

Michiel Luchtman, 'Strafrechtelijke forumkeuze en de kenbaarheid van rechtsmacht – Over de positie van de Unieburger in de Europese rechtsruimte', in: R.S.B. Kool en F. de Jong (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom 2012, p. 45-75.

Strafrechtelijke forumkeuze en de kenbaarheid van rechtsmacht

Over de positie van de Unieburger in de Europese rechtsruimte

Michiel Luchtman*

1 Inleiding

De EU-ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (hierna: de rechtsruimte) heeft in wezen twee dimensies. Het is een geografische entiteit die bijna het gehele territorium van de EU-lidstaten omvat.¹ Het is tegelijkertijd de aanduiding van een beleidsterrein van de Europese Unie. De EU heeft zichzelf de vestiging van een rechtsruimte ten doel gesteld (artikel 3 lid 2 EUV) en in de artikelen 67 e.v. EUWV het daarvoor benodigde instrumentarium geschapen. De Europeanisering van de strafrechtspleging leidt daarmee op veel manieren tot een herdefiniëring van verantwoordelijkheden op ons vakgebied. Een veelgehoorde gedachtegang is dat Europese eenwording vraagt om geïntensiveerde strafrechtelijke samenwerking, harmonisatie van straf- en strafprocesrecht en daarmee om een overdracht van bevoegdheden naar het EU-niveau. Ook is wel gesteld dat de Europese Unie met de rechtsruimte (als beleidsterrein) vooral aandacht heeft voor het beschermen van burgers *tegen* criminaliteit en veel minder voor een bijpassende rechtsbescherming *voor* (verdachte) burgers.² Gelet op het beginsel van voorrang van Unierecht kan dat gevolgen hebben voor de nationale strafrechtspleging.

In deze bijdrage richt ik mij op de vraag in hoeverre de verschuiving van bevoegdheden van het nationale naar het Europese niveau gevolgen moet hebben voor de interpretatie van fundamentele rechten. Meer in het bijzonder richt ik mij op de vraag in hoeverre die rechten ook gelden in de horizontale relaties *tussen* de lidstaten van de Europese Unie, die op basis van gelijkwaardigheid met elkaar samenwerken, daarbij uiteraard aangestuurd door het Unierecht. Die vraag wordt vooralsnog alleen besproken in relatie tot het *ne bis*

* Veel dank aan de redactie en de leden van de discussiepanels van het Pompe Instituut voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Graag ook nogmaals mijn dank aan diegenen die de Engelstalige voorganger van dit artikel, *infra* noot 102, van commentaar voorzagen, prof. dr. John Vervaele, dr. Renée Kool, dr. Elise Muir, dr. Tony Marguery, dr. Jan Inghelram en dr. Hein Wolswijk. Deze bijdrage bouwt daarop voort.

1 Bijna, want er zijn uitzonderingen. Die laat ik hier rusten.

2 Vgl. A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte: wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2001, p. 7 e.v.; Monar, in: A. Von Bogdandy & J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/München: Hart/Beck 2011, p. 558, 579.

in idem-beginsel, dat is neergelegd in de artikelen 54-58 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst/SUO en in artikel 50 van het EU Grondrechtenhandvest. Een verklaring voor de beperkte omvang van het debat kan zijn dat alleen het *ne bis in idem*-beginsel, getuige de ondubbelzinnige tekst van de relevante artikelen, niet tot het nationale territorium van de lidstaten is beperkt.³ Bij veel andere fundamentele rechten ontbreken dergelijke aanwijzingen vooralsnog. Toch is een dergelijke verklaring op zichzelf niet afdoende. In de eerste plaats kan men betogen dat de uitdrukkelijke verwijzing naar het gezamenlijke territorium van de EU-lidstaten bij *ne bis in idem* nodig is, omdat artikel 4 van het 7^e Protocol (in tegenstelling tot andere verdragsrechten) tot het nationale territorium beperkt is. Zo beschouwd zegt de interpretatie van artikel 50 Handvest dus niets over de transnationale werkingssfeer van andere grondrechten. Dat moet zelfstandig worden onderzocht. In de tweede plaats kan worden betwist dat de uitleg van fundamentele rechten aan wetgevend ingrijpen moet worden gekoppeld. Door af te zien van ingrijpen zou de wetgever zich mogelijk aan de verplichtingen van het Handvest kunnen onttrekken.

Het onderwerp zal in het onderstaande worden uitgediept aan de hand van de wijze waarop momenteel in de Europese rechtsruimte door de nationale autoriteiten wordt beslist welke lidstaat of lidstaten grensoverschrijdende criminaliteit zullen opsporen, vervolgen en berechten. Bij herhaling komt bij dergelijke beslissingen – hierna aangeduid als forumkeuze – de vraag op in hoeverre de onderliggende jurisdictieclaim van een staat voorzienbaar is (beter: zou moeten zijn) voor het betrokken individu, vooral als het gaat om de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht.⁴ Zo droeg het Duitse Constitutionele Hof in 2005 in de zaak Darkanzanli de Duitse wetgever op om ten volle gebruik te maken van de haar op grond van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel toekomstige vrijheid om artikel 16 van de Duitse Grondwet (het verbod van uitlevering van onderdanen) zoveel mogelijk te kunnen waarborgen. Dat gebeurde in een zaak waarin een Duits/Syrisch staatsburger was geconfronteerd met een Spaans Aanhoudingsbevel voor handelingen – de logistieke en financiële ondersteuning van Al-Qaida – die deels zouden hebben plaatsgevonden op Duits grondgebied en ook door de Duitse justitie werden onderzocht.⁵

In gevallen als Darkanzanli blijkt niet alleen dat nationale grondrechten – binnen de marges die het EU-recht toestaat – de rol van *Abwehrrechte* tegen ongewenste effecten van buitenlandse arrestatiebevelen kunnen vervullen, maar ook dat de kenbaarheid van de onderliggende (in dit geval Spaanse) rechtsmachtclaim op zich problematisch kan zijn.⁶ Dat probleem doet zich vooral voor

3 Hetzelfde geldt overigens voor artikel 45 van het Handvest, dat een tot het nationale territorium begrensde tegenhanger kent in artikel 2 van het 4^e Protocol EVRM.

4 Ik gebruik hier verder de begrippen rechtsmacht en jurisdictie door elkaar.

5 *Bundesverfassungsgericht* 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, te raadplegen via <www.bundesverfassungsgericht.de>.

6 Dat laatste punt komt in die uitspraak overigens niet met zoveel woorden aan de orde. Duitsland was immers gevraagd om overlevering. De rechtsmacht van Duitsland zelf was niet aan de orde in de procedure.

bij de uitoefening van bepaalde vormen van extraterritoriale jurisdictie. Zo is het een bekend probleem dat bij rechtsmacht op basis van het passieve personaliteitsbeginsel voor de verdachte lang niet altijd een herkenbaar aanknopingspunt bestaat met de rechtsorde waarvan het slachtoffer onderdaan is. Toch kan hij dan in die laatste rechtsorde worden vervolgd. Ander voorbeeld: subsidiaire jurisdictie (vgl. artikel 4a Sr) wordt vaak pas geactiveerd ná het strafbare feit, voorafgegaan door een daartoe strekkend verzoek van een andere staat. Ook dan is de band met de rechtsorde die vervolgt niet duidelijk op het moment van handelen. En zelfs het territorialiteitsbeginsel levert soms problemen op, in het bijzonder wanneer het territorium wordt gedefinieerd aan de hand van de plaats waar het gevolg van een strafbaar feit is ingetreden. Die plaats zal lang niet altijd te identificeren zijn op het moment van handelen.

De vraag is hoe met dergelijke situaties moet worden omgegaan. Gaat het hier om procesrechtelijke kwesties, om vraagstukken (van normering) van afstemming en coördinatie van de inspanningen van meerdere lidstaten bij de bestrijding van misdaad, of is er meer aan de hand? Kan bijvoorbeeld worden gezegd dat de EU-burger ten tijde van handelen het aanknopingspunt met de rechtsorde van een (bepaalde) EU-lidstaat moet hebben kunnen kennen? En zo ja, wat betekent dat dan voor het huidige raamwerk voor het maken van de forumkeuze? Kan de wetgever, Europees of nationaal, eisen met betrekking tot de kenbaarheid en voorzienbaarheid van rechtsmacht negeren?

In het onderstaande zal worden onderzocht of en wanneer de *onkenbaarheid* van rechtsmacht problematisch is in het licht van het in het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel, onder meer verwoord in artikel 49 Handvest. De vraag naar de kenbaarheid van rechtsmacht heeft in het internationale strafrecht al veel aandacht gehad. Het is om die reden goed om, bij wijze van introductie, het daar gevoerde debat weer te geven (paragraaf 2). In paragraaf 3 volgt dan een beknopte weergave van de huidige stand van zaken ten aanzien van de forumkeuze in de Europese rechtsruimte. Daar zal blijken dat de vraag naar kenbaarheid van rechtsmacht momenteel geen punt van debat is. Dat is vanuit het perspectief van het Europees burgerschap niet vanzelfsprekend. De paragrafen 4 en 5 vormen de kern van deze bijdrage. Ik zal daar de stelling verdedigen dat het kenbaarheidsvereiste moet worden geïnterpreteerd in het licht van de doelstellingen van de Europese Unie, meer in het bijzonder in het licht van haar ambities om EU-burgers een rechtsruimte te bieden waarin een vrij verkeer van personen is gewaarborgd (vgl. artikel 3 lid 2 EUV). Ik interpreteer die doelstelling aldus dat EU-burgers zich vrij van willekeurige strafvorderlijke overheidsinmenging over het Europese territorium mogen begeven of juist niet hoeven te begeven. Zo wordt bescherming geboden tegen willekeurige inbreuken op hun rechtspositie die worden veroorzaakt door het – gecoördineerde of ongecoördineerde – samenspel van acties van meerdere lidstaten, daargelaten welke lidstaat dat vrij verkeer uiteindelijk feitelijk beperkt. Dat leidt tot een herijking van kenbaarheidsbeginsel, hetgeen vervolgens de vraag oproept of de Europese wetgever de hierboven gesignaleerde kenbaarheidsproblemen kan en mag negeren (paragraaf 6). Ik concludeer dat, hoewel op deze vraag thans niet een

definitief antwoord kan worden gegeven, het de wetgever niet vrijstaat zich te onthouden van verdere normering van de forumkeuze. Enige gedachten daarover worden verwoord in mijn afrondende beschouwingen (paragraaf 7).

2 De kenbaarheid van rechtsmacht in het internationale strafrecht

De vraag naar de kenbaarheid van rechtsmacht is in het internationaal strafrecht een bekende. In de literatuur daarover kunnen drie hoofdstromingen worden onderscheiden. Ten eerste zijn er auteurs die rechtsmacht benaderen als een vraagstuk van internationaal publiekrecht. Aan de staat komt binnen de grenzen van het volkenrecht de bevoegdheid toe om de ruimtelijke werkingssfeer van zijn strafwet te bepalen.⁷ Dat is het soevereine recht van iedere natie-staat. Deze kan weliswaar genegen zijn om de belangen van of relaties met andere staten of supranationale entiteiten in zijn afwegingen te betrekken, maar dat betekent niet dat enig strafvorderlijk beginsel, ook niet het legaliteitsbeginsel waarop het kenbaarheidsvereiste mede is gegrond, die verhoudingen normeert.⁸ Daarvoor is het rechtsmachtrecht ook helemaal niet uitgerust, nu strafrechtelijke jurisdictieregels geen *conflictenrecht* zijn, maar enkel de statelijke *bevoegdheid* omschrijven. Bij rechtsmacht gaat het dus primair om de afbakening van de statelijke bevoegdheid normen te stellen, te berechten en te handhaven ten opzichte van die van andere staten. Pas in tweede instantie is het een onderwerp van materieel of formeel strafrecht.

Anderen – de tweede stroming – zien wel een band tussen rechtsmacht en nationaal straf(proces)recht en beschouwen rechtsmacht (ook)⁹ als een onderwerp van formeelrechtelijke aard. Regels van rechtsmacht normeren in deze visie vooral de bevoegdheid van de justitiële autoriteiten om tegen strafrechtelijk te handhaven normschendingen te kunnen optreden. Afwezigheid van rechtsmacht betekent dan dat er geen bevoegdheid is om te berechten, te vervolgen of op te sporen, maar niet per se dat de strafrechtelijk te handhaven norm geen gelding zou hebben.¹⁰

Ook bij deze visie is het de vraag of het legaliteitsbeginsel enige rol vervult of zou moeten vervullen.¹¹ Het spreekt voor zich dat een staat de bevoegdheid

7 Vgl. H.-H. Jescheck en Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlijn: Duncker & Humblot 1996, p. 163-167.

8 Daarover H. Scholten, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut 1995, p. 66-71, en de daar genoemde (Duitse) bronnen. Dat lijkt in de Duitse literatuur overigens samen te hangen met de *Treuepflicht* tussen staat en onderdaan.

9 Dus in aanvulling op de eerste stroming.

10 Vgl. J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 511; kritisch over deze opvatting: D. Oehler, *Internationales Strafrecht: Geltungsbereich des Strafrechts, internationales Rechtshilferecht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht*, Köln [etc.]: Heymanns 1983, p. 131. Zie H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 59 e.v., voor een weergave van het debat in Nederland.

11 Daarover ook M.J.J.P. Luchtman, Choice of Forum in an Area of Freedom, Security and Justice, *Utrecht Law Review* (7) 2011a, p. 74-101; Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Aantekeningen bij recente uitbreidingen van rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht, in: M.S. Groenhuijsen en

van haar autoriteiten *ratione materiae* en *ratione loci* precies zal willen definiëren. Daarmee is ook een effectieve criminaliteitsbestrijding gediend. Vanzelfsprekend is eveneens dat die staat daarbij oog zal hebben voor zaken die zich buiten haar landgrenzen afspeelden, maar haar rechtsorde beïnvloedden. Maar dit alles betekent nog niet dat het legaliteitsbeginsel de wetgever tot normering dwingt. Voor dat laatste kan evenwel reden zijn wanneer men meent dat het niet aan de uitvoerende en rechterlijke macht moet zijn om zelfstandig hun bevoegdheid te definiëren. Dat zou kunnen ontaarden in willekeur, hetgeen het legaliteitsbeginsel nu juist beoogt te voorkomen. Wettelijke normering biedt de burger bescherming tegen willekeurig strafvorderlijk optreden, doordat die wet tot dat optreden machtigt, maar het tegelijk begrenst.

De laatstgenoemde gedachtegang doet denken aan wat het Europese Hof voor de Rechten van Mensen stelt in relatie tot het vereiste van een ‘tribunal established by law’ (artikel 6 EVRM).¹² Dat vereiste waarborgt de scheiding der machten. Uitvoerende en rechterlijke macht mogen niet zelf hun bevoegdheid bepalen; dat is aan het parlement.¹³ Aangezien in het strafrecht de statelijke bevoegdheid om haar burgers normen te stellen (*jurisdiction to prescribe*) ook de bevoegdheid van de nationale rechter bepaalt (*jurisdiction to adjudicate*), hebben rechtsmachtregels onmiskenbaar invloed op het strafprocesrecht.¹⁴ Het legaliteitsbeginsel brengt in deze visie mee dat manipulatie van de forumkeuze moet worden voorkomen, maar niet dat de bevoegdheid van het rechterlijk forum op het moment van het *plegen* van het strafbare feit voor de burger onomstotelijk vastligt. Het betekent evenmin dat de burger zijn rechter mag kiezen.¹⁵ Het kan immers in het licht van een goede rechtsbedeling wenselijk zijn om bij de bepaling van de rechterlijke bevoegdheid ook rekening te houden met factoren die zich pas openbaren na het delict, zoals de beschikbaarheid van bewijsmateriaal, een band met een andere strafzaak, reïntegratie-perspectieven, et cetera. Dat kan ertoe leiden dat een wet toelaat dat de rechterlijke bevoegdheid wordt bepaald op basis van omstandigheden die ten tijde van het delict voor de dader niet kenbaar waren of konden zijn. Misbruik, bijvoorbeeld in de vorm van *forumshopping*, wordt in dergelijke gevallen voorkomen door wettelijke

J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen; Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 7-9; G.J.M. Corstens, Naar een geïnternationaliseerd strafrecht? Enkele inleidende opmerkingen, in: J. Fieselier et al. (red.), *Internationalisering van het strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1986, p. 9-10; A.H.J. Swart, *Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken*, Deventer: Kluwer 1983.

12 Zie ook artikel 47 Handvest.

13 Vgl. EHRM 22 juni 2000, Coëme et al. v. België, appl.nr. 32492/96, para. 98; EHRM 12 juli 2007, Jorgic v. Duitsland, appl.nr. 74613/01, para. 64. Hier bezigt het EHRM dus een beperkter wetsbegrip dan bij andere verdragsrechten; de beslissing ligt bij de *formele* wetgever.

14 Vgl. ook EHRM 12 juli 2007, Jorgic v. Duitsland, appl.nr. 74613/01, para. 64 e.v. (met betrekking tot universele rechtsmacht voor genocide). Over de betekenis van de begrippen *jurisdiction to prescribe*, *to adjudicate* en *to enforce* leze men overigens European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial criminal jurisdiction*, Straatsburg: Council of Europe 1990, p. 18 e.v.; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 10 e.v.

15 Zie verder Luchtman 2011a, p. 86-89.

criteria te formuleren die kenbaar en voorzienbaar zijn,¹⁶ zodat de justitiële autoriteiten daarop geen invloed kunnen uitoefenen.

In het licht van de vereiste voorzienbaarheid lijkt mij in deze visie het gebruik van het beginsel van subsidiaire jurisdictie of het passieve personaliteitsbeginsel niet per se problematisch. Het gaat er immers niet primair om dat de burger precies kan voorspellen wat de overheid zal gaan doen wanneer deze strafbare feiten op het spoor komt, maar dat dit ingrijpen aan door de wetgever gestelde regels is gebonden die strafvorderlijk optreden aansturen en controle daarop mogelijk maken.¹⁷ Overigens, merk op dat het debat binnen de tweede stroming zich vooral centreert rondom de *voorzienbaarheidseisen* die aan de wet worden gesteld.¹⁸ De eis dat ‘the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case’ (*kenbaarheid*) krijgt veel minder aandacht.

Vooraf in de continentale literatuur tekent zich nog een derde stroming af, die het rechtsmachtrecht ook koppelt aan het materiële legaliteitsbeginsel.¹⁹ Het debat spitst zich daarbij toe op twee kwesties, namelijk de vraag of rechtsmacht *ex post* kan worden gevestigd en de *kenbaarheid* van rechtsmacht. Daarmee wordt meteen al duidelijk dat het bij deze derde visie niet gaat om een directe toepassing van het beginsel *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* op het rechtsmachtrecht,²⁰ maar om een zekere reflexwerking van dit beginsel.²¹ In lijn daarmee wordt niet verdedigd dat de strafwet in strijd komt met dit beginsel, wanneer bijvoorbeeld de rechtsmachtregels, als onderdeel van het delict, (te) onbepaald zijn, hetgeen vooral een probleem van *voorzienbaarheid* is.²² Wel

16 Vgl. EHRM 28 april 2009, Savino v. Italië, appl.nr. 17214/05, para. 98.

17 Vgl. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording; Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 12-13.

18 Rondom de eisen dus die de burger in staat moeten stellen, al dan niet na juridische bijstand, zijn gedrag op de wet af te stemmen.

19 In zie bijvoorbeeld G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht, strafrechtsmacht; Algemeen deel*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 42-52; European Committee on Crime Problems 1990, p. 22-25; Scholten 1995, p. 65 e.v.; Wolswijk 1998, p. 68-70, 82-84; B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlijn [etc.]: Springer 2005, p. 28; K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: C.H. Beck 2006, p. 6-7; J. de Hullu, *Materieel strafrecht; Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 137-138; M. Böse, Die Stellung des sog. Internationalen Strafrechts im Deliktsaufbau und ihre Konsequenzen für den Tatbestandsirrtum, in: R. Bloy et al., *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht; Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2009, p. 61-77; M. Böse & F. Meyer, Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union, *ZIS* 2011, p. 339-340; Liane en Matthias Wörner, in: A. Sinn (red.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität; Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht*, Göttingen/Osnabrück: V&R unipress/Universitätsverlag Osnabrück 2012, p. 208-210.

20 Sommigen zien regels van rechtsmacht overigens wel als onderdeel van het delict. Böse (2009) stelt bijvoorbeeld: ‘[D]iese Bestimmungen [artikel 3 e.v. van het Duitse Wetboek van Strafrecht, ML] legen den Anwendungsbereich des Tatbestandes fest.’

21 Vgl. Baaijens-van Geloven 2003, p. 3-4; Strijards 1984, p. 46-47.

22 De standaardformulering ten aanzien van voorzienbaarheid/*lex certa* luidt dat ‘a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct’; EHRM 26 april 1979, Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk, appl.nr. 6538/74, para. 49. Over de vraag of het strafrechtelijke bepaaldheidsgebod hetzelfde inhoudt als de voorzienbaar-

wordt door voorstanders van deze visie betoogd dat zonder een ten tijde van het delict bestaand en kenbaar aanknopingspunt met een rechtsorde de strafrechtelijk te handhaven normen die in die rechtsorde gelden eveneens zonder betekenis zijn.²³ Rechtsmachtregels worden in lijn hiermee als objectieve bijkomende voorwaarden voor strafbaarheid gezien.

Waar het bij de statelijke *jurisdiction to enforce* en die *to adjudicate* dus vooral erom gaat dat de wetgever het optreden van de strafvorderlijke overheid – politie, OM en rechter – normeert teneinde willekeur bij de strafvorderlijke reactie op (vermoed) onrecht te voorkomen, introduceert de derde visie ook het gezichtspunt van het individu als relevante factor. Deze moet – als rationeel en autonoom rechtssubject – op het moment van handelen een inschatting hebben kunnen maken van de mogelijke gevolgen van zijn acties.²⁴ Die inschatting moet hij hebben kunnen maken via een oriëntatie op de wet. Dat is immers wat het legaliteitsbeginsel hem verzekert: alleen daarin zijn de toepasselijke delicten en sancties te vinden. Zo weet het individu zich gevrijwaard van willekeurige inmenging in zijn aangelegenheden. Voor dat alles is uitermate relevant of hij de toepasselijke wet heeft kunnen vinden. In die zin werpt het in het materiële legaliteitsbeginsel besloten liggende kenbaarheidsbeginsel zijn schaduw vooruit. De vraag is nog wel op welke wet die burger zich moet hebben kunnen oriënteren. Hier wordt van de burger door veel auteurs het nodige verwacht. Veel adepten van de derde visie betogen namelijk dat het materiële legaliteitsbeginsel niet meer behelst dan dat iemand moet hebben kunnen vertrouwen op de (niet-)strafbaarheid van zijn gedrag op het moment van handelen. Met andere woorden, bepalend voor het materiële legaliteitsbeginsel is niet *welke staat* zal vervolgen, maar of iemands gedrag *ergens* strafbaar is en dat laatste ook kenbaar heeft kunnen zijn.²⁵ Dat zal doorgaans geen problemen geven, wanneer het feit *ook* strafbaar is op de plaats van de *locus delicti* of wanneer er redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de strafbaarheid, zoals het geval zal zijn bij delicten die een zware inbreuk maken op de fundamentele rechten van anderen.²⁶ In dergelijke gevallen zal strafvorderlijk optreden, hoewel dan wellicht niet door de staat waar werd gehandeld, voor de betrokkene dan niet als

heidseisen die het EHRM in het algemeen aan de wet ('law') stelt, zie F.G.H. Kristen, Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht, in: F.G.H. Kristen et al. (red.), *Bijzonder strafrecht; Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 329-330.

23 Vgl. A-G Keijzer in zijn conclusie bij HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559, onder 64-70.

24 Vandaar dat het materieelrechtelijke kenbaarheidsvereiste niet alleen op het legaliteitsbeginsel, maar ook op het schuldbeginsel en het mensbeeld van de *homo economicus* is gegrond; vgl. Baaijens-van Geloven 2003, p. 3, onder verwijzing naar De Hullu; zie ook Strijards 1984, p. 42-52; Wolswijk 1998, p. 80-84.

25 Vgl. Scholten 1995, p. 65 e.v.; Ambos 2006, p. 6-7; Liane en Matthias Wörner, in: Sinn (red.) 2012, p. 209.

26 Vgl. European Committee on Crime Problems 1990, p. 23-24; Ambos 2006, p. 5-6. De vraag is dan wel wanneer dit laatste het geval is. Voor enige kritische kanttekeningen in de sfeer van 'forced marriages', zie R.S.B. Kool, Drassige grondslagen voor strafbaarstelling. Het wetsvoorstel ter verruiming van de strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang, *Delikt en Delinkwent* (42) 2012, p. 30.

een verrassing kunnen komen. De omstandigheid dat een andere staat dan de staat van de *locus delicti* rechtsmacht claimt wordt niet als problematisch vanuit het kenbaarheidsvereiste beschouwd. Hoogstens vloeien beperkingen voort uit het internationaal publiekrecht of eisen met betrekking tot het strafprocesrecht. Mijns inziens is dit meerderheidsstandpunt binnen de derde stroming niet vanzelfsprekend.²⁷ Het leidt er bijvoorbeeld toe dat ook strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd door een bepaalde staat zonder dat de band met diens rechtsorde, en daarmee diens delicten, kenbaar is. Toepassing van beginselen als het passieve nationaliteitsbeginsel, het beginsel van subsidiaire jurisdictie of wellicht zelfs het territorialiteitsbeginsel stuiten hier, om uiteenlopende redenen, op problemen. Het feit dat een normschending in een bepaalde staat aldaar een strafbaar feit oplevert, zegt nog niets over de strafbaarheid – en daarmee de mogelijkheid van strafvorderlijk optreden – in een andere staat. Toch is het niet de normschending in de staat van de *locus delicti*, maar het feit dat deze ook een delict oplevert in de rechtsorde van een andere staat, dat de poort tot het strafrechtelijke sanctiearsenaal aldaar opent. Daarmee is de rechtsbeschermende en rechtsstatelijke dimensie van het legaliteitsbeginsel wel degelijk in het geding. Het individu dat deze *specifieke* consequenties van zijn handelen wil kunnen voorzien, moet van de rechtsmacht van die staat op de hoogte hebben kunnen zijn.²⁸ Voornoemde beginselen garanderen dat laatste niet.

Het is aannemelijk dat de hier bekritiseerde nuance samenhangt met de omstandigheid dat de discussie vooralsnog is gevoerd op het terrein van het internationaal publiekrecht.²⁹ Binnen die specifieke context, waarin de belangen van het individu moeten worden afgewogen tegen dat van een effectieve criminaliteitsbestrijding, is een unilaterale aanpak van grensoverschrijdende misdaad vaak een noodzaak. Internationale netwerken en organisaties beschikken niet over de mogelijkheden om deze problemen op te lossen, als niet alle betrokken staten daarmee instemmen. De staat die wil voorkomen dat degene die de belangen van zijn onderdanen of zijn rechtsorde heeft geschonden vrijuit gaat, zal er dus niet altijd op mogen vertrouwen dat een andere staat diens belangen behartigt. Soms zal hij dat ook helemaal niet willen, omdat hij meent dat zijn rechtsorde direct is getroffen door een strafbaar feit. Dat alles beïnvloedt dan het aan het legaliteitsbeginsel ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel. Dat wordt als het ware aangepast aan zijn internationale context, zulks ten behoeve van een effectieve bestrijding van grensoverschrijdende misdaad.

27 Vgl. Wolswijk 1998, p. 81; Böse 2009. De laatste maakt ter zake evenwel, net als Oehler 1983, een onderscheid tussen originele en subsidiaire jurisdictie; voor kritiek daarop Wolswijk 1998, p. 81, noot 92.

28 Vgl. Oehler 1983, p. 45, en Strijards 1984, p. 43-47, die een minderheidsstandpunt vertegenwoordigen.

29 Zie over de positie van het individu in die context het standaardwerk van A. Eser, O. Lagodny & C.L. Blakesley (eds.), *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters*, Baden-Baden: Nomos 2002.

3 Ontwikkelingen in de Europese Unie

De uitkomst van het debat dat in de vorige paragraaf werd geschetst, hangt dus vermoedelijk samen met zijn internationaalrechtelijke context. Ook zij die de positie verdedigen dat het kenbaarheidsbeginsel meebrengt dat de rechtsmacht van een *bepaalde* staat voorzienbaar moet zijn, geven uiteindelijk toe dat dit niet meer kan zijn dan een instructienorm voor de wetgever, niet een norm die inroepbaar is in rechte.³⁰ Verdient deze uitkomst nu bijstelling in het licht van de ontwikkelingen die plaatsvinden in de Europese Unie? Het strafrecht is als zodanig geen beleidsterrein van de Europese Unie.³¹ Toch heeft de EU zichzelf verplicht om haar burgers een rechtsruimte te bieden, waarin het vrij verkeer van personen is gewaarborgd, in combinatie met passende maatregelen ter voorkoming van, onder meer, criminaliteit. Vooral nog heeft de EU zich vooral van die taak gekwetend door harmonisatie van enerzijds materieel strafrecht en anderzijds de regels voor Europese samenwerking.

3.1 Harmonisatie van materieel strafrecht en rechtsmacht

Het is genoegzaam bekend dat talloze verdragen en kaderbesluiten zich richten op de harmonisatie van materieel strafrecht voor specifieke vormen van criminaliteit. Voorschriften op het vlak van rechtsmacht dwingen de staten tot vestiging van extraterritoriale rechtsmacht, in het bijzonder via het actieve personaliteitsbeginsel. Soms gelden dan aanvullende voorwaarden, zoals de strafbaarheid *lege loci*. Zelden of nooit dwingen kaderbesluiten de lidstaten tot gebruikmaking van het passieve nationaliteitsbeginsel. Dat wordt aan het nationale recht gelaten.

Er zijn aanwijzingen dat dit aan het veranderen is. Onder het nieuwe raamwerk van Lissabon zijn inmiddels twee richtlijnen aangenomen die het passieve personaliteitsbeginsel lijken aan te moedigen en het gebruik van bijkomende voorwaarden ontmoedigen. In Richtlijn 2011/36/EU inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan zijn in artikel 10 voorschriften over rechtsmacht te vinden.³² Artikel 10 lid 1 verplicht de lidstaten tot vestiging van rechtsmacht op grond van het territorialiteits- en actieve personaliteitsbeginsel. Maar die richtlijn bepaalt ook dat lidstaten de Commissie in kennis stellen van hun besluit om rechtsmacht te vestigen over de strafbare feiten die buiten hun grondgebied zijn gepleegd, *onder meer* indien het strafbare feit is gepleegd *tegen* een van zijn onderdanen of *tegen* een persoon die zijn vaste woon- of verblijfplaats heeft op het grondgebied van die lidstaat. Bovendien *mag* bij het actieve personaliteitsbeginsel de

30 Strijards 1984, p. 115-118.

31 HvJ 18 april 2011, zaak C-61/11 PPU, Hassen El Dridi, para. 53.

32 *Pb EU* 2011 L 101/1. Richtlijn 2011/92/EU van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *Pb EU* L 335/1, kent een vergelijkbare benadering.

voorwaarde van strafbaarheid *lege loci* niet meer worden gesteld (artikel 10 lid 2); bij de andere vormen van extraterritoriale jurisdictie *hoeft* dat niet meer.³³

De omstandigheid dat rechtsmacht op basis van passieve personaliteit niet wordt ontmoedigd en dat de voorwaarde van strafbaarheid *lege loci* wordt teruggedrongen wijst erop dat de Europese wetgever geen conflict met het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel ziet.³⁴ Zijn inspanningen zijn erop gericht negatieve conflicten zoveel mogelijk te vermijden. Een verklaring hiervoor *kan* zijn dat mensenhandel moet worden beschouwd als ‘one of the most serious crimes worldwide, a gross violation of human rights, a modern form of slavery, and an extremely profitable business for organised crime.’³⁵ Met andere woorden, over de strafbaarheid kan geen twijfel bestaan, terwijl (de meeste) mensenhandelaren de nationaliteit van hun slachtoffers maar al te goed kennen. Mogelijk is evenwel ook dat de wetgever de mening is toegedaan dat het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel eenvoudigweg niet in het geding is.

Hoe dan ook, dit systeem, dat doelbewust overlappende jurisdictiebepalingen creëert, zal een oplossing moeten vinden voor de daaruit voortvloeiende positieve conflicten. Daarover gaat de volgende paragraaf.

3.2 *Forumkeuze en interstatelijke strafrechtelijke samenwerking*

De Europese Unie is druk doende het raamwerk dat werd gecreëerd door de Raad van Europa op het vlak van strafrechtelijke samenwerking te vervangen door een systeem waarin wordt samengewerkt op basis van wederzijdse erkenning (artikel 67 lid 3 en 82 EUWV). Dat systeem is inmiddels in werking voor wat betreft de overlevering van personen ten behoeve van de strafvervolgning of -executie en voor delen van de kleine rechtshulp. De meeste andere vormen van samenwerking zullen spoedig volgen.³⁶ Op basis van dit systeem vaardigen de autoriteiten van de ene staat bevelen uit die door de autoriteiten uit een andere staat, in beginsel, moeten worden erkend.³⁷

Sinds de invoering van dit systeem is de vraag geweest in hoeverre het kan functioneren zonder harmonisatie van materieel en formeel strafrecht. Vooral het formele strafrecht bleef lange tijd buiten schot. Daarin komt nu echter verandering. De plannen daartoe zijn uiteengezet in het Stockholm Programma,³⁸ in de Routekaart voor een betere bescherming van verdachten en beklaagden in strafprocedures³⁹ en in de Mededeling inzake een betere rechtspositie voor

33 Richtlijn 2011/92/EU kent deze voorziening overigens niet; zie artikel 17 lid 4.

34 Die benadering heeft ook te maken met de omstandigheid dat de Richtlijn mensenhandel ook de betrekkingen met derde landen beoogt te normeren. Deze bijdrage heeft daarop geen betrekking. Geconstateerd wordt hier slechts dat dit regime nu ook geldt voor de EU-lidstaten zelf.

35 COM(2010)95, p. 2.

36 De overdracht van strafvervolgning is de belangrijke uitzondering; zie verderop in deze paragraaf.

37 Zie J. Ouwkerk, *Quid pro quo; A Comparative Law Perspective on the Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters*, Cambridge [etc.]: Intersentia 2011, p. 45-80.

38 Vgl. het zogenaamde Stockholm programma ‘An open and secure Europe serving and protecting the citizens’, Brussel, 2 december 2009, Raadsdocument 17024/09.

39 Raadsdocument 11457/09, Brussel, 1 juli 2009.

slachtoffers in de EU.⁴⁰ In dat laatste document wordt gesteld dat maatregelen nodig zijn die slachtoffers op niet-discriminatoire wijze, dus ongeacht hun nationaliteit of woonplaats, overal in de Europese rechtsruimte dezelfde rechten geven in strafprocedures. Dat doet denken aan het beeld van de ‘civis Europaeus’, de Europese burger aan wie rechten toekomen die hij in die hoedanigheid, en overal op het Europese territorium, kan invoeren, ongeacht of hij de interne grenzen overschrijft. Aldus hoopt de wetgever niet alleen een vrij verkeer van personen te bevorderen, maar ook het wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten.⁴¹ Via recent aangenomen richtlijnen en voorstellen voor richtlijnen zijn aldus ook onderdelen van het strafprocesrecht voorwerp van (minimum) harmonisatie geworden.⁴²

Er is één onderwerp dat momenteel veel minder aandacht geniet, afgezien van het voortdurende debat rondom de bevoegdheden van Eurojust (artikel 85 EUWV) en het Europees Openbaar Ministerie (artikel 86 EUWV). Dat onderwerp betreft de forumkeuze in strafzaken, dat eveneens nauw verbonden is met wederzijdse erkenning. Het is niet zo dat het belang van dit onderwerp niet wordt gezien. Al in 2000 schreef de Commissie dat ‘[w]anneer een bevoegdheidsrangorde [tussen staten] ontbreekt, de enige mogelijkheid [is] een afwijking van de wederzijdse erkenning toe te staan in gevallen waarin de erkennende lidstaat bevoegd is en ook vervolging heeft ingesteld of wel bevoegd was maar heeft besloten af te zien van vervolging. Hierdoor zou het beginsel van wederzijdse erkenning echter in ernstige mate worden aangetast.’⁴³ Toch hebben jurisdictieconflicten vooralsnog geen hoge plaats op de politieke agenda. Instrumenten die het beginsel van wederzijdse erkenning implementeren kennen, zoals de Commissie vreesde, inderdaad uitzonderingen voor lopende strafrechtelijke onderzoeken in eigen land. Eurojust kan in geval van conflicten wel adviezen geven, maar mag uiteindelijk ook geen knopen doorhakken.⁴⁴ Hetzelfde geldt voor het consultatiesysteem dat ingevoerd werd door Kaderbesluit 2009/948/JBZ dat beoogt *bis in idem*-situaties te voorkomen.⁴⁵ Ook dat kaderbesluit, dat lidstaten dwingt te zoeken naar een ‘effectieve oplossing’ voor conflicten, laat de uiteindelijke beslissing aan de lidstaten. Een ander voorstel voor een kaderbesluit inzake de overdracht van strafvervolging is kort voor de

40 COM(2011) 274.

41 De eerste richtlijn ter uitvoering van de Routekaart (Richtlijn 2010/64/EU; zie de volgende voetnoot) rept overigens met geen woord over het Unieburgerschap, maar verwijst alleen naar het grote belang van wederzijds vertrouwen – en daarmee harmonisatie van procedurele rechten – voor de erkenningsagenda. Dat is wel een heel instrumentele benadering van mensenrechten.

42 Vgl. Richtlijn 2010/64/EU betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, *Pb EU* 2010 L 280/1.

43 COM(2000) 495, p. 18.

44 Die positie wordt door sommigen overigens verdedigd met het argument dat het geven van bindende bevoegdheden aan Eurojust haar positie zou kunnen ondermijnen. Eurojust moet het vaak juist hebben van ‘zachte druk’ en overreding; zie over Eurojust’s werkwijze in relatie tot jurisdictieconflicten ook Herrfeld in: Sinn (red.) 2012.

45 Kaderbesluit 2009/948/JBZ van de Raad van 30 november 2009 over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures, *Pb EU* L 328/42.

inwerkingtreding van Lissabon gestrand. Bij mijn weten zijn er nadien geen pogingen meer ondernomen om het nieuw leven in te blazen.⁴⁶

Concluderend kan worden gesteld dat jurisdictieconflicten *in abstracto* blijkbaar onvermijdelijk worden geacht voor een effectieve criminaliteitsbestrijding. De Europese wetgever spoort ruime extraterritoriale jurisdictie zelfs aan. Ieder resulterend conflict *in concreto* moet vervolgens worden opgelost door interstatelijk overleg, coördinatie en *peer pressure*, al dan niet door Eurojust. De uiteindelijke beslissing om wel of niet te vervolgen blijft echter bij de nationale autoriteiten. Dat betekent dat deze autoriteiten, net als in het internationale strafrecht, een aanzienlijke beleidsruimte toekomt. De eis van kenbaarheid van rechtsmacht speelt bij dit alles geen rol van betekenis. Als gesteld in de inleiding, de vraag is hoe deze uitkomst moet worden beoordeeld vanuit het perspectief van het EU-burgerschap.

4 De positie van de EU-burger in de Europese rechtsruimte

4.1 EU-burgerschap: korte schets van het geldend recht

Het EU-burgerschap kan niet worden beschouwd als de Europese variant op nationaal burgerschap, gebaseerd op de beginselen van *liberté, égalité en fraternité*. De eerste is afgeleid van de laatste, doordat alleen onderdanen van de lidstaten EU-burger kunnen zijn (artikel 20 EUWV). Hoewel het Hof van Justitie meermaals heeft bevestigd dat ‘de hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten moet zijn’,⁴⁷ is vooralsnog onduidelijk wat nu precies de rechten en de plichten van EU-burgers zijn.⁴⁸ Zie ik het goed, dan liggen de rechten op het terrein van politieke participatierechten op lokaal en Europees (maar niet nationaal) niveau (artikel 22/24 EUWV). Ook mag iedere EU-burger zich vrij over het Europese territorium bewegen en zich overal vestigen (artikel 21 EUWV).⁴⁹ Het uitoefenen van enigerlei economische activiteit is daarvoor niet vereist. In zoverre verschilt deze zogenaamde vijfde vrijheid van haar vier zusters (vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal, personen). Uit artikel 18 EUWV vloeit ten derde voort dat discriminatie van EU-burgers op grond van nationaliteit niet is toegestaan.⁵⁰

46 Zie over dit alles ook Luchtman 2011a, p. 78-82; Hecker, p. 94-97, en Fikarova, in: Sinn (red.) 2012, p. 103 e.v.

47 Onder meer in HvJ 8 maart 2011, Zaak C-34/09, Ruiz Zambrano, para. 41.

48 Zeer kritisch daarover: D. Kochenov, The right to have what rights? EU Citizenship in need of clarification, *Staff seminar, York University School of Law* 2012. Zie ook H. van Eijken en S.A. de Vries, A new route into the promised land? Being a European citizen after Ruiz Zambrano, *European Law Review* (36) 2011, p. 713.

49 Verdere normering heeft plaats via, in het bijzonder, Richtlijn 2004/38/EG, *Pb EU* 2004 L 158/77.

50 De combinatie van (het huidige) artikel 21 EUWV en artikel 18 EUWV zorgt ervoor dat EU-burgers die de grenzen zijn overgestoken niet anders mogen worden behandeld dan onderdanen van de *gaststaat*. Inmiddels gaat het Hof een stap verder, doordat EU-burgers als gevolg van de uitoefening van het recht van artikel 21 EUWV ook door hun lidstaat van *herkomst* niet anders mogen worden behandeld dan onderdanen van die staat die niet de interne grenzen zijn overgestoken; vgl. HvJ 29 april 2004, Zaak C-224/02, *Pusa, Jur.* I-5763.

Ten vierde bepaalde het Hof in Zambrano dat lidstaten niet ‘het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten [mogen] ontzeggen,’⁵¹ bijvoorbeeld door de verwijdering van een EU-burger van het Europees territorium.

Het Hof van Justitie heeft aan de status van EU-burger vooralsnog echter niet direct het dragerschap van grondrechten verbonden.⁵² Ongetwijfeld hangt dit (ook) samen met het feit dat dan artikel 51 lid 1 van het Grondrechtenhandvest zou worden doorkruist. Dat artikellid bepaalt dat lidstaten alleen gebonden zijn aan het Handvest wanneer zij EU-recht uitvoeren. Via de rechten van het Handvest zou het bereik van het Unierecht dan aanzienlijk worden uitgebreid. Nationaal recht dat in strijd is met die rechten zou onder omstandigheden moeten wijken.

Tegenover voornoemde rechten staan ook plichten. A-G Bot verwijst naar één van die plichten in Wolzenburg, wanneer hij stelt dat ‘aangezien een burger van de Unie thans in elke lidstaat rechten heeft die voor een groot deel identiek zijn aan die van de burgers van die staat, het terecht [is] dat hij ook wordt onderworpen aan dezelfde plichten op strafrechtelijk gebied. Dit brengt mee dat indien hij in de gastlidstaat een strafbaar feit pleegt, hij er wordt vervolgd en door de gerechten van die staat wordt berecht, net als de burgers van die staat, en dat hij er zijn straf ondergaat, behalve indien de tenuitvoerlegging daarvan in zijn eigen staat zijn kansen op herintegratie kan vergroten.’⁵³ Het is zeker geen gekke gedachte dat degene die zich over het Europese territorium beweegt, zich ook onderwerpt aan de wetten van zijn gaststaat. Van die burger zal mogen worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van de inhoud van die wetten. Daartoe zijn de lasten van EU-burgers evenwel niet beperkt. Vooral extraterritoriale jurisdictieclaims en de conflicten die daaruit kunnen voortvloeien, veroorzaken problemen die ver uitstijgen boven een verschil in behandeling (van onderdanen van die staat en andere EU-burgers) in de gaststaat. In het algemeen zullen immers vooral de burgers die gebruikmaken van hun recht op vrij verkeer en vrij verblijf worden geconfronteerd met dergelijke claims. Zij kunnen bijvoorbeeld worden geconfronteerd met een vervolging in de gaststaat *of* hun lidstaat van herkomst, op basis van het actief personaliteitsbeginsel. In dergelijke situaties wordt, als het daadwerkelijk tot een strafzaak komt, hun recht op vrij verkeer effectief gehinderd of zelfs beëindigd. Zo’n strafzaak zal die burger immers dwingen terug te keren naar zijn lidstaat van herkomst, teneinde daar zijn verdediging te kunnen voeren. De omvang van het probleem neemt nog toe, wanneer de betrokken staten beide besluiten om strafvervolging in te stellen. Het

51 HvJ 8 maart 2011, Zaak C-34/09, Ruiz Zambrano, para. 42.

52 Dat is in het verleden al bepleit door A-G Jacobs in HvJ 30 maart 1993, Zaak C-168/91, Konstantinidis, *Jur.* I-1191, opinie, para. 46, en recent door A-G Sharpston in Zambrano, opinie, para. 81 e.v. Overigens heeft het Hof die vraag bij mijn weten ook nog niet met zoveel woorden voorgelegd gekregen.

53 A-G Bot, Zaak C-123/08, Wolzenburg, [2009] *Jur.* I-9621, opinie, para. 142.

ne bis in idem-beginsel biedt daartegen niet altijd bescherming.⁵⁴ Het effect van dit alles is – in Europeesrechtelijk jargon – een *double regulatory burden* voor de EU-burger, als gevolg van zijn eigen bewegingen binnen de Europese rechtsruimte.

4.2 De benadering van het Hof van Justitie bij het *ne bis in idem*-beginsel

Burgers die van hun recht op vrij verkeer gebruik maken kunnen dus worden geconfronteerd met twee soorten problemen. Dat gebruik kan ten eerste leiden tot (meervoudige) strafvervolging *als een gevolg van* hun vrij verkeer. In de tweede plaats kan voorgenomen, *toekomstig* vrij verkeer worden belemmerd of zelfs verhinderd. Daarmee is duidelijk dat er een band bestaat tussen vrij verkeer van burgers en het strafmachtsrecht van de lidstaten. Maar levert die band ook *altijd* een voldoende sterk aanknopingspunt op met de Europese rechtsorde? Anders geformuleerd, zijn extraterritoriale rechtsmachtclaims en daaruit voortvloeiende conflicten *per definitie* een probleem in termen van vrij verkeer van EU-burgers? Met betrekking tot het eerste zojuist geformuleerde gevolg kan bijvoorbeeld worden gesteld dat vrij verkeer op zichzelf niet altijd een jurisdictieconflict veroorzaakt. Waarom zouden in dat geval degenen die van dat recht gebruik hebben gemaakt anders moeten worden behandeld dan degenen die dat niet deden, maar soms ook met zo'n claim kunnen worden geconfronteerd?⁵⁵ Ten aanzien van het tweede zojuist geformuleerde probleem is de band met de EU-rechtsorde mogelijk nog zwakker. Dan gaat het immers om potentiële, toekomstige inbreuken. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat dergelijke situaties niet binnen de reikwijdte van het EU-recht vallen.⁵⁶

Het Hof van Justitie ziet zich bij de interpretatie van de artikelen 54-58 SUO telkens voor soortgelijke vragen gesteld. In het licht daarvan is zijn interpretatie van die artikelen niet vanzelfsprekend. Die lijkt namelijk strijdig met zijn eigen jurisprudentie. In de zaak Gözütok gaat het bijvoorbeeld om een Turks onderdaan die in Nederland leeft, maar wordt vervolgd in Duitsland voor de handel in verdovende middelen in Nederland. Hij werd echter pas in Duitsland gearresteerd *na* het plegen van deze delicten.⁵⁷ Hoewel het exposé van de feiten in het midden laat op basis waarvan Duitsland in deze zaak rechtsmacht uitoefende, is de band met de vrij verkeersrechten dus zwak. Toch stelt het Hof dat: '[a]rtikel 54 SUO, dat dient te voorkomen dat een persoon die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer, voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van meerdere lidstaten, slechts nuttig [kan] bijdragen tot de volledige verwezen-

54 Dat geldt in ieder geval voor parallel lopende procedures in meerdere staten. Op de hoofdregel van artikel 54 SUO bestaan bovendien uitzonderingen, in het bijzonder in geval van extraterritoriale rechtsmacht (artikel 55 SUO).

55 Denk bijvoorbeeld aan de uitoefening van rechtsmacht op basis van het passief nationaliteitsbeginsel.

56 HvJ 7 februari 1997, Zaak C-299/95, Kremzow, *Jur.* I-2629, para. 16.

57 HvJ 11 februari 2003, Gevoegde Zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügger, *Jur.* I-1345, para. 9-16.

lijking van dat doel indien het tevens toepasselijk is op [de Nederlandse transactie, ML].⁵⁸ Daaraan voegt het in Gasparini nog toe dat: '[artikel 54 SUO] zorgt voor de maatschappelijke rust van personen die na vervolging definitief zijn berecht. Zij moeten zich vrij kunnen bewegen zonder te hoeven vrezen voor een nieuwe strafvervolgning ter zake van dezelfde feiten in een andere overeenkomstsluitende staat.'⁵⁹ De laatste zinsnede verwijst overduidelijk naar toekomstige situaties. Zodra de eerste strafprocedure is beëindigd, is het individu vrij om te gaan en staan waar hij wil; hij mag niet opnieuw voor hetzelfde worden vervolgd of bestraft. Men zou kunnen zeggen dat hij zijn schulden heeft voldaan en is gerechtigd tot re-integratie in de Europese rechtsruimte.

Het is bepaald uitdagend om te achterhalen wat het Hof nu precies bedoelt met voornoemde overwegingen. Duidelijk is dat de referenties naar vrij verkeer niet slaan op de concrete vrijheden, zoals bijvoorbeeld die van artikel 21 EUWV. Het Hof refereert aan (de voorgangers van) artikel 3 lid 2 EUV. Maar heeft het met die argumentatie nu alleen de toekomstige, hypothetische uitoefening van de concrete rechten verwoord in artikel 21 EUWV willen faciliteren? Of moeten we – ambitieuzer – in zijn overwegingen een herijking lezen van de notie van individuele autonomie, zoals die tot nu toe gold binnen de context van de Westfaalse natie-staat, maar niet (of in zeer beperkte mate) daarbuiten (paragraaf 4.3)? En wat zou dat laatste kunnen betekenen voor ons onderwerp, de kenbaarheid van rechtsmacht (paragraaf 5)? Hoe relevant is het dat de lidstaten, door het afsluiten van de Schengen-akkoorden en de latere integratie daarvan in de EU-rechtsorde, zelf de aanzet hebben gegeven voor 's Hof's interpretatie van het *ne bis in idem*-beginsel (paragraaf 6)?

4.3 EU-burgerschap: tussen intergouvernementalisme en federalisme?

De vraag of rechtsmacht voorzienbaar moet zijn in het licht van het EU-burgerschap kan op dit moment niet met een verwijzing naar een gezaghebbende rechtsbron worden beantwoord. De Europese wetgever lijkt vooralsnog tevreden met de *status quo*.⁶⁰ Ook andere bronnen, zoals de Preambule van het Handvest, waarin onder meer is te lezen dat '[d]e Unie de mens centraal [stelt] in haar optreden, door het burgerschap van de Unie in te stellen en een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht tot stand te brengen', zijn multi-interpretabel.⁶¹ Het antwoord zal dus langs andere weg moeten worden beredeneerd. Dat probeer ik in twee stappen.

Ik begin met de laatste stap. Het is mogelijk het probleem te onderzoeken in het licht van de *ratio* achter het legaliteitsbeginsel, waarover het EHRM in vaste rechtspraak heeft bepaald dat '[it] should be construed and applied, as follows

58 HvJ 11 februari 2003, Gevoegde Zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügge, *Jur.* I-1345, para. 38.

59 HvJ 28 september 2006, Zaak C-467/04, Gasparini e.a., *Jur.* I-9199, para. 27.

60 Zie mijn analyse in paragraaf 3.

61 Deze frase kan immers worden gezien als een bekrachtiging van de *status quo*, maar ook als uitdrukking van verder reikende ambities, met de burger uitdrukkelijk als middelpunt.

from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment'.⁶² Dat impliceert voor artikel 7 EVRM – en artikel 49 Handvest – een wetsbegrip dat 'alludes to the very same concept [of 'law'] as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law and implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability.' De kenbaarheid van delicten en sancties houdt in dat 'the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case.'⁶³ Het komt mij voor dat die ratio niet aan kracht verliest in de geïntegreerde rechtsorde die de EU wil zijn. De vraag is wel hoe ze past in deze nieuwe context.

Om die vraag te kunnen beantwoorden moet het burgerschapsconcept verder worden ingevuld. Dat is de eerste stap. Daarvoor maak ik gebruik van inzichten die zijn verschaft door de sociologie, in het bijzonder door Beck en Grande in hun boek *Cosmopolitan Europe*.⁶⁴ Hun stelling is dat de sociologie lange tijd blind is geweest voor het eigen karakter van Europeanisering en het heeft proberen te duiden met een begrippenkader dat is toegesneden op de Westfaalse natie-staat, waarin begrippen als homogeniteit, territorium en centraal staatsgezag in relatie tot constitutie en democratie een centrale rol spelen.⁶⁵ Europeanisering komt naar de mening van de twee auteurs evenwel niet neer op een keuze tussen intergouvernementalisme of federalisme. Het betekent ook niet het streven naar een 'Europees volk', een 'Europese staat' of een 'Europese taal'. Het is een duiding van de processen die ontstaan wanneer verschillende niveaus (lokaal, nationaal, Europees, maar ook mondiaal) met elkaar in verbinding treden. Die processen zijn onomkeerbaar. In de visie van Beck en Grande is Europeanisering daarom niet (alleen) een normatief ideaal, maar vooral ook een empirisch gegeven. Het heeft telkens op andere wijze plaats, en in verschillende snelheden, afhankelijk van tijd en plaats. Daaruit vloeit voort dat de erkenning van het bestaan van (soms aanzienlijke) verschillen op het Europese continent onvermijdelijk is.⁶⁶ De natie-staat blijft in dit proces onverminderd belangrijk, ook in de EU, omdat de Europese Unie op belangrijke terreinen – waaronder de rechtshandhaving – op nationale autoriteiten is aangewezen. Omgekeerd kan de bundeling van krachten op Europees niveau in het geopolitieke krachtenveld juist de 'redding' van de Europese staten betekenen. De EU is daarom te

62 Vgl. EHRM 17 september 2009, *Scoppola v. Italië* (Nr. 2), appl.nr. 10249/03, para. 92.

63 Vgl. EHRM 26 april 1979, *Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk*, appl.nr. 6538/74, para. 49.

64 U. Beck & E. Grande, *Cosmopolitan Europe*, Cambridge, UK/Malden, USA: Polity Press 2007.

65 Beck & Grande 2007, p. 241; vgl. ook G. Delanty, *The Idea of a Cosmopolitan Europe; On the cultural significance of Europeanization*, *International Review of Sociology* (15) 2005, p. 405-421.

66 Dit doet denken aan de term 'eenheid in verscheidenheid' die in veel beleidsdocumenten voorkomt. Die verscheidenheid ontaardt nogal eens in vrijblijvendheid. Dat is niet wat wordt bedoeld: 'a cosmopolitan Europe also signifies the need to restrict and regulate differences', vgl. Beck & Grande 2007, p. 14-16, 228.

kenschetsen als een uniek kosmopolitisch project, dat uiteindelijk het welzijn van haar lidstaten én onderdanen dient.⁶⁷

Hoewel Beck en Grande het fenomeen Europeanisering uitdrukkelijk niet tot de Europese Unie beperken,⁶⁸ heeft de EU wel hun bijzondere aandacht. Met hun analyse reiken ze ook een maatstaf aan voor een beoordeling van de huidige institutionele verhoudingen in de EU. Daaruit vloeien twee dingen voort met bijzondere relevantie voor deze bijdrage. Ten eerste wordt duidelijk dat de EU weliswaar een kosmopolitisch project is, maar tegelijk ook een onvolmaakt project.⁶⁹ Zo kan er worden gewezen op het bekende probleem van de gebrekkige democratische legitimatie van veel EU-recht, zeker voor 'Lissabon',⁷⁰ maar ook op het feit dat het EU-burgerschap alleen is toegekend aan onderdanen van de EU-lidstaten. Daarmee sluit men derdelanders uit.⁷¹ Dat getuigt bepaald niet van een kosmopolitische gedachte.⁷² Omgekeerd wordt – in de tweede plaats – die gedachte juist weer sterk benadrukt, voor zover het wel om EU-burgers gaat. Zo hebben de juridisch afdwingbare vrij verkeersrechten die aan EU-burgers zijn toegekend al vaak gefunctioneerd als een alternatief voor gebrekkige inspraak op EU-niveau.⁷³ Die rechten hebben al vaker centralistische staatsstructuren geslecht en de autonomie van de burger ten opzichte van de (samenwerkende) lidstaten versterkt.⁷⁴ Ook al is dit proces (mede) door de lidstaten in gang gezet,⁷⁵ het kan al lang niet meer helemaal door hen worden beheerst.

67 In die zin ook meermaals Habermas, onder meer in J. Habermas, *The Postnational Constellation; Political Essays*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press 2001; J. Habermas, *Toward a cosmopolitan Europe*, *Journal of Democracy* (14) 2003, p. 86-100, en J. Habermas, *Europe; The Faltering Project*, Cambridge, UK; Malden, USA: Polity Press 2009.

68 Er bestaat volgens hen geen *European cosmopolitanism*, wel een *cosmopolitan Europe*.

69 Beck & Grande 2007, p. 136-170.

70 Zie daarover in extenso F. Meyer, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht: Zu den Anforderungen des Demokratieprinzips an Strafrechtsetzung im Mehrebenensystem der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2009.

71 Secundair EU-recht kan hen overigens rechten toekennen. Daarvoor is dan een beslissing van de wetgever nodig.

72 Daarop is ook gewezen door S. Benhabib, *The Rights of Others; Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, en É. Balibar, *We, the People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2004. De laatste spreekt zelfs over 'apartheid'.

73 Vgl. Poiares Maduro, in: S.K. Schmidt (ed.), *Mutual Recognition as a New Mode of Governance*, London/New York: Routledge 2008, p. 150, die erop wijst dat het beginsel van wederzijdse erkenning leidt tot 'voting with one's feet'. Vgl. ook Balibar 2004, p. 162: 'This citizenship does not consist in the passive enjoyment of formal rights [...] conferred upon individuals because the 'historical community' to which they belong [...] has been formally integrated into the new European whole, but rather in the fact that European citizens themselves produce, by removing the existing obstacles, the conditions of a new belonging – and no doubt, inevitably, the conditions of a nonexclusive belonging in the new sense of the word.'

74 In dat opzicht bestaan er veel overeenkomsten met dat andere grote kosmopolitische project op het Europese continent, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens; vgl. C. McCrudden, *The Future of the EU Charter of Fundamental Rights*, *NYU School of Law, Jean Monnet Working Paper Series*, no. 10/01 2001, en A. Stone Sweet, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe* (November 1, 2011), *Journal of Global Constitutionalism*, te verschijnen in 2012, ook beschikbaar via SSRN: <ssrn.com/abstract=1913657>.

75 Zie ook de titel van het Stockholm programma, *supra* noot 38.

De analyse van Beck en Grande helpt bij het invullen van de hiaten die bestaan binnen het institutionele raamwerk, dat nog in volle ontwikkeling is. Hun bevinding dat '[e]ver more individuals are producing internationally, working internationally, loving internationally, marrying internationally, living, travelling, consuming and cooking internationally',⁷⁶ betekent mijns inziens ook dat de EU-burger niet alleen moet worden gevat in een eendimensionaal geformuleerd maatschappelijk lidmaatschap van zijn lidstaat van nationaliteit. Hij verenigt meerdere lidmaatschappen in zich en mag die, in beginsel,⁷⁷ naar eigen inzicht – en dus met erkenning van verschillen – vormgeven.⁷⁸ In die zin is dan sprake van een herijking van het burgerschapsbeeld, nu de EU-burger zijn leven niet alleen meer vormgeeft binnen de context van de natie-staat, maar ook ver daarbuiten. Dat proces *moet* door de EU worden gefaciliteerd, zoals blijkt uit het verdrag zelf (vgl. artikel 3 lid 2 EUV).

Tegelijk kan de vraag worden gesteld of de EU daarin op dit moment slaagt. Mijn stelling is dat twee kernnoties van Europees burgerschap – vrij verkeer binnen de Europese rechtsruimte en democratische inspraak op Europees niveau – momenteel nog onvoldoende worden geactiveerd. Dat wringt, zeker in relatie tot het strafrecht. Die stelling behoeft enige uitleg. Het Verdrag van Lissabon en zijn voorgangers bieden EU-burgers als gezegd niet alleen een ruimte waarin ze zich vrij mogen bewegen – de rechtsruimte als territoriale eenheid –, maar ook een raamwerk – de rechtsruimte als EU-beleidsterrein – dat het in toenemende mate bemoeilijkt om beperkingen op die vrijheid aan één welbepaalde lidstaat toe te rekenen. Dat er voor dergelijke beperkingen aanleiding bestaat, is genoegzaam bekend. Zo heeft het wegvallen van controles aan de binnengrenzen bepaalde vormen van criminaliteit makkelijker gemaakt. In die zin zijn de EU-lidstaten gezamenlijk verantwoordelijk geworden voor een effectieve criminaliteitsbestrijding.⁷⁹ Dat betekent evenwel ook dat de willekeur waartegen het legaliteitsbeginsel en andere grondrechten willen beschermen, in gevallen van transnationale samenwerking niet altijd meer kan worden gelokaliseerd binnen de rechtsorde van één lidstaat, maar zich bevindt op het snijvlak van de rechtsordes van meerdere lidstaten. Positieve jurisdictieconflicten veroorzaken complicaties voor de EU-burger, die niet direct aan één lidstaat zijn toe te wijzen. Vanuit het perspectief van de afzonderlijke lidstaten komt die willekeur niet direct aan de oppervlakte. Het perspectief van de EU-burger verdient juist om deze reden ook aandacht, zeker in het strafrecht, waar die complicaties zo groot kunnen zijn.

Daarbij komt nog dat wie het tot zijn doelstelling maakt vrij verkeer van burgers actief te bevorderen, ook oog moet hebben voor het feit dat burgers die

76 Beck & Grande 2007, p. 36; zie ook Benhabib 2006, p. 148-149; Balibar 2004, p. 162.

77 Het gemeenschappelijk belang kan daaraan uiteraard grenzen stellen. Vandaar dat de EU beschikt over de bevoegdheden om dat belang te definiëren en de handhaving ervan af te dwingen; zie paragraaf 6.

78 Vgl. de term 'nested citizenship' van P. Kivisto & T. Faist, *Citizenship; Discourse, Theory, and Transnational Prospects*, Malden, USA; Oxford, UK: Blackwell 2007, p. 122 e.v.

79 Vgl. A-G Bot, Zaak C-123/08, Wolzenburg, *Jur.* I-9621, opinie, para. 105.

van dat recht *geen* gebruik wensen te maken toch met de gevolgen ervan worden geconfronteerd.⁸⁰ Een ontmoeting met een burger uit een andere EU-lidstaat kan leiden tot een strafvervolging in de lidstaat van de laatste, bijvoorbeeld op basis van het passieve personaliteitsbeginsel. Het actief bevorderen van vrij verkeer behoort in de context van de strafrechtspleging en de toegenomen noodzaak van samenwerking dan ook niet alleen een actieve component te hebben (de bevordering van de uitoefening van die rechten), maar ook een passieve: de *bescherming* tegen gedwongen verplaatsing, als gevolg van het vrij verkeer van medeburgers (bijvoorbeeld via een Aanhoudingsbevel).

Uit het voorgaande vloeien meerdere dingen voort. In de eerste plaats is het een pleidooi voor een ‘ambitieuze’ interpretatie van ’s Hofs *ne bis in idem*-rechtspraak, in die zin dat het Hof – en andere Unie-instellingen – meer voor ogen (zouden moeten) hebben dan het waarborgen van de toekomstige uitoefening van vrij verkeersrechten na een eerdere veroordeling. De verwijzing naar vrij verkeer in artikel 3 lid 2 EUV kent zowel een actieve als een passieve component, die tezamen garanderen dat EU-burgers zich vrij van willekeurige strafvorderlijke overheidsinmenging over het Europese territorium mogen begeven of zich juist niet hoeven te begeven. Daardoor wordt bescherming geboden tegen inbreuken op de rechtspositie van burgers die worden veroorzaakt door het – gecoördineerde of ongecoördineerde – samenspel van acties van meerdere lidstaten, *daargelaten* welke lidstaat het vrij verkeer uiteindelijk feitelijk beperkt. Dat is wat hiervoor werd bedoeld met een herijking van strafrechtelijke beginselen. Dit burgerschapsbeeld is bovendien niet alleen relevant voor de uitleg van de artikelen 54-58 SUO, maar in potentie ook voor andere strafrechtelijke beginselen. Ik ga daarop in de volgende paragraaf nader in. Ten derde moet worden benadrukt dat het voorgaande niet leidt tot een herdefiniëring van de bestaande vijf vrijheden. Ik heb niet betoogd dat de reikwijdte van bijvoorbeeld artikel 21 EUWV of artikel 45 Handvest moet worden opgerekt. Het gaat hier om de invloed van een voortschrijdende Europeanisering op de interpretatie van fundamentele strafrechtelijke beginselen.⁸¹ En tenslotte is met het voorgaande ook een belangrijk verschil met de situatie onder het internationaal publiekrecht geïdentificeerd. De ruime beleidsvrijheid die in die context bestaat voor nationale autoriteiten ten aanzien van jurisdictieconflicten is aldaar een *noodzaak*, maar in de Europese Unie – gelet op het institutionele raamwerk om voor alternatieven te kiezen – een *keuze*. Op dat laatste kom ik terug in paragraaf 6.

80 Deze gedachtegang ligt in de lijn van die ontwikkeld door A-G Sharpston bij Zambrano die vrij verkeer en vrij verblijf van elkaar loskoppelt. Daardoor wordt het Unierecht toepasselijk op ‘interne’ situaties. Het Hof zelf blijft hier nog enigszins op de vlakte. Van Eijken & De Vries 2011 bespreken, met verdere verwijzingen, het (thans nog bestaande) verschil in behandeling tussen EU onderdanen die wel en zij die niet gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer vanuit Europeesrechtelijk perspectief.

81 *Supra* paragraaf 1, in fine.

5 De kenbaarheid van rechtsmacht in de Europese rechtsruimte

De interpretatie van de fundamentele rechten uit het Handvest in het licht van de bevordering van vrij verkeer als in artikel 3 lid 2 EUV betekent dus dat de EU-burger ook bescherming wordt geboden tegen willekeurige – want onkenbare en/of onvoorzienbare – inbreuken op zijn rechtspositie die niet aan één specifieke lidstaat zijn toe te schrijven. Maar wat betekent dat voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door EU-lidstaten? Waarom moet die kenbaar zijn? En verwijst die kenbaarheid dan naar de rechterlijke bevoegdheid⁸² of naar de tot de burger gerichte norm (het strafbare feit en de sanctie)?

Er zijn ruwweg twee benaderingen ten aanzien van dit probleem. Onder de eerste benadering zal worden betoogd dat alleen de strafbaarheid (norm én strafrechtelijke handhaving) zelf kenbaar moet hebben kunnen zijn op het moment van handelen. In het bijzonder wanneer de rechtsmacht van een staat afhankelijk is van de strafbaarheid in de gaststaat (strafbaarheid *lege loci*) zal extraterritoriale rechtsmacht, en daaruit voortvloeiende conflicten, geen probleem zijn vanuit het kenbaarheidsperspectief. Die voorwaarde zou mogelijk zelfs kunnen vervallen op die terreinen waar het materiële strafrecht is geharmoniseerd door verdragen, kaderbesluiten of richtlijnen. In dat geval bestaat immers een gemeenschappelijk normenkader waarop EU-burgers zich kunnen oriënteren, ongeacht waar ze zich bevinden in de Europese rechtsruimte. Daarbij nemen we dan gemakshalve aan dat de *normen* die op Europees niveau zijn geïntroduceerd in alle lidstaten ook daadwerkelijk tijdig en op correcte wijze zijn omgezet in *delicten*. Waarom zouden EU-burgers in dit geval ook nog, op het moment van handelen, moeten kunnen voorzien welke lidstaat hen uiteindelijk zal vervolgen?⁸³ Hun gedrag is immers hoe dan ook strafbaar en in menig geval van grensoverschrijdende misdaad bovendien vaak specifiek gericht op het uitbuiten van de verschillen tussen de verschillende rechtsordes van de lidstaten. Is in dat geval de *mogelijkheid* van een vervolging in een andere lidstaat dan die waar het feit werd gepleegd, niet eenvoudigweg de keerzijde van het recht op vrij verkeer? Nog sterker, de eis dat EU-burgers op het moment van handelen de toepasselijke delictomschrijvingen of sancties van de lidstaten moeten kunnen kennen of al moeten kunnen voorzien welke lidstaat hen zal kunnen vervolgen,⁸⁴ kan leiden tot misbruik van het recht op vrij verkeer. Het zal leiden tot *forumshopping* door EU-burgers.⁸⁵

De tweede benadering komt tot een tegenovergestelde positie. Deze wordt hier wat uitvoeriger uitgewerkt. Vrij verkeer als verdragsdoelstelling en de daaraan gekoppelde verdragsvrijheden brengen voor EU-burgers afdwingbare rechten mee die inroepbaar zijn tegen individuele staten. EU-burgers komt als

82 Vgl. de eisen die artikel 6 EVRM daaraan stelt; *supra* paragraaf 2.

83 Dat is hoogstens een vraag van rechterlijke organisatie en daarmee nauw verbonden met artikel 47 Handvest (of artikel 6 Handvest, bij vrijheidsbenemende dwangmiddelen).

84 Dat is laatste is als gezegd een onderwerp van meer formeelrechtelijke aard.

85 Vgl. Eser, in: Sinn (red.) 2012, p. 566-567.

het ware het recht 'to vote with their feet' toe.⁸⁶ Ze onderwerpen zich aan het rechtssysteem van hun keuze door verplaatsing (of: niet-verplaatsing). Dat recht mogen ze, behoudens gevallen van misbruik van recht, naar eigen inzicht invullen. Lidstaten die dat recht beperken dienen dat, analoog aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie ten aanzien van de vijf verdragsvrijheden, te kunnen verantwoorden,⁸⁷ ook al zal het vanuit lidstatelijk perspectief soms betrekkelijk willekeurig kunnen zijn waarom een bepaalde lidstaat (bijvoorbeeld de lidstaat van herkomst) een in een andere lidstaat (de lidstaat van verblijf/ontvangst) tot stand gebrachte feitelijke of rechtspositie moet erkennen (wederzijdse erkenning). Die rechtspositie kan immers interfereren met de belangen die die lidstaat wil beschermen en die door de andere lidstaat niet in de beoordeling zijn betrokken. Beperkingen op vrij verkeer worden daarom doorgaans onderworpen aan een proportionaliteitstoets. Dan wordt vereist dat het doel dat die beperking veroorzaakt legitiem is, en ook voldoende zwaar om die beperking te rechtvaardigen. Als vuistregel kan daarbij, gemakshalve, worden aangenomen dat strafvorderlijke belangen aan die eisen zullen voldoen. In die zin wordt van EU-burgers verwacht dat ze soms beperkingen op hun rechtspositie moeten accepteren. Daaruit vloeit eveneens voort dat positieve jurisdictieconflicten niet per se leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van de rechtspositie van de EU-burger.⁸⁸

De beperkingssystematiek van de vijf verdragsvrijheden verschilt op één belangrijk punt van die van de klassieke grondrechten. In aanvulling op de *rule of reason*-test is de aanwezigheid van een deugdelijke wettelijke basis op EU-niveau geen vereiste voor een toelaatbare beperking op de verdragsvrijheden. Dat verschil werkt ook door in artikel 52 Handvest, waar tussen beide typen rechten een onderscheid wordt gemaakt. Sommigen zien hierin een bevestiging van het feit dat de rechten op vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen vooral economische integratie nastreven, en zelf geen fundamentele rechten zijn.⁸⁹ De gedachte is dan dat de burger vooral een *instrument* van Europese integratie is, en niet (primair) een autonoom *rechtssubject*. Juist voor dat rechtssubject is de wet als oriëntatiepunt voor zijn handelen immers zo belangrijk. Wat daarvan ook zij,⁹⁰ het laat onverlet dat de lidstaten binnen de

86 *Supra* noot 72.

87 Daarbij doel ik op de zogenaamde 'rule of reason-test'. Onderlinge verschillen tussen de toelaatbare beperkingen op de vijf vrijheden laat ik hier voor het gemak buiten beschouwing; zie verder W.T. Eijsbouts et al. (red.), *Europees recht; Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 91 e.v.

88 Overigens, daarom is ook het hierboven onder de eerste benadering verwoorde argument van *forumshopping* ondeugdelijk. De uiteindelijke keuze van de bevoegde jurisdictie wordt niet door de verdachte bepaald en evenmin is gesteld dat hij 'zijn' rechter *ex ante* moet kunnen kennen.

89 Daarover R. Winkler, *Die Grundrechte der Europäischen Union*, Wien; New York: Springer 2006, p. 23 e.v.; G. Nicolaysen, Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten, *Europarecht* (38) 2003, p. 719-743; D.H. Scheuing, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, *Europarecht* (38) 2003, p. 744-792; Kühling, in: Von Bogdandy & Bast (red.) 2011.

90 Tegen deze redenering pleit bijvoorbeeld de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat particulieren hun uit het verdrag voortvloeiende rechten en verplichtingen moeten kunnen kennen; vgl. HvJ 4 juni 2002, Zaak C-483/99, Commissie/Frankrijk, *Jur.* I-

werkingssfeer van het Unierecht de grondrechten moeten respecteren.⁹¹ Ik leid daaruit af dat beperkingen op de verdragsvrijheden die zijn gelegen in de strafrechtelijke sfeer – in de zin van strafbaarstellingen en sancties – moeten kunnen worden gekend. Daarmee is de rechtszekerheid gediend en dat belang weegt in de context van het strafrecht zo zwaar dat het de vorm heeft van een zelfstandig mensenrecht, zelfs nog voordat op de rechtspositie van de burger door de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen of de oplegging en executie van strafrechtelijke sancties *daadwerkelijk* een inbreuk op diens vrijheid, privé-leven of vermogen wordt gemaakt.⁹² Het materiële legaliteitsbeginsel garandeert dat de toegangspoort tot de strafrechtspleging altijd zichtbaar is of op zijn minst kan zijn voor de burger op het moment van handelen. Op dat moment moet hij die poort – en alles wat erachter voor hem aan onaangenaams verscholen ligt – met een oriëntatie op de wet kunnen vermijden en een andere weg kunnen nemen. Omgekeerd is het de strafvorderlijke overheid niet toegestaan zich buiten die poorten te begeven.⁹³ Wat er precies gebeurt als hij die poort eenmaal is gepasseerd,⁹⁴ hoeft de burger evenwel nog niet in detail te kunnen voorspellen.

Rechtsmachtbepalingen worden niet – dat lijkt de *communis opinio* – rechtstreeks beheerst door het materiële legaliteitsbeginsel.⁹⁵ Toch kan worden gesteld dat wie niet op de hoogte heeft kunnen zijn van rechtsmacht, zich ook niet op de toegangspoort tot het strafrecht kan oriënteren. Rechtsmacht moet dus minst genomen wel kenbaar zijn, en wel op het moment van handelen. De vraag is nu of daarvoor volstaat dat de burger slechts één toegangspoort in zijn vizier had toen hij zijn strafbare daad verrichtte. Het lijkt mij in lijn met de hierboven verdedigde invulling van het concept vrij verkeer dat die toegangspoort dan, in beginsel, wordt gedefinieerd door het rechtssysteem waaraan de EU-burger zich vrijwillig heeft onderworpen (de staat van verblijf). Dat doet hij door zich te verplaatsen (of, in zijn negatieve variant, *niet* te verplaatsen) over het Europese territorium. Daarmee geeft die burger invulling aan zijn autonome positie ten opzichte van de EU en haar lidstaten, hem toegekend door het verdrag.

In beginsel, want er kunnen als gezegd zwaarwegende redenen zijn voor andere lidstaten om toch rechtsmacht te vestigen. In dat geval zal een oriëntatie op de strafwet van de lidstaat van verblijf de burger echter niets leren over de strafrechtelijke gevolgen die zijn acties elders teweeg brengen. Die kennis zal

4781, para. 50. Het ontbreken van het vereiste van een wettelijke basis op EU-niveau lijkt dan eerder een gevolg van de bevoegdheidsverdeling tussen EU en lidstaten, dan de uitdrukking van een fundamenteel verschil tussen de (economische) vrijheden en grondrechten.

91 Vgl. HvJ 12 juni 2003, Zaak C-112/00, *Schmidberger*, *Jur.* I-5659, para. 70-94, waar het overigens ging om de vraag of grondrechten ook de vrijheden kunnen *beperken*. De verhouding van deze rechtspraak tot artikel 51 lid 1 Handvest is nog niet duidelijk.

92 In dat geval zijn ook andere grondrechten in het geding.

93 Vgl. de bekende opmerking dat de wet niet alleen het *ius puniendi* definieert, maar tegelijk ook begrenst.

94 Bijvoorbeeld of en wanneer dwangmiddelen worden toegepast en voor welke rechter hij zal moeten verschijnen.

95 Zie mijn opmerkingen over de in paragraaf 2 geïdentificeerde derde stroming.

de burger dan elders vandaan moeten halen. De vraag is hier wat van de burger in de Europese rechtsruimte, die 29 verschillende rechtsordes omvat, mag worden verwacht. Bepaalde rechtsmachtbeginselen zijn in het bijzonder problematisch, omdat ze de burger de relevante aanknopingspunten niet of pas na het strafbare feit bieden.⁹⁶ Potentiële beperkingen op vrij verkeer – op de autonome positie van de EU-burger tegenover de EU-lidstaten dus – kunnen dan niet worden gekend op het moment van handelen. Op dat specifieke probleem van de positieve rechtsmachtconflicten – in Europeesrechtelijk jargon: de *double (of multiple) regulatory burden* – geeft de eerste in deze paragraaf geïdentificeerde benadering geen bevredigend antwoord. De voorzienbaarheid van rechtsmacht van een *specifieke* lidstaat wordt onder de eerste benadering immers niet vereist. Toch is het precies die *double burden* die zijn rechtspositie aanzienlijk zal compliceren. Van die complicaties zal hij zich op het moment van handelen op zijn minst bewust moeten hebben kunnen zijn. Ze kunnen immers ten eerste tot gevolg hebben dat de verdachte zich moet verantwoorden in een rechtssysteem dat sterk kan verschillen van het systeem waarop hij zich wel oriënteerde, in het bijzonder ook ten aanzien van de toepasselijke sancties.⁹⁷ Daarbij komt dan nog de mogelijkheid van een simultane vervolging in meerdere lidstaten, tot (of zelfs na)⁹⁸ het moment dat één van die lidstaten onherroepelijk over dat feit heeft beslist. Ook dat is een probleem waarover een blik op de strafwet van de lidstaat van verblijf hem niets zal leren, zelfs niet op terreinen waar de strafbepalingen van de lidstaten zijn geharmoniseerd.

Uit het voorgaande vloeit voort dat positieve jurisdictieconflicten vanuit het perspectief van de EU-burger niet alleen een probleem van procesrecht (en strafvorderlijke legaliteit) zijn, dat wil zeggen: een probleem van (wettelijke normering van) *ex post* afstemming en coördinatie tussen meerdere bevoegde autoriteiten. Er kleeft wel degelijk ook een materieelrechtelijk aspect aan, in het bijzonder wanneer de toegangspoort tot een *bepaald* strafrechtelijk systeem voor de EU-burger op het moment van handelen verborgen bleef. De specifieke complicaties die dat met zich brengt, *kan* hij met een oriëntatie op de strafwet van de lidstaat van verblijf niet kennen. De poortfunctie van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel is dan onvolkomen. Daarin schuilt een wezenlijk verschil met de situatie waarin hij op het moment van handelen *ook* de rechtsmacht van die laatste staat kent, maar nog niet in detail kan overzien of en hoe de strafvorderlijke autoriteiten aldaar op zijn strafbare handelen zullen reageren.

Uitgaande van de autonomie van EU-burgers om zelf te mogen bepalen waar zij willen gaan en staan, zullen vooral andere lidstaten dan de lidstaat van verblijf gedwongen worden om hun rechtsmachtclaims te verdedigen. Dat zou in het uiterste geval kunnen betekenen dat rechtsmachtclaims wegens hun onkenbaarheid onverenigbaar blijken met de vijf verdragsvrijheden en om die reden buiten toepassing moeten blijven (negatieve integratie). In die zin is dan

96 Zie de voorbeelden, genoemd in de inleiding.

97 Minimumharmonisatie op de voet van artikel 83 EUWV zal dit probleem niet verhelpen.

98 *Supra* noot 54.

– vergeleken met het internationaal publiekrecht en de eerste zojuist beschreven benadering – het perspectief verschoven.⁹⁹ In de tweede benadering is het perspectief van de EU-burger voorop gesteld. Dan ontstaat echter een ander probleem. Daarover gaat de volgende paragraaf.

6 Kenbaarheid: instructienorm of resultaatsverplichting?

De tweede zojuist geschetste benadering verschilt van de eerste doordat ze het Unieburgerschap daadwerkelijk activeert, ook in de strafrechtelijke sfeer. Daarmee bedoel ik dat – met een verwijzing naar het opstel van Pompe uit 1957¹⁰⁰ – de eerste benadering de EU-burger benadert als een *bourgeois*, doordat die burger wordt gepercipieerd als een calculerend individu dat op rationele wijze winstmaximalisatie nastreeft.¹⁰¹ Hij moet eerst en vooral aan de wet kunnen ontleen *of* zijn gedrag strafbaar is. Voor zover hij zal willen anticiperen op verschillen tussen de rechtssystemen van de lidstaten, geldt dat *forumshopping* geen rechtens te beschermen belang kan zijn. In de context van het internationaal publiekrecht is die benadering wel te begrijpen.¹⁰² Ze correspondeert ook aardig met het in het EU-recht wel vaker gebruikte beeld van de marktburger, gekoppeld aan de interne markt.

Het legaliteitsbeginsel, het kenbaarheidsbeginsel inclusief, heeft echter uitdrukkelijk ook een rechtsstatelijke dimensie. In lijn daarmee spreekt de tweede benadering de EU-burger niet alleen aan als nationaal onderdaan, maar ook – in de lijn van Beck en Grande – als een onderdaan van een Europese rechtsorde die hem politieke participatierechten toekent en hem het juridisch afdwingbare recht verleent om zich vrij over het Europese territorium te mogen begeven. Hij is niet alleen een *bourgeois*, maar ook een *citoyen*; niet alleen marktburger, maar ook Unieburger.¹⁰³ Hij weet zich gevrijwaard van strafvorderlijke overheidsbemoeyenis door de autoriteiten van lidstaten, als hij deze niet heeft kunnen kennen. Dat kan er als gezegd mogelijk zelfs toe leiden dat een bepaalde staat zijn rechtsmacht niet kan activeren.

De tweede benadering is aanmerkelijk ambitieuzer dan de eerste. Daardoor veroorzaakt ze ook problemen die onder de huidige stand van zaken (nog) niet hoeven te worden beantwoord. Wanneer een lidstaat gedwongen wordt zich te onthouden van het uitoefenen van rechtsmacht, omdat deze door EU-burgers

99 Vgl. mijn opmerking aan het einde van paragraaf 2; zie ook M.J.J.P. Luchtman, Transnationale rechtshandhaving in de EU en het *ne bis in idem*-beginsel, *SEW* 2011b, p. 281-292, met betrekking tot het *ne bis in idem*-beginsel.

100 W.P.J. Pompe, De Mens in het strafrecht, *RM Themis* 1957, p. 88-109, p. 91 e.v.; zie ook Willem Pompe Instituut, *Gedachten van Willem Pompe over de mens in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 12 e.v., waarin Pompe ingaat op het mensbeeld van de *bourgeois* en dat van de *citoyen*.

101 In die zin versta ik ook Baaijens-van Geloven 2003, p. 6, die betwijfelt of de kenbaarheid van rechtsmacht van een *bepaalde* staat wel voortvloeit uit het *schuldbeginsel*.

102 Zie mijn opmerkingen aan het einde van paragraaf 2.

103 Dat correspondeert aardig met het in de vorige paragraaf gemaakte onderscheid tussen de burger als instrument van integratie en als rechtssubject in dat proces; zie verder McCrudden 2001.

niet kan worden voorzien, is hij aangewezen op de Europese Unie of andere lidstaten om zijn belangen te behartigen. Aangezien dergelijke problemen uit de aard der zaak vragen om coördinatie en afstemming, is dan in de regel optreden door de EU geïndiceerd. Ook langs deze weg activeert de tweede benadering het EU-burgerschap meer dan de eerste benadering. Via het Europees parlement, en het instemmingsrecht dat deze heeft verkregen in strafrechtelijke aangelegenheden na ‘Lissabon’, is die burger vertegenwoordigd in het besluitvormingsproces op Europees niveau. Aan EU-burgers toegekende rechten kunnen langs die weg worden beperkt, met het oog op het algemeen belang. Daarnaast verwijst artikel 3 lid 2 EUV zelf ook doordat wordt gesteld dat de rechtsruimte de EU-burgers wordt aangeboden ‘in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit.’

De vraag kan nu worden gesteld wanneer dergelijke maatregelen ‘passend’ zijn en vooral wie dat bepaalt. Het antwoord op de laatste vraag lijkt mij te zijn: dat bepaalt *in beginsel* de wetgever. Er zijn goede voorbeelden te geven van gevallen waarin de Europese wetgever de bescherming van fundamentele rechten in transnationale verhoudingen inderdaad actief bevordert.¹⁰⁴ Maar in het dossier van de forumkeuze blijkt de wetgever aan voorzienbaarheidsproblemen bij rechtsmachtconflicten juist geen hoge prioriteit toe te kennen. Sterker, waar er sprake is van harmonisatie van jurisdictierecht gaan de ontwikkelingen in een tegengestelde richting,¹⁰⁵ en – wellicht nog belangrijker – buiten het terrein van de zware grensoverschrijdende criminaliteit zijn er helemaal geen ontwikkelingen waar te nemen. Dat betekent dat niet alleen de ‘echte boeven’, maar vooral ook de EU-burgers die ‘are producing internationally, working internationally, loving internationally, marrying internationally, living, travelling, consuming and cooking internationally’¹⁰⁶ en als gevolg daarvan te maken krijgen met onvoorzienbare rechtsmachtclaims, vooralsnog weinig van de EU hoeven te verwachten.

De vraag is dus of de beoordeling van ‘passendheid’ *geheel* aan de wetgever mag worden gelaten. Mijn antwoord daarop luidt dat de wetgever, wanneer deze kan kiezen uit meerdere opties, gehouden is die optie te kiezen die *ook* recht doet aan de belangen van EU-burgers, dan wel, waar dat laatste niet geheel mogelijk is, die optie kiest die het minste schade toebrengt aan die belangen. De EU-burger is immers niet (alleen) een instrument ter bevordering van integratie, maar een autonome actor daarin. Integratie is geen doel op zich, maar dient ertoe de burgers een rechtsruimte te bieden. De belangen van (verdachte) EU-burgers moeten dus worden verdisconteerd in het in artikel 3 lid 2 EUV gebruikte begrip ‘passende maatregelen’. Het staat de wetgever niet vrij dat te negeren. Op zijn

104 In mijn bijdrage in het themanummer over ‘Principles and the law’ in de *European Review of Private Law* noem ik er twee, waaronder de regeling van artikel 54-58 SUO; zie M. Luchtman, Principles of European criminal law: Jurisdiction, choice of forum, and the legality principle in the Area of Freedom, Security, and Justice, *European Review of Private Law* (20) 2012, p. 375-376.

105 Zie *supra* paragraaf 3.1.

106 *Supra* noot 75.

beurt betekent dat weer dat niet zozeer de huidige stand van wetgeving bepalend is voor de interpretatie van fundamentele rechten, maar het huidige institutionele kader.¹⁰⁷ De Europese Unie moet de problemen die ontstaan wanneer lidstaten in hun vrijheid worden beperkt niet zozeer *willen*, maar vooral *kunnen* oplossen. Dat wordt bepaald door de bevoegdheden die de EU heeft en die zijn neergelegd in de Verdragen. Een andere opvatting leidt ertoe dat de wetgever door ingrijpen of juist stilzwijgen de omvang van fundamentele rechten beïnvloedt. Dat lijkt me strijdig met de kerngedachte achter die rechten. Die gedachte verliest haar waarde niet buiten de context van de natie-staat. Het Grondrechtenhandvest vindt juist een belangrijke bestaansgrond in het besef dat de overdracht van bevoegdheden van statelijk naar Europees niveau gepaard moet gaan met afdoende aandacht voor fundamentele rechten op dat niveau.¹⁰⁸

In een eerder artikel over dit onderwerp heb ik gesteld dat de EU inderdaad over het raamwerk beschikt om kenbaarheidsproblemen bij rechtsmacht op te lossen.¹⁰⁹ Die stelling behoeft bij nader inzien nuancering. Het hierboven verwoorde betoog beïnvloedt immers niet alleen bepaalde, specifieke terreinen van criminaliteit, maar het gehele jurisdictierecht van de EU-lidstaten. Het strafrecht als zodanig is echter geen bevoegdheidsterrein van de Europese Unie.¹¹⁰ En hoewel artikel 82 lid 1 sub b EUWV – in een imperatieve formulering (!) – stelt dat de EU maatregelen vaststelt om *jurisdictiegeschillen* tussen de lidstaten te voorkomen en op te lossen, is de vraag of daarmee ook de *forumkeuze* op zich een bevoegdheidsterrein van de EU is.¹¹¹ Soortgelijke vragen kunnen worden gesteld bij de bevoegdheidsbepalingen van artikel 83 EUWV (harmonisatie materieel strafrecht bij *specifieke* vormen van criminaliteit), artikel 85 EUWV (Eurojust) en artikel 86 EUWV (EOM). Omgekeerd zal bij toepassing van artikel 21 lid 4 EUWV onvermijdelijk de vraag rijzen of dit artikel kan worden gebruikt voor maatregelen op het vlak van het strafrecht. Ik twijfel nog of artikel 82 lid 2 EUWV (harmonisatie ter bevordering van wederzijdse erkenning) die grondslag biedt.¹¹² Dat de EU de negatieve gevolgen van het niet mogen activeren van onvoorzienbare jurisdictieclaims door wetgevend ingrijpen kan voorkomen, moet dus bij nader inzien worden betwijfeld,¹¹³ nog afgezien van de vraag of de tijd daarvoor nu al rijp is en de vraag waarom alleen

107 In gelijke zin A-G Sharpston in HvJ 8 maart 2011, Zaak C-34/09, Ruiz Zambrano, opinie, para. 166-170.

108 I. Pernice, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in: S. Griller & J. Ziller (eds.), *The Treaty of Lisbon. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wenen/New York: Springer 2008, p. 235-256.

109 Zie Luchtman 2012, p. 374-377.

110 *Supra* noot 31.

111 Ter vergelijking, als het gaat om de interne markt (een ander EU-beleidsterrein) biedt artikel 114 VWEU een harmonisatiegrondslag die veel ruimer is dan de bepalingen ter realisering van de rechtsruimte. Dat heeft natuurlijk te maken met de gevoeligheid van het laatste terrein.

112 Vgl. de notitie genoemd in noot 43, waar de Europese Commissie uitdrukkelijk een link legt tussen wederzijdse erkenning en forumkeuze.

113 Overigens, Böse zoekt de oplossing op dit probleem in het leerstuk van de rechtsdwaling; Böse 2009. Daarop is ook gewezen door Strijards 1984, p. 47-49. Die oplossing vind ik niet helemaal bevredigend.

de belangen van de verdachte EU-burger in de afweging zouden moeten worden betrokken.¹¹⁴

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat de hier ontwikkelde gedachtegang uitmondt in een *instructienorm* voor de wetgever, die een maatstaf biedt voor een beoordeling van de hiervoor beschreven *status quo* en die aandacht vraagt voor de positie van de verdachte EU-burger in het samenspel van inspanningen van lidstaten bij de transnationale bestrijding van criminaliteit. De eis dat van iedere afzonderlijke lidstaat die deze activeert de rechtsmacht kenbaar moet zijn op het moment van handelen, is daarmee (nog) geen juridisch afdwingbare garantie. Maar het voorgaande betekent wel dat het de Europese wetgever niet vrijstaat om stil te zitten in het dossier van de forumkeuze. De forumkeuze behoort niet tot de vrije, discretionaire ruimte van de wetgevende en uitvoerende macht van de lidstaten. Evenmin kan met een beroep op het subsidiariteitsbeginsel (artikel 5 lid 3 EUV) of het beginsel van beperkte bevoegdheidsoverdracht (artikel 5 lid 1 EUV) worden gesteld dat deze kwestie aan de lidstaten moet worden gelaten. Uit de aard der zaak gaat het om een probleem dat een aanpak op Europees niveau behoeft.

Teneinde de positie van de verdachte EU-burger niet meer te schaden dan nodig moet de wetgever het hem beschikbare instrumentarium gebruiken om de positie van die burger niet meer te schaden dan nodig. In dat licht stelde ik hierboven dat de huidige aanpak, die werd beschreven in paragraaf 3, slechts een optie is en zeker geen oplossing die zich onvermijdelijk aan de wetgever heeft opgedrongen, zoals dat nog kan worden verdedigd in het internationaal strafrecht.¹¹⁵ Die aanpak is bekritiseerd, niet in het minst omdat ze weinig waarborgen biedt tegen *forumshopping* en misbruik van forumkeuze door autoriteiten, maar ook verdachten. Er zijn inmiddels vele voorstellen gedaan en ontwikkeld, die de oplossing zoeken in het normeren van de interstatelijke afstemming en coördinatie achteraf, ook door EU-lidstaten zelf.¹¹⁶ Toch heeft geen van die voorstellen uiteindelijk het stadium van wetgeving gehaald.¹¹⁷

Een wat ongemakkelijk gevoel beklijft. Niettegenstaande het feit dat het institutionele kader de EU mogelijk niet de mogelijkheden biedt om alle problemen op te lossen en met begrip voor de omstandigheid dat Europese integratie een proces is dat men niet met een ‘big bang’, maar geleidelijk tot stand brengt, overheerst de vraag wie er in dit dossier nu de volgende stap zet. De Europese wetgever, de Europese lidstaten in het bijzonder, lijken content met

114 Zo wijst Eser, in: Sinn (red.) 2012, p. 567, erop dat de belangen van het slachtoffer soms juist het gebruik van het passieve personaliteitsbeginsel zullen indiceren (voor kritiek daarop overigens Böse & Meyer 2011). Daaraan voeg ik toe dat vooral wanneer de gevolgen van een strafbaar feit zich doen voelen buiten de lidstaat van verblijf toch niet *a priori* mag worden uitgesloten dat de staat waar die gevolgen intreden rechtsmacht activeert.

115 Zie de opmerkingen aan het einde van paragraaf 2.

116 Ik volsta hier met het noemen van één bron, de meest recente: Sinn (red.) 2012.

117 In het oorspronkelijke initiatief dat uiteindelijk leidde tot het Kaderbesluit over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures, *supra* noot 45, werden – zeker in het licht van de huidige situatie – vrij ambitieuze voorstellen gedaan; zie Raadsdocument 5208/09 van 20 januari 2009.

de *status quo*, die hen uiteindelijk de zeggenschap over het nationaal vervolgingsbeleid garandeert. De Europese Commissie heeft zijn oorspronkelijke, hierboven al gememoreerde ambities¹¹⁸ enige tijd geleden in de koelkast gezet. Het Europees parlement komt geen recht van initiatief toe. Daardoor richt de aandacht zich bijna automatisch op de rechterlijke macht, in het bijzonder het Hof van Justitie dat in antwoord op een prejudiciële vraag zou kunnen aangeven hoe ruim – in het licht van het materiële en formele legaliteitsbeginsel – de beoordelingsmarge is die de autoriteiten van de lidstaten bij het maken van de forumkeuze toekomt. Ook dan doen zich echter problemen voor. Zo is het Hof, als het zich laat verleiden tot uitspraken, vatbaar voor het verwijt van rechterlijk activisme. Bovendien is er momenteel nog weinig EU-recht dat zich laat interpreteren. Daardoor werpt artikel 51 lid 1 Handvest blokkades op.¹¹⁹ Ten derde is het Hof afhankelijk van de actoren in de nationale strafrechtspleging die met deze problemen in aanraking komen, de nationale rechter in het bijzonder. Deze moeten het Hof adieren. Ook zij zullen zich dus een oordeel moeten vormen over het onderwerp dat in deze bijdrage aan de orde was.

7 Conclusies en afrondende beschouwingen

In het strafrecht draait het niet alleen om de bescherming van fundamentele rechten van burgers door de staat. Minstens zo belangrijk is de bescherming van burgers tegen de staat. De lidstaten van de Europese Unie hebben reeds een aanzienlijk deel van hun *Kompetenz-Kompetenz* ten aanzien van het *ius puniendi* overgedragen aan de EU. De vraag is wat die verschuiving betekent voor de interpretatie van strafrechtelijke beginselen. Die vraag werd in deze bijdrage uitgewerkt op een specifiek terrein, namelijk de forumkeuze in grensoverschrijdende strafzaken. Dat dossier werd geanalyseerd in het licht van het kenbaarheidsvereiste dat nauw verwant is aan het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel.

Onder het Verdrag van Lissabon wil de Europese Unie haar burgers een rechtsruimte bieden waarin vrij verkeer van personen, in combinatie met passende maatregelen ter bestrijding van criminaliteit, is gewaarborgd (artikel 3 lid 2 EUV). Die terminologie – waarin de rechtsruimte, vrij verkeer en Europees burgerschap voor het eerst met zoveel woorden aan elkaar gekoppeld worden – wekt bepaalde verwachtingen. Het bevorderen van vrij verkeer wekt onvermijdelijk jurisdictieconflicten in de hand. Het leidt immers tot een toename van contacten tussen EU-burgers uit verschillende landen en daarmee ook tot jurisdictieconflicten. EU-recht moedigt die conflicten nog verder aan, doordat lidstaten worden verplicht tot vestiging van extraterritoriale jurisdictie op tal van terreinen. Dergelijke jurisdictieconflicten compliceren de positie van de burger.

118 *Supra* noot 43.

119 Onoverkomelijk zijn die blokkades echter ook weer niet. Kwesties van negatieve integratie (jurisdictiebepalingen die de verdragsvrijheden beperken) of de uitleg van jurisdictievoorschriften uit richtlijnen kunnen worden voorgelegd; zie verder Winkler 2006, p. 129-131, 153-162.

Een blik op de strafwet van de staat van verblijf zal hem over die complicaties niets leren. De specifieke gevolgen die positieve jurisdictieconflicten met zich brengen – complicaties als gevolg van uiteenlopende normenstelsels en meer-voudige strafvervolgving – kunnen daardoor niet worden gekend. Die complicaties beperken het vrij verkeer, maar zijn niet aan één lidstaat toe te schrijven. In dat licht is in deze bijdrage aandacht voor het perspectief van de burger gevraagd. Ik heb betoogd dat deze ontwikkelingen gevolgen dienen te hebben voor de interpretatie van fundamentele rechten. Dat betekent niet dat jurisdictieconflicten als zodanig in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel of dat de deelnormen van dat beginsel het jurisdictierecht beheersen. Het betekent wel dat het op het moment van handelen kenbaar moet zijn welke specifieke lidstaten het vrij verkeer door middel van strafrechtelijk optreden kunnen beperken. Hoe dat optreden precies luidt en/of welke staat uiteindelijk zal berechten hoeft voor de burger op dat moment evenwel nog niet kenbaar te zijn.¹²⁰

De verwachtingen die artikel 3 lid 2 EUV wekt, worden mijns inziens onvoldoende waargemaakt. Zowel het concept vrij verkeer voor Unieburgers als democratische inspraak op Europees niveau moeten verder worden ontwikkeld en geactiveerd.¹²¹ Dat dit nog niet gebeurt, is op zich goed verklaarbaar. Zeker vanuit lidstatelijk perspectief zal worden betwijfeld of Europese beïnvloeding van nationaal vervolgingsbeleid wel echt nodig is. In dat licht permitteer ik mij enige opmerkingen over de door de EU uitgezette koers, die zich tegenwoordig sterk richt op harmonisatie van strafrechtelijke samenwerking, materieel strafrecht en in toenemende mate ook de procedurele rechten van verdachte en slachtoffer. Balibar heeft zich de vraag gesteld waar de meerwaarde van democratie op Europees niveau ligt en beantwoordt die vraag door het identificeren van tastbare ‘work sites of democracy’. Het gaat hem om het vinden van onderwerpen waar de EU feitelijk meerwaarde heeft. Een van die sites is voor hem de ‘question of justice’.¹²² In dat licht zijn de inspanningen die men zich nu getroost op het vlak van bijvoorbeeld de harmonisatie van waarborgen inderdaad een ware testcase, niet alleen omdat het Europees parlement daarop nu direct invloed uitoefent, maar ook omdat die rechten de positie van de Europese burger ten opzichte van de strafvorderlijke overheid, waar ook in de EU, zullen activeren.

Dit is niet de plaats om die inspanningen te beoordelen. Maar ik vraag mij wel af of hier, op dit moment, de prioriteit dient te liggen. Die twijfel heeft twee oorzaken. In de eerste plaats zijn die maatregelen gebaseerd op artikel 82 EUWV, waar het – kort gezegd – gaat om het faciliteren van wederzijdse erkenning. Ik zeg het maar wat gechargeerd, maar toch: ik heb nog nooit een rechter, politie-agent of officier van justitie horen beweren dat voor het bevoorde-

120 Hetgeen uiteraard niet betekent dat de wetgever dit niet ook zal moeten normeren.

121 Vgl. Monar, in: Von Bogdandy & Bast (red.) 2011, p. 578-580, die constateert dat de EU-burger van alles, en dat in zijn naam, wordt aangeboden, maar zelf weinig te zeggen heeft.

122 Balibar 2004, p. 173: ‘[S]ince Hegel we know or ought to know that one of the symbolic keys of belonging to the community is the possibility of being judged as a criminal even while remaining a citizen, or the possibility for the criminal to recognize himself in the instance that judges him.’

ren van interstatelijke samenwerking de rechten van het slachtoffer een (urgent) probleem zijn. De prioriteiten lijken mij elders te liggen; bij het gebruik van buitenlands bewijs, bij uiteenlopende (normering van) onderzoeksbevoegdheden, et cetera.¹²³ Ten tweede is de vraag waarom de Europese wetgever zich begeeft op een terrein waar zowel de nationale wetgever en rechter, als de Raad van Europa en het Hof in Straatsburg ook al actief zijn. Ook hier geldt, daarvoor zijn zeker argumenten te geven,¹²⁴ maar zouden de inspanningen van de Europese Unie op het vlak van rechtsbescherming niet *ook*, misschien zelfs: eerst en vooral, moeten liggen bij het reguleren en coördineren van interstatelijke verhoudingen?¹²⁵

Al in 1983 vroeg Orie aandacht voor de positie van de verdachte, die in het interstatelijk verkeer tussen de wal en het schip dreigt te raken.¹²⁶ De systeem-breuk in de kleine rechtshulp is, in combinatie met de vertrouwensregel, een bekend probleem, maar wordt maar niet aangepakt. Harmonisatie van procedurele rechten levert hier maar een beperkte bijdrage aan de oplossing van het probleem. Toch blijft ook in de onderhandelingen over het Europees onderzoeksbevel de – wat ik maar noem – ‘transnationale organisatie van rechtsbescherming’ een onaangeroerd onderwerp. De vraag hoe rechterlijke controle op strafvorderlijk optreden bij interstatelijke samenwerking in het voorbereidend onderzoek moet worden genormeerd heeft bijvoorbeeld nauwelijks aandacht.¹²⁷ Natuurlijk kan de verdachte dan, via artikel 8 jo. 13 EVRM rechtsbescherming (proberen te) verkrijgen in de uitvoerende staat, maar dat kan hem vele jaren kosten, zeker als hij die bescherming uiteindelijk pas in Straatsburg krijgt. Vooral hier zal wetgevend ingrijpen door de EU naar mijn mening een duidelijke meerwaarde hebben.

Ook het probleem dat in deze bijdrage aan de orde was, behoort vanuit het EU-burgerschapsperspectief naar mijn mening tot deze urgente(re) categorie. Positieve jurisdictieconflicten plaatsen de Europese burger in velerlei opzicht in een lastig parket. De maatregelen die in paragraaf 3 werden besproken bieden daarvoor geen oplossing. Hoewel de nadruk in deze bijdrage lag op het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel, is er ook veel te vertellen over de invloed van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel op de forumkeuze. Hoe moet – bij

123 Vgl. ook de uitkomsten van het zogenaamde Euroneeds-onderzoek; M. Wade, *EuroNEEDs – Evaluating the Need for and the Needs of a European Criminal Justice System; Preliminary report*, Freiburg i. Br.: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law 2011.

124 Een gemeenschappelijk normenkader zal de samenwerking bijvoorbeeld verbeteren. De EU beschikt bovendien over vrij effectieve middelen om lidstaten aan te sturen en onwillige lidstaten aan te spreken. Die zijn binnen de Raad van Europa niet altijd aanwezig. Vanuit kosmopolitisch oogpunt kan dat aantrekkelijk zijn; vgl. ook McCrudden 2001 en Stone Sweet 2011.

125 Vgl. Swart 2001, p. 8-9.

126 A.M.M. Orie, De verdachte tussen wal en schip òf de systeem-breuk in de kleine rechtshulp, in: E. André de la Porte (red.), *Bij deze stand van zaken (Melaibundel)*, Arnhem: Gouda Quint 1983.

127 Zie ook de notitie van de Commissie Meijers inzake ‘[T]he initiative for a Directive regarding the European Investigation Order in criminal matters, 09.06.2011 (CM1106), en M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 679-692, 705-732.

meerdere bevoegde lidstaten – bijvoorbeeld de uiteindelijke keuze worden gemaakt? De *double regulatory burden*, die in het ergste geval ertoe leidt dat verschillen tussen rechtssystemen bewust ten nadele van de verdachte worden gebruikt (misbruikt), veroorzaakt dus op vele manieren kenbaarheids- en voorzienbaarheidsproblemen die vooralsnog weinig aandacht krijgen.

Deze onderwerpen zijn mogelijk niet het meest aansprekend om de ‘hearts and minds of the people’ te winnen. De vraag is of dat moet betekenen dat het de Europese wetgever vrijstaat geen verdere actie te ondernemen. Hierboven heb ik, vanuit het perspectief van het EU-burgerschap, betoogd dat het feit dat de wetgever op het terrein van de forumkeuze nalaat verdere maatregelen te nemen niet ten laste van de Europese burger behoort te komen. De rechten in het Handvest zouden hem daartegen moeten beschermen. Die moeten worden uitgelegd in het licht van de doelstellingen van de EU. Toegegeven, waar het gaat om de kenbaarheid van rechtsmachtbepalingen gaat het waarschijnlijk niet om een voor de rechter afdwingbaar recht. Of de onkenbaarheid van rechtsmacht ertoe leidt dat deze niet mag worden geactiveerd, kan – onder meer gelet op het huidige institutionele kader – worden betwijfeld. Op het terrein van de *ex post* coördinatie van jurisdictieconflicten lijken de marges voor de Europese wetgever mij, gelet op onder meer artikel 82 lid 1 sub b EUWV, echter veel kleiner.¹²⁸ Ook dat zou de komende periode tot een prioriteit van de Europese wetgever moeten worden gemaakt. Hier ligt overigens niet alleen een rol voor de wetgever. Het lijkt verstandig dat ook de andere actoren in de strafrechtspleging de Europese wetgever er nog eens aan herinneren dat er nog veel werk te verrichten is.

128 Zie daarover ook Luchtman 2011a.

