

# Bescherming van EU-burgers tegen niet voorzienbare strafrechtelijke vervolgingen in de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht

Mr. J.J.M. Graat\*

Een EU-burger die gebruikmaakt van zijn recht op vrijheid van verkeer kan strafrechtelijk vervolgd worden door een lidstaat waarvan hij de rechtsmacht niet had kunnen voorzien. Met de inwerkingtreding van het Kaderbesluit betreffende het Europees Aanhoudingsbevel kan een EU-burger in een dergelijk geval ook naar die lidstaat worden overgeleverd. In dit artikel wordt zowel deze keerzijde van het Kaderbesluit geanalyseerd als de mate waarin door het materiële legaliteitsbeginsel het Kaderbesluit zelf en de Overleveringswet bescherming wordt geboden. Op basis van deze analyses wordt vervolgens vastgesteld of er sprake is van een gebrek aan bescherming en worden enkele oplossingsrichtingen aangedragen.

*Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, PbEG 2002, L 190/1*

## Inleiding

Volgens artikel 3 lid 2 VEU en 67 lid 1-3 VWEU streeft de EU ernaar om haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (RVVR) zonder binnengrenzen te bieden waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is en tegelijkertijd bescherming wordt geboden tegen (grensoverschrijdende) criminaliteit. Het Kaderbesluit betreffende het Europees Aanhoudingsbevel (Kaderbesluit)<sup>1</sup>, waarin de procedure voor overlevering van burgers ten behoeve van strafvervolgning of de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende sanctie

wordt beschreven, is een van de maatregelen die is genomen in het licht van het tweede doel van de RVVR. Het Kaderbesluit beoogt namelijk het klassieke systeem van uitlevering te vervangen door een eenvoudiger en doeltreffender systeem van overlevering waarin het beginsel van wederzijdse erkenning centraal staat.<sup>2</sup> Dit betekent dat een Europees arrestatiebevel (EAB), waaronder zowel een verzoek tot aanhouding als een verzoek tot overlevering valt,<sup>3</sup> in principe zonder meer in alle EU-lidstaten dient te worden erkend en ten uitvoer gelegd.<sup>4</sup> De tenuitvoerlegging mag alleen worden geweigerd op basis van een van de limitatief opgesomde en strikt omschreven weigeringsgronden in het Kaderbesluit en de beslissing over de tenuitvoerlegging moet binnen vastgestelde termijnen zijn genomen.<sup>5</sup> Dit snellere en effectievere systeem biedt EU-burgers bescherming tegen (grensoverschrijdende) criminaliteit die voortvloeit uit de opheffing van de binnengrenzen en het draagt bij aan het voorkomen van straffeloosheid. Wanneer een individu een strafbaar feit begaat in een lidstaat kan hetin principe niet meer onder vervolging, berechting en eventueel de tenuitvoerlegging van een sanctie uitkomen door naar een andere lidstaat te vertrekken.<sup>6</sup> De werking van het Kaderbesluit is dus ook nauw verbonden met het recht op vrijheid van verkeer<sup>7</sup> in die zin dat wanneer een EU-burger gebruikmaakt van dit recht en vervolgens verdacht wordt van een strafbaar

141

\* Mr. J.J.M. (Joske) Graat is promovenda Europees Strafrecht bij de Universiteit Utrecht.

1. Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, PbEG 2002, L 190/1 (hierna: Kaderbesluit EAB).

2. Art. 1 lid 2 Kaderbesluit EAB; Conclusie van A-G Bot in gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15, *Aranyosi en Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:140, punt 15-16.

3. Art. 1 lid 1 Kaderbesluit EAB.

4. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken, COM(2000)495 def., p. 2.

5. HvJ 30 mei 2013, zaak C-168/13, *Jeremy F.*, ECLI:EU:C:2013:358, par. 57-58; Conclusie van A-G Bot in gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15, *Aranyosi en Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:140, punt 81.

6. Conclusie van A-G Bot in gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15, *Aranyosi en Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:140, punt 17.

7. Art. 20 lid 1 sub a jo. 21 lid 1 VWEU en art. 45 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

feit, hij of zij het onderwerp van een overleveringsprocedure kan worden.<sup>8</sup>

In het licht van het feit dat het Kaderbesluit hoofdzakelijk ziet op de *bescherming van EU-burgers tegen* strafbare feiten kan de vraag worden gesteld tegen welke problemen een *EU-burger* zou kunnen aanlopen *die verdacht wordt van het plegen van strafbare feiten* nadat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer en ten gevolge daarvan geconfronteerd wordt met een EAB. Het doel van deze bijdrage is dan ook om door middel van een analyse van het probleem van ‘onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen’ oftewel ‘onvoorzienbare rechtsmacht’ aan te tonen dat de bescherming die het Kaderbesluit EU-burgers biedt ook een keerzijde heeft.<sup>9</sup> Het probleem van ‘onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen’ of ‘onvoorzienbare rechtsmacht’ ziet op de situatie waarin een EU-burger strafrechtelijk wordt vervolgd door een lidstaat, terwijl de rechtsmacht van die staat ten tijde van het plegen van het strafbare feit niet voorzienbaar was. Nadat dit probleem in de volgende paragraaf uiteengezet is, komt de vraag aan de orde in hoeverre het legaliteitsbeginsel in artikel 7 lid 1 EVRM en 49 lid 1 Handvest van de Grondrechten van de EU (Handvest), waaronder ook het voorzienbaarheidsvereiste valt,<sup>10</sup> het Kaderbesluit en de Nederlandse Overleveringswet<sup>11</sup> bescherming bieden tegen ‘onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen’. Aan de hand van het antwoord op die vraag kan worden vastgesteld of er sprake is van een gebrek aan bescherming en aan welke oplossingsrichtingen kan worden gedacht.

## (On)voorzienbare strafrechtelijke vervolgingen

Zoals gezegd, heeft het probleem van ‘onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen’ of ‘onvoorzienbare rechtsmacht’ betrekking op de situatie waarin een EU-burger door middel van een EAB wordt overgeleverd aan een bepaalde lidstaat, terwijl hij of zij ten tijde van het plegen van het strafbare feit niet had kunnen voorzien dat

de strafwet van die lidstaat op hem van toepassing was.<sup>12</sup> Met andere woorden, een EU-burger die nog slechts *verdacht* wordt van een strafbaar feit en op wie de onschuldpresumptie dus van toepassing is, loopt het risico om overgeleverd te worden aan een staat waarvan hij de taal niet spreekt en het rechtssysteem niet kent, terwijl hij de rechtsmacht van die staat niet had kunnen voorzien.<sup>13</sup>

Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een EU-burger met de Duitse nationaliteit in Nederland een strafbaar feit pleegt waarna Frankrijk op basis van het passief nationaliteitsbeginsel besluit om hem te vervolgen, omdat het slachtoffer de Franse nationaliteit blijkt te hebben. Dat Frankrijk in de positie was om hem strafrechtelijk te vervolgen had de Duitser op basis van de wet van de *locus delicti* niet kunnen voorstellen.<sup>14</sup> Nederland zal het EAB op basis van de Overleveringswet echter wel ten uitvoer moeten leggen, tenzij er sprake is van een weigeringsgrond.

Een ander voorbeeld is de situatie waarin een Spanjaard die naar Nederland is verhuisd volgens Spaans recht een strafbaar feit pleegt, terwijl het feit naar Nederlands recht niet strafbaar is. Spanje besluit vervolgens wel om hem te vervolgen. De Spanjaard had echter op basis van de Nederlandse wet niet kunnen voorzien dat zijn gedraging naar Spaans recht wel strafbaar was en dat zijn land van herkomst hem op basis van het actieve nationaliteitsbeginsel zou kunnen vervolgen. Ook in dit geval kan Spanje met behulp van een EAB de overlevering van de Spanjaard proberen te bewerkstelligen.

De mogelijkheid om de Duitser en de Spanjaard over te leveren aan een lidstaat waarvan de rechtsmacht ten tijde van het plegen van het strafbare feit niet voorzienbaar was, is een gevolg van zowel de extraterritoriale uitbreiding van het toepassingsbereik van de nationale strafwetten als de inwerkingtreding van het Kaderbesluit. Extraterritoriale toepassing van de nationale strafwet houdt in dat een lidstaat ook rechtsmacht mag uitoefenen over strafbare feiten die buiten zijn grondgebied hebben plaatsgevonden. Deze rechtsmacht kan bijvoorbeeld zijn gebaseerd op het actieve nationaliteitsbeginsel waarbij rechtsmacht kan worden uitgeoefend over feiten begaan door de eigen onderdanen van een staat, of het passieve nationaliteitsbeginsel op basis waarvan rechtsmacht kan worden uitgeoefend over strafbare feiten die

8. Daarnaast kan een EAB ook worden uitgevaardigd voor een EU-burger die zelf geen gebruik heeft gemaakt van het recht op vrij verkeer, maar in aanraking is gekomen met iemand die dat wel heeft gedaan.
9. In principe zouden ook derdelanders tegen dit probleem kunnen aanlopen, omdat ook zij het onderwerp van een overleveringsprocedure kunnen worden. In het licht van het doel van deze bijdrage is de aandacht echter gericht op problemen die EU-burgers kunnen tegenkomen in het licht van het Kaderbesluit EAB nadat zij gebruikmaken van hun recht op vrij verkeer.
10. EHRM 11 november 1996, 17862/91, *Cantoni/Frankrijk*, par. 29; EHRM 19 maart 2006, 67335/01 *Achour/Frankrijk*, par. 41. Zie ook Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 14 december 2007, *PbEU* C 303/30, 31.
11. In de Overleveringswet is het Kaderbesluit geïmplementeerd (*Stb.* 2004, 195).

12. Onder rechtsmacht wordt het toepassingsbereik dat de staat zijn strafwet heeft gegeven verstaan. De bevoegdheid om het toepassingsbereik van de strafwet te bepalen wordt ook wel ‘strafmacht’ genoemd. H. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 17. Zie ook W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 317.
13. M. Luchtman, ‘Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU’s Area of Freedom, Security and Justice?’, *Utrecht Law Review* 2013/9, p. 18.
14. Zie ook E. van Sliedregt, J. Sjoerda en A. Orie (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht – Schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53-54; 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* 2012/2, p. 355.

zijn begaan tegen onderdanen van de staat.<sup>15</sup> Het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht heeft plaatsgevonden in het licht van het proces van internationalisering, waar de toename van het internationale personenverkeer een onderdeel van vormt, en de toename van grensoverschrijdende criminaliteit.<sup>16</sup> Daarnaast wordt het vestigen van een bepaalde vorm van extraterritoriale rechtsmacht soms ook opgelegd of aangeraden in minimum-harmonisatie-instrumenten die op basis van artikel 83 lid 1 VWEU zijn aangenomen.<sup>17</sup>

Het Kaderbesluit biedt lidstaten vervolgens ruimere mogelijkheden om deze nationale strafwet te handhaven zonder dat ze daarvoor de territoriale integriteit van een andere lidstaat hoeven te schenden.<sup>18</sup> Met behulp van een EAB kan een lidstaat die extraterritoriale rechtsmacht heeft een EU-burger immers met het oog op strafvervolgning naar zijn grondgebied halen. Daar komt bij dat het Kaderbesluit de uitvaardiging van een EAB maar beperkt reguleert. Uit artikel 2 lid 1 Kaderbesluit volgt dat het feit waarvoor het EAB wordt uitgevaardigd onder het toepassingsbereik van het Kaderbesluit moet vallen.<sup>19</sup> De overige voorwaarden voor uitvaardiging zijn formeel van aard en zien bijvoorbeeld op de informatie die op het EAB moet komen te staan en de toezending ervan aan de uitvoerende lidstaat.<sup>20</sup> Het Kaderbesluit stelt dus bijvoorbeeld niet de voorwaarde dat de uitvaardigende autoriteiten in de lidstaten aan de hand van bepaalde criteria nagaan of zij het beste in staat zijn om een persoon te vervolgen en te berechten voordat ze een EAB uitvaardigen. Het reguleren van de bevoegdheid een EAB uit te vaardigen wordt dus grotendeels aan de nationale wetgevers overgelaten.<sup>21</sup> Het gevolg hiervan is dat het per lidstaat kan verschillen wanneer

een EAB uitgevaardigd mag worden en dat ook lidstaten waarvan de rechtsmacht ten tijde van het plegen van het strafbare feit niet voorzienbaar was een EAB kunnen en mogen uitvaardigen.

Hier moet nog aan worden toegevoegd dat artikel 3 en 4 Kaderbesluit geen weigeringsgrond bevatten op basis waarvan overlevering naar een staat waarvan de rechtsmacht niet voorzienbaar was, kan worden geweigerd. De uitvoerende lidstaat is dus in principe in die situatie verplicht om de opgeëiste persoon over te leveren.

## Bescherming van de EU-burger door het materiële legaliteitsbeginsel

Het vraagstuk van onvoorzienbare vervolgingen heeft een raakvlak met het materiële legaliteitsbeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 7 lid 1 EVRM en artikel 49 lid 1 Handvest. Op basis van de kwaliteitseisen voorzienbaarheid en toegankelijkheid, die uit dit legaliteitsbeginsel voortvloeien, moeten de strafbare gedraging en de sanctie voldoende duidelijk in de wet zijn neergelegd. Een individu moet op basis van de strafbepaling in staat zijn om te voorzien voor welke gedragingen hij strafrechtelijk vervolgd kan worden en welke sancties aan een strafbaar feit verbonden kunnen worden.<sup>22</sup> Het doel van wetgeving waarin een strafbare gedraging is neergelegd, is immers ook om het gedrag van burgers te reguleren.<sup>23</sup> Wanneer de strafbaarstelling voldoende duidelijk is, kunnen burgers hun gedrag op basis daarvan normconform aanpassen en zo een strafrechtelijke vervolging voorkomen.

Dit legaliteitsbeginsel is echter ontwikkeld in het licht van de nationale staat en niet in de context van de huidige transnationale RVVR waarin lidstaten met een bepaald doel voor ogen hebben besloten samen te werken. Met andere woorden, het beginsel is ontwikkeld om individuen te beschermen tegen arbitraire inbreuken op hun vrijheden door de overheid van een individuele lidstaat en niet om ze te beschermen tegen arbitraire inbreuken die het gevolg zijn van transnationale samenwerking.<sup>24</sup>

Op de vraag of het materiële legaliteitsbeginsel, meer specifiek het voorzienbaarheidsvereiste, ook in de transnationale, Europeesrechtelijke context van toepassing zou moeten zijn en of de rechtsmacht van een specifieke staat voorzienbaar moet zijn voor een EU-burger ten tijde van het plegen van het strafbare feit, bestaan veel verschillende antwoorden. Sommige auteurs zijn van mening dat 'rechtsmacht' slechts voor de vervolgingsvraag van belang is en hoofdzakelijk een strafvorderlijk

15. A. Klip en A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, Maastricht: WODC 2010, p. 5; S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 823.
16. A. Swart, 'Internationalisering van de strafrechtspleging', in: C. Kelk, P. Moedikdo e.a. (red.), *Grenzen en mogelijkheden – opstellen over en rondom de strafrechtspleging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1984, p. 113-114; Luchtman 2012, p. 353.
17. Zo verwijst art. 8 lid 1 sub b Kaderbesluit 2004/757/JBZ over illegale drughandel naar het actieve nationaliteitsbeginsel. Zie ook Peers 2011, p. 824-827.
18. Luchtman 2012, p. 353. Het is op basis van internationaal publiekrecht immers in beginsel verboden om voor de handhaving van de eigen strafwet het grondgebied van een andere lidstaat te betreden. N. Thorhauer, 'Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security, and Justice – Risks and Opportunities from an Individual Rights-Oriented Perspective', *New Journal of European Criminal Law* 2015/6, p. 80.
19. Art. 2 lid 1 Kaderbesluit EAB: 'Een Europees aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd wegens feiten die door de wet van de uitvaardigende lidstaat strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel, met een maximum van ten minste twaalf maanden of, wanneer een straf of een maatregel is opgelegd, wegens opgelegde sancties met een duur van ten minste vier maanden.'
20. Art. 8-10 Kaderbesluit EAB. Over de uitvaardiging van een EAB zie L. Klimek, *European Arrest Warrant*, Switzerland: Springer International Publishing 2015, p. 95-142.
21. Zie bijvoorbeeld A. Weyembergh, *Critical assessment of the existing European Arrest Warrant Framework Decision*, Brussels: European Union 2014, p. I-35-I-36, I-41-I-42; Raad van de Europese Unie, Herziene versie van het Europees Handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel, 7 december 2010, 17195/1/10/REV 1, p. 14.

22. EHRM 11 november 1996, 17862/91, *Cantoni/Frankrijk*, par. 29; EHRM 19 maart 2006, 67335/01, *Achour/Frankrijk*, par. 41.

23. Luchtman 2012, p. 351-352.

24. Luchtman 2012, p. 348.

onderwerp is.<sup>25</sup> Een ander standpunt is dat onvoorzienbare vervolgingen door staten op basis van extraterritoriale rechtsmacht in het licht van het legaliteitsbeginsel zijn toegestaan zo lang het individu in kwestie op basis van de wet van de locus delicti de strafbaarheid van zijn gedraging had kunnen voorzien of wanneer er geen twijfel over de strafbaarheid van de gedraging bestaat, zoals bij moord of doodslag.<sup>26</sup> Door weer anderen wordt betoogd dat de link tussen het strafbare feit en de staat die extraterritoriale rechtsmacht uitoefent voorzienbaar dient te zijn.<sup>27</sup> Strijards is bijvoorbeeld van mening dat een individu alleen daadwerkelijk reden heeft om zijn gedrag aan te passen op basis van een specifieke nationale wet. Met andere woorden, een persoon moet kunnen voorzien welke *specifieke* staten rechtsmacht zouden kunnen uitoefenen.

Noch het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), noch het Hof van Justitie heeft echter op de bovenstaande vraag een definitief antwoord gegeven. Hierdoor kan een EU-burger die blootgesteld wordt aan een vervolging die hij niet had kunnen voorzien, niet met zekerheid op de bescherming van het materiële legaliteitsbeginsel rekenen.<sup>28</sup> Het is dus ook maar de vraag of het probleem van 'onvoorzienbare vervolgingen' in de transnationale samenleving als een legaliteitsprobleem kan worden gekwalificeerd.

## Bescherming van de EU-burger in het Kaderbesluit

Hiervoor is vastgesteld dat het Kaderbesluit de overlevering van een individu aan een lidstaat waarvan de rechtsmacht niet voorzienbaar was mogelijk maakt. Het Kaderbesluit stelt immers bijna geen voorwaarden aan de uitvaardiging van een EAB en de uitvoerende lidstaat

mag de onvoorzienbaarheid van de rechtsmacht van de uitvaardigende staat niet als weigeringsgrond toepassen. Dit betekent echter niet dat er in het Kaderbesluit helemaal geen mogelijkheden zijn opgenomen om onder de overlevering aan een lidstaat waarvan de rechtsmacht niet voorzienbaar was uit te komen.

In deze paragraaf worden de twee scenario's zoals beschreven in de tweede paragraaf als uitgangspunt genomen. In die scenario's wilde Frankrijk een Duitser op basis van het passieve nationaliteitsbeginsel strafrechtelijk vervolgen en had Spanje een EAB uitgevaardigd voor de overlevering van een Spanjaard die zich in Nederland bevindt. In artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit is een optionele weigeringsgrond opgenomen die op deze twee situaties aansluit. Op basis hiervan kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de tenuitvoerlegging van een EAB weigeren wanneer het strafbare feit (gedeeltelijk) op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat heeft plaatsgevonden. Deze weigeringsgrond is onder druk van Nederland en België opgenomen in het Kaderbesluit om de uitsluiting van de dubbele strafbaarheids-toets voor bepaalde feiten te ondervangen.<sup>29</sup> De ratio van artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit is de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat te beschermen in die zin dat deze staat zijn eigen opvattingen over welke gedragingen wel of niet strafbaar moeten worden gesteld mag laten prevaleren boven de opvattingen van de uitvaardigende staat. Met andere woorden, als het feit op zijn grondgebied heeft plaatsgevonden hoeft de uitvoerende staat niet bij te dragen aan de strafrechtelijke handhaving van het recht van de uitvaardigende lidstaat wanneer dit in strijd is met zijn eigen rechtsopvattingen.<sup>30</sup> De reikwijdte van artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit is echter niet beperkt tot gedragingen die naar het recht van de uitvoerende staat niet strafbaar zijn. In principe mag de uitvoerende staat altijd weigeren als het feit (gedeeltelijk) op zijn grondgebied heeft plaatsgevonden.<sup>31</sup>

Naast de bescherming van de soevereiniteit van de uitvoerende staat beoogt artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit net als het vereiste van dubbele strafbaarheid ook de rechtszekerheid van de opgeëiste persoon te waarborgen. Deze kan er dan immers op vertrouwen dat wanneer hij zich aan de wet van de uitvoerende lidstaat houdt, deze geen dwangmiddelen tegen hem zal inzetten op verzoek van een andere lidstaat.<sup>32</sup> Dit artikel zou, nadat het in de nationale wetgeving is opgenomen, in de bovenstaande scenario's dus kunnen voorkomen dat de Duitser en de Spanjaard worden overgeleverd.

Bij de bescherming die artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit kan bieden aan de Duitser en de Spanjaard dient echter een kanttekening te worden geplaatst. Het punt is name-

25. Zie bijvoorbeeld W. Pompe, *Handboek van het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 54, 60-61.

26. European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, Council of Europe, Strasbourg 1990, p. 23-24; Luchtman 2012, p. 355; K. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, München: C.H. Beck 2008, p. 5-6.

27. G. Strijards, *Internationaal strafrecht. Strafmachtsrecht – algemeen deel*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 42-43; D. Oehler, *Internationales Strafrecht: Geltungsbereich des Strafrechts, internationales Rechtshilfe-recht, Recht der Gemeinschaften, Völkerstrafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1983, p. 131-132.

28. In de zaak *Camilleri* legt het EHRM een link tussen art. 7 EVRM en forumkeuzes. Op basis van nationaal recht kon de A-G in de zaak van verzoeker beslissen voor welke rechterlijke instantie de zaak van verzoeker gebracht zou worden. De minimum- en maximumstraffen die opgelegd konden worden, verschilden per instantie waardoor de A-G met zijn keuze voor een bepaalde instantie ook bepaalde welke minimum- en maximumstraf van toepassing waren. Het EHRM bepaalde dat aan de discretie van de A-G in het nemen van de beslissing geen duidelijke beperkingen waren gesteld. Ten gevolge daarvan kon de beslissing voor een van de twee instanties niet voorspeld worden waardoor ook de toepasselijke strafmarge niet voorzienbaar was. Het EHRM concludeerde dat er sprake was van een schending van art. 7 EVRM. In deze zaak stond echter de nationale context weer centraal. EHRM 22 januari 2013, 42931/10, *Camilleri/Malta*.

29. N. Keijzer en E. van Sliedregt (red.), *The European Arrest Warrant in Practice*, Den Haag: T.M.C Asser Press 2009, p. 93.

30. V. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering – Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 338; *Kamerstukken II* 2003/04, 29451, 1, p. 3; Keijzer & Sliedregt 2009, p. 147.

31. Glerum 2013, p. 340.

32. *Kamerstukken II* 2003/04, 29451, 1, p. 3, 9; Glerum 2013, p. 338; Keijzer en Sliedregt 2009, p. 93.



lijk dat artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit een optionele weigeringsgrond is waardoor lidstaten enige discretie hebben in de toepassing ervan. Uit het *Wolzenburg*-arrest volgt ook dat in het licht van het doel van het Kaderbesluit om snelle en vereenvoudigde overleveringsprocedures vast te stellen optionele weigeringsgronden beperkt mogen worden uitgelegd en toegepast.<sup>33</sup> Dit betekent dat een lidstaat er ook voor mag kiezen om de weigeringsgrond in artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit in bepaalde gevallen niet toe te passen en de overlevering wel toe te staan.<sup>34</sup> Een inperking van de weigeringsgrond mag echter niet leiden tot een schending van het Unierechtelijk verbod op discriminatie.<sup>35</sup> De keuzes die hierin gemaakt worden, kunnen per land verschillen waardoor de rechtszekerheid die artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit de opgeëiste persoon kan bieden niet altijd gegarandeerd is en afhangt van de implementatie van dit artikel in de nationale wetgeving.

## Bescherming EU-burger in de Overleveringswet

Artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit is geïmplementeerd in artikel 13 lid 1 sub a OLW. Deze verbiedt overlevering wanneer het feit (gedeeltelijk) op Nederlands grondgebied heeft plaatsgevonden. In overeenstemming met artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit bevestigt artikel 13 lid 1 sub a OLW het primaat van het territorialiteitsbeginsel op basis waarvan het op de eerste plaats aan de Nederlandse autoriteiten is om te bepalen of en, zo ja, welk strafrechtelijk gevolg wordt gegeven aan gedragingen die op Nederlands grondgebied hebben plaatsgevonden. Voorts is voor een weigering slechts vereist dat het feit (gedeeltelijk) op Nederlands grondgebied heeft plaatsgevonden ongeacht de vraag of het naar Nederlands recht strafbaar is gesteld.<sup>36</sup> Artikel 13 lid 2 OLW maakt het echter mogelijk om op de toepassing van deze weigeringsgrond een uitzondering te maken. Aan de hand van de twee scenario's in paragraaf 2 zal de bescherming die artikel 13 lid 1 sub a OLW biedt worden besproken.

Met betrekking tot het tweede scenario is het antwoord relatief snel gegeven. Uit de wetsgeschiedenis volgt namelijk dat er op basis van artikel 13 lid 2 OLW geen uitzondering op de toepassing van de weigeringsgrond mag worden gemaakt als het feit waarvoor de overlevering wordt gevraagd niet strafbaar is in Nederland of gedoogd wordt.<sup>37</sup> Nederland zal de Spanjaard die

slechts naar Spaans recht een strafbaar feit heeft gepleegd op basis van artikel 13 lid 1 sub a OLW dus niet mogen overleveren.

Wanneer we er in het eerste scenario van uitgaan dat het feit waarvan de Duitser wordt verdacht ook strafbaar is naar Nederlands recht, is de toepassing van artikel 13 lid 2 OLW niet per definitie uitgesloten. Op basis van lid 2 mag van weigeren worden afgezien als dit in het licht van de goede rechtsbedeling noodzakelijk wordt geacht. De goede rechtsbedeling ziet erop 'dat bij strafbare feiten met een internationaal element van geval tot geval wordt gezien, welke staat het meest is aangewezen tot vervolging en berechting van het feit en welke staat het meest tot de executie van een sanctie'.<sup>38</sup> Over de invulling van dit begrip zijn echter veel visies aanwezig, waarvan de traditionele visie er één is.<sup>39</sup> In deze visie is het voornaamste doel van de goede rechtsbedeling de bestrijding van criminaliteit. In het licht daarvan bestaat de neiging om de verdachte te berechten in de locus delicti waar vaak ook het gros van het bewijs te vinden is.<sup>40</sup> Echter, noch in de wetsgeschiedenis van de Overleveringswet<sup>41</sup> noch in de jurisprudentie<sup>42</sup> is de invulling die aan de goede rechtsbedeling in het licht van artikel 13 lid 2 OLW moet worden gegeven duidelijk gedefinieerd. Het is daarom lastig te voorspellen of Nederland de overlevering van de Duitser in het eerste scenario zou weigeren of niet. Met andere woorden, de onduidelijkheid over de invulling van 'de goede rechtsbedeling' leidt ertoe dat de bescherming die artikel 13 lid 1 sub a OLW kan bieden tegen vervolgingen die niet voorzienbaar waren niet altijd even goed te voorspellen is.

Daarnaast kunnen nog twee kanttekeningen geplaatst worden bij de bescherming die artikel 13 lid 1 sub a OLW kan bieden, die op beide scenario's betrekking hebben. Ten eerste heeft deze bescherming geen 'grensoverschrijdende' of 'ne bis in idem' werking.<sup>43</sup> Dit houdt in dat een EU-burger nadat zijn overlevering door Nederland is geweigerd opnieuw met een EAB kan worden geconfronteerd wanneer hij deze lidstaat heeft verlaten.<sup>44</sup> Wanneer de Spanjaard uit scenario twee na de overleveringsprocedure op vakantie zou gaan naar Italië kan hij daar in theorie nogmaals met een overleveringsverzoek worden geconfronteerd. Hij kan zich dan niet beroepen op de bescherming die hij in Nederland

33. HvJ 6 oktober 2009, zaak C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616, par. 58-59, 61; Zie ook HvJ 5 september 2012, zaak C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, ECLI:EU:C:2012:517, par. 33, 52.

34. Volgens sommige auteurs mag een staat er ook voor kiezen een optionele weigeringsgrond niet om te zetten. Zie Glerum 2013, p. 69-70.

35. HvJ 6 oktober 2009, zaak C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616, par. 43-46; zie ook HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, ECLI:EU:C:2012:517, par. 39.

36. *Kamerstukken II* 2003/04, 29451, 3, p. 17.

37. *Kamerstukken II* 2003/04, 29451, 12, p. 14.

38. A. Swart, *Goede Rechtsbedeling en Internationale Rechtshulp in Strafzaken*, Deventer: Kluwer 1983, p. 3.

39. Swart 1984, p. 117-124.

40. Swart 1984, p. 119.

41. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de uitzondering ook is bedoeld voor het geval waarin meerdere landen hebben samengewerkt bij de opsporing en het in het belang van de goede rechtsbedeling wordt geacht om de vervolging van de verdachten in een lidstaat te concentreren. *Kamerstukken II* 2003/04, 29451, 21, p. 3.

42. Zie bijvoorbeeld HR 28 november 2006, ECLI:NL:HR2006:AY6631, r.o. 3.4.3.

43. Dit geldt overigens voor alle weigeringsgronden in het Kaderbesluit EAB die in de Nederlandse wetgeving zijn geïmplementeerd. A. Suominen, 'What role for legal certainty in criminal law within the area of freedom, security and justice in the EU', *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2014/2, p. 18.

44. Suominen 2014, p. 18.

op basis van artikel 13 lid 1 sub a OLW heeft ontvangen.

Ten tweede is het weigeren van de overlevering op basis van artikel 13 lid 1 sub a OLW geen garantie voor het staken van het strafrechtelijk onderzoek of de eventuele vervolging door Frankrijk of Spanje. Deze staten kunnen beslissen om de Duitser en de Spanjaard in hun afwezigheid te berechten als het nationale recht dit toestaat.

## Conclusie en oplossingsrichtingen

Er kan worden geconcludeerd dat het probleem van 'onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen' een van de keerzijdes is van het Kaderbesluit dat primair beoogt EU-burgers tegen grensoverschrijdende criminaliteit te beschermen en straffeloosheid tegen te gaan. Door de introductie van dit Kaderbesluit loopt een EU-burger die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer immers het risico om overgeleverd te worden aan een staat waarvan de rechtsmacht ten tijde van het strafbare feit niet voorzienbaar was. Dit voorzienbaarheidsprobleem is echter vanwege zijn transnationale karakter niet zo maar te kwalificeren als een legaliteitsprobleem en noch het Kaderbesluit, noch de Overleveringswet biedt in alle gevallen bescherming tegen overlevering. Naar aanleiding van deze conclusie rijst de vervolgvraag of het gebrek aan bescherming tegen onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen ook een barrière voor het uitoefenen van het recht van vrij verkeer vormt of misschien wel een gevaar voor willekeur met zich meebrengt.

Aan welke oplossingsrichtingen voor het geconcludeerde gebrek aan bescherming kan nu worden gedacht? Met andere woorden, hoe kan de rechtspositie van EU-burgers die in de RVVR gebruikmaken van hun recht op vrij verkeer worden versterkt zonder dat daarmee (te veel) wordt afgedaan aan het doel van het Kaderbesluit om EU-burgers te beschermen tegen grensoverschrijdende criminaliteit?

Ten eerste kan overlevering aan een lidstaat waarvan de rechtsmacht niet voorzienbaar was, worden voorkomen als de uitvaardigende lidstaat het legaliteitsbeginsel in het nationale recht breed interpreteert. Wanneer immers uit het nationale legaliteitsbeginsel volgt dat de rechtsmacht van een specifieke staat voorzienbaar moet zijn, dan zal ook het uitvaardigen van een EAB hiervan afhankelijk zijn.

Het nadeel van deze oplossingsrichting is echter dat iedere EU-lidstaat individueel het nationale legaliteitsbeginsel op deze manier zal moeten interpreteren om het risico van overlevering aan een lidstaat waarvan de rechtsmacht niet voorzienbaar was te voorkomen. Daarnaast zal het voor een lidstaat ten tijde van het uitvaardigen van een EAB niet altijd duidelijk zijn of zijn rechtsmacht voor de opgeëiste persoon voorzienbaar was. Wanneer de uitvaardigende lidstaat bijvoorbeeld op

basis van het passieve nationaliteitsbeginsel rechtsmacht uitoefent, kan het immers voorkomen dat pas na de overlevering blijkt dat de opgeëiste persoon de nationaliteit van het slachtoffer niet kende. In dat geval zou een beroep op de schulditsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' (AVAS) een uitkomst kunnen bieden. Dit zou inhouden dat wanneer er sprake is van een verschoonbare dwaling, omdat een EU-burger de rechtsmacht van de uitvaardigende lidstaat niet had kunnen voorzien, hij of zij niet mag worden gestraft.<sup>45</sup> Een van de minpunten van deze oplossingsrichting is echter dat de opgeëiste persoon die zich op AVAS beroept al naar de uitvaardigende lidstaat is overgeleverd.<sup>46</sup>

Ten tweede zou ook de EU-wetgever voor een oplossing kunnen zorgen. Deze zou bijvoorbeeld de vorm kunnen aannemen van een aanpassing van het Kaderbesluit door een toevoeging van een weigeringsgrond op basis waarvan overlevering bij onvoorzienbare rechtsmacht niet is toegestaan. Uit paragraaf 4 en 5 volgt immers dat de huidige weigeringsgronden niet specifiek zijn gericht op dit probleem. Wanneer overlevering aan de uitvaardigende lidstaat waarvan de rechtsmacht niet voorzienbaar was, voorkomen wordt op basis van bijvoorbeeld artikel 13 lid 1 sub a OLW dat artikel 4 lid 7 sub a Kaderbesluit implementeert, dan is dat vooral een kwestie van toeval of geluk.

Bij deze oplossingsrichting kan echter een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Voordat een dergelijke weigeringsgrond ingevoerd zou kunnen worden dient bijvoorbeeld eerst duidelijk te worden bepaald 'wat' een EU-burger precies moet kunnen voorzien. Dient ten tijde van het plegen van het strafbare feit de rechtsmacht van 'een lidstaat' of van 'een bepaalde lidstaat' voorzienbaar te zijn geweest?

Een ander nadeel van het zoeken van een oplossing binnen het Kaderbesluit is dat daarmee overlevering aan een lidstaat voorkomen kan worden, maar dat het achterliggende probleem van onvoorzienbare strafrechtelijke vervolgingen zelf niet aangepakt wordt. De uitvaardigende lidstaat is immers na een afwijzing van het verzoek tot overlevering door de uitvoerende lidstaat niet verplicht om de vervolging van de opgeëiste persoon te staken.

Ten derde zou de EU-wetgever ook de wetgevende rechtsmacht<sup>47</sup> van de lidstaten kunnen harmoniseren. Een lidstaat zou dan bijvoorbeeld alleen rechtsmacht mogen uitoefenen op basis van het territorialiteitsbeginsel dat volgens sommigen het voorzienbaarheidsvereiste het beste verwezenlijkt.<sup>48</sup> Dergelijke EU-wetgeving zou het voor een EU-burger meer inzichtelijk maken door welke lidstaat hij vervolgd zou kunnen worden. Het nadeel is echter dat ook het territorialiteitsbeginsel niet volledig vrij is van voorzienbaarheidsproblemen, omdat onder dit beginsel soms ook de 'leer van het gevolg'

45. Strijards 1984, p. 48. Zie ook Wolswijk 1998, p. 80-82.

46. Zie ook Luchtman 2013, p. 19.

47. De wetgevende rechtsmacht ziet op de bevoegdheid van een staat om het toepassingsbereik van de eigen *ius puniendi* te bepalen. Sliedregt, Sjocrona en Orié (red.) 2008, p. 30.

48. Wolswijk 1998, p. 85.

wordt verstaan. Dit houdt in dat de staat waar de gevolgen van een gedraging intreden rechtsmacht mag uitoefenen. Het zal echter niet in alle gevallen duidelijk zijn of een lidstaat te maken heeft met de gevolgen van een strafbaar feit, omdat de strafbepaling het gevolg bijvoorbeeld niet duidelijk beschrijft.<sup>49</sup>

Ten vierde kan de EU-wetgever ook een forumkeuzeregeling opstellen waarin factoren zijn opgenomen op basis waarvan in het licht van de goede rechtsbedeling moet worden besloten welke lidstaat in een concrete zaak het meest aangewezen is om een persoon te vervolgen.<sup>50</sup> Door middel van een EAB kan een verdachte dan naar het grondgebied van die lidstaat worden gebracht. Bij deze oplossing krijgt de instantie die bevoegd is de forumkeuze te maken dus een bepaalde mate van beleidsvrijheid. De EU-wetgever dient daarom bij het opstellen van de regeling betreffende forumkeuzes te waken voor het risico van willekeurige beslissingen, dat bijvoorbeeld kan worden veroorzaakt door vage of ruime factoren.<sup>51</sup>

Op basis van de bovenstaande niet-limitatieve opsomming van oplossingsrichtingen kan worden geconcludeerd dat voor het probleem van onvoorzienbare vervolgingen geen *quick fix* kan worden aangewezen. Bij alle gepresenteerde oplossingsrichtingen kunnen immers nog meerdere kanttekeningen en vraagtekens worden gezet.

49. Wolswijk 1998, p. 86.

50. Zie bijvoorbeeld Swart 1983, p. 6-10; J. Ouwekerk, 'Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken – De oratie van A.H.J. Swart', *Strafblad* 2012/6, p. 464.

51. Zie Swart 1983, p. 6-10. Zie ook A.H.J. Swart, 'De overdracht van strafvervolgingen', *NJB* 1982/8, p. 216.