

OPENBAAR MINISTERIE

College van procureurs-generaal

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
T +31 88 699 11 00
www.om.nl

Datum 22 maart 2022
Onderdeel WBOM/TJK
Ons kenmerk WBOM/18875

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden.

Onderwerp Informele consultatie wetsvoorstel Herimplementatie Europees strafrecht

Geachte (...),

Bij e-mail van 14 januari 2022 is het College van procureurs-generaal gevraagd om, in het kader van een niet-verplichte en in zoverre informele consultatie, te adviseren over een wetsvoorstel, inhoudende een wijziging van de Overleveringswet, het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering tot herimplementatie van onderdelen van het Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel en van onderdelen van het kaderbesluit 2008/913/JBZ betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat (herimplementatie Europees strafrecht).

Het College heeft met belangstelling van de voorstellen kennis genomen en is gaarne bereid daarover te adviseren. Het College heeft zich ten behoeve van deze advisering laten voorlichten door het Internationaal Rechtshulpcentrum (IRC) voor de wijzigingen in de Overleveringswet en het Landelijk Expertisecentrum Discriminatie (LECD) voor de wijzigingen het onderdeel bestrijding racisme en vreemdelingenhaat. De opmerkingen die de deskundigen binnen het openbaar ministerie over dit wetsvoorstel hebben gemaakt zijn opgenomen in de twee hieronder opgenomen onderscheiden paragrafen. Het College maakt deze opmerkingen gaarne tot de zijne en adviseert dienovereenkomstig.

Hoogachtend,

M. Otte
procureur-generaal

Artikel I wijzigingen Overleveringswet

Opmerkingen ten aanzien van onderdeel B.

Uit de huidige formulering van de aanhef van artikel 7 lid 1 OLW volgt reeds dat deze bepaling een facultatieve weigeringsgrond bevat. De Internationale Rechtshulpkamer (hierna: IRK) heeft inmiddels ook geoordeeld dat een weigering van de overlevering wegens het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht van een niet-lijstfeit facultatief is (zie o.a. ECLI:NL:RBAMS:2021:1803 en ECLI:NL:RBAMS:2022:62).

In de memorie van toelichting staat in paragraaf 3 dat artikel 7 lid 3 tot een toename van het aantal EAB-zaken kan leiden. Met vrij grote zekerheid kan echter worden gesteld dat deze wijziging een uitbreiding van de werkzaamheden van het IRC tot gevolg zal hebben. Overleveringsverzoeken die voorheen ‘rauwelijks’ werden afgewezen ex artikel 23 lid 1 OLW in verband met het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht, kunnen/moeten nu in behandeling genomen worden (lees: aanhouding en voorgeleiding van de opgeëiste persoon, een inhoudelijke behandeling van het overleveringsverzoek door de IRK).

Opmerkingen ten aanzien van onderdeel D.

Uit recente jurisprudentie van het Hof van Justitie EU ten aanzien van verzoeken tot – kort gezegd – ‘aanvullende toestemming’ of ‘verderlevering’ (zie ECLI:EU:C:2021:876) volgt geenszins dat een opgeëiste persoon specifiek door de uitvoerende rechterlijke autoriteit moet worden gehoord:

“Wanneer door de rechterlijke autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat een verzoek tot toestemming is geformuleerd uit hoofde van artikel 27, lid 4, of artikel 28, lid 3, van kaderbesluit 2002/584, vereist de in artikel 47, tweede alinea, van het Handvest neergelegde mogelijkheid om zijn standpunt naar behoren en daadwerkelijk kenbaar te maken weliswaar niet dat de betrokkene het recht heeft om persoonlijk voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit te verschijnen wanneer deze autoriteit voornemens is in te stemmen met het verzoek van de uitvaardigende lidstaat, maar wel dat de betrokkene feitelijk de mogelijkheid heeft gehad om voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit al zijn eventuele opmerkingen en bezwaren met betrekking tot het verzoek tot toestemming kenbaar te maken.

[...]

In die omstandigheden, en gelet op dit aan kaderbesluit 2002/584 ten grondslag liggende vereiste van voortvarendheid, kan het recht om door de uitvoerende rechterlijke autoriteit te worden gehoord concreet worden uitgeoefend in de uitvaardigende lidstaat, waarin de overgeleverde persoon zich bevindt, zonder dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit rechtstreeks deelneemt".

(punt 63 en 67 ECLI:EU:C:2021:876).

De genoemde jurisprudentie komt niet tot uitdrukking in de voorgestelde wijzigingen. Na deze uitspraak van het Hof van Justitie is ook de lijn van de IRK dat de betrokken reeds overgeleverde persoon wordt gehoord door de verzoekende staat (waar de persoon zich ook bevindt) en niet door de uitvoerende staat.

Voorts, niet alleen de werklast van de IRK in haar hoedanigheid van uitvoerende rechterlijke autoriteit wordt uitgebreid. Ook voor het openbaar ministerie betekent dit een uitbreiding van de werklast. Het nodig zijn van een verhoor van de betrokken persoon bij een ontvangen verzoek tot aanvullende toestemming of doorlevering levert het openbaar ministerie sowieso meer werk op, nu wij daarom verzoeken en/of dit regelen (vroeger was zo een verhoor niet nodig).

Opmerkingen ten aanzien van onderdeel E.

Het tweede lid zal mogelijk meer werk opleveren voor het openbaar ministerie. Het derde lid wordt niet minder werk voor het openbaar ministerie, nu wij nu een vordering moeten doen en het openbaar ministerie voornemens is de voorgeleidingen/verhoren bij te wonen. Ook om de sturende positie die het openbaar ministerie nu heeft (meer dan 80 % van de voorgeleidingen/verhoren doet het openbaar ministerie nu zelf) enigszins te behouden.

Opmerkingen ten aanzien van onderdeel I.

Aan het voorlopig ter beschikking stellen van een opgeëiste persoon van de uitvaardigende justitiële autoriteit, ten behoeve van diens berechting of de tenuitvoerlegging van een hem bij onherroepelijk vonnis opgelegde vrijheidsstraf, worden voorwaarden verbonden. Voornoemde wijziging biedt ruimte aan de IRK om inhoudelijk over die voorwaarden te oordelen (aantal, inhoud, vorm), en zal er (mogelijk) toe leiden dat de opgeëiste persoon verweer voert op (aantal, inhoud, vorm van) die voorwaarden. In de memorie van toelichting staat dat dit leidt tot een uitbreiding van de werklast van de IRK. Maar dit heeft tevens een uitbreiding van de werkzaamheden van het IRC tot gevolg.

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat als een wijziging leidt tot een uitbreiding van de werklast van de IRK, dit tevens geldt voor de werklast van het openbaar ministerie. Dit zou moeten worden vermeld bij de uitvoeringsconsequenties.

Opmerkingen ten aanzien van onderdeel K.

Het is op zich voorstelbaar dat ook “gelijkgestelde vreemdelingen” worden vermeld in lid 3, zoals nu gebeurt. Echter, een transitverzoek komt doorgaans slechts enige dagen voor het geplande vervoer bij ons binnen. En het vaststellen of iemand een gelijkgestelde vreemdeling is (en dus vijf jaar ononderbroken en rechtmatig verblijf heeft gehad in NL) duurt weken tot maanden.

Hoe dan ook, het vaststellen of iemand een gelijkgestelde vreemdeling is, levert het openbaar ministerie (veel) meer werk op en zou moeten worden vermeld in paragraaf 3 (uitvoeringsconsequenties).

Opmerkingen ten aanzien van onderdeel N.

Het eerste lid (nieuw) roept vragen op bij het IRC. Gelet op het vervallen van het tweede lid (dat instemming van de opgeëiste persoon met de tijdelijke terbeschikkingstelling aan de uitvaardigende justitiële autoriteit vereist) en op de bewoordingen in het eerste lid (nieuw) (“de rechtbank staat... toe” in plaats van voorheen “kan toestaan”) lijkt de nieuwe bepaling imperatief te zijn. Volgens het openbaar ministerie moet de rechtbank een “margin of discretion” hebben. Voorts heeft dit een uitbreiding van de werkzaamheden van het IRC tot gevolg, nu de regeling ruimer zal worden toegepast (onder meer omdat instemming van de opgeëiste persoon niet langer een vereiste zal zijn).

Artikel II bestrijding racisme en vreemdelingenhaat

Dit onderdeel strekt tot implementatie van artikel 1, eerste lid, onder c en d, in verbinding met artikel 1, tweede lid, van het Kaderbesluit racisme en vreemdelingenhaat. De onderdelen c en d van het eerste lid van die bepaling verplichten ertoe een aantal specifieke uitingen van racisme en vreemdelingenhaat strafbaar te stellen: het publiekelijk vergoelijken, ontkennen en verregaand bagatelliseren van nader omschreven internationale misdrijven, gericht tegen een groep personen, of een lid van die groep, wegens hun ras, huidskleur, godsdienst, afstamming, dan wel nationale of etnische afkomst, indien de gedraging van dien aard is dat zij het geweld of de haat tegen een dergelijke groep of een lid van een dergelijke groep dreigt aan te wakkeren.

Voorgesteld wordt om artikel 137c Sr (groepsbelediging) aan te vullen met een derde lid:

3. Onder het in het eerste lid omschreven feit wordt mede begrepen het in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen als omschreven in het eerste lid, of een lid van die groep, door het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van:

- a.** genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden in de zin van de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof; of
- b.** de in artikel 6 van het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal, gehecht aan het Verdrag van Londen van 8 augustus 1945 omschreven misdrijven.

In het wetsvoorstel wordt aangesloten bij artikel 1 lid 2 van het Kaderbesluit. In dit artikel staat: *“Voor de uitvoering van lid 1 kunnen de lidstaten ervoor kiezen enkel gedragingen te bestraffen die van dien aard zijn dat zij de openbare orde dreigen te verstoren of die bedreigend, kwetsend of beledigend zijn”*.

In het wetsvoorstel wordt ervoor gekozen om gebruik te maken van dit lid en artikel 1, eerste lid, onder c en d van het Kaderbesluit niet in al zijn onderdelen om te zetten in een nieuwe, zelfstandige strafbaarstelling.

Het tweede lid van artikel 1 van het Kaderbesluit is echter niet duidelijk. De vraag is welke codificatie hier wordt voorgeschreven. Normaal gesproken zijn varianten die in een delictomschrijving door ‘of’ van elkaar worden gescheiden allemaal strafbaar. In het conceptwetsvoorstel is nu echter gekozen om *alleen* beledigende vormen van vergoelijken, ontkennen of verregaand ontkennen van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden strafbaar te stellen. Waarom is deze beperking tot ‘beledigend zijn’ mogelijk? Hoe zit het met de dreigende

openbare ordeverstoring, het bedreigend zijn en het kwetsend zijn? Hoeven die elementen niet gecodificeerd te worden? Of is juist het standpunt dat die buiten de codificatie kunnen blijven, omdat ze bij de eerdere implementatie al genoegzaam zijn meegenomen? Dit zijn vragen die in de memorie van toelichting nader zouden moeten worden beantwoord.

Het is de vraag of door aan te sluiten bij artikel 137c Sr artikel 1 van het Kaderbesluit juist wordt geïmplementeerd. De vraag is namelijk gerechtvaardigd of implementatie niet ook gerealiseerd zou kunnen worden door een lid aan artikel 137d Sr (aanzetten tot haat, discriminatie en geweld) toe te voegen om te voldoen aan de verplichtingen van het Kaderbesluit. Maar dan doet de vraag zich voor of 'het aanzetten' tot haat, discriminatie en geweld wel hetzelfde bereik heeft als het 'dreigen aan te wakkeren' van haat en geweld als bedoeld in artikel 1 Kaderbesluit. Puur geredeneerd vanuit de semantiek is het standpunt verdedigbaar dat 'aanzetten tot' en 'aanwakkeren van' zo goed als vergelijkbare begrippen zijn. Het verschil tussen enerzijds de huidige wet en anderzijds het Kaderbesluit zou dan worden gevormd door het woord dreigen dat in de huidige wet niet voorkomt, maar wel in het Kaderbesluit ('dreigen aan te wakkeren'). Dit woord duidt op een ruimer bereik in een fase die aan het echte 'aanzetten tot' voorafgaat. Het zou niet ondenkbaar zijn geweest als dit ruimere bereik ook was meegenomen in een aanpassing van artikel 137d Sr.

Een andere mogelijkheid zou zijn een nieuwe zelfstandige strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht op te nemen. In de memorie van toelichting wordt deze mogelijkheid op pagina 16 wel aangestipt, maar vanuit het oogpunt van rechtszekerheid afgewezen. Daarbij wordt verondersteld dat in dat geval de eis dat de gedraging van dien aard is dat zij het geweld of de haat tegen een groep of een groepslid "dreigt aan te wakkeren" een nieuw en zeer globaal omlijnd delictsbestanddeel worden geïntroduceerd.

Het is maar de vraag of dat een juiste conclusie is. 'Dreigen aan te wakkeren' is weliswaar een min of meer globale term (zie hierboven), maar daarmee is nog niet per definitie gezegd dat zo'n term in een Nederlandse delictomschrijving niet hanteerbaar zou zijn. 'Aanzetten tot' is immers niet heel veel concreter. Een zelfstandige strafbaarstelling, inhoudende het 'dreigen aan te wakkeren van haat of geweld' zou prima passen tussen artikel 137c en 137d Sr.

Bij de implementatie van internationale verdragen, kaderbesluiten, richtlijnen, etc. kan meestal als algemeen principe de regel worden aangehouden dat als het mogelijk is, zoveel mogelijk de tekst van het internationale document wordt gevolgd. Dat levert de minst mogelijke discussie op in de praktijk als het gaat om de

bedoeling van de strafbepaling en van de Europeesrechtelijke 'opdracht'. Uiteraard kan er nog wel discussie ontstaan over de vraag of de bewuste gedraging onder de strafbepaling is te brengen, maar er ontstaat dan in ieder geval geen discussie over mogelijke discrepanties tussen strafbepaling en internationale bepaling.

Bij de huidige stand van zaken zou een nieuwe, zelfstandige strafbepaling de voorkeur genieten. België heeft in 2019 ook die keus gemaakt met de introductie van Artikel 20, 5° van de Antiracismewet. Het verdient in dit verband aanbeveling om nog eens opnieuw te kijken naar het initiatiefwetsvoorstel van het lid Voordewind (Kamerstukken 30579). Enigszins aangepast zou het eerste lid van de in dit wetsvoorstel voorgestelde strafbaarstelling (maar dan genummerd als artikel 137ca) heel goed kunnen fungeren als de strafbaarstelling zoals bedoeld door de Europese Commissie. Wel is het dan noodzakelijk, mede in het licht van de bewijslast die daarmee wordt verlicht of juist verzwaaard, dat er goed wordt gekeken naar het expliciteren van opzet en/of schuld.

Alles afwegende wordt geadviseerd om artikel 1, eerste lid, onder c en d, van het Kaderbesluit racisme en vreemdelingenhaat te implementeren door middel van een zelfstandige strafbepaling.