het taxatie-instrument zelf – dat voor dit onderzoek als basis wordt gebruikt – zij het aangepast en aangevuld in functie van de kanttekeningen en toevoegingen zoals hierboven uiteengezet.

<b>Algemeen toetsingskader voor strafwaardigheid</b>	
<b>Preliminaire uitgangspunten</b>	
A. Het uitgangspunt moet zijn dat het strafrecht het <i>ultimum remedium</i> is.	
B. Men moet een visie (consensus) hebben over <i>de doelstellingen</i> die met de bestraffing moeten worden nagestreefd. De preventie en de vergelding kunnen niet naar voren worden geschoven als criteria om de strafwaardigheid te meten.	
<b>Grondvoorwaarden m.b.t. de legaliteitseis</b>	
1. Is er een wettelijke grondslag die voldoet aan de kwaliteitseisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid?	Indien u neen invult, stopt de procedure hier.  Indien u ja hebt geantwoord, ga verder naar vraag 2.
<b>Grondvoorwaarden m.b.t. de legitimiteitseis</b>	
2. Is er een hiërarchisch hogere norm die de strafrechtelijke sanctionering van het gedrag dwingend voorschrijft?	Indien u ja invult, gelieve aan te geven over welke hogere hiërarchische norm het gaat. De procedure stopt hier en de inbreuk blijft in het strafrecht.  Indien u neen hebt geantwoord, ga naar vraag 3.
3. Omvat de beschrijving van de inbreuk een aantasting van de 'harde kern' van de fundamentele rechten, met name: <ul style="list-style-type: none"> <li>• recht op leven;</li> <li>• recht om niet gefolterd te worden of aan onmenselijke, of vernederende</li> </ul>	<p>Gelieve in voorkomend geval aan te geven over welk van deze fundamentele rechten het gaat en uw antwoord te motiveren.</p> <p>Gelieve eveneens aan te geven of er andere fundamentele rechten in het geding zijn en dit eveneens te motiveren.</p>

<p>behandelingen of bestraffingen onderworpen te worden;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• recht om niet in slavernij of dienstbaarheid te worden gehouden.</li> </ul>	<p>Ga naar vraag 4.</p>
<p>4. Maakt een aantasting van de fysieke integriteit van een persoon deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 5.</p>
<p>5. Maakt een aantasting van de seksuele integriteit van een persoon deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 6.</p>
<p>6. Maakt een aantasting van de psychische integriteit van een persoon deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 7.</p>
<p>7. Maakt de materiële schade deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 8.</p>
<p>8. Maakt schade toegebracht aan de staat deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 9.</p>
<p>9. Maakt schade toegebracht aan de economie (in ruime zin) deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 10.</p>
<p>10. Maakt schade toegebracht aan het fysieke milieu deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 11.</p>
<p>11. Maakt schade toegebracht aan het samenleven in onze maatschappij deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 12.</p>
<p>12. Maakt het schuldbestanddeel van het zonder rechtvaardiging aannemen van het strafbaar gestelde gedrag dat de uiting is van het niet-nakomen van de algemene verplichting tot waakzaamheid waartoe de dader gehouden is, deel uit van de beschrijving van de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 13.</p>
<p>13. Is de strafbaarstelling van het gedrag aanbevolen door een internationale organisatie?</p>	<p>Gelieve in voorkomend geval aan te geven over welk internationale organisatie het gaat, de specifieke aanbeveling weer te geven (met referenties) en de argumentatie voor de opname ervan in het strafrecht aan te geven (bv. via nazicht in de parlementaire voorbereidingen).</p> <p>Indien neen, gelieve uw antwoord eveneens te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 14.</p>
<p>14. Hangt de inbreuk samen met of af van een andere strafrechtelijk te handhaven inbreuk?</p>	<p>Motiveer uw antwoord en ga verder naar de tussentijdse evaluatie.</p>

<p>Tussentijdse evaluatie. Gelet op alle hiervoor gegeven antwoorden en motiveringen, wordt een tussentijdse evaluatie opgemaakt. Twee vragen moeten worden gesteld: is het gedrag in het licht van de verschillende antwoorden gegeven tijdens deze fase, voldoende ernstig om een antwoord te vereisen? Indien ja, is het gedrag voldoende ernstig om absoluut een strafrechtelijk antwoord te vereisen? Indien u overtuigd bent dat de inbreuk het voorwerp van een decriminalisering moet uitmaken, stopt u de procedure. Indien u overtuigd bent dat de inbreuk in het strafrecht moet blijven, stopt u de procedure. Indien u niet overtuigd bent, ga naar vraag 15.</p>	
<p>15. Bestaat er een niet-penaal antwoord op het gedrag omschreven door de inbreuk?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•</li> </ul>	<p>Indien u ja invult, gelieve aan te geven over welke niet-penale antwoord(en) het gaat, wie deze oplegt, hoe deze wordt uitgevoerd en toegepast. Er kunnen meerdere niet-penale antwoorden van toepassing zijn.</p> <p>Ga dan naar vraag 16.</p> <p>Indien u neen hebt geantwoord, ga naar vraag 17.</p>
<p>16. Biedt dit niet-penaal antwoord een meer adequaat antwoord dan de penale reactie op het gedrag omschreven door de inbreuk?</p>	<p>Indien u ja invult, gelieve uw antwoord te motiveren en te stellen waarop u zich baseert (bv. wetenschappelijk onderzoek). Gelieve de referenties weer te geven.</p> <p>Ga verder naar de (tweede) tussentijdse evaluatie.</p> <p>Indien u neen invult, gelieve uw antwoord te motiveren en te stellen waarop u zich baseert (bv. wetenschappelijk onderzoek). Gelieve de referenties weer te geven.</p> <p>Ga naar vraag 17.</p>
<p>17. Zou een (ander) niet-penaal antwoord een adequaat antwoord kunnen bieden op het gedrag omschreven door de inbreuk?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren en te stellen waarop u zich baseert (bv. wetenschappelijk onderzoek). Gelieve de referenties weer te geven.</p> <p>Ga naar de (tweede) tussentijdse evaluatie.</p>
<p>(Tweede) tussentijdse evaluatie. Gelet op de gegeven antwoorden en motiveringen hiervoor dient u een (tweede) evaluatie op te maken. De volgende vraag moet worden gesteld: is er, in het licht van de verschillende antwoorden gegeven tijdens deze fase, een ander soort gepaste reactie voor het ten laste gelegde feit die de strafrechtelijke reactie kan vervangen? Deze beslissing wordt gemotiveerd en de consequenties die uit deze beslissing voortvloeien worden weergegeven.</p> <p>Indien u overtuigd bent dat de inbreuk het voorwerp van een decriminalisering moet uitmaken, stopt u de procedure. Indien u overtuigd bent dat de inbreuk in het strafrecht moet blijven, stopt u de procedure. Indien u niet overtuigd bent, ga naar vraag 18.</p>	
<p><b>Grondvoorwaarden m.b.t. de proportionaliteitseis</b></p>	
<p>18. Is de handhaving proportioneel met het gepleegde misdrijf?</p>	<p>Gelieve uw antwoord te motiveren.</p> <p>Ga verder naar vraag 19.</p>
<p>19. Is de handhaving proportioneel met het nagestreefde (legitieme) doel?</p>	<p>Motiveer uw antwoord en ga verder naar de eindevaluatie.</p>
<p>Eindevaluatie. Gelet op alle gegeven antwoorden en motiveringen hiervoor dient u een eindevaluatie op te maken en een beslissing te nemen of het strafrecht al dan niet dient toegepast te worden.</p>	

#### IV. Concrete toetsing van gedragingen aan het toetsingskader

##### A. Algemene aandachtspunten voor de regelgever bij de concrete toetsing

###### 1. Maak gebruik van het toetsingskader, maar met de nodige omzichtigheid

**95.** Uit de concrete toetsing aan het opgestelde toetsingskader van de strafbepalingen die werden opgegeven specifiek in het kader van de onderzoeksopdracht<sup>164</sup>, bleek alvast dat het toetsingskader meer algemeen blijkt stand te houden. Dit impliceert dat het toetsingskader ook in de toekomst kan worden gebruikt, bij het toetsen van andere, reeds bestaande strafbaarstellingen maar ook bij de totstandkoming van nieuwe regelgeving, om de keuze tussen strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving te faciliteren en te verantwoorden. Het verdient dan ook aanbeveling dat, gelet op de hogervermelde relevantie van het toetsingskader voor de regelgever<sup>165</sup>, hij het toetsingskader ook daadwerkelijk in acht neemt.

**96.** Hierbij dient te worden benadrukt dat de regelgever dit telkens met de nodige omzichtigheid dient te doen. Zo wezen we erop dat de vooropgestelde criteria in beginsel niet als een 'hakbijvoorwaarde' kunnen worden ingezet. Zij zijn veeleer te beschouwen als richtsnoeren met betrekking tot de vraag inzake al dan niet depenalisering van de betrokken gedraging. De enige uitzondering hierop betreft het criterium van de aanwezigheid van een hiërarchisch hogere norm: wanneer die de strafrechtelijke sanctionering van het betreffende gedrag dwingend voorschrijft, stopt de denkoefening. Wel moet dit op zijn beurt worden genuanceerd, en moet de regelgever erover waken dat er geen afbreuk wordt gedaan aan het uitgangspunt van het strafrecht als *ultimum remedium*.

###### 2. Besteed voldoende aandacht aan de verantwoording van de strafbaarstelling, in functie van de preliminaire uitgangspunten

**97.** Zoals gezegd, gaat de regelgever niet altijd (even diepgaand) in op de verantwoording van de strafwaardigheid van de betreffende gedraging. Het lijkt ons evenwel aanbevolen dat de regelgever voldoende aandacht besteedt aan de onderbouwing van de strafbaarstelling. Bij voorkeur gebeurt de motivering (mede) aan de hand van de ontwikkelde set van criteria om de strafwaardigheid van gedragingen na te gaan. Hierbij dient de regelgever voldoende rekening te houden met het uitgangspunt van het strafrecht als *ultimum remedium*, zoals nu

---

<sup>164</sup> Zie J. ROZIE, I. OPDEBEEK en L. TODTS, *Opstellen van een set van criteria voor depenalisering en toepassing ervan door het aanleveren van onderbouwde voorstellen tot depenalisering*, onderzoeksrapport, Universiteit Antwerpen, 2020, 77-355, beschikbaar via [https://assets.vlaanderen.be/image/upload/v1626263715/Criteria\\_voor\\_depenalisering\\_en\\_toepassing\\_ervan\\_cyuukr.pdf](https://assets.vlaanderen.be/image/upload/v1626263715/Criteria_voor_depenalisering_en_toepassing_ervan_cyuukr.pdf).

<sup>165</sup> *Supra*, II, A.



reeds her en der het geval is. Wel pleiten we ervoor de vergelding en preventie niet als zodanig meer naar voren te schuiven als criteria ter verantwoording van de strafbepaling, nu die net haaks lijken te staan op dit uitgangspunt.<sup>166</sup>

### 3. Waak bij de grondvoorwaarden over het (relatieve) belang per criterium

**98.** Hierboven wezen we er reeds op dat de ontwikkelde criteria in beginsel niet kunnen worden ingezet als een 'hakbijvoorwaarde' om al dan niet over te gaan tot depenalisering, en slechts een indicatie hiertoe opleveren. In die zin hebben de criteria een relatief gewicht. Dit impliceert dat de concrete toetsing door de regelgever aan de set van criteria doorgaans eerder een *afweging van verschillende criteria* zal zijn, waarbij een combinatie van de criteria uiteindelijk een antwoord zal bieden. De regelgever houdt dit best in het achterhoofd bij de concrete toetsing van strafbepalingen.

**99.** Dit relatieve gewicht blijkt ook uit het feit dat *niet alle criteria (in dezelfde mate) blijken terug te komen* bij de concrete toetsing van strafbepalingen, zoals de bepalingen die werden opgegeven in het kader van de onderzoeksoopdracht.<sup>167</sup> Toch mag hieruit o.i. niet worden afgeleid dat die criteria niet of niet langer zouden mogen worden opgenomen in het toetsingskader. In de onderzoeksoopdracht ging het immers om een concreet afgebakende toetsing, namelijk een reeks van bijzondere strafwetten op Vlaams niveau. Wel kunnen we uit die toetsing een aantal bijkomende, meer algemene aandachtspunten formuleren met betrekking tot het (relatieve) belang van de criteria, waarmee de regelgever eveneens best rekening houdt.

**100.** Wat het criterium van de hiërarchisch hogere norm betreft die de strafrechtelijke sanctionering dwingend voorschrijft, gaat het weliswaar om een belangrijke ('hakbijl')vereiste, maar de aanwezigheid van een dergelijke norm lijkt zich slechts zelden voor te doen. Dit wil niet zeggen dat dit criterium niet of minder van belang zou zijn. Er is immers wel vaak sprake van de aanwezigheid van *een* hogere norm, af en toe zelfs met een verplichte sanctionering die wordt voorgeschreven, maar die niet noodzakelijk strafrechtelijk moet zijn. Het feit dat er een hiërarchisch hogere norm aanwezig is (bv. een in de Grondwet gewaarborgd belang), levert o.i. minstens *een* indicatie op dat een strafrechtelijke handhaving aangewezen is om de bescherming ervan daadwerkelijk te garanderen.

**101.** Dit geldt des te meer nu het criterium van de hogere norm vaak kan worden gelinkt met ook andere criteria die wijzen in de richting *pro* strafrechtelijke handhaving. Zo kan worden geargumenteed dat met de hogere norm uiting wordt gegeven aan een algemeen aanvaarde waarde binnen de maatschappij en dus aan het samenleven in die maatschappij,

---

<sup>166</sup> Cf. *supra*, III, B, 2.

<sup>167</sup> Zie de voorbeelden ter zake in *supra*, III.

die in een rechtsregel is omgezet om de bescherming ervan te garanderen. Hieruit blijkt dat de criteria niet altijd haarscherp van elkaar te onderscheiden zijn en dat een zekere overlap mogelijk is. Aldus kunnen de criteria elkaar doorkruisen en versterken.

**102.** Wel veel voorkomende criteria zijn de schade aan de integriteit van personen waarop de inbreuk betrekking heeft, en het criterium van de samenhang die er is met reeds bestaande strafrechtelijke bepalingen. Ook het criterium van het schuldbestanddeel van het zonder rechtvaardiging aannemen van het strafbaar gestelde gedrag dat de uiting is van het niet-nakomen van de algemene verplichting tot waakzaamheid waartoe de dader gehouden is, dat deel uitmaakt van de omschrijving van de inbreuk, komt regelmatig voor. Toch mag het belang van dit laatste criterium niet worden overschat, nu het niet altijd wordt geflankeerd door ook andere indicatoren *pro* depenalisering, waardoor er finaal toch ook voor strafrechtelijke handhaving kan worden gepleit.

**103.** Andere criteria lijken dan weer minder aan bod te komen, zoals de materiële schade, die deel zou uitmaken van de beschrijving van de inbreuk dan wel gedragingen die betrekking zouden hebben op een aantasting van de 'harde kern' van de fundamentele rechten. Maar ook dit wil niet zeggen dat het criteria zouden zijn met weinig tot geen belang, door de verbondenheid die er is met ook andere criteria. Zo hebben sommige gedragingen betrekking op een recht dat weliswaar niet als zodanig is aangemerkt als 'harde kern' van de fundamentele rechten, maar dat wel wordt gewaarborgd in een hogere norm (bv. een grondwettelijk gewaarborgd recht, zoals het belang van het kind). Dit levert o.i. minstens een indicatie op dat het betrokken recht voldoende belangrijk is om strafrechtelijk te worden gehandhaafd. Dit is des te meer zo, nu er vaak een link kan worden gemaakt met ook andere criteria die wijzen in de richting van strafrechtelijke handhaving, zoals de aanwezigheid van een hiërarchisch hogere norm (*in casu* de Grondwet). Dit illustreert opnieuw dat de criteria zich niet haarfijn van elkaar laten onderscheiden en kunnen overlappen.

**104.** Uit dit alles blijkt dat de concrete toetsing door de regelgever van de strafwaardigheid en de toepassing van de criteria *geen eenvoudige opdracht zal zijn*. Dit is dan ook een waarschuwing naar de regelgever toe: het gaat om een veelheid aan criteria die in de weegschaal moeten worden gelegd, die bovendien kunnen overlappen met elkaar en elkaar wederzijds kunnen beïnvloeden, en die elk hun relatief belang kennen waarmee eveneens rekening moet worden gehouden.

## B. Concrete voorstellen tot depenalisering

1. (Eerder) niet depenaliseren wanneer er een hiërarchisch hogere norm is die strafrechtelijke handhaving dwingend voorschrijft, de integriteit van personen in het geding is of wanneer dit afbreuk doet aan reeds bestaande strafrechtelijke bepalingen

**105.** Over het algemeen kunnen we stellen dat er wellicht *eerder weinig strafbepalingen in aanmerking zullen komen om te worden gedepenaliseerd*, net gelet op de (vele) criteria die er zijn en die veeleer pleiten voor het behoud van de bepaling in het strafrecht, zoals blijkt uit bovenstaande bespreking.

**106.** In elk geval is het zo dat, wanneer er een hiërarchisch hogere norm is die de strafrechtelijke handhaving dwingend voorschrijft, de strafbepaling hoe dan ook in het strafrecht behouden moet blijven. Ook wanneer het gaat om inbreuken die betrekking hebben op een schending van de integriteit van personen, kan worden gepleit voor het behoud van de bepaling in het strafrecht. Bovendien kan er vaak worden gerefereerd aan reeds bestaande strafrechtelijke bepalingen, die in lijn liggen met de betrokken strafbepaling en die kunnen leiden tot het behoud van die strafbepaling.

**107.** Voor het overige zal het veeleer gaan om een *afweging van diverse criteria*, die op zichzelf misschien niet doorslaggevend zijn, maar waarbij een combinatie van criteria leidt tot de vaststelling dat de strafrechtelijke handhaving alsnog behouden moet blijven.

2. (Eerder) niet depenaliseren in geval van een aantal specifieke, veel terugkomende gedragingen die (quasi) altijd strafrechtelijk worden gehandhaafd

**108.** Er is sprake van een aantal specifieke *misdrijven die vaak terugkomen en die zo goed als altijd strafrechtelijk worden gehandhaafd*. Het betreft meer bepaald het misdrijf inzake de schending van de geheimhoudingsplicht dan wel het beroepsgeheim, het verhinderen of belemmeren van (toezichts)opdrachten of toezichtsrechten en het doen van iets zonder de daartoe vereiste vergunning, toelating, erkenning.... In die gevallen kan eveneens worden gepleit voor het behoud van deze misdrijven in het strafrecht.<sup>168</sup>

3. (Eerder) wel depenaliseren in geval van overtredingen

**109.** De kaart van depenalisering kan in principe wél worden getrokken wanneer het louter gaat om overtredingen. Hierbij moet rekening worden gehouden met de vooropgestelde

---

<sup>168</sup> Vgl. met de Omzendbrief "Strafrechtelijke prioriteiten in Vlaanderen" van 30 april 2019, COL 04/2019, beschikbaar via [www.om-mp.be](http://www.om-mp.be), waarin diverse algemene criteria zijn opgenomen voor de afbakening van strafrechtelijk af te handelen prioriteiten. Hoewel de criteria waarnaar in deze omzendbrief wordt verwezen niet helemaal gelijk lopen met de criteria die naar voren worden geschoven in deze bijdrage, valt op dat we voor het merendeel op dezelfde lijn zitten wat het behoud betreft van de daarin behandelde strafbepalingen, waaronder inzake de misdrijven van het verhinderen van toezicht en het iets doen zonder vereiste vergunning of erkenning.

hervorming van het Strafwetboek, waarbij de overtredingen zullen verdwijnen omdat ze ofwel worden gedepenaliseerd, ofwel worden opgewaardeerd tot wanbedrijven (met als risico dat afbreuk wordt gedaan aan het proportionaliteitsprincipe).

**110.** Wel bestaan hierop gemotiveerde uitzonderingen, waardoor er - ook al gaat het om een overtreding - toch moet worden gepleit voor het behoud van de strafrechtelijke handhaving. Dit is bijvoorbeeld wanneer er samenhang is met andere strafbepalingen en de depenalisering van de betrokken strafbepaling afbreuk zou doen aan een coherent handhavingsbeleid.

#### 4. Wel of niet depenaliseren, in functie van de beleidskeuze

**111.** Tot slot, zijn er ook nog een aantal 'hete hangijzers'. Dit zijn strafbepalingen waarvoor de toepassing van de set van de criteria niet noodzakelijk een eenduidig antwoord geeft, en waarvoor er kan worden gepleit in de richting van zowel het behoud van de strafrechtelijke handhaving als de depenalisering ervan en de handhaving via andere, niet-penale antwoorden. Hierbij zal hoe dan ook rekening moeten worden gehouden met de ruimere context en samenhang die er vaak is met andere strafbepalingen of nog, met nader onderzoek dat zich desgevallend opdringt. Over deze strafbepalingen zal een keuze moeten worden gemaakt, die in de eerste plaats een beleidskwestie vormt.

## V. Conclusie

**112.** Om een coherent handhavingsbeleid te kunnen voeren, moet de vraag worden beantwoord welke gedragingen als strafwaardig kunnen worden beschouwd en welke misdrijven desgevallend in aanmerking komen voor depenalisering, ten voordele van andere handhavingsvormen, zoals de bestuurlijke handhaving. De keuze tussen strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving is allerm minst evident. Een haarscherpe lijn trekken tussen waar de strafrechtelijke handhaving stopt (of zou moeten stoppen) en waar de bestuurlijke variant begint (of zou moeten beginnen), lijkt veelal niet mogelijk.

**113.** Met dit onderzoek beoogden we een toetsingskader tot stand te brengen met een set van (intrinsieke) criteria om de strafwaardigheid van gedragingen na te gaan. Hieruit blijkt duidelijk dat de strafrechtelijke handhaving zeker nog een rol te spelen heeft. Zeker wanneer internationale of Europese regelgeving noopt tot strafrechtelijke sancties, of wanneer het gaat om ernstige gedragingen zoals schendingen van de integriteit van de persoon, komt het strafrecht in beeld. Bij de meeste handhavingsbepalingen zal de keuze voor strafrechtelijke of andere handhaving veelal een afweging vergen, waarbij de samenhang met andere strafrechtelijk te handhaven inbreuken niet uit het oog mag worden verloren. Af en toe betreft die keuze zelfs veeleer een beleidskwestie en zal er moeten worden getrancheerd. Op die

manier kunnen we er alsnog voor zorgen dat het strafrecht daadwerkelijk kan worden ingezet daar waar nodig, en aldus kan worden teruggebracht tot zijn 'kerntaak'.