

Eerste Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. mevrouw G. Prins, voorzitter
van de vaste commissie voor VWS,
Postbus 20017
25 EA Den Haag

Datum
31 oktober 2024

Onderwerp
*Schriftelijke raadpleging externe
deskundigen inzake wetsvoorstel
'Tegengaan productie en handel in
nieuwe psychoactieve stoffen' (36159)*

Ons kenmerk
JS/TS-fs/10-2024

Uw kenmerk
175386.12U

Pagina
1/9

Bijlage

Afdeling
Law, Society and Crime
Prof. mr. J.S. Nan

Bezoekadres
Erasmus School of Law
Burgemeester Oudlaan 50
Sandersgebouw

Postadres
Postbus 1738
L4-02
3000 DR Rotterdam

T +31 10 408 1680
E nan@law.eur.nl
W www.esl.eur.nl

Geachte Voorzitter,

Bij brief van 17 oktober 2024 heeft u mij verzocht uw Commissie te adviseren in het kader van de behandeling van het wetsontwerp ter Wijziging van de Opiumwet in verband met het toevoegen van een derde lijst met als doel het tegengaan van de productie van en de handel in nieuwe psychoactieve stoffen en enkele andere wijzigingen ('Tegengaan productie en handel in nieuwe psychoactieve stoffen'). Uw twee vragen aan mij zijn of de strafbaarstelling in het wetsvoorstel aan het lex certa-beginsel voldoet en of van een burger mag worden verlangd dat hij zelf uitzoekt of een door deze gekocht middel, dat niet expliciet verboden is, stoffen bevat uit een verboden stofgroep. Middels deze brief voldoe ik aan dit verzoek.

Eerst zal ik daartoe kort uiteenzetten wat de betekenis is van het lex certa-beginsel voor het positieve, dus geldende recht en – in het verlengde hiervan – wat de eigen verantwoordelijkheid van een burger inhoudt. Daarna kom ik tot een beknopt antwoord op beide vragen. Ik stel daarbij voorop dat ik heb aangenomen dat met 'de strafbaarstelling' uit uw vraag, wordt bedoeld op die van art. 2a lid 1 van de onderhavige wet (in verbinding met de sanctionering van art. 10b).¹

Algemeen; het lex certa-beginsel en de eigen verantwoordelijkheid van burgers

Het lex certa-beginsel is een onderdeel van het legaliteitsbeginsel² en houdt – kort gezegd – in dat strafbare feiten

¹ Voor de strafbaarstelling van art. 10c van het voorstel, dat ziet op voorbereidingshandelingen geldt overigens mutatis mutandis hetzelfde.

² Gecodificeerd in onder andere art. 16 Grondwet, art. 1 lid 1 Sr, art. 7 EVRM, art. 15 IVBPR, art. 49 Handvest Grondrechten van de EU en art. 11 UVRM. Het lex certa-

in de wet met voldoende precisie moeten worden omschreven. Burgers moeten vooraf kunnen weten welk handelen en nalaten tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden en welke sancties daarop kunnen volgen. In dat verband moet de strafwet kenbaar c.q. toegankelijk én voorzienbaar zijn voor burgers. Aangaande de kenbaarheid van de strafrechtelijke regels speelt in Nederland eigenlijk geen probleem, met voorafgaande openbare (officiële) afkondiging en bekendmaking. Iedereen kan de geldende regelgeving (online) raadplegen en dus kennen. Moeilijker ligt het soms met de voorzienbaarheid van strafbepalingen. Is de wet ook afdoende te begrijpen? Daarop ga ik daarom nader in.

De Hoge Raad spreekt met betrekking tot het lex certa-beginsel over het zogenaamde bepaaldheidsgebod.³ Dat gebod houdt volgens hem met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel in dat de burger vooraf moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft (en welke sanctie kan volgen). Van de wetgever mag daarom worden verlangd dat hij op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Dat neemt echter niet weg dat de wetgever soms met enige vaagheid de strafbepaling zal moeten formuleren om (toekomstig) strafwaardig gedrag onder het bereik ervan te kunnen laten vallen. Af en toe is enige vaagheid onvermijdelijk volgens de Hoge Raad. Ten eerste omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de met de strafbepaling te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden. Ten tweede omdat te verfijnd omschreven strafbepalingen ook voor onduidelijkheid en onoverzichtelijkheid kunnen zorgen. Van professionele marktdeelnemers mag van de Hoge Raad in het bijzonder nog worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen.

De rechtspraak van de Hoge Raad laat zien dat de wetgever van hem in concrete gevallen enige speelruimte en begrip krijgt om strafbaar gedrag ruim te omschrijven. Zo mocht in ordeningswetgeving onder sla ook de subcategorie krulsla worden verstaan en waren het 'danwel zich op andere wijze onbehoorlijk te gedragen' in het openbaar vervoer en 'schennis van de eerbaarheid' op een plaats voor het openbaar verkeer bestemd, ook niet te vaag.⁴

beginsel kan daarnaast ook worden afgeleid uit het rechtszekerheidsbeginsel en het schuldbeginsel.

³ HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14.

⁴ Zie nader, ook over deze en andere voorbeelden, het standaardhandboek J. de Hullu/P.H.P.H.M.C. van Kempen, Materieel strafrecht, 2024, p. 105-112.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in zijn rechtspraak het *lex certa*-beginsel als volgt ingevuld.⁵ De strafwet moet duidelijk geformuleerd worden. Aan die eis is voldaan als burgers door middel van de omschrijving van de strafbepaling en – zo nodig – aan de hand van de uitleg die daaraan door de rechter wordt gegeven en eventueel ingewonnen juridisch advies, op dat moment kan weten welk gedrag (handelen en nalaten) strafbaar is (en welke sancties daarop gesteld zijn).⁶ Zelfs als de uitleg voor het eerst aan een strafbepaling wordt gegeven levert dat geen schending van het *lex certa*-beginsel op, als die uitleg maar redelijkerwijs voorzienbaar was en in overeenstemming is met de essentie van het delict. De voorzienbaarheid van een strafbepaling hangt in het bijzonder af van de inhoud van de regel zelf, het rechtsgebied waarop de regel ziet en de omvang en hoedanigheid van degenen tot wie de norm zich richt. Vooral van personen die professionele activiteiten ontplooiën ('professionele marktdeelnemers'), mag worden verwacht dat zij voldoende voorzichtigheid bij hun handelen betrachten. Zij moeten zich zo nodig laten informeren over de (on)geoorloofdheid van hun activiteiten. Bijvoorbeeld over wat een medicinaal product is.⁷

Als de ene strafbepaling voor de verdere invulling verwijst naar een andere (zoals in het geval van de onderhavige strafbepaling), moeten de bepalingen van het EHRM samen gezien worden en voldoende duidelijk zijn, wederom zo nodig doordat hierover advies wordt ingewonnen. Zogeheten gedelegeerde normstelling is dus toegestaan. Het beste voor de duidelijkheid en voorzienbaarheid is volgens het EHRM dan dat de verwijzing expliciet geschiedt en de verwijzende bepaling de bestanddelen van het delict bevat. Hierbij geldt voorts dat de norm waarnaar wordt verwezen, de reikwijdte van het delict zoals in de verwijzende bepaling opgenomen, niet mag verruimen.

⁵ Zie recentelijk heel beknopt EHRM 23 mei 2024, appl. nrs. 6232/20 en 22394/20, Saakashvili/Georgië, par. 141-143. Zie ook EHRM 21 mei 2015, appl. nr. 42750/09, Del Rio Prada/Spanje, par. 91-93 en het advies van 29 mei 2020, Advisory opinion concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law [GC], request no. P16-2019-001, Armenian Constitutional Court. Voor het EU-recht geldt in beginsel hetzelfde en hierop ga ik verder niet in. Zie daarvoor twee gedegen studies van Nederlandse makelij, J.G.H. Altena, Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht (diss. Leiden), 2016 en M. Timmermans, Legality in Europe. On the principle "nullum crimen, nulla poena sine lege" in EU law and under the ECHR (diss. European University Institute), 2018.

⁶ De zwaarte of gepastheid van de eventuele straffen valt verder buiten het bereik van art. 7 EVRM.

⁷ EHRM 11 november 1996, appl. nr. 17862/91 Cantoni/Frankrijk, par. 35.

Het EHRM heeft al lang geleden en consequent geoordeeld dat – hoe wenselijk ook – absolute duidelijkheid van regelgeving niet haalbaar is, ongeacht hoe scherp een strafbepaling is geformuleerd. Het zal altijd nodig zijn om in de rechtspraak een strafwet op bepaalde punten te moeten verduidelijken en aan te passen aan veranderende omstandigheden. Het EHRM wil excessieve starheid c.q. rigiditeit voorkomen. De wet moet, met andere woorden, mee kunnen veranderen met de tijd indien de omstandigheden daarom vragen. Die aanpassingen in de uitleg van een strafwet moeten redelijkerwijs voorzienbaar zijn geweest en in overeenstemming zijn met de essentie van het delict. Een eeuwenoude Engelse jurisprudentiële regel dat verkrachting binnen het huwelijk niet strafbaar was, werd bijvoorbeeld begin jaren negentig van de vorige eeuw door de Engelse rechter in een lopende strafzaak als achterhaald afgeschaft met zegen van het EHRM.⁸

De hoofdregel is dus dat om te voldoen aan het lex certa-beginsel, een strafbepaling duidelijk genoeg moet zijn voor de burger, zodat deze daar zijn gedrag op kan afstemmen. Maar enige vaagheid is soms onvermijdelijk en toegestaan. Daarbij moet de burger voorts rekening houden met het feit dat een regel kan worden verduidelijkt en aangepast in de jaren na de invoering ervan. Dat mag om te kunnen voorzien in een maatschappelijke behoefte toekomstig laakbaar gedrag onder het bereik van de strafbepaling te kunnen laten vallen, zonder de wettekst steeds te moeten wijzigen. Voorwaarden zijn steeds dat die nadere uitleg redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn geweest voor de betrokkene op het moment van handelen of nalaten en overeenstemt met de kern van het delict. Zo kan worden voorkomen dat de wet achter de feiten aanloopt en te snel veroudert, terwijl de burger ook weer niet te veel in onzekerheid wordt gelaten over de reikwijdte van de strafwet.

Uit het voorgaande vloeit, met het oog op uw tweede vraag, al voort dat van burgers enig eigen initiatief mag worden verwacht om te bezien of hun potentiële gedrag onder het bereik van de strafwet zou kunnen vallen. Daarbij geldt het adagium dat eenieder geacht wordt de wet te kennen. Enige prudentie is dus steeds op zijn plaats en de mate ervan hangt af van de omstandigheden van het geval. Dat geldt vooral voor meer bijzondere activiteiten, zoals (commerciële) handelingen rondom verdovende middelen. In dat soort gevallen moet de burger afdoende (laten) nagaan of zijn gedrag tot strafbaarheid kan leiden. Waar een burger niet wist en ook redelijkerwijs niet kon of

⁸ EHRM 22 november 1995, appl. nr. 20190/92, C.R./Engeland, par. 42.

behoefde te weten dat zijn gedrag strafbaar was, wordt in Nederland met de afwezigheid van alle schuld (dwaling over bijvoorbeeld de feiten of het recht), onredelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid in een voorkomend geval voorkomen (indachtig het schuld-beginsel). Dit is een ongeschreven strafuitsluitingsgrond.

Bij een dwaling over de feiten kan worden gedacht aan de situatie dat een burger niet wist dat hij een substantie in zijn bezit had. Dan geldt voor een geslaagd beroep op de afwezigheid van alle schuld dat de onwetendheid de burger niet mag worden verweten. De persoon van de verdachte speelt daarbij een rol. Van de ene burger wordt – in bepaalde omstandigheden – nu eenmaal meer verwacht dan een andere, zoals het (laten) doen van enig onderzoek naar de feitelijke situatie.⁹ Voor een dwaling omtrent het recht, bijvoorbeeld: de betrokkene wist niet dat de substantie verboden was, geldt als vaste jurisprudentie van de Hoge Raad het volgende. Voor de afwezigheid van alle schuld wegens een verkeerde voorstelling van zaken ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het handelen of nalaten is vereist dat aannemelijk is dat iemand heeft gehandeld in een verontschuldgbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorloofdheid van de hem verweten gedraging. Van een zodanige onbewustheid kan volgens de Hoge Raad slechts sprake zijn in het geval de burger ten tijde van het begaan van het feit in de overtuiging verkeerde, dat zijn gedraging niet ongeoorloofd was.¹⁰ Ook hier wordt dus wel wat van de burger verwacht, waaronder (eigen) onderzoek indien aangewezen, alvorens niet-verwijtbare onwetendheid wordt aangenomen.

De onderhavige strafbaarstelling in het licht van het lex certa-beginsel en de eigen verantwoordelijkheid van burgers

Passen we bovenstaande invulling van het lex certa-beginsel en de eigen verantwoordelijkheid van burgers toe op het onderhavige wetsvoorstel, dan kom ik tot de volgende beschouwing. Over de verboden gedragingen van de strafbaarstelling binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen, bereiden etc. (zie art. 2 lid 1 sub A. tot en met D.) hoeft het volgens mij niet te gaan. Die gedragingen bestaan al geruime tijd en leveren in dit verband geen discussie op. Waar het wel om gaat is of de aanduiding van de verboden substantie voldoende duidelijk is omschreven met ‘een substantie die deel uitmaakt van een stofgroep als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst IA of een preparaat daarvan.’

⁹ J. de Hullu/P.H.P.H.M.C. van Kempen, Materieel strafrecht, 2024, p. 400-411.

¹⁰ HR 9 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1490, NJ 2004/675.

Hoewel dit een enigszins ruime omschrijving is en waarschijnlijk specialistische kennis vergt om goed te kunnen doorgronden, geeft de wet diverse handvatten aan burgers om hun gedrag hierop af te stemmen. Dat is in het bijzonder het geval voor burgers die normaal gesproken met deze stof(groepen) te maken kunnen krijgen.

Zo wordt een stofgroep straks wettelijk gedefinieerd als ‘groep van substanties die afgeleid is van eenzelfde structuur’ (art. 1 onder k.). De gekozen, getrapte wijze van strafwetgeving is, zoals uit het voorgaande blijkt, toegestaan. In dit geval gebeurt dat op de voor het EHRM meest wenselijke wijze. De bestanddelen van het strafbare feit zijn opgenomen in art. 2a Opiumwet. Deze bepaling vormt de delictsomschrijving en verwijst dan naar een andere bepaling (Lijst IA), met daarin een nadere aanduiding van welke specifieke stofgroepen daadwerkelijk onder dit verbod vallen. Dit geschiedt zonder dat de reikwijdte van de strafbepaling in de bijlage wordt verruimd. Het gaat vooralsnog om substanties die zijn afgeleid van 2-fenethylamine, cannabimimetica/ Synthetische cannabinoïden en substanties afgeleid van 4-aminopiperidine. Hierbij zit een toelichting c.q. beschrijving. Deze drie stoffen worden namelijk op hun beurt nader met woorden omschreven en grafisch met scheikundige verbindingen aangeduid. Ik neem aan dat een gemiddelde chemicus wegwijs kan worden uit deze (nadere) omschrijving.¹¹ In art. 10b is dan – als sluitstuk – voor de gebruikelijke expliciete strafbaarstelling en sanctionering gezorgd met onder meer een overtredingsvariant en een misdrijfvariant. De mogelijke sancties zijn duidelijk genoeg.

Een eventuele aanpassing van de lijst met stofgroepen is vooraf kenbaar (art. 3aa). Voor het legale gebruik van deze stoffen wordt in art. 2a lid 2 de toepasselijkheid van het verbod uitgezonderd. Per middel, stof of betrokkene wordt op hoofdlijnen aangegeven onder welke omstandigheden daarmee wél mag worden gewerkt, hetgeen nader wordt toegelicht in de parlementaire geschiedenis.

Zo zal voldoende duidelijk (kunnen) zijn voor welke substanties (steeds: of een preparaat daarvan) het verbod in beginsel geldt en welke uitzonderingen hierop gemaakt (kunnen) worden. Het doel van het wetsvoorstel is, al met al, om op deze manier een ‘uitputtingsslag’ te voorkomen en de ontwikkelingen met

¹¹ Zelf ben ik met een technisch VWO-pakket met wiskunde B, natuurkunde en scheikunde, medio jaren negentig toch maar gewoon rechten gaan studeren.

betrekking tot ongewenste drugsproductie beter bij te kunnen houden.¹²

Van degenen tot wie de onderhavige norm zich in het bijzonder richt, professionele marktdeelnemers en personen die anderszins verdovende middelen fabriceren, verhandelen, gebruiken etc., mag worden verwacht dat zij zich goed laten informeren over de reikwijdte van het verbod. Zij dienen te achterhalen aan welke beperkingen hun handel en wandel onderworpen is. Dat moeten zij in verband met de huidige Opiumwet toch ook al. Van belang is in het bijzonder nog dat een doorsnee burger niet snel met dit soort stoffen te maken zal krijgen. Bij recreatief bezit, gebruik etc. van geestverruimende middelen is daarnaast al snel sprake van een bijzondere activiteit. Denk, indachtig de vragen die worden beantwoord in de Nota naar aanleiding van het tweede verslag, aan een student die een pilletje koopt.¹³ Enige voorzichtigheid mag zeker dan van burgers worden verwacht, ook als dat de aanschaf van een (nog) niet expliciet verboden middel betreft. Aan drugshandel en drugsgebruik kleven inherent juridische haken en ogen, zeker als de koop daarvan buiten de officiële kanalen om geschied (zoals op festivals en in het uitgaansleven). Mocht iemand na aankoop bij een legaal verkooppunt van een middel onverhoopt toch in aanraking komen met een substantie van een verboden stofgroep, zal al snel sprake zijn van niet-verwijtbare onwetendheid die behoort te leiden tot straffeloosheid.

Ik merk in dat verband namelijk wel op dat als bezwaar tegen het onderhavige wetsvoorstel is aangevoerd dat ook stoffen die niet schadelijk zijn voor de gezondheid of waarvan de schadelijkheid nog niet is vastgesteld, onder het verbod zouden komen te vallen. Sommige substanties komen – als ik het goed heb begrepen – zelfs voor in huis-, tuin- en keukenproducten. Over de vraag of het opportuun is om voor deze stoffen de onderhavige strafbaarstelling in te voeren, laat ik mij niet uit. De wenselijkheid van een (ruime) strafbaarstelling valt buiten het bereik van het lex certa-beginsel. Het strafwaardig achten van bepaald gedrag is wat dat betreft aan de wetgever.

Het zal echter niet of nauwelijks van burgers gevergd mogen worden om voor reguliere consumentenproducten na te gaan of hierin toch nog verboden stoffen zitten. De onderhavige

¹² Zie de memorie van toelichting, p. 3: ‘Het snel verschijnen van steeds weer een nieuwe NPS leidt tot een «uitputtingsslag» tussen de producenten en de dealers en de autoriteiten. De ene NPS is nog niet verboden of de volgende dient zich al aan. Het toevoegen van een individuele NPS aan bestaande drugswetgeving neemt doorgaans veel tijd in beslag.’

¹³ Kamerstukken II 2023/24, 36159, E, p. 8-9.

strafbaarstelling zou in dat geval ook tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden omdat voor de overtredingsvariant geen opzet op de aanwezigheid, vervoer etc. van de substantie vereist is. Deze strafbaarheid is in mijn ogen redelijkerwijs niet voorzienbaar te noemen. Het lex certa-beginsel zou zich in dit soort gevallen dan ook tegen de toepasselijkheid c.q. toepassing van de strafbaarstelling verzetten wegens strijd met hoger (verdrags)recht.

Het onderhavige verbod zal, zo mag worden aangenomen, evenwel maken dat deze substanties uit dergelijke (levens)middelen zullen (moeten) verdwijnen, voor zover zij niet zijn of worden uitgezonderd. Daarmee zullen burgers naar verwachting uiteindelijk dus niet, althans niet verwijtbaar, onder het bereik van de strafbaarstelling vallen en/of daarop door het openbaar ministerie – zo is mijn stellige overtuiging – niet worden aangesproken nu duidelijk is dat de wet niet voor hen geschreven is. Deze wetgeving ziet blijkens de memorie van toelichting immers op Nieuwe psychoactieve stoffen (NPS), die qua werking vergelijkbaar zijn met de klassieke illegale drugs en vaak geproduceerd worden om de drugswetgeving te omzeilen. Daarvan zal bij deze groep personen geen sprake zijn.

Slotsom; beantwoording van de twee vragen

Het lex certa-beginsel staat er, kortom, niet aan in de weg dat strafwaardig gedrag ruim wordt omschreven in een strafbaarstelling en/of in de toepassing van de strafbaarstelling verder wordt ingevuld en evolueert om gelijke tred te houden met veranderende omstandigheden in de toekomst. Dat is blijkens de toelichting op het wetsvoorstel ook precies het doel. Met deze generieke strafbaarstelling wil de wetgever niet langer achter de feiten aanlopen, doordat drugsfabrikanten steeds net afwijkende stoffen aanbieden van verboden middelen en de drugswetgeving omzeilen. Ik meen dat de Hoge Raad en het EHRM zullen oordelen dat enige vaagheid c.q. flexibiliteit hier dus enerzijds onvermijdelijk is en deze strafbaarstelling burgers anderzijds in beginsel toch voldoende in staat stelt hun gedrag hierop aan te passen en zij dus vooraf voldoende kunnen weten ter zake van welk gedrag zij kunnen worden gestraft. Dat geldt in het bijzonder voor personen die min of meer bewust of gewild met dit soort stoffen te maken (kunnen) krijgen, waaronder ook mensen die een pilletje kopen. De strafbepaling voldoet dus in algemene zin aan het lex certa-beginsel, zoals dat naar geldend recht wordt opgevat. Van een burger mag in dit verband in beginsel al snel worden verlangd dat hij zelf uitzoekt of een door deze gekocht

middel, ook als dat niet expliciet verboden is, stoffen zou kunnen bevatten uit een verboden stofgroep. Daar waar deze burgers echt niet verweten kan worden een verboden gedraging te hebben verricht met zo'n substantie, kan met de ongeschreven strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld onredelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid worden voorkomen.

Voor personen evenwel die onbewust of ongewild in aanraking kunnen komen met deze substanties (dus buiten de kring van personen rondom – kort gezegd – de drugsproductie en -gebruik), is dat anders. Ik denk dan vooral aan consumenten van reguliere (levensmiddelen)producten. Voor hen zal toch redelijkerwijs niet voorzienbaar zijn dat dergelijke voorwerpen (mede) een verboden substantie zouden kunnen bevatten. Van hen kan naar mijn mening ook niet gevergd worden hiernaar onderzoek te (laten) doen. Voor hen voldoet de strafbaarstelling daarom niet aan het lex certa-beginsel en op hen zou deze strafbaarstelling dan ook niet van toepassing c.q. niet toepasbaar zijn. In ieder geval zullen deze personen niet-verwijtbaar de wet overtreden, zodat zij op grond van afwezigheid van alle schuld straffeloos behoren te blijven. Ik verwacht overigens niet dat de overheid in deze gevallen strafrechtelijk zal optreden nu de wet niet voor hen geschreven lijkt.

Ik hoop hiermee uw vragen afdoende te hebben beantwoord. Voor een nadere toelichting op dit advies houd ik mij beschikbaar.

Hoogachtend,



Joost Nan