

De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering

Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning

V.H. Glerum



De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering.

Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

V.H. Glerum

ISBN: 978-90-5850-9338

Opmaak: Ben Graphics voor  Wolf Legal Publishers

Dit boek is een uitgave van:

 Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

Tel: 013-5821366

E-Mail: info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© V.H. Glerum / WLP 2013

VRIJE UNIVERSITEIT

De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering
Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van
wederzijdse erkenning

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad Doctor aan
de Vrije Universiteit Amsterdam,
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. L.M. Bouter,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
op vrijdag 5 april 2013 om 13.45 uur
in de aula van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Vincent Hubrecht Glerum

geboren te Goes

promotor: prof.mr.dr. M.J. Borgers
copromotor: mr.dr. N. Rozemond

INHOUDSOPGAVE

<u>Hoofdstuk I Inleiding</u>	1
I.1 Doelstelling	2
I.2 Afbakening	4
I.2.1 Materieel perspectief	4
I.2.2 Europees perspectief	6
I.2.3 Nederlands perspectief	7
I.3 Plan van aanpak	8
<u>Hoofdstuk II Uitlevering: de hoofdlijnen</u>	10
II.1 Inleiding	11
II.2. Wat is uitlevering?	11
II.2.1. Inleiding	11
II.2.2 Uitlevering vindt plaats tussen staten	12
II.2.2.1 Soevereiniteit	12
II.2.2.2 (Grond)wettelijke verdragsgrondslag	14
II.2.2.3 Wederkerigheid	16
II.2.2.4 Verdragsrechtelijke voorwaarden	17
II.2.2.5 Specialiteit	18
II.2.2.6 Vertrouwensbeginsel	19
II.2.3 Met een strafrechtelijk doel	20
II.2.3.1 Inleiding	20
II.2.3.2 Strafbaarheid	21
II.2.3.3 Rechtsmacht	21
II.2.4 Een persoon	22
II.3 Rechtsbronnen	22
II.3.1 Internationaal recht: de uitleveringsverdragen	22
II.3.2 Ander internationaal recht	25
II.3.3 Nationaal recht	27
II.3.3.1 Verhouding uitleveringsverdrag en Uitleveringswet	27
II.3.3.2 De Uitleveringswet: inhoud en functies	36
II.4 Procedure	37
II.4.1 Inleiding	37
II.4.2 Rechtspositie opgeëiste persoon	37
II.4.3 Karakter procedure	38
II.4.4 Bevoegdheidsverdeling rechter – Minister van Justitie	44
<u>Hoofdstuk III Overlevering: de hoofdlijnen</u>	48
III.1 Inleiding	49
III.2 Wat is overlevering?	49
III.2.1 Inleiding	49
III.2.2 Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen	52
III.2.3 Overleving vindt plaats tussen justitiële autoriteiten	53
III.2.3.1 De justitiële autoriteiten	53

INHOUDSOPGAVE

III.2.3.2 De rol van de lidstaten	55
III.2.3.2.1 Inleiding	55
III.2.3.2.2 Soevereiniteit	56
III.2.3.2.3 Grondwettelijke verdragsgrondslag	58
III.2.3.2.4 Wederkerigheid	63
III.2.3.2.5 Voorwaarden	63
III.2.3.2.6 Specialiteit	73
III.2.3.2.7 Vertrouwensbeginsel	73
III.2.4 Met een strafrechtelijk doel	77
III.2.4.1 Inleiding	77
III.2.4.2 Strafbaarheid	77
III.2.4.3 Rechtsmacht	78
III.2.5 Van een persoon	78
III.3 Rechtsbronnen	79
III.3.1 Europees recht: het Kaderbesluit	79
III.3.2 Ander internationaal recht	82
III.3.3 Nationaal recht	83
III.3.3.1 Verhouding Kaderbesluit en Overleveringswet	83
III.3.3.2 Het Verdrag van Lissabon: overgangsrecht	94
III.3.3.3 De Overleveringswet: inhoud en functies	96
III.4 Procedure	97
III.4.1 Inleiding	97
III.4.2 Rechtspositie opgeëiste persoon	99
III.4.3 Karakter procedure	101
III.4.4 Bevoegdheidsverdeling rechtbank – officier van justitie	105
<u>Hoofdstuk IV Weigeringsgronden en wederzijdse erkenning</u>	110
IV.1 Inleiding	111
IV.2 Inventarisatie van weigeringsgronden	111
IV.3 Criterium	114
IV.4 Wederzijdse erkenning	114
IV.4.1 Inleiding	114
IV.4.2 Uit- en overlevering en de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid	115
IV.4.3 Wederzijdse erkenning: herkomst, omtrekken en grenzen	124
IV.4.3.1 Inleiding	124
IV.4.3.2 Communautaire herkomst	125
IV.4.3.3 Omtrekken van wederzijdse erkenning	126
IV.4.3.4 Grenzen aan wederzijdse erkenning	133
IV.4.3.4.1 Inleiding	133
IV.4.3.4.2 Begrenzing door fundamentele rechten	134
IV.4.3.4.3 Begrenzing door het <i>ne bis in idem</i> -beginsel	144
IV.4.3.4.4 Begrenzing in geval van concurrerende rechtsmacht	146
IV.4.3.4.5 Begrenzing door formele vereisten	150
IV.4.3.4.6 Conclusie	151

<u>Hoofdstuk V Mensenrechten</u>	153
V.1 Inleiding	153
V.2 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond	155
V.2.1 Uitlevering, overlevering en het EVRM	155
V.2.1.1 Uitlevering en het EVRM	155
V.2.1.2 Uitlevering en overlevering aan EVRM-partijen	165
V.2.1.3 Garanties	171
V.2.2 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond van uitlevering	173
V.2.2.1 Inleiding	173
V.2.2.2 De uitleveringsrechter	174
V.2.2.3 De burgerlijke rechter	180
V.2.3 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond van overlevering	183
V.2.3.1 Het Kaderbesluit	183
V.2.3.2 De Overleveringswet	195
V.2.3.3 De rechtspraak	200
V.3 Oplegging en tenuitvoerlegging doodstraf	203
V.3.1 De doodstraf en het EVRM	203
V.3.2 De doodstraf en uitlevering	204
V.3.3 De doodstraf en overlevering	205
V.4 Oplegging en tenuitvoerlegging levenslange vrijheidssanctie	206
V.4.1 Levenslange vrijheidssanctie en het EVRM	206
V.4.2 Levenslange vrijheidssanctie en uitlevering	209
V.4.3 Levenslange vrijheidssanctie en overlevering	209
V.5 Discriminatoire vervolging of bestraffing	211
V.5.1 Discriminatoire vervolging of bestraffing en uitlevering	211
V.5.2 Discriminatoire vervolging of bestraffing en het Kaderbesluit	213
V.5.3 Discriminatoire vervolging of bestraffing en de Overleveringswet	218
V.6 Conclusie	219
<u>Hoofdstuk VI Verstekvonnissen</u>	222
VI.1 Inleiding	223
VI.2 EVRM en verstekvonnissen	224
VI.2.1 Inleiding	224
VI.2.2 De nationale dimensie	224
VI.2.2.1 Inleiding	224
VI.2.2.2 Ondubbelzinnige afstand	225
VI.2.2.3 Onttrekking aan de berechting	227
VI.2.2.4 Gelegenheid van een “fresh determination”	228
VI.2.3 De transnationale dimensie	230
VI.2.3.1 Algemeen	230
VI.2.3.2 Onderscheid derde staten en EVRM-partijen	233
VI.2.4 Conclusie	237
VI.3 Uitlevering en verstekvonnissen	238
VI.3.1 Het Nederlandse voorbehoud en art. 5 lid 3 UW	238
VI.3.1.1 Inleiding	238
VI.3.1.2 Toepassing	240

INHOUDSOPGAVE

VI.3.2 Art. 3 Tweede Aanvullend Protocol	244
VI.3.2.1 Inleiding	244
VI.3.2.2 Toepassing	246
VI.3.2.2.1 Verstekvonnis en verdedigingsrechten	246
VI.3.2.2.2 Verzekering nieuw proces	251
VI.3.3 Conclusie	253
VI.4 Overlevering en verstekvonnissen	254
VI.4.1 Inleiding	254
VI.4.2 Art. 5 onder 1 Kaderbesluit en art. 12 (oud) OLW	254
VI.4.2.1 Art. 5 onder 1 Kaderbesluit	254
VI.4.2.1.1 Inleiding	254
VI.4.2.1.2 Implementatie verplicht?	255
VI.4.2.1.3 Inhoud garantie	256
VI.4.2.1.4 Bindendheid garantie	260
VI.4.2.2 Art. 12 (oud) OLW	263
VI.4.2.2.1 Inleiding	263
VI.4.2.2.2 Inhoud garantie	264
VI.4.2.2.3 Gevolgen dwingende formulering	265
VI.4.3 Art. 4 bis Kaderbesluit en art. 12 (nieuw) OLW	268
VI.4.3.1 Art. 4 bis Kaderbesluit	268
VI.4.3.1.1 Algemeen	268
VI.4.3.1.2 De uitzonderingen	273
VI.4.3.2 Art. 12 (nieuw) OLW	279
VI.4.4 Conclusie	283
VI.5 Conclusie	285
<u>Hoofdstuk VII Dubbele strafbaarheid</u>	290
VII.1 Inleiding	291
VII.2 Uitlevering en dubbele strafbaarheid	291
VII.2.1 Ratio en relativering	291
VII.2.2 Uitwerking in Uitleveringswet en verdragen	296
VII.2.3 Toetsing dubbele strafbaarheid	301
VII.2.3.1 Grondslag toetsing	301
VII.2.3.2 Naar recht verzoekende staat	302
VII.2.3.3 Naar Nederlands recht	304
VII.2.3.3.1 Omvang toetsing	304
VII.2.3.3.2 Analogische transformatie	307
VII.2.3.3.3 Tijdstip strafbaarheid	310
VII.2.4 Accessoire uitlevering	311
VII.3 Overlevering en dubbele strafbaarheid	314
VII.3.1 Inleiding	314
VII.3.2 Strafbaarheid uitvaardigende lidstaat	315
VII.3.2.1 Kaderbesluit	315
VII.3.2.2 Overleveringswet	317
VII.3.3 Lijstfeiten	323
VII.3.3.1 Kaderbesluit	323
VII.3.3.1.1 Inleiding	323

INHOUDSOPGAVE

VII.3.3.1.2 Ratio	323
VII.3.3.1.3 Aard lijstfeiten	327
VII.3.3.1.4 Toetsing uitvoerende rechterlijke autoriteit?	329
VII.3.3.1.5 Geen strijd legaliteitsbeginsel	334
VII.3.3.1.6 Correctiemechanismen	337
VII.3.3.2 Overleveringswet	342
VII.3.3.2.1 Inleiding	342
VII.3.3.2.2 Toetsing uitvoerende justitiële autoriteit?	343
VII.3.3.2.3 Correctiemechanismen	349
VII.3.3.2.4 Uitzonderingen	350
VII.3.4 Strafbaarheid uitvoerende lidstaat	350
VII.3.4.1 Kaderbesluit	350
VII.3.4.2 Overleveringswet	355
VII.3.5 Accessoire overlevering	358
VII.3.5.1 Kaderbesluit	358
VII.3.5.2 Overleveringswet	361
VII.4 Conclusie	363
<u>Hoofdstuk VIII Leefijd strafrechtelijke aansprakelijkheid</u>	369
VIII.1 Inleiding	370
VIII.2 Het uitleveringsrecht	370
VIII.3 Het overleveringsrecht	371
VIII.4 Conclusie	374
<u>Hoofdstuk IX Onderdanen</u>	375
IX.1 Inleiding	377
IX.2 Onderdanen en het uitleveringsrecht	378
IX.2.1 Inleiding	378
IX.2.2 Onderdanen en het Europees Verdrag betreffende uitlevering	378
IX.2.3 Nederlanders en de Uitleveringswet	379
IX.2.3.1 Geen executie-, wel vervolgingsuitlevering	379
IX.2.3.2 Wetsgeschiedenis en ratio regeling	381
IX.2.3.3 De garantie nader bekeken	384
IX.2.4 Nederlanders en de EU-uitleveringsovereenkomst	387
IX.2.5 Geïntegreerde vreemdelingen	389
IX.2.5.1 Inleiding	389
IX.2.5.2 Reikwijdte verklaring	390
IX.2.5.3 De garantie nader bekeken	395
IX.3 Onderdanen en het overleveringsrecht	396
IX.3.1 Inleiding	396
IX.3.2 Het Kaderbesluit EAB	397
IX.3.2.1 Executieoverlevering	397
IX.3.2.1.1 Inleiding	397
IX.3.2.1.2 Personele reikwijdte	400
IX.3.2.1.3 Verbintenis tot tenuitvoerlegging	404
IX.3.2.2 Vervolgingsoverlevering	411

INHOUDSOPGAVE

IX.3.2.2.1 Inleiding	411
IX.3.2.2.2 Personele reikwijdte	412
IX.3.2.2.3 Terugkeergarantie	413
IX.3.3 De Overleveringswet	417
IX.3.3.1 Nederlanders en vreemdelingen	417
IX.3.3.2 Executieoverlevering van Nederlanders	419
IX.3.3.2.1 Inleiding	419
IX.3.3.2.2 Verplichte weigering	419
IX.3.3.2.3 Bereidheid tot tenuitvoerlegging	420
IX.3.3.2.4 Omzetting van de vrijheidsstraf	424
IX.3.3.3 Vervolgingsoverlevering van Nederlanders	426
IX.3.3.3.1 Inleiding	426
IX.3.3.3.2 Verplichte terugkeergarantie	426
IX.3.3.3.3 Terugkeergarantie nader bekeken	427
IX.3.3.4 Gelijkgestelde vreemdelingen	434
IX.3.3.4.1 Inleiding	434
IX.3.3.4.2 Verplichte gelijkstelling	435
IX.3.3.4.3 Vergunningeis	435
IX.3.3.4.4 Rechtsmachtis	441
IX.3.3.4.5 Behoud verblijfsrecht	446
IX.3.4 Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties	447
IX.3.4.1 Inleiding	447
IX.3.4.2 Van overeenkomstige toepassing	448
IX.3.4.3 Personele reikwijdte	452
IX.3.4.4 (Geen) instemming gevonniste persoon	454
IX.3.4.5 Instemming tenuitvoerleggingsstaat	455
IX.3.4.6 Toetsing dubbele strafbaarheid	456
IX.3.4.7 Geen exequaturprocedure	457
IX.3.5 Implementatie Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties	458
IX.3.5.1 Inleiding	458
IX.3.5.2 Verhouding met Overleveringswet	458
IX.3.5.2.1 Systeem	458
IX.3.5.2.2 Onderbouwing systeem	460
IX.3.5.2.3 Kritiek	461
IX.4 Conclusie	465
<u>Hoofdstuk X</u> <i>Ne bis in idem</i>	474
X.1 Inleiding	475
X.2 <i>Ne bis in idem</i> in het uitleveringsrecht	477
X.2.1 Inleiding	477
X.2.2 De Uitleveringswet	478
X.2.2.1 Beëindigde Nederlandse strafvervolgning	478
X.2.2.2 Rechterlijke gewijsden	479
X.2.2.3 Achtergrond en ratio	481
X.2.3 Het verdragsrecht	485
X.2.3.1 Het Europees Verdrag betreffende uitlevering	485

X.2.3.2 Het Eerste Aanvullend Protocol EUV	489
X.2.4 Hetzelfde feit	492
X.3 <i>Ne bis in idem</i> in het overleveringsrecht	493
X.3.1 Inleiding	493
X.3.2 Art. 54 SUO	494
X.3.2.1 Inleiding	494
X.3.2.2 Uitgangspunten	496
X.3.2.3 Bij onherroepelijk vonnis berecht	498
X.3.2.4 Uitvoeringsvoorwaarde	505
X.3.2.5 Dezelfde feiten	508
X.3.3 Art. 50 Handvest	512
X.3.4 Het Kaderbesluit	516
X.3.4.1 Onherroepelijke berechting lidstaat	516
X.3.4.2 Onherroepelijke berechting derde staat	523
X.3.4.3 Beslissing inzake vervolging (uitvoerende) lidstaat	526
X.3.5 De Overleveringswet	533
X.3.5.1 Inleiding	533
X.3.5.2 Onherroepelijke berechting (lid)staat	533
X.3.5.3 Vervolgingsbeslissing Nederland	538
X.3.5.4 Vervolgingsbeslissing andere lidstaat	542
X.4 Conclusie	543
<u>Hoofdstuk XI Lopende vervolging</u>	552
XI.1 Inleiding	553
XI.2 Lopende vervolging in het uitleveringsrecht	533
XI.3 Lopende vervolging in het overleveringsrecht	559
XI.4 Conclusie	564
<u>Hoofdstuk XII Rechtsmacht</u>	567
XII.1 Inleiding	568
XII.2 Rechtsmacht in het uitleveringsrecht	568
XII.2.1 Rechtsmacht verzoekende staat	568
XII.2.2 Territoriale rechtsmacht aangezochte staat	569
XII.2.3 Extraterritoriale rechtsmacht verzoekende staat	571
XII.3 Rechtsmacht in het overleveringsrecht	572
XII.3.1 Rechtsmacht uitvaardigende lidstaat	572
XII.3.2 Territoriale rechtsmacht uitvoerende lidstaat	573
XII.3.3 Extraterritoriale rechtsmacht uitvaardigende lidstaat	577
XII.4 Conclusie	579
<u>Hoofdstuk XIII Amnestie</u>	582
XIII.1 Inleiding	583
XIII.2 Amnestie in het uitleveringsrecht	584
XIII.3 Amnestie in het overleveringsrecht	586
XIII.4 Conclusie	589

<u>Hoofdstuk XIV Verjaring</u>	591
XIV.1 Inleiding	592
XIV.2 Verjaring in het uitleveringsrecht	593
XIV.3 Verjaring in het overleveringsrecht	600
XIV.4 Conclusie	606
<u>Hoofdstuk XV Volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit</u>	609
XV.1 Inleiding	610
XV.2 Het uitleveringsrecht	611
XV.3 Het overleveringsrecht	611
XV.4 Conclusie	613
<u>Hoofdstuk XVI Kennelijke onschuld opgeëiste persoon</u>	615
XVI.1 Inleiding	616
XVI.2 Kennelijke onschuld in het uitleveringsrecht	616
XVI.3 Kennelijke onschuld in het overleveringsrecht	621
XVI.4 Conclusie	627
<u>Hoofdstuk XVII Specialiteitsbeginsel</u>	629
XVII.1 Inleiding	631
XVII.2 Specialiteitsbeginsel in het uitleveringsrecht	632
XVII.2.1 Inleiding	632
XVII.2.2 Specialiteitsbeginsel in de Uitleveringswet	633
XVII.2.2.1 De regelingen	633
XVII.2.2.2 Ratio	639
XVII.2.3 Specialiteitsbeginsel in de uitleveringsverdragen	641
XVII.2.3.1 Inleiding	641
XVII.2.3.2 Beperking strafrechtelijk of ander optreden	641
XVII.2.3.2.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering	641
XVII.2.3.2.2 EU-uitleveringsovereenkomst	647
XVII.2.3.3 Verbod op verderlevering	649
XVII.2.3.3.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering	649
XVII.2.3.3.2 EU-uitleveringsovereenkomst	651
XVII.2.4 Het feitsbegrip	651
XVII.3 Specialiteitsbeginsel in het overleveringsrecht	655
XVII.3.1 Inleiding	655
XVII.3.2 Specialiteitsbeginsel in het Kaderbesluit	655
XVII.3.2.1 Inleiding	655
XVII.3.2.2 Beperking van vervolgings- en executierecht	655
XVII.3.2.2.1 Hoofregel	655
XVII.3.2.2.2 Algemene afstand	657
XVII.3.2.2.3 Specifieke uitzonderingen	658
XVII.3.2.2.4 Géén weigeringsgrond	661
XVII.3.2.3 Verbod op verderlevering lidstaat	664

INHOUDSOPGAVE

XVII.3.2.3.1 Hoofregel	664
XVII.3.2.3.2 Algemene afstand	664
XVII.3.2.3.3 Specifieke uitzonderingen	665
XVII.3.2.3.4 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere overlevering	667
XVII.3.2.4 Verbod op verderlevering derde staat	668
XVII.3.2.5 Verbod op verderlevering na eerdere uitlevering	669
XVII.3.2.5.1 Algemeen	669
XVII.3.2.5.2 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere uitlevering	670
XVII.3.2.6 Ratio regelingen	670
XVII.3.3 Specialiteitsbeginsel in de Overleveringswet	673
XVII.3.3.1 Inleiding	673
XVII.3.3.2 Algemene bedingen	674
XVII.3.3.2.1 Inleiding	674
XVII.3.3.2.2 Beperking vervolgings- en executierecht	675
XVII.3.3.2.3 Géén verderlevering lidstaat	678
XVII.3.3.2.4 Géén verderlevering derde staat	678
XVII.3.3.3 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere overlevering áán Nederland	679
XVII.3.3.4 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere uitlevering áán Nederland	682
XVII.3.4 Het feitsbegrip	682
XVII.4 Conclusie	688
<u>Hoofdstuk XVIII Fiscaal delict</u>	964
XVIII.1 Inleiding	695
XVIII.2 Fiscaal delict in het uitleveringsrecht	695
XVIII.3 Fiscaal delict in het overleveringsrecht	699
XVIII.4 Conclusie	700
<u>Hoofdstuk XIX Militair delict</u>	702
XIX.1 Inleiding	703
XIX.2 Militair delict in het uitleveringsrecht	703
XIX.3 Conclusie	706
<u>Hoofdstuk XX Politiek delict</u>	708
XX.1 Inleiding	709
XX.2 Politiek delict in het uitleveringsrecht	709
XX.2.1 Ratio en regelingen	709
XX.2.2 Uitzondering en uitsluiting	713
XX.3 Conclusie	719

<u>Hoofdstuk XXI</u> <u>Bijzondere hardheid/ ernstige humanitaire redenen</u>	722
XXI.1 Inleiding	723
XXI.2 Het uitleveringsrecht	724
XXI.3 Het overleveringsrecht	728
XXI.4 Conclusie	737
<u>Hoofdstuk XXII</u> <u>Schending van de soevereiniteit</u>	740
XXII.1 Inleiding	741
XXII.2 Schending soevereiniteit in het uitleveringsrecht	741
XXII.3 Schending soevereiniteit in het overleveringsrecht	744
XXII.4 Conclusie	747
<u>Hoofdstuk XXIII</u> <u>Ontbreken van wederkerigheid</u>	749
XXIII.1 Inleiding	750
XXIII.2 Wederkerigheid in het uitleveringsrecht	751
XXIII.3 Wederkerigheid in het overleveringsrecht	753
XXIII.4 Conclusie	759
<u>Hoofdstuk XXIV</u> <u>Conclusie en slotbeschouwing</u>	761
XXIV.1 Inleiding	762
XXIV.2 Afwijkingen van het uitleveringsrecht: het Kaderbesluit	763
XXIV.2.1 Geen verbazing	763
XXIV.2.2 Verbazing	766
XXIV.3 Overeenkomsten met het uitleveringsrecht: het Kaderbesluit	767
XXIV.3.1 Geen verbazing	767
XXIV.3.2 Verbazing	774
XXIV.4 Tussenconclusie	779
XXIV.5 Afwijkingen en overeenkomsten: de Overleveringswet	785
XXIV.6 Eindconclusie	793
XXIV.7 Slotbeschouwing	795
<u>Literatuurlijst</u>	803
<u>Evaluatieverslagen, groenboeken, rapporten e.d. van de Europese Unie</u>	845
<u>Rechtspraakregister</u>	849
<u>Samenvatting</u>	876
<u>Summary</u>	882

HOOFDSTUK I Inleiding

I.1 Doelstelling

I.2 Afbakening

1.2.1 Materieel perspectief

1.2.2 Europees perspectief

1.2.3 Nederlands perspectief

I.3 Plan van aanpak

I.1 Doelstelling

Op 13 juli 2002 heeft de Raad van de Europese Unie het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (hierna: Kaderbesluit) aangenomen.¹ Dit Kaderbesluit strekt tot afschaffing van het systeem van uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie en tot vervanging van dat systeem door een systeem van overlevering tussen rechterlijke autoriteiten van die lidstaten.² Daartoe bepaalt artikel 31, eerste lid, Kaderbesluit dat de bepalingen van het Kaderbesluit met ingang van 1 januari 2004 in de plaats treden van de overeenkomstige bepalingen inzake uitlevering van de daar genoemde (uitleverings)verdragen.

Volgens art. 34 lid 1 Kaderbesluit dienden de lidstaten de maatregelen te nemen die noodzakelijk waren om uiterlijk op 31 december 2003 aan het Kaderbesluit te voldoen. Nederland heeft niet tijdig aan die verplichting voldaan. Eerst op 12 mei 2004 is de Overleveringswet, die tot implementatie van het Kaderbesluit strekt, in werking getreden.³ Ingevolge art. 74 lid 1 OLW treedt deze wet in de verhoudingen met de lidstaten van de Europese Unie in de plaats van de Uitleveringswet⁴ en van een aantal verdragen inzake de uitlevering. In de verhouding tussen Nederland en de andere lidstaten van de Europese Unie is uitlevering dus vervangen door overlevering.⁵

In zijn conclusie in de zaak *Advocaten voor de Wereld tegen Leden van de Ministerraad*⁶ stelt de A-G bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁷ Ruiz Jarabo-Colomer dat de overgang van uitlevering naar overlevering een “copernicaanse wending” betekent. Gelet op de verschillen in de grondslag en in de wijze van samenwerking is volgens de A-G overlevering iets geheel anders dan uitlevering. Uitlevering is een vorm van samenwerking tussen soevereine staten, waarbij de ene staat, de verzoekende staat, om medewerking aan de strafvervolging of tenuitvoerlegging in zijn land verzoekt en de andere staat, de aangezochte staat, die van geval tot geval en deels op juridische gronden, deels op overwegingen die verband houden met de internationale betrekkingen, beslist of hij aan het verzoek gevolg zal geven. Bij overlevering daarentegen is, anders dan bij uitlevering, geen sprake van contact tussen twee hermetisch afgesloten rechtsruimten, maar is van sprake van bijstandsverlening aan instanties waarmee men beginselen, waarde en doelen deelt in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Deze samenwerking, die op een hoge mate van wederzijds vertrouwen van de lidstaten berust, vindt haar grondslag in één gemeenschappelijke rechtsbron, het Kaderbesluit. Beginselen als dubbele strafbaarheid en wederkerigheid en de toetsing van de opportuniteit van de samenwerking zijn achterhaald, omdat deze uitsluitend op de rechtsorde van de aangezochte staat berusten. Alleen in de doelstelling van uitlevering en overlevering - de terbeschikkingstelling van verdachten of veroordeelden aan de autoriteiten van een staat ter fine van vervolging of berechting - bestaat een overeenkomst, aldus de A-G.⁸

¹ *PbEG* 2002, L 190.

² Overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

³ Wet van 29 april 2004, *Stb.* 195.

⁴ Met uitzondering van de art. 50a en 51 UW. Deze bepalingen regelen vormen van kleine rechtshulp die los staan van uit- en overlevering. Zie Glerum 2005, p. 113; Sanders 2011, p. 297.

⁵ Zie over het overgangsrecht Glerum 2005, p. 127-129; Sanders 2011, p. 28-32.

⁶ Zaak C-303/05.

⁷ Thans het Hof van Justitie van de Europese Unie.

⁸ Zie de punten 38-47 van de conclusie.

Er vallen echter ook andere opvattingen te beluisteren. Gelet op de continuïteit met het uitleveringsrecht, vooral op het gebied van de voorwaarden voor uit- en overlevering, is wel betoogd dat overlevering een vorm van uitlevering is, en wel “uitlevering in overgang”.⁹ Zo heeft de Nederlandse wetgever zich op het standpunt gesteld dat het Kaderbesluit “een vorm van internationale strafrechtelijke samenwerking [betreft] die in de kern niet afwijkt van wat tot op heden bekend staat als uitlevering”.¹⁰ De wetgever heeft de Overleveringswet dan ook verregaand op de Uitleveringswet gebaseerd.¹¹ In haar rechtspraak in overleveringszaken overweegt de Rechtbank Amsterdam met enige regelmaat dat de algemene opvattingen over het uitleveringsrecht ook gelden voor het overleveringsrecht, of dat, bij gebreke van een nadere invulling door de Overleveringswet, voor de invulling van een overleveringsrechtelijk begrip aansluiting moet worden gezocht bij de rechtspraak inzake het uitleveringsrecht.¹²

Waar de Nederlandse wetgever nog het begrip “overlevering” in de implementatiewetgeving heeft overgenomen, heeft bijvoorbeeld de Duitse wetgever het begrip “auslieferung” gehandhaafd, in plaats van het in de Duitstalige versie van het Kaderbesluit gebezigde begrip “Übergabe” over te nemen. “Die Regelungen des RbEuHb ersetzen zwar die bestehenden Verfahren zur Aus- und Durchlieferung zwischen den Staaten der Europäischen Union. Der RbEuHb greift diese im Wesentlichen jedoch auf und modifiziert sie punktuell zur Beschleunigung und Erleichterung der Zusammenarbeit, etwa durch die Reduzierung der Verweigerungsgründe, die zu einer Ablehnung des Verfahrens berechtigen, oder durch die Einführung von Fristen”.¹³

De Oostenrijkse wetgever heeft wel het begrip “Übergabe” overgenomen, maar dat betekent volgens hem niet dat sprake is van een wezenlijk andere rechtsfiguur: “Der Begriff der Auslieferung wird durch jenen der Übergabe der gesuchten Person in Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ersetzt. Dessen ungeachtet folgt der Europäische Haftbefehl materiell den Grundzügen des bisherigen Auslieferungsrechts; inhaltlich stellt das Übergabeverfahren somit ein auf Ebene der Gerichte verlagertes Auslieferungsverfahren dar. Vor allem muss es sich daher beim Europäischen Haftbefehl immer um die „justizielle“ Entscheidung einer Justizbehörde des Ausstellungsstaats handeln. Ziel des Europäischen Haftbefehls ist die Übergabe der gesuchten Person durch die Behörden des Vollstreckungsstaats an die Behörden des Ausstellungsstaats. Damit unterscheidet sich die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls zwar verfahrensrechtlich, nicht aber inhaltlich von der traditionellen Auslieferung”.¹⁴

Dit proefschrift heeft tot doel door vergelijking van uitlevering met overlevering een bijdrage te leveren aan de beantwoording van de vraag of de invoering van het Europees aanhoudingsbevel (hierna: EAB) een radicale breuk met het uitleveringsrecht betekent of slechts een stap vormt in de evolutie van uitlevering naar een volledig op het beginsel van de wederzijdse erkenning gegronde vorm van samenwerking tussen rechterlijke autoriteiten.

⁹ Van Sliedregt 2007, p. 244 e.v.. Zie ook Plachta 2003, p. 191, die opmerkt dat “surrender” een “misnomer” is, omdat het Kaderbesluit “does not bring about a qualitatively new form of international cooperation; instead this is extradition under a different name”.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 5.

¹¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 7.

¹² Zie bijv. Rb. Amsterdam 5 december 2006, *LJN* BD3830; Rb. Amsterdam 11 oktober 2007, *LJN* BF0158; Rb. Amsterdam 11 februari 2009, *LJN* BI0737.

¹³ *BT Drucksache* 15/1718, p. 11, l.k..

¹⁴ *Beilagen* GP. XXII 370, p. 7.

De beantwoording van deze vraag is niet alleen van academisch belang. Zoals de rapporten van de Commissie over de implementatie van het Kaderbesluit laten zien, hebben de lidstaten de bepalingen van het Kaderbesluit op zeer verschillende en soms met het Kaderbesluit strijdige manieren geïmplementeerd.¹⁵ Wanneer een rechter zich bij de toepassing van zijn nationale wetgeving ter implementatie van het Kaderbesluit geconfronteerd ziet met een interpretatieprobleem, rijst de vraag of hij zal mogen teruggrijpen op oplossingen uit het uitleveringsrecht, voor zover althans deze verenigbaar zijn met het systeem van het Kaderbesluit en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of dat hij zich daarentegen bij de oplossing van het probleem geheel moet distantiëren van het uitleveringsrecht. In de Nederlandse context komt deze vraag tamelijk vaak aan de orde, omdat, zoals gezegd, de bepalingen van de Overleveringswet grotendeels gemodelleerd zijn naar die van de Uitleveringswet. Men kan echter betogen dat de Nederlandse implementatiewetgeving op tal van punten in strijd is met het Kaderbesluit.¹⁶ Wanneer men de these van de “copernicaanse wending” aanhangt, zal men niet snel geneigd zijn om aan het uitleveringsrecht een rol toe te kennen bij de uitleg van het overleveringsrecht.¹⁷

Bovendien kan beantwoording van de vraag van belang zijn voor de toekomstige ontwikkeling van het overleveringsrecht. Die beantwoording zou punten kunnen blootleggen waarop het Kaderbesluit en/of de Overleveringswet zouden kunnen of moeten worden aangepast.

1.2 Afbakening

1.2.1 Materieel perspectief

Dit proefschrift concentreert zich op de vergelijking van de *materiële* aspecten van uit- en overlevering. Onder de materiële aspecten versta ik op de eerste plaats de voorwaarden voor uit- en overlevering. De voorwaarden regelen de gevallen waarin de verplichting tot uit- of overlevering bestaat. Men denke daarbij aan de voorwaarde dat het feit waarvoor de uit- of overlevering wordt gevraagd naar het recht van beide betrokken staten een strafbaar feit oplevert, de voorwaarde van dubbele strafbaarheid.¹⁸ Onder de materiële aspecten

¹⁵ Zie Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2005)63 def.; Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie), COM(2006)8 def.; Verslag van de Commissie over de uitvoering, sinds 2005, van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2007)407 def.; Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering sinds 2007 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2011)175 def.

¹⁶ Zie Glerum & Rozemond 2008a, *passim*.

¹⁷ Zie punt 24 van de noot van A.H. Klip bij HR 28 november 2006, NJ 2007, 489: “Als er iets is dat de overleveringskamer niet moet doen, is het uitleveringsrecht of de daarin ontwikkelde beginselen toepassen”. Het Hof van Justitie hangt kennelijk een meer genuanceerde opvatting aan. Bij zijn uitleg van de regeling inzake specialiteit (art. 27 Kaderbesluit) betrok het Hof het *Explanatory report* bij de EU-uitleveringsovereenkomst: HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 74. Zie Hoofdstuk XVII.

¹⁸ Art. 2 EUV en art. 5 UW voor wat betreft uitlevering. Art. 2 Kaderbesluit en art. 7 OLW voor wat betreft overlevering. Zie Hoofdstuk VII.

vallen op de tweede plaats de uitzonderingen op de verplichting tot uit- of overlevering, de zogenaamde weigeringsgronden of excepties. Een voorbeeld van zo een weigeringsgrond is de omstandigheid dat de betrokken persoon al onherroepelijk is vrijgesproken van het feit waarvoor de uit- of overlevering wordt gevraagd.¹⁹ In het vervolg zal ik overigens niet steeds onderscheid maken tussen voorwaarden en weigeringsgronden, maar ook wel in het algemeen van weigeringsgronden of excepties spreken.

Al bij een oppervlakkige vergelijking van de procedures valt op dat het overleveringsrecht in drie procedurele opzichten afwijkt van het uitleveringsrecht. Overlevering vindt immers plaats (1) tussen “rechterlijke autoriteiten”, (2) op basis van een uniform instrument, het EAB, en (3) binnen uniform vastgestelde termijnen. Uitlevering daarentegen vindt plaats tussen staten, als gevolg waarvan bij de beslissing over uitlevering ook politieke ambtsdragers²⁰ zijn betrokken. Voor het uitleveringsverzoek is het gebruik van een bepaald model niet voorgeschreven,²¹ terwijl de uitleveringsverdragen noch de Uitleveringswet termijnen stellen waarbinnen de beslissing op het uitleveringsverzoek uiterlijk genomen moet worden. Bij de vergelijking laat ik deze procedurele aspecten van uit- en overlevering echter buiten beschouwing.

Voor deze beperking van het onderzoek heb ik een aantal redenen. Allereerst zij erop gewezen dat de voorstanders van de gedachte dat overlevering een vorm van “uitlevering in overgang” is veelal wijzen op de overeenkomst tussen de materiële voorwaarden voor uit- en overlevering.²² Nu dit proefschrift een bijdrage beoogt te leveren aan de beantwoording van de vraag of overlevering iets geheel anders is dan uitlevering, ligt het in de rede de vergelijking - ter falsificering of verificatie - toe te spitsen op die aspecten.

Verder is duidelijk dat vooral de “judicialisering” van de overleveringsprocedure een opvallend verschil oplevert met de uitlevering. In alle lidstaten nemen politieke ambtsdragers deel aan de besluitvorming over uitlevering, terwijl in de overleveringsprocedure alleen “rechterlijke autoriteiten” een rol mogen spelen en de rol van de “centrale autoriteiten” beperkt moet blijven tot “praktische en administratieve bijstand”.²³ Ofschoon belangrijk, acht ik dit verschil niet van dien aard, dat dit in het licht van de doelstelling een uitvoerige bespreking van de procedure rechtvaardigt. Het uitleveringsrecht als zodanig verzet zich namelijk niet tegen een systeem waarin de beslissing over het inwilligen van een uitleveringsverzoek uitsluitend is opgedragen aan de rechter of waarin de rechter de uiteindelijke beslissing neemt na toetsing van het besluit van een “centrale autoriteit”. De uitleveringsverdragen leggen verdragspartijen de verplichting tot uitlevering op, indien en voor zover aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag is voldaan. Zij regelen evenwel niets over de tot beslissing bevoegde autoriteiten en laten het aldus aan de partijen over om daaraan naar believen invulling te geven.

De procedurele afwijkingen van het uitleveringsrecht zijn te verklaren vanuit het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en houden verband met de doelstellingen van het Kaderbesluit om een oplossing te vinden voor “de

¹⁹ Art. 9 EUV en art. 9 UW voor wat betreft uitlevering. Art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 9 OLW voor wat betreft overlevering. Zie Hoofdstuk X.

²⁰ In Nederland: de Minister van Justitie. Zie bijv. art. 20 lid 1 UW en art. 33 UW. Overeenkomstig art. 1 onder 1 UW en art. 1 onder h OLW spreek ik steeds van Minister van Justitie in plaats van Minister van Veiligheid en Justitie.

²¹ Wel geven de verdragen en de Uitleveringswet voorschriften over de inhoud en de onderbouwing van een uitleveringsverzoek: art. 12 EUV en art. 18 UW. Zie Glerum & Rozemond 2008a p. 188-195.

²² Zie Glerum & Rozemond 2008a, p. 243-244.

²³ Overweging 9 van de preambule bij het Kaderbesluit.

complexiteit en het tijdsverlies die inherent zijn aan de huidige uitleveringsprocedures”.²⁴ Het Kaderbesluit realiseert het wegnemen van de aan uitlevering inherente complexiteit en tijdsverlies door aanpassing van de voorwaarden en schrapping van weigeringsgronden. Ook die aanpassing en schrapping vallen te verklaren vanuit het beginsel van wederzijdse erkenning. In de kern brengt dit beginsel namelijk mee dat de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat “automatisch”,²⁵ “*ipso facto*”,²⁶ “*pratiquement automatique*”²⁷ een strafrechtelijke beslissing van een rechterlijke autoriteit uit een andere lidstaat erkent en ten uitvoer legt. Desondanks bevat het Kaderbesluit voorschriften over de reikwijdte van het EAB, drie imperatieve weigeringsgronden, acht facultatieve weigeringsgronden en twee bijzondere gevallen waarin de overlevering afhankelijk kan worden gemaakt van een door de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat te verschaffen garantie. Indien het EAB niet valt binnen die reikwijdte, indien zich een imperatieve of facultatieve weigeringsgrond voordoet of indien de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat niet de door de uitvoerende justitiële autoriteit gewenste garantie verschaffen, dan moet of mag deze laatste autoriteit de overlevering weigeren. Deze mogelijkheden tot weigering roepen vragen op met betrekking tot de verenigbaarheid met het beginsel van wederzijdse erkenning waarop het Kaderbesluit is gebaseerd. Een onderzoek naar deze weigeringsgronden en garanties en een vergelijking daarvan met het uitleveringsrecht tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning lijken dan ook meer kansen te bieden om door te dringen tot het wezen van - de verschillen tussen - uitlevering en overlevering en zo een zinvolle bijdrage aan de beantwoording van de opgeworpen vraag te leveren, dan een vergelijking waarbij ook de procedurele aspecten van uitlevering en overlevering aan de orde komen.

Wel zal ik in hoofdstuk III de hoofdlijnen van de uit- en overleveringsprocedures schetsen. Deze schets dient geen ander doel dan de lezer de achtergrondinformatie te verschaffen die nodig is voor een goed begrip van de daarop volgende hoofdstukken. In het bijzonder de bespreking van het karakter van de uit- en overleveringsprocedures is van belang voor het doorgronden van het wezen van de toetsing aan de weigeringsgronden. Deze bespreking legt bovendien de basis voor de vergelijking van een aantal specifieke weigeringsgronden.²⁸

1.2.2 Europees perspectief

Het uitleveringsrecht heeft een gelaagde structuur. De eerste laag, het internationale niveau, bestaat uit verdragen die regelingen inzake uitlevering bevatten. De tweede laag, het nationale niveau, omvat de wettelijke regelingen inzake uitlevering. Het overleveringsrecht heeft eveneens een gelaagde structuur. Op Europees niveau legt het Kaderbesluit verplichtingen aan de lidstaten van de Europese Unie op, die de lidstaten op het nationale niveau nopen tot regelgeving. Voor wat betreft de eerste laag neemt dit proefschrift het “Europese” uitleveringsrecht als uitgangspunt van de vergelijking met het Kaderbesluit.

²⁴ Overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

²⁵ *Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken*, 26 juli 2000, COM(2000)495 def., p. 1.

²⁶ *Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2001)522 def., p. 2.

²⁷ EHRM 7 oktober 2008, NJ 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje).

²⁸ Zie bijvoorbeeld Hoofdstuk VII (inzake dubbele strafbaarheid) en Hoofdstuk XVI (inzake kennelijke onschuld).

Onder de “Europese” verdragen inzake uitlevering versta ik de verdragen die zijn vermeld in art. 31 lid 1 Kaderbesluit, aangevuld met de in art. 74 lid 1 OLW genoemde verdragen. Het gaat dan om verdragen die zijn opgesteld in het kader van de Benelux, de Raad van Europa, de Europese Gemeenschappen en de Europese Unie, alsmede het bilaterale verdrag tussen Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland, en die betrekking hebben op uitlevering. Op grond van de genoemde voorschriften zijn de bepalingen van het Kaderbesluit respectievelijk de Overleveringswet in de plaats getreden van de overeenkomstige uitleveringsrechtelijke bepalingen van deze verdragen.

Daarmee is ook de reden van de beperking tot deze Europese verdragen gegeven. In het kader van de doelstelling van dit proefschrift komt het zinvol voor het overleveringsrecht alleen te vergelijken met het uitleveringsrecht in de plaats waarvan het is getreden. Buiten beschouwing blijven dus andere Europese²⁹ en niet-Europese³⁰ uitleveringsverdragen, al zal ik incidenteel, waar ik dit ter illustratie nodig acht, verwijzen naar (rechtspraak over) regelingen in dergelijke uitleveringsverdragen.

Zoals gezegd, zijn de bepalingen van het Kaderbesluit en de Overleveringswet in de plaats getreden van de overeenkomstige bepalingen van de hier bedoelde verdragen. Bij de uit te voeren vergelijking ga ik voor wat betreft het uitleveringsrecht uit van de stand van zaken op 11 mei 2004, de dag voor die waarop de Overleveringswet in werking trad. Een aantal van de in de art. 31 Kaderbesluit en art. 74 OLW genoemde verdragen was op dat moment nog niet in werking getreden, maar werd al wel toegepast door Nederland in de verhouding met andere lidstaten die deze verdragen eveneens toepasten.³¹ Deze verdragen zal ik behandelen alsof zij al in werking waren getreden. Twee van die verdragen betroffen overigens hoofdzakelijk procedurele aspecten van uitlevering, zodat zij niet of nauwelijks aan de orde zullen komen.³²

1.2.3 Nederlands perspectief

De tweede laag van het uit- en overleveringsrecht betreft de nationale wettelijke regelingen betreffende uit- en overlevering. Een vergelijking uitsluitend vanuit het Europese perspectief geeft een onvoldoende compleet beeld van de weigeringsgronden. De Europese verdragen bevatten namelijk facultatieve weigeringsgronden. Het hangt van het nationale recht van de aangezochte staat af of de bevoegde autoriteit die weigeringsgronden moet of mag invoeren. Bovendien voorzien die verdragen in het maken van voorbehouden waarvoor *mutatis mutandis* hetzelfde geldt. Het Kaderbesluit heeft geen rechtstreekse werking (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU) en is dus in elk geval afhankelijk van omzetting in het nationale recht. Ook het Kaderbesluit bevat facultatieve weigeringsgronden. Het Kaderbesluit bevat daarnaast facultatieve gevallen waarin de uitvoerende lidstaat de

²⁹ Zoals het verdrag met San Marino.

³⁰ Zoals de verdragen met Canada en de Verenigde Staten van Amerika.

³¹ De Overeenkomst tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen betreffende de vereenvoudiging en de modernisering van de wijze van toezending van uitleveringsverzoeken, gesloten op 26 mei 1989 te Donostia San Sebastian (*Trb.* 1990, 97); de Overeenkomst opgesteld op grond van Artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, gesloten op 10 maart 1995 te Brussel (*Trb.* 1995, 10); de Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie betreffende uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, gesloten op 27 september 1996 te Dublin (*Trb.* 1996, 24).

³² De Overeenkomsten van 26 mei 1989 en van 10 maart 1995.

overlevering afhankelijk mag maken van een door de uitvaardigende lidstaat te verstrekken garantie. Ter completering van het beeld is het naar mijn mening dan ook noodzakelijk om de tweede laag van het uit- en overleveringsrecht bij het onderzoek te betrekken.

In verband hiermee zal ik in de Hoofdstukken II en III aandacht besteden aan de verhouding van de Europese verdragen respectievelijk het Kaderbesluit tot het nationale recht en aan hun doorwerking in dat nationale recht. Aangezien het Kaderbesluit geen rechtstreekse werking heeft en afhankelijk is van omzetting in het nationale recht, zal bij de vergelijking van de uitleveringsrechtelijke en overleveringsrechtelijke weigeringsgronden naar mijn mening niet buiten beschouwing mogen blijven of de nationale omzetting in overeenstemming met het Kaderbesluit is. Niet de regelingen in het Kaderbesluit, maar de - al dan niet correcte - omzettingen daarvan in de nationale rechtsorde vormen immers steeds de rechtsgrondslag van een concrete beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB.

Ten aanzien van de tweede laag van het uit- en overleveringsrecht beperkt dit proefschrift zich tot de Nederlandse wettelijke regeling. Structurele rechtsvergelijking met de situatie in andere lidstaten van de Europese Unie maakt dus geen deel uit van dit onderzoek, al zal ik, waar ik dat ter illustratie van mijn betoog over de Nederlandse wettelijke regeling nuttig acht, incidenteel naar wetgeving en rechtspraak in andere lidstaten verwijzen, omdat de wijze waarop andere lidstaten uitvoering geven aan de Europese verdragen of het Kaderbesluit kan dienen als inspiratie bij de beoordeling of Nederland op correcte wijze uitvoering geeft aan die verdragen of dat Kaderbesluit. Het Nederlandse perspectief maakt het mogelijk met name meer aandacht te besteden aan de interactie tussen het internationale recht/Europese recht en het nationale recht (Uitleveringswet/Overleveringswet) dan bij een rechtsvergelijkend onderzoek mogelijk zou zijn.

Voor Nederland regelt de Uitleveringswet de zogenaamde passieve uitlevering, dat wil zeggen de uitlevering dóór Nederland. De uitlevering áán Nederland, ook wel actieve uitlevering of inlevering genoemd, wordt beheerst door het eventueel tussen Nederland en de aangezochte staat van kracht zijnde verdrag en door het recht van de aangezochte staat. De Overleveringswet regelt zowel de overlevering dóór Nederland als de overlevering áán Nederland.

I.3 Plan van aanpak

In de hoofdstukken II en III geef ik in hoofdlijnen de uitgangspunten van het uit- en overleveringsrecht weer. Die weergave dient ter inleiding op de bespreking van de weigeringsgronden. Voor wat betreft het uitleveringsrecht behandel ik allereerst de vraag wat uitlevering is. Daarbij komen onder meer aan de orde soevereiniteit, de (grond)wettelijke verdragsgrondslag, wederkerigheid, verdragsrechtelijke voorwaarden, specialiteit en het vertrouwensbeginsel. Vervolgens bespreek ik de rechtsbronnen van uitlevering en hun onderlinge verhouding. Ten slotte besteed ik aandacht aan de uitleveringsprocedure. Het hoofdstuk over het overleveringsrecht kent een vergelijkbare structuur. Eerst bespreek ik wat overlevering is. Bij die bespreking komen onder meer aan de orde de verhouding tussen de justitiële autoriteiten en de lidstaten, soevereiniteit, de grondwettelijke verdragsgrondslag, wederkerigheid, voorwaarden, specialiteit en het vertrouwensbeginsel. Vervolgens bespreek ik de (onderlinge verhouding van de) rechtsbronnen van overlevering. Hoofdstuk III sluit af met een schets van de overleveringsprocedure.

In hoofdstuk IV onderzoek ik eerst hoeveel overleveringsrechtelijke weigeringsgronden en garanties voor vergelijking in aanmerking komen. Vervolgens bespreek ik de herkomst en de omtrekken van, alsmede de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, dat aan het Kaderbesluit ten grondslag ligt (art. 1 lid 2 Kaderbesluit). Voor de beantwoording van de vraag of overlevering iets wezenlijk anders is dan uitlevering is een maatstaf nodig. Gezien de centrale positie van het beginsel van wederzijdse erkenning, is die maatstaf de verbazing die een overeenkomst met of afwijking van het uitleveringsrecht al dan niet in het licht van dat beginsel wekt. Ten slotte ontvouwt ik in hoofdstuk IV de criteria aan de hand waarvan ik beoordeel of sprake is van verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Deze criteria pas ik vervolgens toe in de hoofdstukken V tot en met XXIII. De hoofdstukken V tot en met XVII zijn gewijd aan regelingen die een tegenhanger in het uitleveringsrecht hebben. De hoofdstukken XVIII tot en met XXIII hebben betrekking op uitleveringsrechtelijke excepties die het overleveringsrecht niet kent. Niet alleen overeenkomsten met het uitleveringsrecht zijn van belang voor het doel van dit proefschrift, maar ook de afwijkingen van het uitleveringsrecht. Van de geconstateerde overeenkomsten en afwijkingen ga ik steeds na of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Hoewel bij de inventarisatie van de weigeringsgronden en garanties het Kaderbesluit uitgangspunt is, is het uitleveringsrecht het startpunt bij de bespreking daarvan. Per onderwerp maak ik een vergelijking tussen het uitleveringsrecht (waarbij ik onderscheid maak tussen het verdragsrecht en de Uitleveringswet), het Kaderbesluit en de Overleveringswet. Waar nodig, betrek ik bij de bespreking van een regeling in het Kaderbesluit ook het Voorstel van de Commissie voor het Kaderbesluit.³³ Dat doe ik niet zozeer omdat het Voorstel als basis voor een rechtshistorische uitleg van het Kaderbesluit of de Overleveringswet zou kunnen dienen, als wel omdat mogelijke verschillen tussen het Voorstel en het uiteindelijk door de Raad aangenomen Kaderbesluit inzichten kunnen opleveren over de mate waarin de lidstaten bereid zijn toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning te accepteren.

In hoofdstuk XXIV trek ik de conclusie uit de hoofdstukken V tot en met XXIII, geef ik een antwoord op de in paragraaf 1 opgeworpen vraag en bespreek ik of, en zo ja, op welke punten het overleveringsrecht zich verder zou kunnen of moeten ontwikkelen.

³³ *Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2001)522 def..

HOOFDSTUK II Uitlevering: de hoofdlijnen

II.1 Inleiding

II.2 Wat is uitlevering?

II.2.1 Inleiding

II.2.2 Uitlevering vindt plaats tussen staten

II.2.2.1 Soevereiniteit

II.2.2.2 (Grond)wettelijke verdragsgrondslag

II.2.2.3 Wederkerigheid

II.2.2.4 Verdragsrechtelijke voorwaarden

II.2.2.5 Specialiteit

II.2.2.6 Vertrouwensbeginsel

II.2.3 Met een strafrechtelijk doel

II.2.3.1 Inleiding

II.2.3.2 Strafbaarheid

II.2.3.3 Rechtsmacht

II.2.4 Een persoon

II.3 Rechtsbronnen

II.3.1 Internationaal recht: de uitleveringsverdragen

II.3.2 Ander internationaal recht

II.3.3 Nationaal recht

II.3.3.1 Verhouding uitleveringsverdrag en Uitleveringswet

II.3.3.2 De Uitleveringswet: inhoud en functies

II.4 Procedure

II.4.1 Inleiding

II.4.2 Rechtspositie opgeëiste persoon

II.4.3 Karakter procedure

II.4.4 Bevoegdheidsverdeling rechter – Minister van Justitie

II.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de hoofdlijnen van uitlevering. Deze bespreking zal geen uitvoerige zijn, omdat zij slechts als inleiding dient op de vergelijking van de weigeringsgronden in de hoofdstukken V tot en met XXII.

In paragraaf 2 bespreek ik aan de hand van de wettelijke definitie van uitlevering een aantal aan het uitleveringsrecht ten grondslag liggende beginselen en uitgangspunten. In paragraaf 3 worden de internationale en nationale rechtsbronnen van uitlevering en hun onderlinge verhouding besproken. Paragraaf 4 is gewijd aan de uitleveringsprocedure. Onder meer wordt in die paragraaf aandacht besteed aan de rechtspositie van de betrokken persoon: kan hij een beroep doen op gronden tot weigering van de uitlevering en, zo ja, in hoeverre? Verder komt de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de Minister van Justitie inzake de toepassing van weigeringsgronden aan de orde.

II.2 Wat is uitlevering?

II.2.1 Inleiding

De uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is, bevatten geen definitie van het begrip “uitlevering”, maar zij duiden wel het doel van uitlevering aan. Gesproken wordt van uitlevering van personen “die door de rechterlijke autoriteiten van de verzoekende Partij vervolgd worden ter zake van een strafbaar feit of gezocht worden tot tenuitvoerlegging van een straf of maatregel”.³⁴ De Uitleveringswet bevat wel een definitie. Op grond van artikel 1 UW wordt in de Uitleveringswet onder uitlevering verstaan

“verwijdering van een persoon uit Nederland met het doel hem ter beschikking te stellen van de autoriteiten van een andere Staat ten behoeve van hetzij een in die Staat tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek, hetzij de tenuitvoerlegging van een hem in die Staat opgelegde straf of maatregel”.

Artikel 2 UW voegt daaraan nog een kenmerk toe. Volgens deze bepaling vindt uitlevering - in de zin van deze wet - niet plaats dan krachtens een verdrag.

Het eerste element van de definitie stelt voorop dat uitlevering “verwijdering (...) uit Nederland” inhoudt. De Uitleveringswet heeft dus alleen betrekking op uitlevering dóór Nederland als staat waaraan om de uitlevering van een persoon is gevraagd (de aangezochte staat). Uitlevering vanuit het perspectief van de aangezochte staat noemt men ook wel passieve uitlevering. Op uitlevering vanuit het perspectief van Nederland als verzoekende staat, ook wel inlevering of actieve uitlevering genoemd, ziet deze wet dus niet.

Artikel 61 lid 1 UW zondert een drietal vormen van rechtshulp uit van de toepasselijkheid van die wet, kennelijk omdat zij anders binnen de definitie van uitlevering zouden vallen. Het gaat dan om overlevering ingevolge de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven, overlevering van gedeserteerde schepelingen aan de autoriteiten van de staat waartoe zij behoren en overlevering van leden van een vreemde krijgsmacht aan de bevoegde autoriteiten op grond van een overeenkomst met staten waarmee Nederland

³⁴ Art. 1 EUV en 1 BUV.

bondgenootschappelijke betrekkingen onderhoudt.³⁵ Deze vormen van uitlevering zullen verder buiten beschouwing blijven, omdat zij berusten op verdragen die losstaan van de uitleveringsverdragen.

In de navolgende subparagrafen zal ik een aantal hoofdlijnen en beginselen van het uitleveringsrecht bespreken, waarbij ik steeds aansluiting zoek bij de elementen van de definitie van uitlevering, zoals die uit de artikelen 1 en 2 UW volgen. Deze kenmerken zal ik als volgt groeperen: 1) uitlevering vindt plaats tussen staten, 2) uitlevering heeft een strafrechtelijk doel en 3) het onderwerp van uitlevering is een persoon.

II.2.2 Uitlevering vindt plaats tussen staten

II.2.2.1 Soevereiniteit

De verwijdering uit Nederland geschiedt met het doel de betrokken persoon “ter beschikking te stellen van de autoriteiten van een andere staat”. Uitlevering vindt dus alleen plaats tussen staten. De terbeschikkingstelling van personen aan internationale gerechtshoven en tribunalen ten hoeve van berechting of tenuitvoerlegging levert dus geen uitlevering in de zin van de Uitleveringswet op.³⁶

Bij uitlevering zijn twee staten betrokken. De staat die een bepaalde persoon wil vervolgen voor een strafbaar feit of een aan hem voor zo een feit reeds opgelegde straf of maatregel ten uitvoer wil leggen en de staat waarin die persoon zich bevindt. De soevereiniteit van beide staten beheerst de verhouding tussen hen.

Soevereiniteit is het meest bepalende kenmerk van een staat. Die soevereiniteit houdt – onder meer – in dat staten in juridische zin gelijk aan elkaar en onafhankelijk van elkaar zijn. Binnen hun eigen grondgebied hebben zij de bevoegdheid om gezag uit te oefenen over allen die zich op dat grondgebied bevinden. Die bevoegdheid wordt rechtsmacht (*jurisdiction*) genoemd. Men kan drie vormen van rechtsmacht onderscheiden. De wetgevende rechtsmacht (*jurisdiction to prescribe*): de bevoegdheid tot het stellen van bindende regels. Die regels hebben – in beginsel – alleen gelding op het grondgebied van de staat die regels stelt, maar die staat kan onder omstandigheden ook regels stellen waaraan individuen gebonden zijn die zich buiten zijn territorium bevinden. De uitvoerende rechtsmacht (*executive jurisdiction*): de bevoegdheid om door middel van dwangmaatregelen de naleving van die regels te verzekeren. En ten slotte de rechtsprekende rechtsmacht (*jurisdiction to adjudicate*): de bevoegdheid om door middel van bindende beslissingen geschillen te beslechten. Ook indien een staat in dier voege gebruik van zijn wetgevende rechtsmacht heeft gemaakt dat zijn wetgeving mede toepasselijk is op hen die zich in het buitenland bevinden, mag hij zijn uitvoerende rechtsmacht niet uitoefenen op het grondgebied van een andere staat. Die andere staat heeft op grond van zijn soevereiniteit het recht om handelingen van andere staten op zijn grondgebied uit te sluiten (*ius alios excludendi*).³⁷ Staten hebben op grond van hun soevereiniteit dus het recht om binnen hun grondgebied *bij uitsluiting* publiek gezag uit te oefenen, zonder daarbij door andere staten

³⁵ Zie Swart 1986, p. 3-4.

³⁶ De terbeschikkingstelling door Nederland aan zulke hoven en tribunalen, overlevering geheten, wordt geregeld in de Uitvoeringswet Joegoslaviëtribunaal, de Uitvoeringswet Rwandatribunaal, de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof en de Wet Speciaal Hof voor Sierra Leone.

³⁷ Cassese 2005, p. 48-52.

gehinderd te worden.³⁸ In de Lotus-zaak omschreef het Permanente Hof van Internationale Justitie een en ander als volgt: “the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that - failing the existence of a permissive rule to the contrary - it may not exercise its power in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention”.³⁹

Een en ander brengt mee dat, wanneer een persoon die in staat A wordt vervolgd voor een strafbaar feit of tot een vrijheidssanctie is veroordeeld, de wijk neemt naar staat B, staat A voor de verdere vervolging of tenuitvoerlegging afhankelijk is van de medewerking van staat B. De soevereiniteit van staat B verhindert dat staat A de voortvluchtige simpelweg ophaalt in staat B. Zonder toestemming van staat B⁴⁰ of zonder een uitdrukkelijke grondslag in een verdrag⁴¹ mag een staat immers niet zijn nationale wetgeving handhaven binnen het territoir van een andere staat. Indien hij zelf de betrokken persoon wil vervolgen of de opgelegde sanctie ten uitvoer wil leggen, zal staat A dan ook aan staat B moeten vragen of deze de gezochte persoon aan hem wil uitleveren.⁴²

De soevereiniteit van staat B, de staat waarin de door staat A gezochte persoon zich bevindt, staat er niet alleen aan in de weg dat staat A de gezochte persoon eigenmachtig aanhoudt op het grondgebied van staat B, maar kan ook een belemmering vormen voor de uitlevering aan staat A. In het algemeen wordt namelijk aangenomen dat geen volkenrechtelijke verplichting tot uitlevering bestaat, behoudens voor zover een staat die verplichting bij verdrag op zich heeft genomen.⁴³ Bij gebreke van een verdrag waarin de plicht tot uitlevering is opgenomen, is de inwilliging van staat A's verzoek om uitlevering dus afhankelijk van de welwillendheid van staat B.

Voor staat A is deze toestand van afhankelijkheid een onzekere en onwenselijke. Hij zal dan ook trachten staat B te bewegen tot het aangaan van een uitleveringsverdrag, waarin de verplichting tot uitlevering wordt opgenomen. Het sluiten van zo een verdrag is niet alleen in het belang van staat A. Ook staat B kan aan zo een verdrag behoefte hebben, omdat deze staat op enig moment kan komen te verkeren in de spiegelbeeldige situatie: hij wenst een persoon te vervolgen of een aan deze persoon opgelegde straf ten uitvoer te leggen, terwijl deze persoon zich op het grondgebied van staat A bevindt. In een dergelijk geval zal staat B niet afhankelijk willen zijn van de welwillendheid van staat A.

Uitleveringsverdragen dienen er dan ook toe de volkenrechtelijke vrijheid die staten hebben om al dan niet uit te leveren om te zetten in een volkenrechtelijke plicht tot uitlevering.⁴⁴ Zoals hierna nog zal blijken, is die plicht niet ongeclausuleerd.⁴⁵ De

³⁸ Nollkaemper 2011, p. 66; Lowe 2003, p. 351.

³⁹ The Case of the S.S. 'Lotus', Permanent Court of International Justice, Series A no. 10, 18-19 (7 september 1927). Zie ook Klip 2000, p. 139-140.

⁴⁰ Ook toestemming door de betrokken staat ná het verrichten van de handeling op zijn grondgebied ontnemt het karakter van schending aan die handeling: HR 7 juni 1988, NJ 1988, 987, m.nt. Sch.

⁴¹ Bij verdrag kan worden overeengekomen dat de ene staat handelingen ter handhaving van zijn eigen wetgeving mag verrichten op het grondgebied van een andere staat. Zie voor zulke verdragsrechtelijke regelingen artikel 40 SUO (grensoverschrijdende observatie) en artikel 41 SUO (grensoverschrijdende achtervolging).

⁴² In plaats van uitlevering kan staat A staat B ook verzoeken om de strafvervolging dan wel de tenuitvoerlegging van de opgelegde sanctie over te nemen.

⁴³ Kooijmans/Brus/Blokker 2008, p. 64; Swart 1986, p. 36; Bedi 1966, p. 34-36.

⁴⁴ Swart 1986, p. 37.

⁴⁵ Zie paragraaf II.2.2.4.

uitleveringsverdragen bepalen de strafbare feiten waarvoor deze plicht geldt en formuleren bovendien uitzonderingen op die plicht. De verplichting tot uitlevering staat evenwel voorop. Door zich te verbinden tot uitlevering aanvaarden de verdragspartijen in zoverre een beperking van hun territoriale soevereiniteit.

II.2.2.2 (Grond)wettelijke verdragseis

Voor Nederland als aangezochte staat zijn uitleveringsverdragen van groot belang. Volgens artikel 2 lid 3 Gw kan uitlevering namelijk slechts geschieden “krachtens verdrag”, een regel die artikel 2 UW herhaalt. Aan verzoeken om uitlevering die niet hun grondslag vinden in een tussen Nederland en de verzoekende staat geldend verdrag, zal Nederland dus geen gevolg kunnen geven.

Wat is nu de ratio van de eis dat uitlevering haar grondslag in een verdrag vindt? Artikel 2 lid 3 Gw is ingevoerd bij de grondwetswijziging van 1983. Duidelijker dan uit zijn rechtsvoorganger art. 4 lid 2 Gw (oud), dat voorschreef dat de wet de algemene voorwaarden regelde waarop ten aanzien van vreemdelingen uitleveringsverdragen met andere staten konden worden gesloten, volgt uit art. 2 lid 3 Gw dat uitlevering anders dan op basis van een uitleveringsverdrag *uitdrukkelijk* is uitgesloten. Volgens Kortmann geeft de parlementaire behandeling van de grondwetswijziging geen inzicht in de reden van deze formulering.⁴⁶ Op de vraag van de Eerste Kamer of door de grondwettelijke verdragseis een hiaat zou ontstaan met betrekking tot de uitlevering aan landen waarmee Nederland geen uitleveringsverdrag heeft, antwoordde de regering dat twee criteria een rol spelen bij het sluiten van uitleveringsverdragen. Ten eerste moet de Nederlandse justitie een aantoonbaar belang hebben bij een uitleveringsverdrag. Ten tweede moet Nederland een gerechtvaardigd vertrouwen kunnen stellen in de rechtspleging van de potentiële verdragspartner.⁴⁷ Schutte wijst er terecht op dat deze criteria wel toelichten waarom

⁴⁶ Kortmann 1987, p. 68. Kortmann spreekt t.a.p. overigens van een *afwijking*, omdat art. 4 lid 2 Gw (oud) naar het hem voorkomt niet uitsloot dat de wetgever ook uitlevering anders dan krachtens uitleveringsverdrag mogelijk zou maken. In elk geval hebben bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Uitleveringswet de indieners zich op het standpunt gesteld dat art. 4 lid 2 Gw (oud) - in beginsel - een basis in een uitleveringsverdrag vereiste: *Kamerstukken II 1965/66*, 8054, nr. 10, p. 2, l.k.. Zie ook *Kamerstukken II 1964/65*, 8054, nr. 3, p. 10-11. In beginsel, omdat volgens de indieners “in uitzonderlijke gevallen uitlevering denkbaar is op grond van internationale afspraken, die niet de status van een formeel verdrag hebben, zoals bepaalde regelingen, die tijdens de tweede wereldoorlog tussen de geallieerden zijn getroffen met betrekking tot de uitlevering van oorlogsmisdadigers”: *Kamerstukken II 1966/67*, 8054, nr. 15, p. 2. Ook bij de parlementaire behandeling van de voorganger van de Uitleveringswet van 1967, de Uitleveringswet van 1875, heeft de Minister van Justitie zich op het standpunt gesteld dat de Grondwet zich verzette tegen uitlevering anders dan krachtens uitleveringsverdrag. In de Uitleveringswet van 1875 lag bovendien impliciet besloten dat voor uitlevering een verdragsbasis vereist was, omdat de werking van sommige bepalingen van deze wet afhankelijk was van het bestaan van een verdrag. Ook uit de uitleveringspraktijk onder de wet van 1875 blijkt van de rechtsopvatting dat uitlevering zonder verdragsbasis niet mogelijk was. Afgezien van de overlevering van politieke misdadigers na afloop van de Tweede Wereldoorlog en een enkel geval van uitlevering op basis van een wederkerigheidsverklaring - waarschijnlijk hebben de indieners van het wetsvoorstel voor de Uitleveringswet van 1967 hierop het oog gehad, toen zij opmerkten dat in uitzonderlijke gevallen uitlevering denkbaar was op basis van internationale afspraken die niet de status van een verdrag hadden - hebben zich onder vigeur van de Uitleveringswet van 1875 geen uitleveringen voorgedaan zonder een basis in een uitleveringsverdrag. Zie over een en ander Schutte 1982, p. 7-12, die overigens van mening lijkt te zijn dat art. 4 lid 2 Gw (oud) niet dwingt tot de lezing dat een verdragsbasis steeds is vereist, en Swart 1986, p. 55.

⁴⁷ *Kamerstukken I 1978/79*, 14 200 (R 1048), nr. 95a, p. 5-6.

Nederland in een concreet geval kan besluiten een uitleveringsverdrag aan te gaan, maar niet waarom uitlevering door Nederland buiten aanwezigheid van zo een verdrag zou moeten uitgesloten.⁴⁸

Artikel 2 UW bepaalt sinds de inwerkingtreding van die wet dat uitlevering niet dan krachtens een verdrag geschiedt. Om de ratio van de grondwettelijke verdragseis te achterhalen lijkt het dus aangewezen de wetsgeschiedenis van de wettelijke verdragseis te bezien. Volgens de Memorie van Toelichting zijn tegen verdragsloze uitlevering drie voor de hand liggende bezwaren aan te voeren.⁴⁹ In de eerste plaats is een “zekere mate” van vertrouwen in de rechtspleging van een ander land vereist voor het aangaan van een uitleveringsverdrag met dat land. Ten tweede wordt gewezen op de inconsequentie die zou kunnen ontstaan, indien bij gebreke van een verdrag de uitlevering wel zou kunnen worden toegestaan, terwijl bij aanwezigheid van een verdrag de uitlevering zou moeten worden geweigerd in gevallen waarin het toepasselijke verdrag geen grondslag voor uitlevering biedt. Schutte wijst erop dat aan dit argument kennelijk de aanname ten grondslag ligt dat in geval van verdragsloze uitlevering de mogelijkheden tot uitlevering ruimer zijn dan in geval van uitlevering krachtens verdrag. Het is echter aannemelijk dat een land bij verdragsloze uitlevering niet verder zal willen gaan dan waartoe dat land zich ten opzichte van andere landen bij verdrag heeft verbonden.⁵⁰ Ten slotte zou verdragsloze uitlevering moeilijk te verenigen zijn met de eisen van rechtszekerheid. Tegen dit argument valt in te brengen dat vrijwel alle westerse landen ook uitleveren zonder een grondslag in een uitleveringsverdrag. Bovendien is het maar de vraag of een uitleveringsverdrag meer rechtszekerheid biedt, gezien bijvoorbeeld de hoeveelheid facultatieve weigeringsgronden en de ruime mogelijkheden tot het maken van voorbeholden waarvan de aangezochte staat naar eigen inzicht gebruik kan maken, aldus Schutte.⁵¹

Van de door de regering aangevoerde argumenten vóór de (grond)wettelijke verdragseis lijkt het argument van het vertrouwen in de rechtspleging van de (toekomstige) verdragspartner het meest belangrijke argument. De kern van dit argument is gelegen in de gedachte dat voor een goed functioneren van internationale samenwerking in strafzaken vertrouwen in de kwaliteit van elkanders rechtspleging een voorwaarde is. Alleen met landen die dit vertrouwen verdienen, sluit Nederland uitleveringsverdragen. Komt na sluiting van het verdrag het vertrouwen te vervallen, dan zal Nederland het verdrag opschorten of opzeggen. Zoals hierna nog zal blijken, heeft de Hoge Raad uit dit argument voor de verdragsgrondslag het voor de beoordeling van concrete uitleveringsverzoeken zo belangrijke vertrouwensbeginsel afgeleid.⁵²

Niet alleen valt op de argumenten vóór de (grond)wettelijke verdragseis het nodige af te dingen, ook de aan het kernargument ten grondslag liggende aanname dat Nederland wat betreft uitlevering alleen verdragsrechtelijk gebonden zal raken en gebonden zal blijven aan landen waarin Nederland vertrouwen stelt, is niet zonder bedenkingen.⁵³ Zo kan over het Europees Verdrag betreffende uitlevering worden opgemerkt dat Nederland geen invloed kan uitoefenen op de toetreding van andere leden van de Raad van Europa tot dat

⁴⁸ Schutte 1982, p. 5.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1964/65*, 8054, nr. 3, p. 10-11.

⁵⁰ Schutte 1982, p. 5.

⁵¹ Schutte 1982, p. 5-6.

⁵² Zie § 2.2.6.

⁵³ Zie Smeulders 2002, p. 228, over de militaire coup en de grootschalige mensenrechtenschendingen in Argentinië tussen 1976 en 1981, waarin de Nederlandse regering kennelijk geen aanleiding zag het bilaterale uitleveringsverdrag met Argentinië op te zeggen of op te schorten.

verdrag.⁵⁴ Dit verdrag staat namelijk open voor alle leden van de Raad van Europa.⁵⁵ De toetreding van een staat tot de Raad van Europa is niet onderworpen aan enige parlementaire controle.⁵⁶ Eenmaal lid geworden van deze organisatie, kan elk land zonder meer toetreden tot het verdrag. Nederland heeft aldus uit hoofde van het Europees Verdrag betreffende uitlevering verplichtingen ten opzichte van een aantal landen met een slechte tot zeer slechte staat van dienst op het gebied van de eerbiediging van de mensenrechten.⁵⁷ Daarbij komt dat de mogelijkheden om de verdragsband met een partij waarin het vertrouwen is komen te vervallen op te zeggen of op te schorten uitermate gering zijn. Artikel 31 EUV voorziet alleen in eenzijdige opzegging van het verdrag ten opzichte van *alle* verdragspartijen. Daarmee zou Nederland het kind met het badwater weggooien. Weliswaar valt te verdedigen dat art. 31 EUV de regel van volkenrechtelijk gewoonterecht dat een staat een multilateraal verdrag alleen in de verhouding tot één staat opzegt of opschort onverlet laat,⁵⁸ maar bij toepassing van deze gewoonterechterlijke regel dienen alle verdragspartijen in te stemmen met de opzegging of opschorting, dus ook de verdragspartijen ten opzichte waarvan de opzegging of opschorting is bedoeld.⁵⁹ Het is dan ook niet verwonderlijk dat Nederland, toen Griekenland ten tijde van het zogenaamde kolonelsregime uit de Raad van Europa stapte, de verdragsrelatie met dat land heeft gehandhaafd.⁶⁰

II.2.2.3 Wederkerigheid

Uitlevering vormt, zoals in paragraaf 2.2.1 is gebleken, een inperking van de soevereiniteit van de aangezochte staat. Soevereine staten zijn, ongeacht hun omvang, macht of invloed, in juridisch opzicht gelijk.⁶¹ Gelet op die soevereiniteit en op die gelijkheid waken staten er in het algemeen voor een prestatie te leveren waartoe de wederpartij in het omgekeerde geval niet bereid zou zijn. Zij verwachten dan ook de mogelijkheid en bereidheid tot het leveren van een wederkerige prestatie onder vergelijkbare omstandigheden.

In dit verband wordt wel gesproken van het wederkerigheidsbeginsel, een beginsel dat de aangezochte staat machtigt de uitlevering te weigeren, indien de verzoekende staat in een analoog geval niet zou uitleveren.⁶² Of hier sprake is van een beginsel of regel van volkenrecht is de vraag. Zou de verzoekende staat in het omgekeerde geval niet uitleveren, dan vloeit bij gebreke van een uitleveringsverdrag de bevoegdheid tot weigering van de uitlevering voort uit de soevereiniteit van de aangezochte staat. Op deze staat rust immers sowieso geen verplichting tot uitlevering.

⁵⁴ Zie Smeulers 2002, p. 230.

⁵⁵ Art. 29 lid 1 EUV.

⁵⁶ Schutte 1982, p. 33-34. Wel moet het Comité van Ministers de beslissing tot uitnodiging voor het lidmaatschap met eenparigheid van stemmen nemen. Het Nederlandse parlement zou de Nederlandse vertegenwoordiger in dat Comité wel ter verantwoording kunnen roepen voor zijn aandeel in die besluitvorming, maar zulks zou de eenmaal verstrekte uitnodiging niet raken.

⁵⁷ Zie Tabel I in Smeulers 2002, p.529-532.

⁵⁸ Deze regel is tot uitdrukking gebracht in art. 57 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

⁵⁹ Schutte 1982, p. 34-35.

⁶⁰ Schutte 1982, p. 35; Smeulers 2002, p. 230.

⁶¹ Nollkaemper 2011, p. 68-69.

⁶² Zie Glerum & Rozemond 2008a, p. 165-167, Swart 1986, p. 128-129, Schutte 1982, p. 21-32.

Waar twee of meer staten hun uitleveringsrelatie bij verdrag hebben geregeld, is de wederkerigheid in het algemeen gewaarborgd. De verplichting tot uitlevering en de uitzonderingen daarop zijn namelijk in het algemeen “symmetrisch”.⁶³

II.2.2.4 Verdragsrechtelijke voorwaarden

In paragraaf 2.2.1 bleek al dat staten met elkaar verdragen inzake uitlevering aangaan, teneinde over en weer – geclausuleerde – verplichtingen tot uitlevering in het leven te roepen. In het algemeen volgen de uitleveringsverdragen de volgende structuur. Voorop staat de verplichting van de verdragspartijen elkaar over en weer gezochte personen uit te leveren voor strafvervolging of voor tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende sanctie, in de gevallen en onder voorwaarden als in het verdrag bedoeld. Zo luidt bijvoorbeeld artikel 1 EUV:

“De Verdragsluitende Partijen verbinden zich om, overeenkomstig de regels en onder de voorwaarden in de volgende artikelen bepaald, elkander de personen uit te leveren, die door de rechterlijke autoriteiten van de verzoekende Partij vervolgd worden ter zake van een strafbaar feit of gezocht worden tot tenuitvoerlegging van een straf of maatregel”.

Vervolgens sommen de verdragen de voorwaarden op waaronder die verplichting tot uitlevering bestaat. Is aan die voorwaarden niet voldaan, dan moet of mag de aangezochte staat – afhankelijk van de formulering van de betreffende voorwaarde – de uitlevering weigeren. Deze gevallen worden dan ook weigeringsgronden genoemd of excepties, omdat zij zien op uitzonderingen op de verplichting tot uitlevering.

Het bestaan van de weigeringsgronden vindt zijn verklaring in de wens van de verdragspartijen hun soevereiniteit zoveel mogelijk te handhaven. Zij wensen in het algemeen niet mee te werken aan vervolging of aan executie van een vrijheidsstraf in gevallen waarin (medewerking aan) die vervolging of tenuitvoerlegging strijdt met hun eigen rechtsopvattingen of hun eigen belangen zou aantasten.

De weigeringsgronden kan men onderverdelen in dwingende of imperatieve weigeringsgronden en facultatieve weigeringsgronden. Is een dwingende weigeringsgrond van toepassing, dan heeft de aangezochte staat geen andere mogelijkheid dan het verzoek om uitlevering af te wijzen. In geval van een facultatieve weigeringsgrond heeft de aangezochte staat een keuzemogelijkheid. Onder toepassing van die weigeringsgrond mag hij het verzoek afwijzen, maar het verdrag verplicht hem daartoe niet. Hij kan de uitlevering dus ook toestaan.

Omdat het niet altijd mogelijk is om bij de totstandkoming van een uitleveringsverdrag overeenstemming te bereiken over de reikwijdte van de verplichting tot uitlevering en van de uitzonderingen daarop, geven de multilaterale verdragen de partijen doorgaans de bevoegdheid voorbehouden bij één of meer bepalingen te maken. Zo een voorbehoud geeft de staat die het gemaakt heeft de mogelijkheid zich te onttrekken aan de uit het verdrag voortvloeiende verplichting onder de in het voorbehoud bedoelde omstandigheden. Een voorbeeld is het Nederlandse voorbehoud inzake verstekvonnissen bij artikel 1 EUV. Het EUV bevat geen weigeringsgrond ter zake van verstekvonnissen. Het bedoelde voorbehoud houdt evenwel in:

⁶³ Swart 1986, p. 129.

HOOFDSTUK II

“The Netherlands government reserves the right not to grant extradition requested for the purpose of executing a judgment pronounced by default against which no remedy remains open, if such extradition might have the effect of subjecting the person claimed to a penalty without his having been enabled to exercise the rights of defence prescribed in Article 6(3)c. of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950”.

Voorbehouden creëren dus als het ware weigeringsgronden voor de staat die de voorbehouden heeft gemaakt. Ook hier kan men weer onderscheid maken tussen dwingende en facultatieve weigeringsgronden. Het aangehaalde voorbehoud inzake verstekvonnissen is duidelijk facultatief geformuleerd: Nederland mag de uitlevering weigeren, maar is daartoe niet verplicht. Het Nederlandse voorbehoud bij artikel 9 EUV, dat de in die bepaling vervatte verplichting tot weigering in verband met onherroepelijke berechting in de *aangezochte* staat uitbreidt met gevallen van onherroepelijke berechting in een *derde* staat, is daarentegen dwingend geformuleerd:

“The Netherlands Government will not grant extradition if it is satisfied that final judgment for the offence for which extradition is requested has been passed on the person claimed by the competent authorities of a third State and, in the event of conviction for that offence, the convicted person is serving his sentence, has already served it or has been dispensed from serving it”.

Een staat die een voorbehoud heeft gemaakt, die dus de uit het verdrag voortvloeiende verplichting tot uitlevering niet in volle omvang accepteert, mag niet verwachten dat de andere partijen die verplichting jegens hem wel in volle omvang zullen nakomen. Die staat kan de naleving van een bepaling door een andere partij alleen verlangen “in so far as it has itself accepted the provision”.⁶⁴ De andere verdragspartijen mogen zich jegens een staat die een voorbehoud heeft gemaakt dus op het wederkerigheidsbeginsel beroepen.⁶⁵

Voor wat betreft de facultatieve weigeringsgronden en de facultatief geformuleerde voorbehouden hangt het van het recht van de aangezochte staat af of deze van de bevoegdheid tot weigering gebruik zal maken. Dat nationale recht kan voorschrijven dat van een facultatieve weigeringsgrond steeds gebruik moet worden gemaakt. In zo'n geval vult het nationale recht een facultatieve weigeringsgrond dwingend in.⁶⁶

II.2.2.5 Specialiteit

Omdat staten in het algemeen slechts een geclausuleerde plicht tot uitlevering aanvaarden, wensen zij zich ervan te verzekeren dat de hand wordt gehouden aan de in het toepasselijke verdrag opgenomen voorwaarden en weigeringsgronden. Die voorwaarden en weigeringsgronden zouden hun betekenis verliezen, indien het de verzoekende staat na uitlevering zou vrijstaan strafrechtelijk op te treden tegen de uitgeleverde persoon ter zake van andere, vóór de uitlevering begane feiten dan waarvoor de aangezochte staat de uitlevering heeft toegestaan. Alleen ten aanzien van de feiten in het uitleveringsverzoek

⁶⁴ Art. 26 lid 3 EUV.

⁶⁵ Extradition European standards 2006, p. 55 (*Explanatory report*).

⁶⁶ Zie over de verhouding tussen verdrag en wet verder paragraaf 3.3.1.

heeft de aangezochte staat kunnen nagaan of aan de verdragsrechtelijke voorwaarden voor uitlevering werd voldaan en alleen ten aanzien van de feiten waarvoor hij de uitlevering heeft toegestaan, heeft hij geconstateerd dat dit het geval was.

Alle uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is, bevatten de regel dat de verzoekende staat na uitlevering alleen strafrechtelijk mag optreden tegen de opgeëiste persoon ter zake van het feit waarvoor zijn uitlevering is toegestaan (tenzij dat strafrechtelijke optreden een feit betreft dat is begaan ná de feitelijke uitlevering van de opgeëiste persoon). Gesproken wordt van het specialiteitsbeginsel. In de literatuur wordt overigens algemeen aangenomen dat deze regel onderdeel uitmaakt van internationaal gewoonterecht.⁶⁷

II.2.2.6 Vertrouwensbeginsel

Zoals hiervoor bleek, veronderstelt de (grond)wettelijke verdragsreis dat Nederland vertrouwen heeft in de rechtspleging van landen waarmee Nederland door een uitleveringsverdrag is verbonden. Uit het bestaan van een uitleveringsverdrag tussen Nederland en de verzoekende staat wordt in de uitleveringsrechtspraak afgeleid, dat in het algemeen vertrouwd moet worden op juistheid van de door de verzoekende staat bij het uitleveringsverzoek verstrekte mededelingen van feitelijke en juridische aard. In dit verband wordt in de rechtspraak gesproken van het vertrouwenbeginsel.⁶⁸ Zo moet worden uitgegaan van de juistheid van de mededeling dat het in het uitleveringsverzoek uiteengezette feit strafbaar is naar het recht van de verzoekende staat.⁶⁹

Niet alleen mededelingen van de zijde van de verzoekende staat, maar ook door deze staat overeenkomstig het toepasselijke uitleveringsverdrag gegeven garanties vallen onder de reikwijdte van het vertrouwensbeginsel.⁷⁰

Ten slotte speelt het vertrouwensbeginsel ook een rol bij de beoordeling van verweren dat door uitlevering de opgeëiste persoon dreigt te worden blootgesteld aan een schending van zijn mensenrechten.⁷¹ Indien ook de verzoekende staat is aangesloten bij het EVRM, is het in het algemeen niet aan de uitleveringsrechter om “te beslissen over de vraag of in het kader van die strafvervolging enig in het Europees Verdrag gegarandeerd recht van de opgeëiste persoon is of dreigt te worden geschonden, omdat in beginsel moet worden uitgegaan van het vertrouwen dat de verzoekende Staat de bepalingen van het Europees Verdrag mensenrechten zal eerbiedigen”.⁷² Hier lijkt het vertrouwensbeginsel dus niet te berusten op het tussen Nederland en de verzoekende staat geldende uitleveringsverdrag,

⁶⁷ Nu alle verdragen waarbij Nederland partij is de specialiteitsregel bevatten, is de specialiteitsregel als onderdeel van het internationale gewoonterecht alleen van belang voor de verdragsloze uitlevering aan Nederland.

Zie over het specialiteitsbeginsel verder Hoofdstuk XVII.

⁶⁸ Zie bijv. HR 15 juni 2004, *LJN* AO9918 en AO9919 (“Op grond van het vertrouwensbeginsel, dat ingevolge de tussen België en Nederland bestaande verdragsverhoudingen heeft te gelden, dient uitgegaan te worden van de juistheid van de door de verzoekende Staat gedane mededelingen”).

⁶⁹ HR 5 februari 1991, *NJ* 1991, 404.

⁷⁰ HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44 (verzekering a.b.i. art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol EUV: “Voorts brengt het vertrouwensbeginsel mee dat de uitleveringsrechter in beginsel ervan dient uit te gaan dat de verzoekende staat de bepalingen van de toepasselijke uitleveringsverdragen zal naleven”).

⁷¹ Zie over het vertrouwensbeginsel en mensenrechtenbescherming o.m. Rozemond 2009, *passim*; Smeulders 2002, p. 225-235.

⁷² HR 28 mei 1985, *NJ* 1985, 892.

maar op het tussen beide staten eveneens van kracht zijnde EVRM. Toch blijkt uit de rechtspraak ook een verband met het uitleveringsverdrag. In een andere zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat Nederland “alleen uitleveringsverdragen pleegt te sluiten met landen, waarvan mag worden verwacht dat aldaar de strafvervolgning en bestraffing plaatsvindt met eerbiediging van algemeen aanvaarde rechtsbeginselen, welke het Europees Verdrag mensenrechten beoogt te waarborgen”.⁷³ Uit dit uitgangspunt volgt dat, indien ook de verzoekende staat partij is bij het EVRM, het in het algemeen niet toekomt aan de uitleveringsrechter om te beslissen over de vraag of enig mensenrecht is of dreigt te worden geschonden in de strafrechtelijke procedure in de verzoekende staat: “in die gevallen moet immers worden uitgegaan van het vertrouwen dat de verzoekende Staat de desbetreffende bepalingen van het Europees Verdrag mensenrechten zal eerbiedigen”.⁷⁴ Uit het uit het uitleveringsverdrag blijkende vertrouwen dat de verzoekende staat in de strafprocedure algemeen aanvaarde rechtsbeginselen zal eerbiedigen, volgt dus het vertrouwen dat de verzoekende staat het EVRM, waarin die rechtsbeginselen zijn neergelegd, zal eerbiedigen. Als de verzoekende staat niet bij het EVRM is aangesloten, geldt het vertrouwensbeginsel wanneer Nederland “als door het Europees Verdrag mensenrechten gebonden Staat, het resultaat van bilaterale onderhandelingen die hebben geleid tot het desbetreffende uitleveringsverdrag, heeft kunnen afstemmen op aard en mate van erkenning van bedoelde fundamentele rechtsbeginselen in het andere land bij de onderhandelingen over het uitleveringsverdrag”.⁷⁵

Het ingevolge het vertrouwensbeginsel in de verzoekende staat te stellen vertrouwen is niet onbegrensd. Het is een uitgangspunt waarop uitzonderingen mogelijk zijn.⁷⁶ Indien uit de stukken zelf een ernstig vermoeden rijst dat de feitelijke mededelingen van de verzoekende staat op een misslag berusten of indien de opgeëiste persoon feiten en omstandigheden aanvoert waaruit zo een ernstig vermoeden volgt, zal een onderzoek daaromtrent niet achterwege kunnen blijven.⁷⁷ Ook het vertrouwen dat de verzoekende staat de bepalingen van het EVRM zal eerbiedigen, kan uitzondering lijden.⁷⁸

II.2.3 Strafrechtelijk doel

II.2.3.1 Inleiding

Het doel van de verwijdering uit Nederland en de terbeschikkingstelling aan de autoriteiten van de verzoekende staat is strafrechtelijk van aard. Die verwijdering en die terbeschikkingstelling dienen ofwel het onderzoek in de verzoekende staat naar de strafbare feiten waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht, ofwel de tenuitvoerlegging van de hem in de verzoekende staat wegens strafbare feiten opgelegde sanctie. In het eerste geval wordt gesproken van vervolgingsuitlevering en in het tweede van executie-uitlevering. De uitleveringsverdragen, die op zichzelf geen definitie van uitlevering bevatten, maar ermee volstaan het strafrechtelijke doel van de uitlevering aan te duiden, voegen daaraan toe dat de opgeëiste persoon wordt gezocht door de *rechterlijke* autoriteiten van de verzoekende

⁷³ HR 1 juli 1985, NJ 1986, 162, m.nt. A.H.J. Swart.

⁷⁴ HR 1 juli 1985, NJ 1986, 162, m.nt. A.H.J. Swart.

⁷⁵ HR 1 juli 1985, NJ 1986, 162 (uitlevering aan de Verenigde Staten van Amerika).

⁷⁶ Keijzer 2005c, p. 505.

⁷⁷ Vgl. Sjöcrona & Orié 2002, p. 112.

⁷⁸ Zie nader Hoofdstuk V.

staat ten behoeve van dat doel.⁷⁹ Onder rechterlijke autoriteiten moeten worden verstaan rechters en leden van het openbaar ministerie, maar niet politieautoriteiten.⁸⁰

II.2.3.2 Strafbaarheid

Het strafrechtelijke doel van de uitlevering veronderstelt dat het feit waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft, strafbaar is in de verzoekende staat. De Uitleveringswet en de uitleveringsverdragen stellen dan ook deze eis. Daarnaast stellen de Uitleveringswet en de verdragen de eis dat het feit ook strafbaar is in de aangezochte staat. Deze eis vloeit op zichzelf niet voort uit het strafrechtelijke doel van de uitlevering. Dat doel is immers gericht op strafrechtelijk optreden in de *verzoekende* staat. In hoofdstuk VII zal ik de ratio van de eis van strafbaarheid in de aangezochte staat onderzoeken.

II.2.3.3 Rechtsmacht

Het strafrechtelijke doel van uitlevering veronderstelt verder dat de strafwet van de verzoekende staat zich uitstrekt over de feiten waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht of waarvoor hij al veroordeeld is. De verzoekende staat begeert immers de uitlevering, opdat zijn rechterlijke autoriteiten de opgeëiste persoon (verder) kunnen vervolgen of een aan hem opgelegde straf of maatregel ten uitvoer kunnen leggen. Ik heb het hier over de wetgevende rechtsmacht (*jurisdiction to prescribe*).

Dat een staat het recht heeft om zijn strafwet uit te strekken over gedragingen die hebben plaatsgevonden binnen zijn grondgebied, is evident en vloeit voort uit de soevereiniteit van die staat.⁸¹ Aan het recht van een staat om zijn strafwet toepasselijk te verklaren op strafbare feiten die buiten zijn grondgebied zijn begaan, stelt het volkenrecht grenzen.⁸² Een gebruikelijk aanknopingspunt inzake het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht vormen de belangen van de staat of van zijn onderdanen: een staat mag zijn nationale belangen of de belangen van zijn onderdanen beschermen door de werking van zijn strafwet uit te strekken over tegen die belangen gerichte, in het buitenland begane feiten (het zogenaamde beschermingsbeginsel respectievelijk het zogenaamde passieve personaliteitsbeginsel). Een ander erkend aanknopingspunt is de nationaliteit van de dader: een staat kan zijn strafwet uitstrekken over door zijn onderdanen in het buitenland begane strafbare feiten (het zogenaamde actieve nationaliteitsbeginsel). Deze regel houdt verband met de omstandigheid dat veel staten hun eigen onderdanen niet uitleveren. Het actieve nationaliteitsbeginsel stelt deze staten in de gelegenheid hun onderdanen te vervolgen voor de in het buitenland begane feiten waarvoor zij hen niet uitleveren. Ten slotte worden sommige misdrijven als zo bedreigend beschouwd, niet alleen voor afzonderlijke staten, maar voor de hele wereldorde, dat staten daarover rechtsmacht mogen vestigen, ongeacht waar, door wie of tegen wie deze misdrijven zijn begaan (het zogenaamde universaliteitsbeginsel).

⁷⁹ Zie artikel 1 EUV en artikel 1 BUV.

⁸⁰ Extradition European standards 2006, p. 17 (*Explanatory report*).

⁸¹ Van Elst & Orié 2008, p. 34.

⁸² Er bestaat in de literatuur en de rechtspraak een debat over het antwoord op de vraag of het volkenrecht grenzen stelt aan het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht of dat daartoe een volkenrechtelijke machtiging is vereist. Zie Van Elst & Orié 2008, p. 35-40.

Het strafrechtelijke doel van de uitlevering veronderstelt weliswaar de rechtsmacht van de verzoekende staat, maar daaruit volgt niet dat het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende feit *uitsluitend* onder de rechtsmacht van de verzoekende staat dient te vallen. Begripsmatig sluit de uitlevering niet uit dat het feit ook onder de rechtsmacht van de aangezochte staat valt.⁸³ Gelet op de mogelijke aanknopingspunten voor het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht, is het niet uitzonderlijk dat de verzoekende staat de uitlevering verzoekt voor een feit waarover ook de aangezochte staat rechtsmacht kan uitoefenen, uitoefent of heeft uitgeoefend. De verdragen bevatten dan ook voorwaarden die de aangezochte staat in staat stellen de uitoefening van zijn rechtsmacht te beschermen. Zie nader de hoofdstukken XI tot en met XIV.

II.2.4 Een persoon

Het onderwerp van de verwijdering uit Nederland is “een persoon”, namelijk de persoon op wie het uitleveringsverzoek betrekking heeft, oftewel de opgeëiste persoon. Uit het gebruik van de woorden “een persoon” volgt dat niet alleen vreemdelingen, maar ook Nederlanders kunnen uitgeleverd, al sluiten de uitleveringsverdragen in samenhang met de Uitleveringswet in sommige gevallen de uitlevering van Nederlanders geheel uit en verbinden zij in andere gevallen de uitlevering van Nederlanders aan voorwaarden.⁸⁴

Vreemdelingen zijn volgens artikel 1 UW personen die de Nederlandse nationaliteit niet bezitten en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander worden behandeld. A *contrario* volgt uit deze definitie dat Nederlanders zijn diegene die de Nederlandse nationaliteit bezitten of die op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander worden behandeld. De Rijkswet op het Nederlanderschap regelt wie de Nederlandse nationaliteit bezit. De Wet betreffende de positie van Molukkers bepaalt dat Molukkers die tot de in artikel 1 lid 1 van die wet genoemde categorie van personen behoren, bij de toepassing van Nederlandse wetgeving worden behandeld als Nederlander.

II.3 Rechtsbronnen

II.3.1 Internationaal recht: de uitleveringsverdragen

Zoals hiervoor in paragraaf 2.2.2 is gebleken, levert Nederland alleen uit krachtens een verdrag. Verdragen betreffende uitlevering vormen dus de belangrijkste rechtsbron van internationaal recht.

Het belangrijkste van de Europese uitleveringsverdragen is het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Dit multilaterale verdrag is tot stand gekomen binnen de Raad van Europa. Volgens artikel 1 onder a van het Statuut van de Raad van Europa beoogt deze internationale organisatie “to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress”. Een van de instrumenten tot

⁸³ Sommige oude bilaterale uitleveringsverdragen beperken de verplichting tot uitlevering tot feiten die op het grondgebied van de verzoekende staat zijn begaan (art. I NL-GB, art. I NL-Liberia, art. I NL-Mexico) of tot feiten die buiten het grondgebied van de verzoekende staat zijn begaan (art. I NL-San Marino).

⁸⁴ Zie nader hoofdstuk IX.

verwezenlijking van dat doel is het sluiten van verdragen, zo zegt artikel 1 onder b van dat Statuut.

Artikel 1 EUV bevat de verplichting tot uitlevering “overeenkomstig de regels en onder de voorwaarden in de volgende artikelen bepaald”. Die artikelen regelen - onder meer - de strafbare feiten die tot uitlevering moeten of kunnen leiden (artikel 2), de weigeringsgronden (artikelen 3 tot en met 11), de wijze waarop een uitleveringsverzoek moet worden ingediend en waaraan het moet voldoen (artikel 12), de verplichtingen die op de verzoekende staat na uitlevering rusten (artikelen 14 en 15), de mogelijkheid van vrijheidsbeneming in afwachting van een uitleveringsverzoek (artikel 16), de andere vormen van rechtshulp die in het kader van uitlevering verleend kunnen worden (artikelen 20 en 21), de uitleveringsprocedure en de taal waarin de stukken moeten zijn opgesteld (artikelen 22 en 23, de mogelijkheid van voorbehouden (artikel 26) en de verhouding met andere uitleveringsverdragen (artikel 28).

Bij latere bi- en multilaterale verdragen is dit “moederverdrag” aangevuld en gewijzigd. Die aanvullingen en wijzigingen beogen enerzijds uitlevering makkelijker te maken, door bijvoorbeeld weigeringsgronden af te schaffen of de reikwijdte daarvan te beperken, en anderzijds de rechtspositie van de opgeëiste persoon te versterken door weigeringsgronden toe te voegen die er (mede) toe strekken zijn belangen te beschermen.⁸⁵

In het kader van de Raad van Europa zijn het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering en het Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering tot stand gekomen. Het Eerste Aanvullend Protocol bevat van beide doeleinden een voorbeeld. Artikel 1 perkt de reikwijdte van de weigeringsgrond van het politieke misdrijf (artikel 3 EUV) in, door te bepalen dat - kort gezegd - misdrijven tegen de menselijkheid, ernstige inbreuken op de Verdragen van Genève⁸⁶ en soortgelijke oorlogsmisdrijven niet als politieke misdrijven worden beschouwd. Artikel 2 bevat de introductie van een nieuwe dwingende weigeringsgrond: *ne bis in idem* wegens een gewijsde afkomstig uit een derde staat die partij is bij het “moederverdrag”.

Een groep van lidstaten van de Europese Gemeenschappen is in het Luxemburgse plaatsje Schengen overeengekomen de controles aan de gemeenschappelijke binnengrenzen van hun grondgebied geleidelijk af te schaffen, om zo het ideaal van één interne markt te verwezenlijken. Deze landen waren zich ervan bewust dat ter compensatie van het vervallen van de controle aan de binnengrenzen maatregelen moesten worden getroffen ter versterking van de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit. Die maatregelen zijn neergelegd in de Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten Akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen (hierna:

⁸⁵ De in deze latere verdragen opgenomen aanvullingen en wijzigingen van het “moederverdrag” gelden vanzelfsprekend alleen, voor zover zij tussen de verzoekende en de aangezochte staat van kracht zijn. Zie bijvoorbeeld over art. 3 van het Tweede Aanvullend Protocol, dat destijds niet van kracht was tussen Italië en Nederland, omdat Italië de verklaring had afgelegd dat zij art. 3 niet aanvaardde: HR 12 mei 1992, *DD* 92.324.

⁸⁶ Het Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde (*Trb.* 1951, 72); het Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee (*Trb.* 1951, 73); het Verdrag van Genève betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (*Trb.* 1951, 74); het Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (*Trb.* 1951, 75).

Schengen Uitvoeringsovereenkomst). De Schengen Uitvoeringsovereenkomst bevat een aantal wijzigingen van en aanvullingen op de uitleveringsverdragen die tussen de partijen van kracht zijn. Zo perkt artikel 62 lid 1 SUO de reikwijdte van de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de aangezochte staat in. Alleen indien de aangezochte staat rechtsmacht kon uitoefenen over het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt, mag hij de uitlevering weigeren wegens verjaring naar zijn recht.

Onder auspiciën van de Europese Gemeenschappen is verder tot stand gekomen de Overeenkomst tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen betreffende de vereenvoudiging en modernisering van de wijze van toezending van uitleveringsverzoeken. Deze nooit in werking getreden, maar wel tussen een aantal lidstaten voorlopig toegepaste overeenkomst bepaalt in aanvulling op de tussen de lidstaten van kracht zijnde uitleveringsverdragen dat de toezending en ontvangst van (de correspondentie inzake) uitleveringsverzoeken plaatsvindt tussen door de lidstaten aan te wijzen centrale autoriteiten. De verzoeken en andere relevante documenten kunnen via een “telekopieerapparaat”, dat wil zeggen een faxapparaat, worden verzonden.

In het kader van de Europese Unie heeft de Raad van de Europese Unie een tweetal overeenkomsten inzake uitlevering opgesteld. De eerste overeenkomst, de Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie, vult de tussen de lidstaten geldende verdragen aan met bepalingen die het mogelijk maken af te zien van de formele uitleveringsprocedure wanneer de opgeëiste persoon daarmee instemt. De tweede overeenkomst, de Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie betreffende uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie, bevat hoofdzakelijk bepalingen die de reikwijdte van weigeringsgronden uit de tussen de lidstaten van kracht zijnde uitleveringsverdragen inperken.

Nederland en Duitsland hebben de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de aanvulling en het vergemakkelijken van de toepassing van het Europees Verdrag betreffende uitlevering van 13 december 1957 gesloten. Die vergemakkelijking en aanvulling liggen zowel op het materiële als op het formele vlak. Op het materiële vlak breidt de Overeenkomst bijvoorbeeld de mogelijkheid van accessoire uitlevering uit. Op het formele vlak bevat zij bijvoorbeeld regelingen over de concurrentie tussen uitleveringsverzoeken, over de taal van de uitleveringsverzoeken en over inbeslagneming.

In het kader van de Raad van Europa is het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme tot stand gekomen. Zoals de titel al doet vermoeden, is dit verdrag niet een “echt” uitleveringsverdrag, in de zin van een verdrag dat tussen de partijen de verplichting tot uitlevering vestigt en daarop uitzonderingen formuleert. Het Verdrag beoogt te verzekeren dat daders van “terrorisme” niet aan strafvervolging en bestraffing ontkomen. Daartoe perkt het de mogelijkheid om in het kader van uitlevering bepaalde ernstige misdrijven, opgesomd in artikel 1 en in artikel 2 lid 1, als politieke delicten te beschouwen. Voor deze feiten kan tegen de uitlevering dus niet de weigeringsgrond van het politieke delict worden ingeroepen.

In 1960 trad in werking het door België, Nederland en Luxemburg gesloten Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie. Die Unie omvat een vrij verkeer van personen, goederen, kapitaal en diensten.⁸⁷ Omdat de afschaffing van de personencontrole

⁸⁷ Art. 1 lid 1 Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie.

aan de binnengrenzen die dat vrije verkeer meebracht voor misdadigers grotere mogelijkheden bood om aan vervolging en bestraffing te ontsnappen, werd een verbetering van de mogelijkheden van uitlevering (en van het verlenen van kleine rechtshulp) noodzakelijk geacht. Dit leidde in 1962 tot de sluiting van het Verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden. Het Verdrag is gebaseerd op de beginselen van het Europees Verdrag betreffende uitlevering, maar wijkt daarvan op een aantal punten af. Zo volstaat voor wat betreft de dubbele strafbaarheid een strafbedreiging met een maximum van ten minste zes maanden vrijheidsstraf, waar het Europees Verdrag betreffende uitlevering een strafbedreiging van een maximum van ten minste twaalf maanden eist (art. 2 lid 1 BUV). In geval van executie-uitlevering volstaat een opgelegde vrijheidsstraf van ten minste drie maanden, waar het Europees Verdrag betreffende uitlevering een opgelegde straf van ten minste vier maanden eist (art. 2 lid 1 BUV).

II.3.2 Ander internationaal recht

Zoals hiervoor in paragraaf 2.2.4 is uiteengezet, scheppen de uitleveringsverdragen over en weer verplichtingen tot uitlevering voor de partijen en creëren zij uitzonderingen op die verplichtingen. Nu Nederland alleen uitlevert krachtens verdrag, zijn - in beginsel - alleen de hiervoor besproken uitleveringsverdragen van belang als rechtsbronnen waaruit *verplichtingen tot uitlevering* voortvloeien.

Voor wat betreft de *uitzonderingen op de verplichting tot uitlevering* kunnen ook andere verdragen dan uitleveringsverdragen van belang zijn. De hiervoor in par. 3.1 genoemde uitleveringsverdragen kennen geen algemene weigeringsgrond inzake (dreigende) schending van mensenrechten.⁸⁸ Op Nederland rust de verplichting om “een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden” van het EVRM te verzekeren (artikel 1 EVRM). Door gevolg te geven aan de uit een uitleveringsverdrag voortvloeiende verplichting tot uitlevering zou Nederland onder omstandigheden de uit artikel 1 EVRM voortvloeiende verplichting kunnen schenden. Nederland zou zich dan voor een conflict tussen verdragsverplichtingen geplaatst zien. Volgens de Hoge Raad vindt de opvatting dat de verplichtingen uit het EVRM *qualitate qua* voorrang hebben boven verplichtingen uit uitleveringsverdragen geen steun in het recht.⁸⁹ Daar staat tegenover dat de verdragsrechtelijke plicht tot uitlevering de rechter niet belet om te onderzoeken of Nederland door aan die verplichting gevolg te geven een andere ieder verbindende verdragsnorm zou schenden en dus onrechtmatig jegens de opgeëiste persoon zou handelen.⁹⁰ Zo een andere verdragsnorm is artikel 3 EVRM. Uitlevering kan namelijk voor de aangezochte staat een schending van artikel 3 EVRM opleveren, indien de opgeëiste persoon een reëel gevaar loopt om in de verzoekende staat gefolterd te worden of

⁸⁸ Wel specifieke, op het recht op een eerlijk proces gebaseerde weigeringsgronden inzake verstekveroordelingen: het Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV en art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol EUV. Zie verder Hoofdstuk VI.

⁸⁹ HR 30 maart 1990, *NJ* 1991, 249, m.nt. AHJS (Short).

⁹⁰ HR 30 maart 1990, *NJ* 1991, 249, m.nt. AHJS (Short); HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (Kesbir).

anderszins een onmenselijke of vernederende behandeling te ondergaan.⁹¹ Artikel 3 EVRM houdt in een dergelijk geval de verplichting in om niet uit te leveren.⁹²

Ook aan het internationale gewoonterecht kunnen uitzonderingen op de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering worden ontleend. Zo worden sommige voorwaarden voor uitlevering wel gezien als regels van internationaal gewoonterecht, zoals de voorwaarde van dubbele strafbaarheid en het specialiteitsbeginsel. Het ontbreken van een specifieke regeling van de dubbele strafbaarheid in het verdrag staat dan bijvoorbeeld niet in de weg aan het inroepen van de dubbele strafbaarheid als voorwaarde voor uitlevering. Die voorwaarde mag worden geacht van toepassing te zijn, tenzij het verdrag dit ondubbelzinnig uitsluit.⁹³ Nu alle uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is een regeling inzake dubbele strafbaarheid en specialiteit bevatten, is deze werking van het internationale gewoonterecht van weinig betekenis voor het Nederlandse uitleveringsrecht.

Daarnaast kunnen regels van internationaal gewoonterecht die op zichzelf niet op uitlevering betrekking hebben aan een concrete uitlevering in de weg staan. Zo verhindert de gewoonterechtelijke immuniteit van een staatshoofd of van een minister van Buitenlandse Zaken die een officieel bezoek aan een andere staat aflegt dat die staat hem uitlevert aan een derde staat.⁹⁴

⁹¹ EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *NJ* 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk).

⁹² Het verbod van foltering behoort tot *ius cogens*. Zie EHRM (Grote Kamer) 21 november 2001, nr. 35763/97 (Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk) en EHRM 17 maart 2009, nr. 13113/03 (Ould Dah/Frankrijk). Een regel van *ius cogens* is een dwingende norm van internationaal recht die in de hiërarchie van regels van internationaal recht een hogere rang heeft dan een in een verdrag opgenomen regel of een regel van internationaal gewoonterecht. Die lagere regels mogen niet afwijken van de hogere regel. Een verdrag dat strijdt met een regel van *ius cogens* is nietig (art. 53 en 64 Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht). Ook al is het verdrag zelf niet in strijd met *ius cogens*, de uitvoering van een uit dat verdrag voortvloeiende verplichting - bijvoorbeeld uitlevering wanneer er ernstige redenen zijn om te vermoeden dat de opgeëiste persoon in de verzoekende staat aan foltering zal worden onderworpen - kan in strijd komen met een dwingende norm van internationaal recht. De uitvoering van die verdragsverplichting dient dan achterwege te blijven.

⁹³ Swart 1986, p. 135.

⁹⁴ Zie over volkenrechtelijke immuniteit als uitleveringsbeletsel Hoofdstuk XV.

⁹⁵ Bij de uitleg van een uitleveringsverdrag kan internationaal gewoonterecht ook een rol spelen. Een voorbeeld geeft HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 890, m.nt. AHJS. Ter beantwoording stond de vraag of de Overeenkomst van Wittem mocht worden toegepast op een verzoek tot executie-uitlevering ter zake van een vonnis dat in kracht van gewijsde was gegaan voordat die Overeenkomst in werking was getreden. Bij de - bevestigende - beantwoording van die vraag ging de Hoge Raad ook in op artikel 28 van het Verdrag van Wenen inzake verdragenrecht, dat - zoals de Hoge Raad zelf overwoog - voor Nederland nog niet van kracht was. De annotator Swart wijst er verder op dat het Verdrag alleen van toepassing is op verdragen die na de inwerkingtreding van het Verdrag zijn gesloten (art. 4). Een en ander laat volgens hem onverlet dat het Verdrag bij de uitleg van de Overeenkomst kan worden ingeroepen, voor zover het al bestaand volkenrecht codificeert. Aangenomen wordt dat het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht inderdaad een codificatie is van het bestaande gewoonterecht op dit punt. Zie Aust 2004, p. 10-11; Cassese 2005, p. 170-171.

II.3.3 Nationaal recht

II.3.3.1 Verhouding uitleveringsverdrag en Uitleveringswet

Het belangrijkste instrument van nationaal recht betreffende de uitlevering is de Uitleveringswet.⁹⁶ Omdat zich bij de toepassing van het uitleveringsrecht regelmatig het geval voordoet dat de Uitleveringswet afwijkt van het toepasselijke uitleveringsverdrag, zal in deze subparagraaf worden bezien hoe uitleveringsverdragen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde en hoe deze zich verhouden tot de Uitleveringswet. In de daarop volgende subparagraaf zullen dan de inhoud en functies van de Uitleveringswet worden besproken.

Artikel 93 Gw schrijft voor dat “Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, (...) verbindende kracht [hebben] nadat zij zijn bekend gemaakt”. Uit de beperking tot een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten mag men niet afleiden dat ander internationaal recht, bijvoorbeeld niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen, geen gelding zou hebben binnen de Nederlandse rechtsorde. Naar algemeen wordt aangenomen, heeft het internationale recht, voor zover het voor het Koninkrijk bindend is, automatisch gelding binnen het Koninkrijk. Die gelding berust op ongeschreven beginselen van Nederlands staatsrecht.⁹⁷ Art. 93 Gw brengt slechts mee dat een ieder verbindende verdragsbepalingen bekend moeten zijn gemaakt, voordat zij jegens een particulier kunnen worden toegepast, voordat zij met andere woorden rechtsgevolgen - rechten of plichten - voor een particulier in het leven kunnen roepen.⁹⁸

Het internationale recht neemt binnen de Nederlandse rechtsorde een hogere rang in dan puur nationale rechtsnormen. Gesproken wordt wel van het primaat van het internationale recht.⁹⁹ Die hogere rang geldt ook voor bepalingen van verdragen die niet een ieder verbinden. Art. 94 Gw houdt, voor wat betreft de rechtsgevolgen, echter een belangrijk verschil in tussen een ieder verbindende verdragsbepalingen en niet een ieder verbindende verdragsbepalingen. Volgens deze bepaling vinden “Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften (...) geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties”. Deze bepaling *verplicht* de rechter wettelijke voorschriften, ongeacht of deze zijn neergelegd in de Grondwet, in een wet in formele zin of in lagere wetgeving, te toetsen aan de bedoelde bepalingen, maar *verbiedt* hem te toetsen aan ongeschreven internationaal recht.¹⁰⁰ Ook niet een ieder verbindende verdragsbepalingen moet of mag de rechter, al naar gelang de inhoud, toepassen. Indien de toepassing van een Nederlands wettelijk voorschrift onverenigbaar is met een niet een ieder verbindende

⁹⁶ Daarnaast bevatten ook de volgende nationale regelingen bepalingen over uitlevering *door* Nederland: art. 3 aanhef en onder h Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, dat uitlevering tot een koninkrijksaangelegenheid verklaart (zie hierover HR 7 november 2003, NJ 2004, 99, m.nt. TK) en art. 2 lid 3 Gw. Eerstgenoemde bepaling blijft verder buiten beschouwing, omdat dit proefschrift zich beperkt tot de vergelijking van de weigeringsgronden vanuit het perspectief van het koninkrijksland Nederland. Het Kaderbesluit noch de Overleveringswet geldt voor de andere koninkrijkslanden. Laatstgenoemde bepaling is hiervoor in paragraaf 2.2.2 al aan de orde gekomen.

⁹⁷ Fleuren 2004, p. 19 en p. 339; Fleuren 2005, p. 76.

⁹⁸ Fleuren 2004, p. 62.

⁹⁹ Fleuren 2004, p. 339.

¹⁰⁰ HR 18 september 2001, NJ 2002, 559, m.nt. JR en N. Schrijver; HR 8 juli 2008, LJN BC7418.

verdragsbepaling, dan mag de rechter dat wettelijke voorschrift echter niet buiten toepassing laten op grond van die onverenigbaarheid. Artikel 94 Gw richt zich overigens niet alleen tot de rechter, maar ook tot elk ander ambt dat met de toepassing van rechtsnormen is belast.¹⁰¹ Ook bestuursorganen zijn dus adressaat van artikel 94 Gw. Dat is van belang, omdat, zoals hierna nog zal blijken, de Uitleveringswet de bevoegdheid tot beslissen op het uitleveringsverzoek over de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie verdeelt, waarbij sommige oordelen zijn voorbehouden aan de Minister van Justitie.¹⁰²

Het primaat van het internationale recht brengt mee dat bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek steeds de bepalingen van het verdrag moeten worden toegepast, ongeacht of zij een ieder verbindend zijn in de zin van de artikel 93 en 94 Gw. Nu doen zich, zoals gezegd, regelmatig gevallen voor waarin de Uitleveringswet afwijkt van het toepasselijke verdrag. Die afwijking kent twee verschijningsvormen. In de eerste plaats kan het verdrag een ruimere verplichting tot uitlevering bevatten dan de Uitleveringswet. De kring van strafbare feiten waarvoor het verdrag tot uitlevering verplicht kan bijvoorbeeld ruimer zijn dan die van de Uitleveringswet.¹⁰³ Bovendien kan het voorkomen dat de Uitleveringswet één of meer weigeringsgronden benoemt die het verdrag niet bevat.¹⁰⁴ In de tweede plaats kan de Uitleveringswet een ruimere verplichting tot uitlevering bevatten dan het toepasselijke verdrag. De Uitleveringswet kan de kring van strafbare feiten die tot uitlevering kunnen leiden ruimer trekken dan het toepasselijke verdrag¹⁰⁵ of bevat op een bepaald punt niet een weigeringsgrond, terwijl het toepasselijke verdrag ter zake wel een weigeringsgrond bevat.¹⁰⁶

De uitleveringsverdragen omschrijven de verplichting tot uitlevering en de uitzonderingen op die verplichting op limitatieve wijze.¹⁰⁷ Vindt de afwijkende regeling van de Uitleveringswet geen grondslag in een bepaling van het verdrag of in een daarbij gemaakt voorbehoud,¹⁰⁸ dan is de toepassing van dat wettelijke voorschrift onverenigbaar met die van het verdrag. In een dergelijk geval is wel van belang of de verdragsbepaling een ieder verbindend is of niet. Alleen in het eerste geval vindt immers het afwijkende wettelijke voorschrift geen toepassing, indien die toepassing onverenigbaar zou zijn met de verdragsbepaling.

Dat veronderstelt wel dat het in de Uitleveringswet neergelegde wettelijke voorschrift inderdaad toepasselijk is op de beoordeling van een uitleveringsverzoek. Indien het wettelijke voorschrift niet ziet op die beoordeling, dan is het immers niet een voorschrift waarvan de *toepassing* onverenigbaar is met de een ieder verbindende verdragsbepaling. De

¹⁰¹ Fleuren 2004, p. 346-348.

¹⁰² Zie paragraaf 4.

¹⁰³ Vgl. art. 1 NL-GB (bevat m.b.t. executie-uitlevering geen vereiste ten aanzien van de duur van de opgelegde straf) met art. 5 lid 1 onder b UW (vereist een vrijheidsstraf van ten minste vier maanden).

¹⁰⁴ Zie art. 10 lid 2 UW (bijzondere hardheid); het BUV bevatte niet een dergelijke weigeringsgrond.

¹⁰⁵ Vgl. art. 2 lid 1 van het uitleveringsverdrag met Canada (bevat m.b.t. executie-uitlevering het vereiste dat de duur van het nog ten uitvoer te leggen deel van de straf ten minste zes maanden bedraagt) met art. 5 lid 1 onder b UW (vereist een vrijheidsstraf van ten minste vier maanden).

¹⁰⁶ Vgl. art. 7 lid 1 EUV (bevoegdheid tot weigering, indien het feit waarvoor de uitlevering wordt gevraagd naar de wetgeving van de aangezochte staat geheel of gedeeltelijk op zijn grondgebied is begaan). De Uitleveringswet kent een dergelijke weigeringsgrond niet.

¹⁰⁷ Zie bijv. art. 1 EUV: "The Contracting Parties undertake to surrender to each other, *subject to the provisions and conditions laid down in this Convention (...)*"; art. 1 BUV: "De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich om, *overeenkomstig de regels en onder de voorwaarden in de volgende artikelen bepaald*, elkaar wederzijds uit te leveren (...)".

¹⁰⁸ Zie paragraaf 2.2.4.

vraag is dus of de bepalingen van de Uitleveringswet - mede - zien op de beoordeling van een uitleveringsverzoek. De Uitleveringswet is tot stand gekomen onder de vigeur van art. 4 lid 2 Gw (oud). Deze bepaling luidde als volgt: “De wet regelt de algemene voorwaarden, op welke ten aanzien van de uitlevering van vreemdelingen verdragen kunnen worden gesloten”. De Uitleveringswet geeft uitvoering aan die opdracht. De in die wet opgenomen algemene voorwaarden zijn instructies aan de regering bij het sluiten van nieuwe uitleveringsverdragen. Onder de algemene voorwaarden zijn te verstaan die wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de verplichting tot uitlevering en op de uitzonderingen daarop, dat wil zeggen de in Hoofdstuk II van de Uitleveringswet opgenomen “Voorwaarden voor uitlevering”. De andere in de Uitleveringswet opgenomen voorschriften zijn - hoofdzakelijk -¹⁰⁹ van procedurele aard en vallen dus niet onder de reikwijdte van de instructie.¹¹⁰ Het te sluiten uitleveringsverdrag zal die voorschriften moeten reflecteren.¹¹¹ Die instructie is echter niet bindend, zoals volgt uit art. 3 UW. Op grond van deze bepaling moet de regering, indien zij een van de Uitleveringswet afwijkend uitleveringsverdrag *ter goedkeuring* aan de Staten-Generaal voorlegt, tevens een wetsvoorstel tot wijziging van de Uitleveringswet indienen. Daaruit volgt dat de regering dus wel een van de Uitleveringswet afwijkend verdrag mag sluiten, maar dan moet zij, voordat het verdrag voor Nederland verbindend wordt, zorg dragen voor aanpassing van de Uitleveringswet.

Art. 2 lid 3 van de huidige Grondwet bevat niet langer een uitdrukkelijke verplichting voor de wetgever om wettelijke voorschriften te stellen omtrent de in te sluiten uitleveringsverdragen op te nemen algemene voorwaarden voor uitlevering. De tweede volzin van art. 2 lid 3 Gw luidt immers: “Verdere¹¹² voorschriften omtrent uitlevering worden bij de wet gegeven”. In de wetsgeschiedenis van art. 2 lid 3 Gw ontbreekt echter elke beschouwing over dit verschil in formulering, zodat mag worden aangenomen dat geen verschil in rechtsgevolg ten opzichte van art. 4 lid 2 Gw (oud) is beoogd.¹¹³

De Hoge Raad is enige tijd de opvatting toegedaan geweest dat de Uitleveringswet voor wat betreft de voorwaarden voor uitlevering niet van belang was voor de beoordeling van uitleveringsverzoeken. Uit art. 4 lid 2 Gw (oud) en de wetsgeschiedenis van de Uitleveringswet leidde hij af dat bepalingen inzake de voorwaarden voor uitlevering uitsluitend instructies aan de regering bij het sluiten van verdragen bevatten en dus niet door *rechter* toe te passen voorschriften.¹¹⁴ Bezien vanuit het instructiekarakter van de

¹⁰⁹ Een uitzondering vormt art. 28 lid 2 UW, dat de rechtbank verplicht de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren, indien zij bevindt dat ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan het feit waarvoor zijn uitlevering is verzocht. Men zou ook deze bepaling als een algemene voorwaarde voor uitlevering kunnen beschouwen. Geen van de onder de vigeur van de Uitleveringswet gesloten verdragen bevat overigens een dergelijke voorwaarde. Zie hierna.

¹¹⁰ Zie bijv. art 23 lid 1 UW (de officier van justitie moet binnen drie dagen na ontvangst van het uitleveringsverzoek schriftelijk vorderen dat de rechtbank dat verzoek in behandeling neemt). Art. 2 UW neemt een uitzonderingspositie in. Het kan in redelijkheid niet de bedoeling zijn om de regering te verplichten in een nieuw uitleveringsverdrag op te nemen dat uitlevering slechts krachtens een verdrag kan geschieden.

¹¹¹ Zie Swart 1986, p. 52; Strijjards 1988, p. 68; Sjöcrona & Orië 2002, p. 99; Kortmann 2005, p. 424.

¹¹² Dat wil zeggen andere voorschriften dan het in de eerste volzin van art. 2 lid 3 Gw gegeven voorschrift dat uitlevering alleen krachtens verdrag kan geschieden.

¹¹³ Kortmann 1987, p. 68-69.

¹¹⁴ HR 22 juli 1974, NJ 1974, 501, m.nt. ThWvV; HR 15 februari 1977, NJ 1977, 619; HR 6 september 1977, NJ 1978, 499; HR 13 november 1979, NJ 1980, 98. Deze arresten betreffen de verhouding tussen het facultatieve voorbehoud inzake verstekvonnissen bij art. 1 EUV en de dwingend geformuleerde

Uitleveringswet moet dat in de opvatting van de Hoge Raad ook voor de Minister van Justitie hebben gegolden. Een bepaling van de Uitleveringswet die uitsluitend een richtsnoer voor de regering bij het sluiten van nieuwe verdragen bevat, kan immers in die opvatting niet tevens een door de Minister van Justitie bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek toe te passen wettelijk voorschrift opleveren. Op het - aanvechtbare -¹¹⁵ oordeel inzake het exclusieve instructie karakter van de voorwaarden voor uitlevering is

weigeringsgrond inzake verstekvonnissen van art. 5 lid 3 UW. De Hoge Raad paste zijn opvatting over het instructie karakter ook toe op gevallen waarin - naar de letter - sprake leek te zijn van onverenigbaarheid tussen een bepaling van het toepasselijke verdrag en een bepaling van de Uitleveringswet. Zo bevatte het bilaterale uitleveringsverdrag met Frankrijk (*Stb.* 1898, 113) ter zake van executie-uitlevering niet een voorwaarde met betrekking tot de duur van de opgelegde straf. Op grond van art. 5 lid 1 onder b UW wordt de uitlevering evenwel alleen toegestaan voor de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf van ten minste vier maanden. In cassatie werd betoogd dat de rechtbank art. 66 Gw (oud) - luidende: "Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn aangegaan" - had geschonden, doordat zij niet had onderzocht of art. 5 lid 1 onder b UW al dan niet verenigbaar was met één of meer bepalingen van het uitleveringsverdrag met Frankrijk en, zo ja, of deze bepaling(en) een ieder verbindend waren in de zin van art. 66 Gw (oud). De Hoge Raad overwoog dat aan dit middel - en aan de andere middelen - de stelling ten grondslag lag dat de toelaatbaarheid van de uitlevering mede aan de hand van art. 5 lid 1 onder b UW beoordeeld zou moeten worden. Die stelling bestempelde de Hoge Raad als onhoudbaar vanwege het instructie karakter van art. 5 lid 1 onder b UW. In die bepaling kon dan ook niet worden gevonden "een wettelijk voorschrift dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de gevraagde uitlevering *toepassing kan vinden*": HR 13 maart 1973, *NJ* 1973, 289, m.nt. WFP (mijn cursivering). In de overwegingen van de Hoge Raad ligt impliciet besloten dat art. 66 Gw (oud) niet zag op de onderhavige casus, omdat, een eventuele onverenigbaarheid daargelaten, geen sprake was van een *toepasselijk* wettelijk voorschrift. Art. 5 lid 1 onder b UW richtte zich immers in de opvatting van de Hoge Raad niet tot de uitleveringsrechter bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een concreet verzoek, maar alleen tot de regering bij het aangaan van nieuwe uitleveringsverdragen.

¹¹⁵ Tegen de opvatting van de Hoge Raad heeft Swart een aantal een steekhoudende bezwaren aangevoerd: Swart 1986, p. 74-76. In de eerste plaats sluit het instructie karakter van sommige bepalingen van de Uitleveringswet logischerwijze niet uit dat deze bepalingen ook van belang kunnen zijn voor de beoordeling van een concreet uitleveringsverzoek waar het toepasselijke verdrag die ruimte aan de nationale wetgeving laat. Het is bovendien niet consistent om bepalingen van de Uitleveringswet wel als maatstaf voor een concreet geval te beschouwen wanneer het toepasselijke verdrag het *uitdrukkelijk* aan de nationale wetgeving van de aangezochte staat overlaat of al dan niet wordt uitgeleverd, maar niet wanneer het toepasselijke verdrag dat *impliciet* doet door een facultatieve weigeringsgrond. (Zie voor een geval waarin het verdrag uitdrukkelijk verwijst naar de wetgeving van de aangezochte staat HR 10 oktober 1972, *NJ* 1973, 224, m.nt. CB (art. II lid 3 van het uitleveringsverdrag met Groot-Brittannië, volgens welke bepaling ter discretie van de aangezochte staat uitlevering *kan* worden toegestaan voor enig ander misdrijf, waarvoor *overeenkomstig de wetgeving van beide staten* toestemming tot uitlevering kon worden verleend; de Hoge Raad onderzocht of voor het misdrijf naar Brits en naar Nederlands recht toestemming tot uitlevering kon worden verleend); HR 21 december 2004, *LJN* AR7225 (art. 2 Aanvullend Protocol EUV dat de toepassing van ruimere nationale bepalingen inzake *ne bis in idem* toelaat en art. 9 lid 1 onder c UW: een onherroepelijke vrijspraak door een rechter in de verzoekende staat leidt tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering)). Als de bepalingen van de Uitleveringswet die "algemene voorwaarden" in de zin van art. 4 lid 2 Gw (oud) bevatten zich alleen tot de regering richten, dan valt verder niet te begrijpen waarom de Hoge Raad de uitleveringsrechter wel bevoegd acht de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren, indien ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld. Geen van de voor Nederland geldende uitleveringsverdragen kent namelijk op dit punt een - dwingende - voorziening. Een belangrijk argument tegen de opvatting van de Hoge Raad is ten slotte dat uit de wetsgeschiedenis van de Uitleveringswet waarop de Hoge Raad zich beriep, blijkt dat de wetgever wel van oordeel was dat de uitleveringsrechter respectievelijk de Minister van Justitie sommige weigeringsgronden in samenhang met

de Hoge Raad inmiddels teruggekeerd.¹¹⁶ De bepalingen van de Uitleveringswet inzake de voorwaarden voor uitlevering zijn dus - mede - wettelijke voorschriften die toepassing kunnen vinden bij de beoordeling van uitleveringsverzoeken.

Wanneer nu de toepassing van een dergelijk wettelijk voorschrift onverenigbaar zou zijn met een verdragsbepaling, zal die verdragsbepaling echter alleen dan voorgaan, indien deze als een ieder verbindend moet worden beschouwd. Dat roept de vraag op wanneer een verdragsbepaling een ieder verbindt in de zin van de Grondwet.

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 94 Gw blijkt dat de grondwetgever bij een ieder verbindende bepalingen heeft gedacht aan bepalingen die zich lenen voor rechtstreekse toepassing door de rechter. In het Spoorwegstakingenarrest¹¹⁷ heeft de Hoge Raad overwogen dat de intentie van de verdragsluitende staten niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of een bepaling een ieder verbindend is, wanneer noch uit de tekst noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag kan worden afgeleid dat de staten zijn overeengekomen dat een bepaling niet een ieder verbindend is. Beslissend is dan de inhoud van de bepaling zelf: “verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met een bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan gelden”. Indien een verdragsbepaling die betrekking heeft op een door de overheid jegens de burger te verrichten prestatie, te algemeen geformuleerd is of niet zodanig is gepreciseerd dat deze zich voor rechtstreekse toepassing leent, kan worden geoordeeld dat deze niet als objectief recht kan gelden en dat dus geen sprake is van een ieder verbindende bepaling in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw.¹¹⁸ Bij de beantwoording van de vraag of een verdragsbepaling een ieder verbindende werking heeft, is voorts van belang of deze bepaling rechtstreeks betrekking heeft op belangen van het individu dan wel uitsluitend belangen van de verdragsluitende staten raakt. Heeft de bepaling niet rechtstreeks betrekking op individuele belangen, dan is zij niet een ieder verbindend.¹¹⁹

de facultatieve weigeringsgronden uit het verdrag of met facultatieve voorbehouden daarbij als dwingende grond tot weigering van de uitlevering moest hanteren. Uit de wetsgeschiedenis volgt bijvoorbeeld dat art. 5 lid 3 UW aan het oorspronkelijke wetsvoorstel is toegevoegd om zeker te stellen dat de uitleveringsrechter in de in het voorbehoud bij art. 1 EUV bedoelde gevallen tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering zou komen: *Kamerstukken II 1965/66*, 8054, nr. 10, p. 6-7.

¹¹⁶ HR 22 januari 1980, *NJ* 1980, 414; HR 3 april 1984, *NJ* 1984, 724; HR 19 mei 1992, *NJ* 1992, 677. Al deze arresten hadden betrekking op de verhouding tussen het facultatieve voorbehoud bij art. 1 EUV inzake verstekvonnissen en het dwingend geformuleerde art. 5 lid 3 UW. Zie ook HR 5 oktober 2004, *LJN* AQ8806 (*a contrario*: Benelux uitleveringsverdrag en art. 5 lid 3 UW; nu Nederland bij het Benelux uitleveringsverdrag niet een voorbehoud met betrekking tot de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen heeft gemaakt, dient aan de bepalingen van dat verdrag voorrang te worden verleend boven art. 5 lid 3 UW). Zie ook HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 318 (impliciet: art. 8 EUV en art. 9 lid 1 onder a UW; uit art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW vloeit voort dat toepassing van art. 8 EUV alleen ter beoordeling van de Minister van Justitie staat); HR 25 januari 1983, *NJ* 1983, 353, m.nt. ThWvV (impliciet: art. 8 EUV en art. 9 lid 1 onder b UW; beroep op laatstgenoemde bepaling faalt, nu een informeel sepot niet onder de reikwijdte daarvan valt); HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 15 (impliciet: art. 6 EUV, de Nederlandse verklaring bij die bepaling en art. 4 lid 2 UW: het oordeel of met toepassing van art. 4 lid 2 UW een uitzondering kan worden gemaakt op de hoofdregel dat Nederlanders niet worden uitgeleverd, is voorbehouden aan de Minister van Justitie); HR 17 september 2002, *LJN* AE7297 (impliciet: voorbehoud bij art. 7 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst en art. 4 lid 2 UW; het oordeel over de terugkeergarantie is voorbehouden aan de Minister van Justitie).

¹¹⁷ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688. Zie over dit arrest *Fleuren* 2005, p. 107-111.

¹¹⁸ *Fleuren* 2004, p. 263.

¹¹⁹ *Fleuren* 2004, p. 304.

Volgens Swart lijdt het geen twijfel dat uitleveringsverdragen zich in beginsel lenen voor rechtstreekse toepassing door de rechter.¹²⁰ Bij de toepassing van artikel 94 Gw gaat het er echter niet om of een verdrag, maar of een concrete bepaling van een verdrag zich voor rechtstreekse toepassing leent. Dat zal dus van bepaling tot bepaling moeten worden bekeken. De meeste verdragsbepalingen die betrekking hebben op de voorwaarden voor uitlevering, zijn zodanig geformuleerd, dat zij zich inderdaad lenen voor rechtstreekse toepassing door de rechter dan wel dat zij zonder meer als objectief recht kunnen gelden. Bepalingen die voorschrijven dat bepaalde strafbare feiten tot uitlevering aanleiding geven, verplichten tot uitlevering indien het uitleveringsverzoek op een dergelijk feit betrekking heeft, behoudens de toepasselijkheid van een of meer weigeringsgronden. Zulke bepalingen roepen voor de opgeëiste persoon de verplichting in het leven de uitlevering te dulden. Bepalingen die dwingende weigeringsgronden inhouden, verbieden de uitlevering onder de in die bepalingen genoemde omstandigheden. Zulke bepalingen geven de opgeëiste persoon aanspraak op naleving van die verboden.¹²¹

Art. 8 lid 1 van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van Amerika en art. 4 lid 2 UW leveren een voorbeeld op van een van elkaar afwijkende verdragsbepaling en wettelijk voorschrift - in de variant dat het verdrag een ruimere verplichting tot uitlevering bevat dan de Uitleveringswet -, terwijl de toepassing van de wettelijke regeling onverenigbaar is met de ieder verbindende verdragsbepaling. Eerstgenoemde bepaling houdt het volgende in: "Ingeval er tussen de Verdragsluitende Partijen een verdrag van kracht is betreffende de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafrechtelijke sancties, kan geen van beide Verdragsluitende Partijen weigeren haar eigen onderdanen uit te leveren uitsluitend op grond van hun nationaliteit". Ingevolge art. 4 lid 2 UW blijft het in art. 4 lid 1 UW neergelegde verbod op uitlevering van Nederlanders buiten toepassing, "indien de uitlevering van een Nederlander is gevraagd ten behoeve van een tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek en naar het oordeel van Onze Minister is gewaarborgd dat, zo hij ter zake van de feiten waarvoor zijn uitlevering kan worden toegestaan in de verzoekende Staat tot onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt veroordeeld, hij deze straf in Nederland zal mogen ondergaan". Tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika is het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen¹²² van kracht, een verdrag dat de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafrechtelijke vrijheidsbenemende sancties door overbrenging van de gevonniste persoon van de Staat van veroordeling naar de Staat van tenuitvoerlegging regelt. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet, gelet op art. 94 Gw, art. 4 UW buiten toepassing blijven, indien art. 8 lid 1 van het verdrag met de Verenigde Staten van Amerika toepassing vindt.¹²³ Hij verwierp dan ook het cassatiemiddel dat de rechtbank art. 4 lid 2 UW had geschonden door geen garantie als bedoeld in die bepaling te vragen. In het oordeel van de Hoge Raad ligt besloten dat hij art. 8 lid 1 van het verdrag beschouwt als

¹²⁰ Swart 1986, p. 43.

¹²¹ Fleuren 2004, p. 324.

¹²² *Trb.* 1983, 74.

¹²³ HR 18 december 2001, *NJ* 2003, 315, m.nt. G.A.M. Strijards. De Uitleveringswet bevat nog een bepaling waarvan de toepassing onverenigbaar is met een ieder verbindende bepaling van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van Amerika. Zie art. 2 lid 2 onder a van dat verdrag (strafbedreiging met vrijheidsstraf van *meer dan één jaar*) en vergelijk met art. 5 lid 1 onder a UW (strafbedreiging met *ten minste één jaar* vrijheidsstraf). De Toelichtende Nota bij dit verdrag wijst er in dit verband op dat uit art. 66 Gw (oud) - de rechtsvoorganger van art. 94 Gw - voortvloeit dat bij de behandeling van een uitleveringsverzoek niet de bepalingen van de Uitleveringswet, maar die van het verdrag moeten worden toegepast. Zie *Kamerstukken* II 1981/82, 17 122 (R 1193), nr. 1, p. 3.

een ieder verbindende bepaling in de zin van art. 94 Gw. Art. 8 lid 1 sluit, onder de in die bepaling genoemde omstandigheid, weigering van uitlevering uitsluitend op grond van nationaliteit uit en roept dus, onder de in de bepaling genoemde omstandigheid en voor zover aan de voorwaarden van het verdrag is voldaan, een verplichting tot uitlevering van onderdanen van de aangezochte staat in het leven. In een dergelijk geval heeft de opgeëiste Nederlander zijn uitlevering aan de Verenigde Staten van Amerika te dulden. In dat oordeel ligt eveneens besloten dat art. 8 lid 1 van het verdrag geen ruimte biedt voor het vragen van de in art. 4 lid 2 UW bedoelde waarborg, met andere woorden dat de toepassing van art. 4 lid 2 UW onverenigbaar is met art. 8 lid 1 van het verdrag.¹²⁴ Ten slotte volgt uit het oordeel dat art. 4 lid 2 UW een wettelijk voorschrift is dat in de opvatting van de Hoge Raad ook bij de beoordeling van uitleveringsverzoeken toepassing kan vinden. Zou hij nog van mening zijn geweest dat art. 4 UW uitsluitend richtsnoeren voor de regering bevatte, dan was deze bepaling niet een wettelijk voorschrift geweest waarvan de toepassing onverenigbaar zou zijn met art. 8 lid 1 van het verdrag. In dat geval was immers niet van twee onderling conflicterende, voor de beoordeling van het uitleveringsverzoek relevante rechtsnormen sprake geweest, maar slechts van één rechtsnorm, te weten art. 8 lid 1 van het verdrag.

Een afwijking tussen de Uitleveringswet en de uitleveringsverdragen - in de variant dat de uitleveringsverdragen een ruimere verplichting tot uitlevering inhouden dan de Uitleveringswet - die op het eerste gezicht onverenigbaar lijkt met de toepassing van de een ieder verbindende bepalingen van verdragen, is neergelegd in art. 28 lid 2 UW. Indien de opgeëiste persoon beweert dat hij onverwijld kan aantonen dat hij onschuldig is aan het feit waarvoor de uitlevering is gevraagd, dan moet de rechtbank die bewering onderzoeken, zo zegt art. 26 lid 3 UW. Komt de rechtbank bij dat onderzoek tot de conclusie dat inderdaad geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan het feit waarvoor de uitlevering wordt gevraagd, dan moet zij ingevolge art. 28 lid 2 UW de uitlevering ontoelaatbaar verklaren. Geen van de uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is, bevat een overeenkomstige weigeringsgrond. Bovendien heeft Nederland op dit punt geen voorbehouden gemaakt. Men zou dus kunnen menen dat art. 94 Gw in de weg staat aan toepassing van artikel 28 lid 2 UW, gegeven het limitatieve karakter van de verdragsrechtelijke weigeringsgronden. Toch heeft de uitleveringsrechtspraak steeds aangenomen dat de uitlevering van een kennelijk onschuldige persoon ontoelaatbaar is. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat uitlevering van een persoon wiens onschuld is

¹²⁴ Men zou overigens kunnen betogen dat het *niet* onverenigbaar is met art. 8 lid 1 van het verdrag om de in art. 4 lid 2 UW bedoelde waarborg aan de Amerikaanse autoriteiten te *vragen*. Geven de Amerikaanse autoriteiten immers deze waarborg, dan is van *weigering* uitsluitend op grond van de nationaliteit van de opgeëiste persoon geen sprake. Geven de Amerikaanse autoriteiten niet de bedoelde waarborg, dan is weigering van de uitlevering op grond van art. 4 lid 2 UW niet een weigering *uitsluitend* op grond van de nationaliteit van de opgeëiste persoon, zo zou men kunnen betogen. Geweigerd wordt dan immers vanwege het ontbreken van de waarborg. Vgl. in dit verband art. 3 lid 1 van het uitleveringsverdrag met Canada ("Een verzoek om uitlevering (...) wordt niet afgewezen uitsluitend op grond van de nationaliteit van de opgeëiste persoon"). De Memorie van Toelichting houdt ten aanzien van deze bepaling o.m. in: "Het eerste lid is in overeenstemming met artikel 4, tweede lid, van de Uitleveringswet dat uitlevering van Nederlandse onderdanen ter fine van vervolging toestaat mits is gewaarborgd dat de opgeëiste persoon, wanneer hij terzake van de feiten waarvoor de uitlevering kan worden toegestaan in de verzoekende Staat tot onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt veroordeeld, deze straf in Nederland zal mogen ondergaan. (...) Indien Canada de garantie in een concreet geval niet geeft, zal de uitlevering worden geweigerd. Zulk een weigering is niet in strijd met het eerste lid, omdat zij gebaseerd zal zijn op het uitblijven van de gevraagde garantie en niet uitsluitend op grond van het feit dat de opgeëiste persoon de Nederlandse nationaliteit heeft" (*Kamerstukken II 1989/90, 21 482 (R 1384), nr. 3, p. 3-4*).

gebleken zich niet verhoudt tot de strekking van de rechtsfiguur uitlevering. Uitlevering dient een strafrechtelijk doel. Dat doel kan niet gediend zijn met de uitlevering van een persoon van wie al aanstonds vaststaat dat hij onschuldig is, zodat in een dergelijk geval geen verplichting tot uitlevering bestaat.¹²⁵ In deze redenering is de afwijking louter kosmetisch: art. 28 lid 2 UW is in overeenstemming met de geest van de uitleveringsverdragen, zodat van een met het toepasselijke verdrag onverenigbaar wettelijk voorschrift dan ook geen sprake is.

Een afwijking tussen de Uitleveringswet en het toepasselijke verdrag - in de variant dat de Uitleveringswet een ruimere verplichting tot uitlevering bevat dan het verdrag - openbaart zich op het gebied van de zogenaamde territorialiteitsexceptie. Op grond van art. 7 lid 1 EUV kan de aangezochte staat "refuse to extradite a person claimed for an offence which is regarded by its law as having been committed in whole or in part in its territory or in a place treated as its territory". De Uitleveringswet bevat niet een dergelijke weigeringsgrond. Hier rijst de vraag of een bepaling die een facultatieve weigeringsgrond inhoudt een ieder verbindend in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw kan zijn. Verdedigbaar is dat de omstandigheid dat de verdragsbepaling de staat de vrijheid geeft om al dan niet uit te leveren nog niet meebrengt dat zij niet een ieder verbindende bepaling oplevert. De rechter kan die beleidsvrijheid immers normeren in het kader van de beoordeling of de Staat jegens de opgeëiste persoon onrechtmatig handelt door die weigeringsgrond in het concrete geval niet toe te passen.¹²⁶ Gesteld dat aan een dergelijke bepaling een ieder verbindend karakter toekomt, dan kan hier van onverenigbare toepassing van een wettelijke voorschrift in de zin van art. 94 Gw geen sprake zijn. De Uitleveringswet bevat op dit punt immers geen bepalingen. Het al dan niet toepassen van art. 7 lid 1 EUV berust dan op art. 93 Gw. Overigens kan men met betrekking tot facultatieve bepalingen van verdragen als art. 7 EUV betogen dat niet direct van belang is of deze nu al dan niet een ieder verbindend karakter hebben. Ook indien men het een ieder verbindende karakter aan dergelijke bepalingen ontzegt, gelden deze toch binnen de Nederlandse rechtsorde. De toepassing van art. 7 lid 1 EUV is voorbehouden aan de Minister van Justitie. De beslissing van de Minister van Justitie om gevolg te geven aan het uitleveringsverzoek - en dus om weigering op grond van art. 7 lid 1 EUV, waar toepasselijk, achterwege te laten -, kan in kort geding uit hoofde van een actie uit onrechtmatige daad worden aangevochten. In dat kader kan dus worden aangevoerd dat het niet toepassen van art. 7 EUV onrechtmatig is jegens de opgeëiste persoon.¹²⁷

Een afwijking tussen de Uitleveringswet en het toepasselijke verdrag doet zich ook voor, wanneer het toepasselijke verdrag een facultatieve weigeringsgrond bevat dan wel wanneer Nederland een facultatief voorbehoud bij dat verdrag heeft gemaakt, terwijl de Uitleveringswet op dit punt een dwingende weigeringsgrond bevat. Dan is sprake van een *species* van de variant dat het verdrag een ruimere verplichting tot uitlevering bevat dan de Uitleveringswet: het verdrag verplicht dan niet tot toepassing van de weigeringsgrond, maar de Uitleveringswet wel. Een voorbeeld levert het hiervoor in par. 2.2.4 aangehaalde facultatieve voorbehoud bij artikel 1 EUV op, volgens hetwelk Nederland de uitlevering voor de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk verstekvonnis *mag* weigeren, indien de opgeëiste persoon zijn in artikel 6 lid 3 onder c EVRM bedoelde verdedigingsrechten niet heeft kunnen uitoefenen. Artikel 5 lid 3 UW bepaalt dat de uitlevering voor de

¹²⁵ Zie Swart 1986, p. 427-428 en Keijzer 1989, p. 184.

¹²⁶ Vgl. Fleuren 2004, p. 287, nt. 179.

¹²⁷ Zie bijv. Voorzieningenrechter Rb. '-Gravenhage 1 februari 2005, *LJN* AS4819.

tenuitvoerlegging van een verstekvonnis *alleen dan* kan worden toegestaan, indien de opgeëiste persoon in voldoende mate in de gelegenheid is geweest of alsnog in de gelegenheid zal worden gesteld om zijn verdediging te voeren. Gesteld dat het facultatieve voorbehoud een ieder verbindend is, dan is weigering van de uitlevering op grond van art. 5 lid 3 UW niet onverenigbaar met het verdrag. Het verdrag staat immers in dit geval de weigering van de uitlevering toe. Wel is in dit geval de verhouding tussen het toepasselijke verdrag en de Uitleveringswet aan de orde: *moet* de bevoegde instantie - de uitleveringsrechter of de Minister van Justitie - de uitlevering weigeren op grond van de dwingende nationale bepaling? Nu de Uitleveringswet voor wat betreft de voorwaarden voor uitlevering mede betekenis heeft voor de beoordeling van uitleveringsverzoeken, moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. De bevoegde instantie moet de uitlevering weigeren op grond van het facultatieve voorbehoud in samenhang met het dwingend geformuleerde art. 5 lid 3 UW. Ook hier kan men betogen dat het al dan niet een ieder verbindende karakter van het voorbehoud niet direct van belang is. Ook niet een ieder verbindende verdragsbepalingen gelden binnen de Nederlandse rechtsorde en moeten of mogen - afhankelijk van de dwingende of facultatieve formulering - worden toegepast door de bevoegde Nederlandse autoriteit. Art. 5 lid 3 UW dwingt de bevoegde autoriteit tot die toepassing en geeft de opgeëiste persoon daarop aanspraak.

Concluderend kan over de doorwerking van uitleveringsverdragen in de Nederlandse rechtsorde en hun verhouding tot de Uitleveringswet het volgende worden vastgesteld:

- (1) voor Nederland bindende uitleveringsverdragen gelden binnen de Nederlandse rechtsorde, ongeacht of de bepalingen daarvan een ieder verbindend zijn in de zin van de artikel 93 en 94 Gw;
- (2) de bepalingen van de Uitleveringswet die zien op de voorwaarden voor uitlevering bevatten niet alleen richtsnoeren voor de regering bij het sluiten van nieuwe verdragen, maar hebben ook op betrekking op de beoordeling van uitleveringsverzoeken;
- (3) indien de Uitleveringswet een voorwaarde voor uitlevering bevat die onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling, gaat echter ingevolge art. 94 Gw de verdragsbepaling voor. Anders gezegd: de bepalingen van de Uitleveringswet kunnen alleen toepassing vinden, voor zover de een ieder verbindende verdragsbepalingen daartoe ruimte bieden;
- (4) indien het verdrag een ieder verbindende voorwaarde voor uitlevering bevat die de Uitleveringswet niet kent, moet of mag - afhankelijk van de dwingende of facultatieve formulering - de verdragsbepaling worden toegepast;
- (5) indien het verdrag een facultatieve voorwaarde voor uitlevering bevat, terwijl de Uitleveringswet op dat punt een dwingende voorwaarde inhoudt, moet de uitlevering worden geweigerd op grond van de verdragsbepaling in samenhang met de bepaling van de Uitleveringswet.

II.3.3.2 De Uitleveringswet: inhoud en functies

De Uitleveringswet bestaat uit vijf hoofdstukken. Hoofdstuk I bevat de definities van bepaalde begrippen, zoals het begrip “uitlevering” en het begrip “opgeëiste persoon”. Hoofdstuk II somt de voorwaarden voor uitlevering op. Hoofdstuk III regelt de procedure van de behandeling van een uitleveringsverzoek.¹²⁸ Hoofdstuk IV bevat bepalingen over andere vormen van rechtshulp dan uitlevering die Nederland desgevraagd kan verlenen, zoals de overdracht aan de verzoekende staat van onder de opgeëiste persoon in beslag genomen goederen. Hoofdstuk V houdt de slotbepalingen in. In dit hoofdstuk treffen we - onder meer - bepalingen over de (uitvoerbaarheid van) bevelen tot vrijheidsbeneming aan.

De Uitleveringswet heeft een driedelige functie. De eerste en tweede functie zijn hiervoor in paragraaf 3.3.1 al ter sprake gekomen. Hoofdstuk II van de Uitleveringswet dient *in de eerste plaats* als richtsnoer voor de Nederlandse regering bij het sluiten van uitleveringsverdragen. De in de Uitleveringswet opgenomen instructie aan de regering heeft - tot op zekere hoogte - een waarborgfunctie: de regering is in beginsel gebonden aan de voordien op democratische wijze tot stand gekomen regels over uitlevering. Art. 3 UW scherpt de Nederlandse onderhandelaars en de wetgever in “om zich in voorkomende gevallen goed te beraden omtrent de aanvaardbaarheid van verdragsbepalingen die van de wettelijke afwijken”.¹²⁹ Sluit de regering desondanks een verdrag dat van de wettelijke bepalingen afwijkt, bijvoorbeeld omdat verdergaande ontwikkelingen in het internationale uitleveringsrecht daartoe aanleiding geven, dan moet zij met het verdrag een voorstel tot aanpassing van de Uitleveringswet aan het oordeel van de Staten-Generaal onderwerpen. Ook in de omstandigheid dat de in de Uitleveringswet neergelegde vereisten alleen *minimumvoorwaarden* betreffen,¹³⁰ kan men die waarborgfunctie herkennen. De Uitleveringswet staat namelijk niet in de weg aan het sluiten van uitleveringsverdragen waarin *ruimere beperkingen op de verplichting tot uitlevering* zijn opgenomen dan in de Uitleveringswet.¹³¹ Juist vanwege art. 3 UW moet men anderzijds de betekenis van de Uitleveringswet als instructie aan de regering in het algemeen en als waarborg in het bijzonder niet al te hoog inschatten.¹³² Daarbij komt dat sinds de inwerkingtreding van de Uitleveringswet verschillende uitleveringsverdragen voor Nederland van kracht zijn geworden die van de Uitleveringswet afwijken, zonder dat dit tot aanpassing van die wet heeft geleid.¹³³

¹²⁸ Zie nader par. 2.4.

¹²⁹ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 2, r.k..

¹³⁰ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 10, r.k..

¹³¹ Zie bijv. *Kamerstukken II* 1981/82, 17 122 (R 1993), nr. 1, p. 3 (ten aanzien van art. 2 lid 2 onder a van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van Amerika dat, in afwijking van art. 5 lid 1 onder a UW, een strafbedreiging met *meer dan één* jaar vrijheidsstraf eist) en *Kamerstukken II* 1989/90, 21 482 (R 1384), nr. 3, p. 1 (ten aanzien van art. 2 lid 1 van het uitleveringsverdrag met Canada dat, in afwijking van art. 5 lid 1 onder a UW, eveneens een strafbedreiging met *meer dan één* jaar vrijheidsstraf eist). Hoewel de toepassing van artikel 5 lid 1 onder a UW dus onverenigbaar is met beide ieder verbindende bepalingen, is geen sprake van een afwijking in de zin van art. 3 UW die tot aanpassing van de Uitleveringswet noopt.

¹³² Zie Strijards 1988, p. 68-69 en zijn noot bij HR 18 december 2001, *NJ* 2003, 315.

¹³³ Swart 1986, p. 53. Zo heeft de regering in art. 8 lid 1 van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van Amerika geen aanleiding gezien een wetsvoorstel tot aanpassing van de Uitleveringswet in te dienen.

De Uitleveringswet heeft *in de tweede plaats*, voor zover een verdrag naar het nationale recht verwijst of voor de toepassing daarvan de ruimte laat, aanvullende betekenis voor de beoordeling van een concreet uitleveringsverzoek.

In de derde plaats regelt de Uitleveringswet de procedures waarin over een uitleveringsverzoek wordt beslist, de vrijheidsbeneming van de opgeëiste persoon hangende die procedure en andere vormen van rechtshulp dan uitlevering die ten behoeve van de verzoekende staat kunnen worden geleverd, zoals de afgifte aan de verzoekende staat van onder de opgeëiste persoon in beslag genomen voorwerpen. De uitleveringsverdragen bevatten doorgaans geen of slechts summierse bepalingen over deze onderwerpen.

II.4 Procedure

II.4.1 Inleiding

Nu dit proefschrift zich concentreert op de materiële verschillen tussen uitlevering en overlevering, zal niet diepgaand op de uitleveringsprocedure worden ingegaan. In deze paragraaf zal worden volstaan met een globale en summierse schets van de uitleveringsprocedure, waarbij de nadruk ligt op het raakvlak met de weigeringsgronden.

De Uitleveringswet voorziet in een behandeling van het uitleveringsverzoek in drie stadia. Het eerste stadium vangt aan met de ontvangst van het uitleveringsverzoek. De Minister van Justitie ontvangt - al dan niet door tussenkomst van zijn ambtgenoot van Buitenlandse Zaken¹³⁴ - het uitleveringsverzoek. Indien hij meteen van oordeel is dat het verzoek niet kan worden ingewilligd, wijst hij het af.¹³⁵ In het overige geval stelt de Minister van Justitie het verzoek in handen van de bevoegde officier van justitie. Deze maakt het verzoek aanhangig bij de rechtbank.¹³⁶ Daarmee vangt het tweede stadium van de behandeling aan: de beoordeling van het uitleveringsverzoek door de uitleveringsrechter. In het derde stadium beslist de Minister van Justitie, nadat de uitspraak van de uitleveringsrechter onherroepelijk is geworden, op het uitleveringsverzoek.

Met de beslissing van de Minister van Justitie eindigt de eigenlijke uitleveringsprocedure. Het uitleveringsverzoek kan dan nog een vierde, niet in de Uitleveringswet voorziene stadium doorlopen. Tegen de beslissing van de Minister van Justitie kan de opgeëiste persoon namelijk bij de civiele rechter in kort geding opkomen.

II.4.2. Rechtspositie opgeëiste persoon

Bij (de behandeling van) een concreet uitleveringsverzoek zijn drie actoren betrokken. De (autoriteiten van de) staat die het uitleveringsverzoek heeft gedaan, de verzoekende staat. De (autoriteiten van de) staat waaraan het uitleveringsverzoek is gericht, de aangezochte staat. En, ten slotte, de persoon op wie het uitleveringsverzoek betrekking heeft, de opgeëiste persoon.

¹³⁴ Dat is afhankelijk van het toepasselijke verdrag. Schrijft het verdrag indiening van het verzoek “langs diplomatieke weg” voor, dan dient de in Nederland geaccrediteerde vertegenwoordiger van de verzoekende staat het uitleveringsverzoek in bij de Minister van Buitenlandse Zaken. Deze doet het verzoek vervolgens toekomen aan de Minister van Justitie. Zie Swart 1986, p. 406.

¹³⁵ Art. 20 lid 1 UW.

¹³⁶ Art. 23 lid 1 UW.

De betrokken staten hebben zich bij verdrag over en weer verplicht tot uitlevering, behoudens uitzonderingen. Hier rijzen ten aanzien van de opgeëiste persoon twee vragen. Ten eerste: kent het verdrag rechten toe aan de opgeëiste persoon? Ten tweede: kan de opgeëiste persoon zich op het verdrag beroepen ter afwering van de verzochte uitlevering? De beantwoording van deze vragen valt niet geheel samen.

De eerste vraag heeft betrekking op het niveau van het internationale recht. Naar hedendaags internationaal recht zijn individuen in beperkte mate rechtssubject. Op hen rust een aantal verplichtingen uit het internationale humanitaire recht. Daarnaast kennen sommige verdragen rechten toe aan individuen.¹³⁷ Ook indien zou moeten worden geoordeeld dat de uitzonderingen op de verplichting tot uitlevering geen rechten aan opgeëiste personen toekennen, zou vervolgens nog moeten worden bezien of de opgeëiste persoon op grond van het nationale recht die uitzonderingen kan invoeren. Daarop ziet de tweede vraag.

Vanuit Nederlands perspectief is discussie over de rechtssubjectiviteit van de opgeëiste persoon van weinig belang. Ongeacht of een uitleveringsverdrag aan een individu rechten toekent, kan hij zich immers in de Nederlandse uitleveringsprocedure op de weigeringsgronden uit het toepasselijke verdrag beroepen, zoals hiervoor in par. 3.3.1 is gebleken. Uit de artikelen 93 en 94 Gw volgt dat een ieder verbindende bepalingen van uitleveringsverdragen binnen de Nederlandse rechtsorde gelden en dat daarmee strijdende nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing dienen te blijven. Bovendien bepalen de artikelen 2 lid 3 Gw en 2 UW dat uitlevering alleen plaatsvindt krachtens verdrag, zodat in de uitleveringsprocedure de bepalingen van het toepasselijke verdrag moeten worden nageleefd.

II.4.3 Karakter procedure

Zoals ik hiervoor in paragraaf 2.3 heb uiteengezet, dient de uitlevering een strafrechtelijk doel: hetzij strafvervolging in de verzoekende staat hetzij tenuitvoerlegging van een al opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel in de verzoekende staat. De uitlevering hangt dus nauw samen met (de uitkomst van) het strafproces in de verzoekende staat. Dat betekent evenwel niet dat de procedure waarin over uitlevering wordt beslist een strafrechtelijke procedure is.

In de uitleveringsprocedure wordt onderzocht of aan de verdragsrechtelijke - en, voor zover het verdrag dat toelaat, wettelijke - voorwaarden voor uitlevering is voldaan. Hoewel die voorwaarden - grotendeels - strafrechtelijke kwesties betreffen (bijv. *ne bis in idem* of verjaring), nopen zij niet tot een - met art. 350 Sv overeenkomend - onderzoek naar de vragen of de opgeëiste persoon inderdaad het feit waarvoor zijn uitlevering ter fine van strafvervolging wordt gevraagd heeft begaan, of dat feit en de opgeëiste persoon strafbaar zijn en of aan de opgeëiste persoon een straf of maatregel en, zo ja, welke straf of maatregel moet worden opgelegd. Indien het uitleveringsverzoek tot *strafvervolging* strekt, staat een en ander uitsluitend ter beoordeling van de rechter in de verzoekende staat. Strekt het uitleveringsverzoek tot *tenuitvoerlegging* van een vrijheidsbenemende straf of maatregel,

¹³⁷ Cassese 2005, p. 150. Cassese wijst in dit verband op het door sommige verdragen gegeven individuele klachtrecht inzake schending van mensenrechten. Zie ook het LaGrand-arrest van het Internationale Gerechtshof, waarin werd bepaald dat artikel 36, eerste lid, van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen individuele rechten creëert. Zie IGH 27 juni 2001 (LaGrand (Duitsland/Verenigde Staten van Amerika)).

dan heeft de rechter in de verzoeker staat al - onherroepelijk -¹³⁸ over schuld, strafbaarheid en sanctieoplegging geoordeeld. In de uitleveringsprocedure moet dan worden uitgegaan van de juistheid van dat oordeel.¹³⁹

Dat in de uitleveringsprocedure steeds onderzocht moet worden of het in het uitleveringsverzoek genoemde feit ook naar Nederlands recht een strafbaar feit oplevert,¹⁴⁰ lijkt wellicht met het voorgaande in tegenspraak, maar is dat niet. Het gaat hier namelijk om een onderzoek van een fundamenteel andere aard dan het in het kader van een Nederlands strafproces op grond van art. 350 Sv te verrichten onderzoek naar de strafbaarheid van het feit. Het oordeel dat het bewezen verklaarde feit volgens de wet een strafbaar feit oplevert, vormt een noodzakelijke voorwaarde voor een eventuele sanctieoplegging. Het onderzoek naar de strafbaarheid van het bewezen verklaarde feit in de Nederlandse strafprocedure vloeit dan ook voort uit het in de artikelen 7 lid 1 EVRM, 16 Gw en 1 lid 1 Sr neergelegde beginsel dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Het oordeel in de uitleveringsprocedure dat het feit zoals beschreven in het uitleveringsverzoek naar Nederlands recht een strafbaar feit oplevert, dient echter niet als opmaat voor een eventuele sanctieoplegging in Nederland of in de verzoekende staat. De sanctieoplegging is immers voorbehouden aan de rechter in de verzoekende staat. Het onderzoek naar de strafbaarheid van het feit in de uitleveringsprocedure beoogt slechts te voorkomen dat Nederland zou meewerken aan de handhaving door de verzoekende staat van normen die met de Nederlandse rechtsopvattingen in strijd zijn of waarbij naar Nederlandse rechtsopvatting een strafsancie misplaatst wordt geacht.¹⁴¹ Uit die ratio vloeit voort dat de strafbaarheid van het feit naar Nederlands recht beoordeeld wordt aan de hand van het recht zoals dat ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek geldt.¹⁴² Dat is niet in strijd met het legaliteitsbeginsel. De beslissing tot uitlevering levert namelijk niet een veroordeling in de zin van art. 7 lid 1 EVRM op,¹⁴³ evenmin is sprake van bestraffing in de zin van de artikelen 16 Gw en 1 lid 1 Sr.

¹³⁸ Indien het vonnis nog niet onherroepelijk is, kan het uitleveringsverzoek worden verstaan als een verzoek dat strekt tot strafvervolgning; zie bijv. HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 640; HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 586; HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 574.

¹³⁹ HR 31 januari 2006, *NJ* 2006, 125. De Hoge Raad overweegt dat de *uitleveringsrechter* moet uitgaan van de juistheid van de buitenlandse veroordeling, maar deze opvatting geldt evenzeer voor de Minister van Justitie.

¹⁴⁰ Zie bijv. art. 2 lid 1 EUV.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 11, r.k.. Zie nader Hoofdstuk VII.

¹⁴² HR 16 januari 1973, *NJ* 1973, 281, m.nt. CB; HR 28 juni 1977, *NJ* 1978, 438; HR 20 september 1993, *NJ* 1995, 186, m.nt. AHJS; HR 8 juli 2003, *LJN* AE5288; HR 20 mei 2008, *LJN* BD1852. In het eerstgenoemde arrest hanteert de Hoge Raad als criterium “ten tijde van het verzoek tot en de beslissing omtrent de uitlevering”, in de latere arresten spreekt hij van “ten tijde van de beslissing van de rechter omtrent de toelaatbaarheid van de uitlevering” dan wel van “ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek”.

¹⁴³ ECRM 6 juli 1976, nr. 7512/76, *D&R* 6, p. 185 (het begrip “guilty” als bedoeld in art. 7 lid 1 EVRM ziet niet op de beslissing tot uitlevering die tot een veroordeling kan leiden; deze beslissing van de Commissie betreft het uitleveringsverzoek waarop ook het arrest HR 16 januari 1973, *NJ* 1973, 281, m.nt. CB ziet (vorige noot); in de “summary of the relevant facts” wordt abusievelijk gesproken van “Swedish legislation” in plaats van “Dutch legislation”); ECRM 6 maart 1991, nr. 12192/86 (de zinsnede “nul ne peut être condamné” in art. 7 lid 1 EVRM heeft betrekking op “un processus complet d’examen de la culpabilité ou de l’innocence d’un individu accusé d’une infraction” en niet op de vraag of een individu al dan niet uitgeleverd mag worden).

Dat de uitleveringsrechter de uitlevering op grond van art. 28 lid 2 UW ontoelaatbaar moet verklaren, indien ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld, vormt een uitzondering op de regel dat de rechter in de verzoekende staat bij uitsluiting bevoegd is te oordelen of de opgeëiste persoon inderdaad het feit heeft begaan. Het is echter een zeer beperkte uitzondering. In de eerste plaats ontstaat voor de uitleveringsrechter pas de verplichting tot onderzoek, indien de opgeëiste persoon beweert “dat hij *onverwijld* kan *aantonen* niet schuldig te zijn aan de feiten waarvoor zijn uitlevering is gevraagd”.¹⁴⁴ De uitleveringsrechter is dan ook niet verplicht ambtshalve een onderzoek in te stellen.¹⁴⁵ In de tweede plaats staat niet ter beoordeling of er voldoende aanwijzingen voorhanden zijn voor de schuld van de opgeëiste persoon,¹⁴⁶ maar of sprake is van een evident geval van onschuld.¹⁴⁷ De onschuldbewering kan dan ook alleen slagen, indien de uitleveringsrechter “onverwijld - dat wil zeggen *zonder diepgaand onderzoek vergelijkbaar met dat in het strafgeding zelve* - tot de overtuiging komt dat geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld”.¹⁴⁸

Ook uit de van de normale strafprocedure afwijkende inrichting van de uitleveringsprocedure blijkt dat deze niet een strafrechtelijke procedure in eigenlijke zin is. Tot de stukken die de verzoekende staat bij het uitleveringsverzoek moet overleggen, behoort niet het buitenlandse strafdossier.¹⁴⁹ De opgeëiste persoon heeft in de uitleveringsprocedure niet de status van een verdachte, omdat hij in die procedure niet terecht staat voor het feit waarvoor de uitlevering wordt gevraagd. Hem hoeft dan ook niet de cautie te worden gegeven.¹⁵⁰ Nu de opgeëiste persoon niet terecht staat, heet de zitting waarop de uitleveringsrechter de toelaatbaarheid van het uitleveringsverzoek onderzoekt niet een terechtzitting, maar een zitting en de beslissing die de uitleveringsrechter naar aanleiding van dat onderzoek neemt niet een vonnis, maar een uitspraak.

Gezien het voorgaande hoeft het niet te verbazen dat de uitleveringsprocedure niet valt onder het bereik van de “criminal limb” van art. 6 lid 1 EVRM. In de uitleveringsprocedure is geen sprake van de “determination (...) of any criminal charge” als bedoeld in die bepaling.¹⁵¹

¹⁴⁴ Art. 26 lid 3 UW (mijn cursivering).

¹⁴⁵ Van Veen 1987, p. 628.

¹⁴⁶ Zie over voldoende aanwijzing van schuld bij v. HR 30 augustus 1967, *NJ* 1968, 41, m.nt. Van Eck; HR 7 februari 1978, *NJ* 1978, 662; HR 3 november 1981, *NJ* 1982, 125; HR 22 oktober 1996, *DD* 97.057.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 6, l.k..

¹⁴⁸ Zie bijv. HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 634 (mijn cursivering); HR 18 april 1989, *NJ* 1990, 63; HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 206. In geval van executie-uitlevering kan de ontoelaatbaarheid alleen worden uitgesproken, indien sprake is van een kennelijke misslag: HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 619; HR 1 oktober 1991, *DD* 92.041; HR 12 mei 1992, *DD* 92.324; HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457.

¹⁴⁹ Zie bijv. art. 12 EUV.

¹⁵⁰ Art. 29 lid 1 UW verklaart art. 273 lid 2 Sv niet van overeenkomstige toepassing.

¹⁵¹ Zie bijv. ECRM 18 december 1963, nr. 1918/63, *YB* 6, p. 492; ECRM 15 december 1983, nr. 10227/82, *D&R* 37, p. 93; ECRM 12 maart 1984, nr. 10479/83, *D&R* 37, p. 158; ECRM 2 maart 1987, nr. 11663/85; ECRM 11 maart 1989, nr. 13930/88, *D&R* 60, p. 272; ECRM 5 december 1989, nr. 15776/89, *D&R* 64, p. 264; ECRM 8 februari 1990, nr. 11683/85, *D&R* 64, p. 52; ECRM 6 maart 1991, nr. 12192/86; ECRM 7 maart 1991, nr. 17518/90; ECRM 5 juli 1994, nr. 24132/94; ECRM 4 september 1995, nr. 25342/94, *D&R* 82-B, p. 134; ECRM 17 januari 1996, nr. 22001/93 (Cesky/Italië); ECRM 21 mei 1997, nr. 31686/96 (Kosonen/Portugal); EHRM 16 april 2002, nr. 65964/01 (Peñafiel Salgado/Duitsland); EHRM 18 april 2002, nr. 72032/01 (Aronica/Duitsland); EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99, *NJ* 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije); EHRM 26 mei 2005, nr. 45097/04 (Parlanti/Duitsland); EHRM 10 augustus 2006, nr. 24668/03 (Olaechea Cahuas/Spanje);

Die “determination” is het onderzoek waarin de schuld of onschuld wordt vastgesteld van de betrokken persoon aan het feit waarvan hij wordt verdacht. Afhankelijk van het doel van de verzochte uitlevering (tenuitvoerlegging of strafvervolging), heeft die “determination” al plaatsgevonden of zal zij, na uitlevering, alsnog plaatsvinden. Aan de opgeëiste persoon komen in de uitleveringsprocedure dan ook niet de verdedigingsrechten van art. 6 lid 3 EVRM toe.¹⁵² Hij is immers niet “charged with a criminal offence” in de zin van die bepaling.

Ook de in art. 6 lid 2 EVRM neergelegde onschuldpresumptie heeft uitsluitend betrekking op personen “charged with a criminal offence”. Nu in de uitleveringsprocedure geen sprake is van een “determination (...) of any criminal charge” in de zin van art. 6 lid 1 EVRM en de opgeëiste persoon in die procedure dus niet “charged with a criminal offence” is in de zin van art. 6 lid 3 EVRM, zou men wellicht verwachten dat de opgeëiste persoon in de uitleveringsprocedure evenmin een beroep op art. 6 lid 2 EVRM toekomt. Toch kan deze bepaling van toepassing zijn in de uitleveringsprocedure, zo blijkt uit het arrest *Ismoilov* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.¹⁵³ In deze zaak had de *First Deputy Prosecutor General of the Russian Federation* de uitlevering van *Ismoilov* c.s. aan Oezbekistan toegestaan ter fine van strafvervolging. In de uitleveringsbeslissingen werd telkens onder meer overwogen dat de betrokkene moest worden uitgeleverd, omdat hij “acting in a criminal conspiracy and being a member of the religious extremist party Hizbut-Tahrir al-Islami, committed the following offences”, waarna een opsomming volgde van de strafbare feiten waarvoor de uitlevering werd toegestaan. Het *Ivanovo Regional Court* verwierp de stelling dat die beslissingen art. 6 lid 2 EVRM zouden schenden met de overwegingen dat in de uitleveringsprocedure de schuld van de betrokkenen niet ter beoordeling stond, dat de beslissingen alleen de beschuldigingen tegen de betrokkenen beschreven en dat zij geen bevindingen bevatten ten aanzien van hun schuld of onschuld. Het Europees Hof bracht de in de uitleveringsbeslissingen voorkomende uitlatingen in

EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (Cenaj/Griekenland en Albanië); EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (*Ismoilov* e.a./Rusland); EHRM 30 maart 2010, nr. 22142/07 (Cipriani/Italië); EHRM 20 oktober 2010, nr. 18358/07 (Mamilov/Polen); EHRM 11 oktober 2011, nr. 68476/10 (Schuchter/Italië); EHRM 26 juni 2012, nr. 44853/10, (Toniolo/San Marino en Italië). De Hoge Raad heeft in overeenkomstige zin geoordeeld. Zie bijv. HR 9 oktober 1973, *DD* 73.169; HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 8; HR 2 september 1980, *NJ* 1981, 12; HR 17 december 1991, *NJ* 1992, 344; HR 7 december 1999, *NJ* 2000, 175; HR 21 juni 2005, *LJN* AT8044, *NbSr* 2005, 247.

¹⁵² ECRM 18 december 1963, nr. 1918/63, *YB* 6, p. 492; ECRM 5 december 1989, nr. 15776/89, *D&R* 64, p. 264; ECRM 8 februari 1990, nr. 11683/85, *D&R* 64, p. 52; ECRM 17 januari 1996, nr. 22001/93 (Cesky/Italië); ECRM 21 mei 1997, nr. 31686/96 (Kosonen/Portugal); EHRM 26 mei 2005, nr. 45097/04 (Parlanti/Duitsland). Zo ook HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 619; HR 17 december 1991, *NJ* 1992, 344; HR 7 december 1999, *NJ* 2000, 175. Voor wat betreft de “civil limb” van art. 6 lid 1 EVRM heeft het Hof geoordeeld dat “decisions regarding the entry, stay and deportation of *aliens* do not concern the determination of an applicant’s civil rights or obligations” (mijn cursivering). Het Hof beschouwt de beslissing tot uitlevering van een vreemdeling als een dergelijke beslissing. Zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 46951/99, *NJ* 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije). Uit deze formuleringen, in het bijzonder de beperking tot vreemdelingen, mag men niet afleiden dat de uitlevering van een onderdaan van de uitleverende staat wel onder de “civil limb” van art. 6 lid 1 EVRM valt. Zie EHRM 7 oktober 2008, nr. 41138/05, *NJ* 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje). Deze beslissing betrof de overlevering door Spanje aan Frankrijk van een Spaanse onderdaan. Het Europees Hof overwoog dat “la procédure d’extradition ne porte pas contestation sur les droits et obligations de caractère civil du requérant”.

¹⁵³ EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (*Ismoilov* e.a./Rusland).

verband met het “reputation-related aspect”¹⁵⁴ van art. 6 lid 2 EVRM: voordat de rechter iemand die “charged with a criminal offence” is schuldig heeft bevonden, staat de onschuldpresumptie in de weg aan uitlatingen van de rechter en van andere gezagdragers over een lopende strafvervolging “which encourage the public to believe the suspect guilty and prejudice the assessment of the facts by the competent judicial authority”.¹⁵⁵ Zulke uitlatingen kunnen immers meebrengen dat de betrokkene, ook indien hij zou worden vrijgesproken, in de ogen van het grote publiek schuldig is.¹⁵⁶ Het Hof overwoog dat in de uitleveringsprocedure geen sprake was van een “determination (...) of any criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM. Ismoilov en de zijnen waren bovendien in Rusland niet aan een strafvervolging onderworpen.¹⁵⁷ Het Hof onderzocht vervolgens of tussen de gewraakte uitlatingen in het kader van de uitleveringsprocedure enerzijds en de strafprocedure in Oezbekistan anderzijds een voldoende “close link, in legislation, practice or fact” bestond om het uitstrekken van de reikwijdte van art. 6 lid 2 EVRM over de uitleveringsprocedure te kunnen rechtvaardigen. Een dergelijke nauwe band was volgens het Hof in dit geval aanwezig, omdat de uitleveringsprocedure een “direct consequence, and the concomitant” van de strafprocedure in Oezbekistan was.¹⁵⁸ Het Hof concludeerde dan ook dat art. 6 lid 2 EVRM van toepassing was.¹⁵⁹ Nu de motivering van de uitleveringsbeslissingen de schuld van de betrokkenen aan de feiten als vaststaand presenteerde, zonder daarbij enig voorbehoud te maken en zonder te vermelden dat de betrokkenen hun schuld ontkenen, was volgens het Hof sprake van een door de onschuldpresumptie verboden uitlating. Daaraan deed niet af dat het *Regional Court* zich overeenkomstig de Russische wetgeving niet in de beoordeling van de schuldvraag had begeven, aangezien Ismoilov c.s. klaagden over de uitlatingen van de *First Deputy Prosecutor General* in de uitleveringsbeslissingen, welke beslissingen de rechter bovendien zonder enige wijziging had bevestigd.¹⁶⁰

Gezien de redenering van het Hof zal men welhaast steeds een “close link” tussen een uitleveringsverzoek strekkende tot strafvervolging en de strafprocedure in de verzoekende staat moeten aannemen. Een uitleveringsverzoek strekkende tot strafvervolging dat niet de “direct consequence, and concomitant” van de strafprocedure in de verzoekende staat is, laat zich immers moeilijk voorstellen. Bij de behandeling van een dergelijk uitleveringsverzoek zullen de officier van justitie, de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie dus rekening hebben te houden met het “reputation-related aspect” van art. 6 lid 2 EVRM.

Zoals hiervoor is gebleken, is het aan de opgeëiste persoon zelf om zijn onschuld aan te tonen. Dat de Uitleveringswet deze last op de schouders van de opgeëiste persoon legt, levert niet een probleem op onder het “reputation-related aspect” van art. 6 lid 2 EVRM.

¹⁵⁴ Zie Trechsel 2005, p. 163-164 en p. 178-191. Van Sliedregt spreekt van het bejegeningaspect: Van Sliedregt 2009a, p. 42.

¹⁵⁵ EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov e.a./Rusland), § 161.

¹⁵⁶ Trechsel 2005, p. 164.

¹⁵⁷ EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov e.a./Rusland), § 162.

¹⁵⁸ EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov e.a./Rusland), § 163-164.

¹⁵⁹ Als bijkomend argument voerde het Hof nog aan dat uit de formulering van de uitleveringsbeslissingen bleek dat de *First Deputy Prosecutor General* de betrokkenen beschouwde als “charged with a criminal offence”, hetgeen op zichzelf al de toepasselijkheid van art. 6 lid 2 EVRM meebracht. Het Hof wees er bovendien op dat de Commissie in een eerdere zaak klagers wier uitlevering de Verenigde Staten van Amerika aan Oostenrijk hadden gevraagd - overigens zonder nadere onderbouwing - als “charged with a criminal offence” had beschouwd: ECRM 5 december 1989, nr. 15776/89, *D&R* 64, p. 264.

¹⁶⁰ EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov e.a./Rusland), § 165-170.

Art. 6 lid 2 EVRM heeft echter ook een “outcome-related aspect”. Bij dit aspect ligt de nadruk op de uitkomst van de berechting: het voorkomen van een onterechte veroordeling.¹⁶¹ Dat brengt mee dat het aan de vervolgende autoriteit is om de rechter van de schuld van de verdachte te overtuigen en niet aan de verdachte om zijn onschuld te bewijzen.¹⁶² Het aspect betreft dus de grondslag van een eventuele veroordeling.¹⁶³ Daarin ligt meteen een sterk argument tegen de stelling dat de regeling van art. 26 lid 3 UW strijdt met het “outcome-related aspect” van art. 6 lid 2 EVRM. Laat de opgeëiste persoon de onschuldbewering achterwege of doet hij deze bewering, maar slaagt hij er niet in zijn onschuld aan te tonen, dan leidt dat niet tot zijn veroordeling, maar slechts tot de constatering dat zich een mogelijk beletsel voor uitlevering niet voordoet. Niet in de uitleveringsprocedure vindt immers de “determination (...) of any criminal charge” plaats, maar in de strafprocedure in de verzoekende staat na uitlevering.¹⁶⁴

In de literatuur is kritiek geuit op het niet toepassen van art. 6 EVRM in de uitleveringsprocedure.¹⁶⁵ Die kritiek neemt als uitgangspunt 's Hof rechtspraak dat, hoewel in art. 6 EVRM sprake is van de “determination (...) of any criminal charge” door een “tribunal”, deze bepaling, in het bijzonder het derde lid van die bepaling, desondanks mede van toepassing kan zijn op “pre-trial proceedings” en wel “in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them”.¹⁶⁶ Deze rechtspraak beoogt dus te voorkomen dat het niet naleven van de waarborgen van art. 6 EVRM in het vooronderzoek de eerlijkheid van het proces in gevaar zou brengen.¹⁶⁷ De critici nu beschouwen de uitleveringsprocedure als een deel van het vooronderzoek van de strafprocedure in de verzoekende staat, waarin rekening houdend met de bijzonderheden van de uitleveringsprocedure de waarborgen van art. 6 EVRM tot gelding moeten komen. Dit standpunt ziet er naar mijn mening aan voorbij dat de verhouding tussen de uitleveringsprocedure in de aangezochte staat en de strafprocedure in de verzoekende staat

¹⁶¹ Trechsel 2005, p. 163 en p. 167-178. Van Sliedregt spreekt van het bewijs-/beslisaspect van art. 6 lid 2 EVRM: Van Sliedregt 2009a, p. 43.

¹⁶² Trechsel 2005, p. 167.

¹⁶³ Van Dijk & Viering 2006, p. 625.

¹⁶⁴ HR 2 maart 1976, *NJ* 1976, 415 (art. 6 lid 2 EVRM heeft betrekking op “een bij vervolging en berechting voor de schuldigverklaring te veronderstellen onschuld”). Vgl. ECRM 6 oktober 1976, nr. 7317/75, *D&R* 6, p. 141. In deze zaak had het Zwitserse Ministerie van Justitie de uitlevering ter fine van strafvervolging van ene Lynas aan de Verenigde Staten van Amerika toegestaan. In de beroepsprocedure tegen de beslissing tot uitlevering voerde Lynas aan dat geen genoegen mocht worden genomen met de stukken ter ondersteuning van het uitleveringsverzoek, nu deze op de leugenachtige verklaring van een getuige berustten, en beriep hij zich op een alibi. Het *Bundesgericht* verwierp deze stellingen met de overweging: “In accordance with its previous decisions the Federal Court does not examine questions of fact or the guilt of the person concerned. The extradition court is bound by the documents produced with the request for extradition. This does not prevent it from taking account of obvious errors and omissions. In the instant case, the applicant has not established that he could not have committed the offences with which he is charged”. Lynas klaagde bij de Commissie dat art. 6 EVRM was geschonden onder meer doordat de rechter niet had gevraagd om bewijsmateriaal dat het uitleveringsverzoek ondersteunde, terwijl Lynas “direct proof of an alibi” moest leveren zonder daarbij door de autoriteiten geholpen te worden. De toepasselijkheid van art. 6 lid 1 EVRM in het midden latend, overwoog de Commissie “as the proceedings related to a request for extradition and not to a criminal charge it is not clear how the obligation imposed on the applicant to establish an alibi of which he complains could be regarded as inequitable” (mijn cursivering).

¹⁶⁵ Swart 1986, p. 357-358, met verdere verwijzingen.

¹⁶⁶ Zie bijv. EHRM 24 november 1993, nr. 13972/88, *NJ* 1994, 459, m.nt. Kn (Imbrioscia/Zwitserland) over de bijstand van een raadsman tijdens het vooronderzoek.

¹⁶⁷ Van Dijk & Viering 2006, p. 631-632.

van een geheel andere aard is dan de verhouding tussen het vooronderzoek in de verzoekende staat en het eindonderzoek in de verzoekende staat. Het in het vooronderzoek horen van de verdachte zonder bijstand van een raadsman of zonder bijstand van een tolk en het in het vooronderzoek horen van getuigen zonder aan de verdachte de gelegenheid tot ondervraging te bieden, kan dan inderdaad de eerlijkheid van het proces aantasten, voor zover het eindonderzoek voortbouwt op de resultaten van het vooronderzoek. Afgezien van het beperkte onderzoek als bedoeld in art. 26 lid 3 UW, wordt in de uitleveringsprocedure geen onderzoek verricht naar de schuld van de opgeëiste persoon. Bovendien wordt aan de verzoekende staat alleen de uitkomst van de uitleveringsprocedure bekend gemaakt en worden de in het kader van die procedure door de opgeëiste persoon afgelegde verklaringen niet overgelegd. Naar mijn mening valt dan ook niet in te zien hoe het niet toepassen van art. 6 EVRM in de uitleveringsprocedure de eerlijkheid van de berechting in de verzoekende staat zou kunnen beïnvloeden.¹⁶⁸

Resumerend kan worden vastgesteld dat de uitleveringsprocedure weliswaar nauw is verbonden met de strafprocedure in de verzoekende staat, dat in die procedure kwesties van strafrechtelijke aard aan de orde komen en dat op die procedure een groot aantal voorschriften voor de behandeling van een “gewone” strafzaak van toepassing is, maar dat de uitleveringsprocedure desondanks niet een strafrechtelijke procedure is in die zin dat daarin over schuld, strafbaarheid en strafoplegging wordt geoordeeld en dat zij evenmin onderdeel uitmaakt van de strafprocedure in de verzoekende staat. In de uitleveringsprocedure staat uitsluitend ter beoordeling of Nederland rechtshulp zal verlenen aan de verzoekende staat, dat wil zeggen medewerking zal verlenen aan de handhaving van het strafrecht van de verzoekende staat.

II.4.4 Bevoegdheidsverdeling rechter – Minister van Justitie

Hoewel de opgeëiste persoon zich in het algemeen in de uitleveringsprocedure rechtstreeks op het toepasselijke uitleveringsverdrag kan beroepen, zijn er wel beperkingen ten aanzien van het stadium van de procedure waarin hij zo een beroep kan doen. Dat heeft te maken met de bevoegdheidsverdeling tussen de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie.

De Uitleveringswet verdeelt de besluitvorming over een uitleveringsverzoek tussen de uitleveringsrechter - de rechtbank in het rechtsgebied waarvan de opgeëiste persoon zich bevindt¹⁶⁹ en (na vernietiging in cassatie van de uitspraak van de rechtbank) de Hoge Raad¹⁷⁰ - en de Minister van Justitie.

De uitleveringsrechter oordeelt over de toelaatbaarheid van de uitlevering¹⁷¹ en adviseert in geval van toelaatbaarheid de Minister van Justitie over het aan het verzoek te geven gevolg.¹⁷² Dat advies heeft betrekking op die aspecten van het uitleveringsverzoek die de toelaatbaarheid niet raken. De Minister van Justitie neemt de definitieve beslissing over het uitleveringsverzoek. Indien en voor zover de uitleveringsrechter de uitlevering

¹⁶⁸ Voor de goede orde zij erop gewezen dat de Uitleveringswet de opgeëiste persoon een aantal belangrijke waarborgen toekent: recht op kennisname van de stukken (art. 23 lid 3 UW), bijstand van een raadsman (art. 24 lid 3 UW; art. 29 lid 1 UW jo. art. 39-37 en 45-49 Sv; art. 55 UW), bijstand van een tolk (art. 29 lid 1 UW jo. art. 275-276 Sv), openbaar verhoor (art. 25 lid 1 UW), gelegenheid tot het maken van opmerkingen over het uitleveringsverzoek en de in verband daarmee te nemen beslissingen (art. 26 lid 2 UW).

¹⁶⁹ Art. 20 lid 1 UW.

¹⁷⁰ Art. 31 lid 8 UW.

¹⁷¹ Art. 28 lid 2 UW.

¹⁷² Art. 30 lid 2 UW.

ontoelaatbaar heeft verklaard, is de Minister van Justitie aan dat oordeel gebonden. Hij moet dan - in zoverre - afwijzend op het uitleveringsverzoek beschikken.¹⁷³ De Minister van Justitie is niet gebonden aan het oordeel van de uitleveringsrechter dat de uitlevering toelaatbaar is. Ondanks dat rechterlijke oordeel, mag hij het verzoek afwijzen. In de eerste plaats kan de Minister van Justitie tot een ander oordeel over de toelaatbaarheid van de uitlevering komen dan de uitleveringsrechter,¹⁷⁴ bijvoorbeeld in het geval waarin na de uitspraak van de uitleveringsrechter de strafbaarheid van het feit naar Nederlands recht door een wetswijziging is komen te vervallen.¹⁷⁵ In de tweede plaats staat een aantal dwingende en facultatieve weigeringsgronden uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie. Indien zich zo een grond voordoet, moet respectievelijk mag de Minister van Justitie het uitleveringsverzoek afwijzen. Aan het advies van de uitleveringsrechter over de al dan niet toepasselikheden van deze weigeringsgronden is de Minister van Justitie niet gebonden.

Tegen de beslissing van de Minister van Justitie op het uitleveringsverzoek staat geen rechtsmiddel open. Die beslissing is een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb. Tegen dat besluit is een beroep op de bestuursrechter niet mogelijk. Op grond van artikel 8:5 Awb kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit dat is gebaseerd op een in de bijlage bij de Algemene wet bestuursrecht genoemd wettelijk voorschrift. Deze bijlage noemt in rubriek A onder 1 de Uitleveringswet. Wel kan de opgeëiste persoon van wie de Minister van Justitie de uitlevering heeft ingewilligd in kort geding de uitlevering aanvechten. De grondslag van zo een actie is de onrechtmatige daad die de Staat der Nederlanden jegens de opgeëiste persoon zou begaan door hem uit te leveren. In een kort geding kan de opgeëiste persoon de beslissing aanvechten op alle punten waarover de Minister van Justitie een oordeel heeft gegeven of had moeten geven. Daaronder vallen - in theorie - ook de punten waarover de uitleveringsrechter zich in het kader van de beoordeling van de toelaatbaarheid al heeft gebogen. De Minister van Justitie is immers niet gebonden aan het oordeel dat de uitlevering toelaatbaar is en heeft dus op het vlak van de toelaatbaarheid een eigen verantwoordelijkheid.¹⁷⁶ Behoudens nieuwe feiten en omstandigheden – zoals een na de beslissing van de Minister van Justitie in werking getreden wetswijziging – mag men verwachten dat de voorzieningenrechter terughoudend

¹⁷³ Art. 33 lid 2 UW. Indien de rechtbank de uitlevering uitsluitend vanwege ongenoegzaamheid van de stukken ontoelaatbaar heeft verklaard, mag de Minister van Justitie de beslissing op het uitleveringsverzoek aanhouden om de verzoekende staat in de gelegenheid te stellen nadere stukken over te leggen. Naar aanleiding van de nadere stukken kan het verzoek opnieuw aan de rechtbank worden voorgelegd. Zie art. 33 leden 3 en 4 en art. 34 UW. Legt de verzoekende staat de gevraagde stukken niet binnen de door de Minister van Justitie gestelde termijn over, dan moet de Minister van Justitie het uitleveringsverzoek alsnog afwijzen: art. 33 lid 5 UW.

¹⁷⁴ Zie verder Swart 1986, p. 383-384.

¹⁷⁵ Vgl. HR 20 september 1993, *NJ* 1995, 186, m.nt. AHJS: de uitleveringsrechter moet de strafbaarheid naar Nederlands recht beoordelen naar de wetten zoals deze gelden ten tijde van zijn uitspraak, zodat hij met een “mogelijk te verwachten wijziging van die wetten” geen rekening mag houden. In dit geval ging het om een door de Tweede Kamer aanvaard wetsvoorstel dat strekte tot schrapping van de toenmalige strafbaarstelling van sounteneurschap.

¹⁷⁶ Zie Swart 1986, p. 499-500. De Voorzieningenrechter stelt bij de beoordeling van de vordering die eigen verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie om al dan niet tot uitlevering te beslissen voorop. Zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 6 december 2008, *LJN* BG7033; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 8 december 2009, *LJN* BK6047; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 16 september 2010, *LJN* BN9610; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 mei 2012, *LJN* BX2115.

toetst. In de praktijk lijkt men zich dan ook vooral te richten op die onderwerpen die uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie staan.

In het uitleveringsproces bestaat dus een onderscheid tussen gronden waarover zowel de uitleveringsrechter als de Minister van Justitie bevoegd is te oordelen en gronden die uitsluitend ter beoordeling aan de Minister van Justitie staan. Wat behoort nu tot de gronden die de toelaatbaarheid raken en welke gronden staan uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie? Daarvoor dient men de Uitleveringswet te raadplegen, niet het toepasselijke verdrag. Het verdrag zegt immers niet meer dan dat de aangezochte *staat* in bepaalde gevallen de uitlevering kan of moet weigeren, maar laat het aan het recht van die staat over de daartoe bevoegde autoriteit aan te wijzen.

De artikelen 4 tot en 11 UW bevatten - overigens alle imperatief geformuleerde - weigeringsgronden.¹⁷⁷ De wetgever heeft sommige van die gronden uitsluitend aan het oordeel van de Minister van Justitie willen onderwerpen en andere ook aan het oordeel van de uitleveringsrechter. De weigeringsgronden inzake Nederlanderschap bij vervolgingsuitlevering (artikel 4 lid 2 UW), dreigende tenuitvoerlegging van de doodstraf (artikel 8 UW), lopende vervolging in Nederland voor hetzelfde feit (artikel 9 lid 1 onder a jo. lid 2 UW), dreigende discriminatoire vervolging (artikel 10 lid 1 UW), bijzondere hardheid (art. 10 lid 2 UW) en het specialiteitsbeding (art. 12 UW) behoren tot het exclusieve domein van de Minister van Justitie. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat bij de toepassing van deze excepties veelal een beoordeling van de politieke situatie en rechtspleging in de verzoekende staat nodig is die toegang tot voor de rechter gesloten informatiebronnen vereist, dat onderhandeld moet worden met de verzoekende staat over eventueel door deze staat te geven garanties of dat afwegingen moeten worden gemaakt waarbij beleidskeuzes een rol spelen. De wetgever achtte de Minister van Justitie tot een en ander beter in staat dan de uitleveringsrechter. Bevat het toepasselijke verdrag nu een weigeringsgrond op één of meer van de genoemde punten, dan is het de Minister van Justitie die over de toepassing daarvan heeft te oordelen. De overige in de Uitleveringswet genoemde weigeringsgronden vallen onder het onderzoek naar de toelaatbaarheid van het uitleveringsverzoek. Deze weigeringsgronden betreffen rechtskwesties zoals de dubbele strafbaarheid (artikel 5 UW), *ne bis in idem* (artikel 9 lid 1 onder c, d en e UW) en de verjaring (artikel 9 lid 1 onder e UW), waarbij de hiervoor genoemde redenen om de beoordeling uitsluitend aan de Minister van Justitie op te dragen geen rol spelen. Bevat het toepasselijke verdrag dergelijke weigeringsgronden, dan zijn dus de uitleveringsrechter en, voor zover de rechter de uitlevering niet ontoelaatbaar heeft verklaard, de Minister van Justitie gezamenlijk bevoegd daarover te oordelen.

Nu kan het voorkomen dat het toepasselijke uitleveringsverdrag een imperatieve of facultatieve weigeringsgrond bevat waarover de Uitleveringswet zwijgt. Het ligt voor de hand in zo een geval zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de in de Uitleveringswet geregelde bevoegdheidsverdeling. Dat brengt in de regel mee dat - ook - de uitleveringsrechter bevoegd is, tenzij de aan de artikelen 4 lid 2, 8, 9 lid 2, 11 en 12 UW ten grondslag liggende gedachten meebrengen dat de weigeringsgrond uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie dient te staan. Dat laatste zal altijd het geval zijn bij een facultatieve weigeringsgrond, bijvoorbeeld in het geval van het al genoemde art. 7 lid 1 EUV.¹⁷⁸ Facultatieve weigeringsgronden geven aan de aangezochte staat een beleidsruimte om te weigeren of toe te staan. Bij de beslissing om zo een grond al dan niet in te roepen

¹⁷⁷ De navolgende vier alinea's zijn eerder verschenen in Glerum & Rozemond 2008a, p. 182-183.

¹⁷⁸ HR 9 februari 1982, NJ 1982, 513, m.nt. ThWvV.

moeten dan ook beleidskeuzes worden gemaakt en belangen tegen elkaar worden afgewogen, hetgeen meebrengt dat de toepassing van deze weigeringsgronden op het terrein van de Minister van Justitie ligt.

Men moet *beleidsruimte* overigens niet verwarren met *beoordelingsruimte*. Zo kent artikel 10 lid 2 UW de Minister van Justitie beoordelingsruimte toe bij het bepalen van de gevallen waarin uitlevering van bijzondere hardheid zou zijn (“In gevallen waarin naar het oordeel van Onze Minister (...)”), maar geen beleidsruimte. Komt de Minister van Justitie tot de conclusie dat uitlevering van bijzondere hardheid zou zijn voor de opgeëiste persoon, dan *moet* hij de uitlevering weigeren. Deze weigeringsgrond is immers dwingend geformuleerd, zodat de Minister van Justitie geen beleidsruimte tot toestaan of weigeren heeft. Waar de Uitleveringswet beoordelingsruimte toekent, is deze van belang voor de wijze waarop de voorzieningenrechter in kort geding de beslissing van de Minister van Justitie op dit punt toetst.

Bij niet in de Uitleveringswet geregelde imperatieve weigeringsgronden zal de bevoegdheid van grond tot grond moeten worden onderzocht. Artikel 3 van het VN-verdrag tegen foltering verbiedt bijvoorbeeld uitlevering, indien de betrokken persoon na uitlevering een reëel risico op foltering loopt. De beantwoording van de vraag of dreigende foltering in de weg staat aan uitlevering is volgens de Hoge Raad niet ter beoordeling van de uitleveringsrechter, maar van de Minister van Justitie. Ter onderbouwing van zijn beslissing verwijst de Hoge Raad uitdrukkelijk naar de wetsgeschiedenis van de artikelen 8 en 10 Uitleveringswet: de in het geding zijnde weigeringsgrond behoort tot het domein van de Minister van Justitie, omdat hij toegang heeft tot voor de beoordeling van de weigeringsgrond relevante bronnen die voor de uitleveringsrechter gesloten blijven en hij met de verzoekende staat kan onderhandelen over garanties die de dreigende schending zouden kunnen afwenden.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Zie HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533, m.nt. Sch onder NJ 1997, 534.

HOOFDSTUK III Overlevering: de hoofdlijnen

III.1 Inleiding

III.2 Wat is overlevering?

III.2.1 Inleiding

III.2.2 Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen

III.2.3 Overleving vindt plaats tussen justitiële autoriteiten

III.2.3.1 De justitiële autoriteiten

III.2.3.2 De rol van de lidstaten

III.2.3.2.1 Inleiding

III.2.3.2.2 Soevereiniteit

III.2.3.2.3 Grondwettelijke verdragsgrondslag

III.2.3.2.4 Wederkerigheid

III.2.3.2.5 Voorwaarden

III.2.3.2.6 Specialiteit

III.2.3.2.7 Vertrouwensbeginsel

III.2.4 Met een strafrechtelijk doel

III.2.4.1 Inleiding

III.2.4.2 Strafbaarheid

III.2.4.3 Rechtsmacht

III.2.5 Van een persoon.

III.3 Rechtsbronnen

III.3.1 Europees recht: het Kaderbesluit

III.3.2 Ander internationaal recht

III.3.3 Nationaal recht

III.3.3.1 Verhouding Kaderbesluit en Overleveringswet

III.3.3.2 Het Verdrag van Lissabon: overgangsrecht

III.3.3.3 De Overleveringswet: inhoud en functies

III.4 Procedure

III.4.1 Inleiding

III.4.2 Rechtspositie opgeëiste persoon

III.4.3 Karakter procedure

III.4.4 Bevoegdheidsverdeling rechtbank – officier van justitie

III.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de hoofdlijnen van overlevering. Evenals Hoofdstuk II dient dit Hoofdstuk slechts als inleiding op de bespreking van de weigeringsgronden in de hoofdstukken V tot en met XXIII.

Zoals ik in paragraaf 2 van Hoofdstuk II heb gedaan, begin ik in paragraaf 2 van dit hoofdstuk met de wettelijke definitie van overlevering. Aan de hand van de elementen van deze definitie werk ik een bespreking van een aantal uitgangspunten en beginselen van het overleveringsrecht uit. In paragraaf 3 komen de internationale en nationale rechtsbronnen van het overleveringsrecht en hun onderlinge verhouding aan de orde. Paragraaf 4, ten slotte, is gewijd aan enkele procedurele aspecten van het overleveringsrecht, zoals de rechtspositie van de opgeëiste persoon en de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de officier van justitie.

III.2 Wat is overlevering?

III.2.1 Inleiding

Evenmin als de uitleveringsverdragen een definitie van uitlevering bevatten, houdt het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten een definitie van overlevering in. Wel bevat art. 1 lid 1 Kaderbesluit de volgende definitie van het begrip “Europees aanhoudingsbevel”: “(...) een rechterlijke beslissing die door een lidstaat wordt uitgevaardigd met het oog op de aanhouding en de overlevering door een andere lidstaat van een persoon die gezocht wordt met het oog op strafvervolgning of uitvoering van een tot vrijheidsbeneming strekkende straf of maatregel”. Op grond van art. 1 lid 2 Kaderbesluit verbinden de lidstaten zich ertoe “om, op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit, elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen”.

De Overleveringswet bevat een definitie van zowel het begrip “Europees aanhoudingsbevel” als het begrip “overlevering”. De eerste definitie is grotendeels ontleend aan art. 1 lid 1 Kaderbesluit: “de schriftelijk vastgelegde beslissing van een justitiële autoriteit van een lidstaat van de Europese Unie strekkende tot de aanhouding en de overlevering van een persoon door de justitiële autoriteiten van een andere lidstaat” (art. 1 onder b OLW). Art. 1 onder a OLW houdt de volgende, naar art. 1 UW gemodelleerde definitie van het begrip “overlevering” in: “de terbeschikkingstelling van een persoon door de justitiële autoriteiten van de ene lidstaat aan de justitiële autoriteiten van een andere lidstaat van de Europese Unie ten behoeve van hetzij een in die andere lidstaat tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek, hetzij de tenuitvoerlegging van een hem opgelegde vrijheids-benemende straf of maatregel”. Anders dan het Kaderbesluit bevat de Overleveringswet niet een uitdrukkelijke bepaling waarin de verplichting tot tenuitvoerlegging op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen wordt vastgelegd, maar nu deze wet strekt tot implementatie van het Kaderbesluit ligt dat beginsel ook aan de Overleveringswet ten grondslag.¹⁸⁰ Zoals ook al

¹⁸⁰ Volgens de bij de Memorie van Toelichting gevoegde Transponeringstabel is art. 1 lid 2 Kaderbesluit omgezet in art. 21 lid 1 OLW: *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 37. Deze laatste bepaling heeft evenwel alleen betrekking op de aanhouding van de opgeëiste persoon, legt niet de verplichting tot

volgt uit de definities van de begrippen “Europees aanhoudingsbevel” en “overlevering” spreekt de Overleveringswet van *justitiële* in plaats van rechterlijke autoriteiten. De uitvaardigende justitiële autoriteit is de autoriteit die naar het recht van de uitvaardigende lidstaat - de lidstaat waarin de uitvaardigende justitiële autoriteit werkzaam is: art. 1 onder j OLW - tot het afgeven van een Europees aanhoudingsbevel bevoegd is, zo zegt art. 1 onder i OLW. De justitiële autoriteit die naar haar nationale recht bevoegd is tot het nemen van de beslissing tot overlevering, is de uitvoerende justitiële autoriteit, zo bepaalt art. 1 onder k OLW. Haar lidstaat is de uitvoerende lidstaat: art. 1 onder l OLW.¹⁸¹ Art. 5 OLW expliciteert dat overlevering alleen plaatsvindt aan uitvaardigende justitiële autoriteiten van andere lidstaten van de Europese Unie (en met inachtneming van het bij of krachtens de wet bepaalde).

Vergelijking van de in de Overleveringswet opgenomen definitie van “overlevering” met de in de Uitleveringswet opgenomen definitie van “uitlevering” leert dat de eerste definitie grotendeels gebaseerd is op de laatste, zij het dat er enkele verschillen zijn. Een opmerkelijk verschil is dat het element “verwijdering (...) uit Nederland” ontbreekt in de definitie van “overlevering”. Dat vloeit voort uit de omstandigheid dat het Kaderbesluit en - dus ook - de Overleveringswet betrekking hebben zowel op de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel als op de uitvaardiging daarvan. De Overleveringswet ziet dus op de overlevering dóór de Nederlandse uitvoerende justitiële autoriteit én op de overlevering áán een Nederlandse uitvaardigende justitiële autoriteit.¹⁸² Door opname van de woorden “verwijdering uit Nederland” zou de definitie van overlevering zich hebben beperkt tot de overlevering dóór de Nederlandse uitvoerende justitiële autoriteit.¹⁸³

Een opmerkelijk verschil tussen de in de Overleveringswet opgenomen definitie van “overlevering” en art. 1 lid 1 Kaderbesluit is dat de Overleveringswet de doelen van overlevering aanduidt als *strafrechtelijk onderzoek* en tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel, terwijl het Kaderbesluit spreekt van *strafvervolgning* en uitvoering van een tot vrijheidsbeneming strekkende straf of maatregel. Het begrip “strafrechtelijk onderzoek” lijkt ruimer dan het begrip “strafvervolgning”. Over de reden van

aanhouding op (“De opgeëiste persoon kan op basis van een Europees aanhoudingsbevel (...) worden aangehouden”) en verwijst niet naar het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

¹⁸¹ Op grond van art. 6 lid 3 Kaderbesluit zijn de lidstaten verplicht om de naar hun nationale recht tot uitvaardiging en uitvoering van EAB's bevoegde rechterlijke autoriteiten mee te delen aan het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie.

¹⁸² Zoals hierna in paragraaf 2.3.1 en paragraaf 4.1 nog zal blijken, zijn de Rechtbank Amsterdam, de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken, in die rechtbank, en de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam aangewezen als uitvoerende justitiële autoriteiten, terwijl iedere officier van justitie kan optreden als uitvaardigende justitiële autoriteit. Afgezien van gevallen waarin de overlevering plaatsvindt via de zogenaamde verkorte procedure (art. 39-43 OLW) en gevallen waarin de officier van justitie gebruik maakt van zijn bevoegdheid om de overlevering rauwelijks te weigeren (art. 23 lid 1 OLW), is het steeds de Rechtbank Amsterdam die over het EAB beslist. Ik spreek daarom bewust van de Nederlandse uitvoerende autoriteit en *een* Nederlandse uitvaardigende justitiële autoriteit.

¹⁸³ Overlevering brengt overigens wel verwijdering van het grondgebied van de uitvoerende lidstaat mee. Zie bijvoorbeeld art. 5 onder 1 (oud) Kaderbesluit, dat het mogelijk maakte de overlevering afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de opgeëiste persoon in de gelegenheid werd gesteld “*in de uitvaardigende lidstaat* om een nieuw proces te verzoeken en aanwezig te zijn bij de uitspraak” (mijn cursivering). Zie ook art. 5 onder 3 Kaderbesluit. Op grond van deze bepaling kan in bepaalde gevallen de overlevering afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat de opgeëiste persoon “na te zijn berecht, wordt teruggezonden naar de uitvoerende lidstaat (...)” (mijn cursivering).

deze afwijking verschaft de wetsgeschiedenis geen duidelijkheid. Het lijkt waarschijnlijk dat de wetgever het begrip “strafrechtelijk onderzoek” heeft overgenomen uit de definitie van het begrip “uitlevering” in art. 1 UW.¹⁸⁴ Nu uit de wetsgeschiedenis wel blijkt dat de wetgever heeft beoogd art. 1 lid 1 Kaderbesluit te implementeren,¹⁸⁵ mag men aannemen dat een betekenisverschil niet is bedoeld.¹⁸⁶

Art. 69 OLW zondert de toepassing van de Overleveringswet uit op de overlevering van gedeserteerde schepelingen aan de autoriteiten van de staat waartoe zij behoren en op de overlevering van leden van een vreemde krijgsmacht aan de bevoegde autoriteiten op grond van een overeenkomst met staten waarmee Nederland bondgenootschappelijke betrekkingen onderhoudt.¹⁸⁷ Anders dan in de Uitleveringswet, is van de toepassing van de Overleveringswet niet uitgezonderd de rechtshulp op grond van de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven.¹⁸⁸ Zoals al in Hoofdstuk II.2.1 is besproken, zal de overlevering

¹⁸⁴ Het begrip “strafrechtelijk onderzoek” komt ook voor in art. 6 lid 1 OLW (overlevering van Nederlanders), waarvan de formulering op art. 4 lid 2 UW is gebaseerd (*Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 12*), en in art. 7 lid 1 OLW (dubbele strafbaarheid), dat op art. 5 UW is gebaseerd (*Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13*). De aanhef van het Model EAB (Bijlage 2 bij de Overleveringswet), waarvan het gebruik in art. 2 lid 2 OLW is voorgeschreven, hanteert daarentegen wel het begrip “strafvervolgung”.

¹⁸⁵ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 10 en p. 37*.

¹⁸⁶ Indien de implementatiewetgeving afwijkt van het Kaderbesluit, ziet de nationale rechter zich voor een interpretatieprobleem geplaatst. Zo omschrijft art. 2 §1 en § 3 van de Belgische Wet Europees aanhoudingsbevel, in afwijking van art. 1 lid 1 Kaderbesluit, het doel van het EAB als “de *instelling* van strafvervolgung” (mijn cursivering). De op het woord “instelling” gebaseerde stelling dat een EAB, uitgevaardigd ter zake van een *reeds ingestelde* strafvervolgung, zonder voorwerp was, verwierp het Hof van Cassatie van België met de overweging dat uit art. 1 lid 1 Kaderbesluit niet blijkt dat een reeds ingestelde strafvervolgung de uitvaardiging van een EAB zou belemmeren en dat voor de uitvaardiging van een EAB juist vereist is dat vooraf een strafvervolgung is ingesteld tegen de gezochte persoon: Hof van Cassatie van België 15 september 2009, P.09.1363.N, te vinden op <http://jre.juridat.just.fgov.be>. Het Hof van Cassatie heeft in dit arrest de Belgische wet kaderbesluitconform uitgelegd. Zie over de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg paragraaf 3.3.1; zie over uniforme uitleg van autonome begrippen van Unierecht paragraaf 2.3.2.5.

¹⁸⁷ Zie Hoofdstuk II.2.1.

¹⁸⁸ Voor wat betreft uitlevering ligt aan deze uitzondering kennelijk de gedachte ten grondslag dat sprake is van vormen van rechtshulp die begripsmatig uitlevering in de zin van de Uitleveringswet opleveren, maar ten aanzien waarvan het niet wenselijk werd gevonden de bepalingen van de Uitleveringswet daarop van toepassing te laten zijn. Nu de wetgever een vergelijkbare bepaling heeft opgenomen in de Overleveringswet, is hij kennelijk van mening dat de overlevering van gedeserteerde schepelingen en van vreemde militairen overlevering in de zin van de Overleveringswet oplevert en dat daarop de bepalingen van die wet niet toegepast dienen te worden. Dat art. 69 OLW niet de rechtshulp op grond van de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven uitzondert, vindt volgens de Memorie van Toelichting zijn verklaring daarin dat een EAB ook kan worden uitgevaardigd voor strafbare feiten die onder de rechtsmacht van het Internationale Strafhof vallen: *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 34* (zie art. 7 lid 1 onderdeel a onder 1° OLW jo. nummer 29 van Bijlage 1 bij de Overleveringswet). Het Hof heeft - kort gezegd - rechtsmacht over *the crime of genocide, war crimes, crimes against humanity and the crime of aggression* (zie de art. 5-8 van het *Rome Statute of the International Criminal Court*). Voor zover deze misdrijven naar Nederlands recht onder art. 3 WIM of onder art. 5 tot en met 8 WIM vallen én tevens een ernstige schending van één van de in art. 1 WOO genoemde verdragen opleveren, kan Nederland, indien ook de verzoekende staat partij is bij het geschonden verdrag, overgaan tot overlevering aan die staat. *A contrario* zou men kunnen redeneren dat, nu art. 69 OLW de rechtshulp op grond van de Wet overlevering inzake oorlogsmisdrijven niet noemt, de bepalingen van de Overleveringswet van toepassing (kunnen) zijn op de behandeling en beoordeling van een verzoek tot overlevering dat is gegrond op één van de in art. 1 WOO verdragen. De kennelijke bedoeling van de wetgever was echter zeker te stellen dat voor dergelijke feiten een EAB zou kunnen worden uitgevaardigd dan wel ten uitvoer zou kunnen worden gelegd.

van gedeserteerde schepelingen, van militairen en van personen die worden verdacht van de in art. 1 WOO bedoelde strafbare feiten buiten beschouwing blijven.

In de navolgende subparagrafen zal ik een aantal hoofdlijnen en beginselen van het overleveringsrecht bespreken, waarbij ik steeds aansluiting zoek bij de elementen van de definitie van overlevering, zoals die uit art. 1 Kaderbesluit en art. 1 en 5 OLW volgen. Deze kenmerken zal ik als volgt groeperen: (1) overlevering vindt plaats op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, (2) tussen de rechterlijke/justitiële autoriteiten van lidstaten, (3) met een strafrechtelijk doel, (4) van een persoon.

III.2.2 Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen

Overweging 6 van de preambule bij het Kaderbesluit meldt dat het Europees aanhoudingsbevel “de eerste tastbare toepassing op strafrechtelijk gebied van het beginsel van wederzijdse erkenning [is], welk beginsel de Europese Raad als hoeksteen van de gerechtelijke samenwerking beschouwt”. Art. 1 lid 2 Kaderbesluit bepaalt dat de lidstaten verplicht zijn elk EAB ten uitvoer te leggen “op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning”.

Het Kaderbesluit beoogt het systeem van uitlevering tussen de lidstaten te vervangen door een systeem van overlevering tussen de justitiële autoriteiten van de lidstaten dat geschikt is op de leest van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Dat leidt tot vereenvoudiging en versnelling van de procedures, hetgeen moet bijdragen aan een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid). De handhaving en ontwikkeling van die ruimte stelde de Europese Unie zich ingevolge art. 2 VEU (oud) tot doel.¹⁸⁹

Die vereenvoudiging en versnelling van de procedures vloeien rechtstreeks voort uit de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. In de kern - in Hoofdstuk IV zal ik meer uitvoerig over dit beginsel komen te spreken - komt het erop neer dat strafrechtelijke beslissingen uit de ene lidstaat moeten worden erkend en ten uitvoer gelegd in een andere lidstaat, ook al zouden de rechterlijke autoriteiten van die andere lidstaat op grond van hun nationale recht niet tot een vergelijkbare beslissing hebben kunnen komen. Die rechterlijke autoriteiten moeten dus als het ware het straf(proces)recht van de andere lidstaat erkennen. De plicht tot erkenning en tenuitvoerlegging brengt in wezen mee dat van gronden tot weigering geen sprake meer kan zijn. Dat een plicht tot erkenning en tenuitvoerlegging zonder mogelijkheden van weigering in vergelijking met de situatie onder het uitleveringsrecht tot een vereenvoudiging en dus versnelling van de procedure leidt, behoeft geen betoog. Zoals hierna nog zal blijken, heeft de Raad van de Europese Unie bij het opstellen van het Kaderbesluit echter niet de uiterste consequentie uit het beginsel van wederzijdse erkenning getrokken. Art. 3 Kaderbesluit bevat namelijk drie dwingende weigeringsgronden, art. 4 Kaderbesluit acht facultatieve weigeringsgronden en art. 4 bis Kaderbesluit nog één facultatieve weigeringsgrond, terwijl art. 5 Kaderbesluit twee bijzondere gevallen opsomt waarin de uitvoerende lidstaat de tenuitvoerlegging van een EAB afhankelijk kan maken van een door de uitvaardigende lidstaat te verstrekken garantie. Niettemin is ten

¹⁸⁹ Volgens art. 3 lid 2 VEU, zoals dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is komen te luiden, biedt de Unie haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

opzichte van de weigeringsgronden van het uitleveringsrecht het aantal gronden tot weigering van de overlevering beperkt.

III.2.3 Overlevering vindt plaats tussen justitiële autoriteiten

III.2.3.1 De justitiële autoriteiten

Volgens overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit moet uitlevering tussen de lidstaten worden afgeschaft en vervangen door een regeling van overlevering tussen rechterlijke autoriteiten. Overweging 8 voegt daaraan toe dat, nu de beslissing op een EAB alleen mag worden genomen na toereikende controle, een rechterlijke autoriteit van de lidstaat waarin de opgeëiste persoon is aangehouden dient te beslissen over al dan niet overleveren.

Volgens overweging 9 moet de rol van de centrale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van een EAB beperkt blijven tot het verlenen van praktische en administratieve ondersteuning. Uit deze overweging kan worden afgeleid dat het Kaderbesluit beoogt de in het uitleveringsrecht traditionele rol van de regeringen van de lidstaten bij de communicatie over en de beslissing op uitleveringsverzoeken af te schaffen en de communicatie over en beslissing op EAB's neer te leggen bij rechterlijke autoriteiten.

De artikelen 6 en 7 Kaderbesluit werken één en ander uit. Art. 6 Kaderbesluit geeft antwoord op de vraag welke autoriteit als rechtelijke autoriteit moet worden aangemerkt: de uitvaardigende rechterlijke autoriteit is de autoriteit van de uitvaardigende lidstaat die naar het recht van die lidstaat bevoegd is tot uitvaardiging van een EAB (art. 6 lid 1 Kaderbesluit); de uitvoerende rechterlijke autoriteit is de autoriteit van de uitvoerende lidstaat die naar het recht van die lidstaat bevoegd is tot het uitvoeren van een EAB (art. 6 lid 2 Kaderbesluit). De lidstaten moeten de volgens hun interne recht bevoegde rechterlijke autoriteiten meedelen aan het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie (art. 6 lid 3 Kaderbesluit).

Art. 7 lid 1 Kaderbesluit bepaalt dat een lidstaat een centrale autoriteit kan aanwijzen om de bevoegde rechterlijke autoriteiten bij te staan. Wanneer de interne rechterlijke organisatie van een lidstaat dat nodig maakt, kan een lidstaat zijn centrale autoriteit ook belasten met de administratieve ontvangst van een EAB en de daarbij behorende officiële correspondentie. In dat geval moet deze lidstaat het secretariaat-generaal op de hoogste stellen van de gegevens van de centrale autoriteit. De autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat zijn namelijk gebonden aan de aanwijzing van de centrale autoriteit als administratieve "postbus", dat wil zeggen dat zij een EAB aan die centrale autoriteit moeten zenden in plaats van rechtstreeks aan de bevoegde uitvoerende rechterlijke autoriteit (art. 7 lid 2 Kaderbesluit).

Van de mogelijkheid om een centrale autoriteit aan te wijzen heeft Nederland geen gebruik gemaakt. Voor wat betreft de taken als uitvoerende lidstaat heeft Nederland voldaan aan de in art. 6 lid 3 Kaderbesluit neergelegde verplichting door de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam, de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken, in de rechtbank Amsterdam en de rechtbank Amsterdam aan te wijzen als bevoegde *justitiële* autoriteiten.¹⁹⁰ Anders dan het Kaderbesluit spreekt de Overleveringswet niet van rechterlijke, maar van justitiële autoriteiten. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom de wetgever op dit punt is afgeweken van de

¹⁹⁰ Zie de Bijlage bij Raadsdocument 9002/04 van 29 april 2004.

terminologie van het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit berust onder meer op art. 31 lid 1 onder a (oud) VEU, dat gezamenlijk optreden van de lidstaten mogelijk maakte met het oog op “het vergemakkelijken en bespoedigen van de samenwerking tussen de bevoegde ministeries en de *justitiële* of gelijkwaardige autoriteiten van de lidstaten (...) met betrekking tot procedures en de tenuitvoerlegging van beslissingen”.¹⁹¹ In de Duitse, Engelse, Franse, Italiaanse, Spaanse en Portugese versies van art. 31 (oud) VEU wordt gesproken van respectievelijk “Justizbehörden”, “judicial (...) authorities”, “autorités judiciaires”, “autorità giudiziaria”, “autoridades judiciales” en “autoridades judiciárias”. In diezelfde taalversies van het Kaderbesluit keren dezelfde respectieve begrippen terug. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat de opstellers van het Kaderbesluit hebben willen aansluiten bij de terminologie van art. 31 lid 1 onder a (oud) VEU en dat in de Nederlandse versie van het Kaderbesluit abusievelijk het begrip “rechterlijke autoriteit” terecht is gekomen in plaats van “justitiële autoriteit”.¹⁹²

Wat dient onder “justitiële autoriteit” te worden verstaan? Art. 6 Kaderbesluit is een bepaling van Unierecht. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft geoordeeld dat de bewoordingen van bepalingen van Unierecht ‘normaliter’ door de hele Unie heen autonoom en uniform moeten worden uitgelegd, ‘rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling’. De eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen een dergelijke uitleg. Op de verplichting tot autonome en uniforme uitleg van begrippen van Unierecht bestaat evenwel een uitzondering. Indien een bepaling van Unierecht voor de betekenis en de draagwijdte daarvan uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, is geen sprake van een bepaling die autonome begrippen bevat. De betrokken bepaling laat de invulling van die begrippen immers over aan het recht van de lidstaten,¹⁹³ zodat een verplichting tot uniforme uitleg van zulke begrippen zinloos zou zijn. De lidstaten zijn vrij om die begrippen naar eigen believen in te vullen, zij het dat zij daarbij wel gebonden zijn aan het Unierecht, zoals de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten en het Unierechtelijke discriminatieverbod. Voor wat betreft de invulling van het begrip “rechterlijke autoriteit” (lees: “justitiële autoriteit”) verwijst art. 6 Kaderbesluit naar het recht van de uitvoerende lidstaat. De krachtens dat recht tot uitvoering bevoegde autoriteit is de rechterlijke autoriteit in de zin van art. 6 lid 2 Kaderbesluit. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat het begrip “rechterlijke autoriteit” niet een autonoom begrip is dat door de gehele Unie heen uniform moet worden uitgelegd, maar dat de aanduiding als “rechterlijke autoriteit” door het recht van een lidstaat bepaalt of een autoriteit in de eigen lidstaat een rechterlijke autoriteit is.¹⁹⁴

¹⁹¹ Mijn cursivering. Zie de aanhef van de preambule bij het Kaderbesluit.

¹⁹² De verschillende taalversies van het Kaderbesluit zijn gelijkelijk authentiek en in gelijke mate verbindend. Bij verschillen tussen de taalversies zal dan ook hebben te gelden dat bepalingen moeten worden uitgelegd in het licht van de tekst in *alle* taalversies: vgl. (met betrekking tot bepalingen van gemeenschapsrecht) HvJ EG 6 oktober 1982, zaak C-283/81, *Jur.* 1982, p. 3415 (CILFIT), r.o. 18; HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, *Jur.* 2004, p. I-5791, (Björnekulla Fruktindustrier), r.o. 16.

¹⁹³ HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-66/08, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (*Kozłowski*), r.o. 42. Zie over dit arrest nader Böhm 2008; Glerum & Rozemond 2008b, p. 824-832; Fichera 2009b; Janssens 2009. Zie over de uniforme uitleg van autonome begrippen van Unierecht ook Borgers 2010a.

¹⁹⁴ Zie over de officier van justitie te Amsterdam als *uitvoerende* justitiële autoriteit: Rb. Amsterdam 3 september 2004, *LJN* AS3861, *NJ* 2005, 156 en Rb. Amsterdam 9 april 2010, *LJN* BM6337. In vergelijkbare zin *High Court of Justice* (Engeland en Wales) 16 november 2005, *Enander v Governor HM Prison, Brixton and Another*, [2005] EWHC 3036 (Admin) (met betrekking tot de *Swedish National Police*

III.2.3.2 De rol van de lidstaten

III.2.3.2.1 Inleiding

Als één van de grote verschillen tussen uitlevering en overlevering wordt wel de omstandigheid aangemerkt dat uitlevering plaatsvindt tussen staten, terwijl overlevering plaatsvindt tussen justitiële autoriteiten. Letterlijk genomen betekent dit dat in het uitleveringsverkeer de staten en in het overleveringsverkeer de justitiële autoriteiten de internationale actoren zijn. Naar mijn mening is hier echter sprake van een schijnbaar verschil.

In het *uitleveringsverkeer* handelen de staten door organen die hen vertegenwoordigen. De communicatie van het uitleveringsverzoek vindt doorgaans plaats tussen de Ministers van Justitie van de betrokken staten. De - uiteindelijke - beslissing op het uitleveringsverzoek wordt doorgaans door de Minister van Justitie van de aangezochte staat genomen. Intern is in Nederland de beslissingsbevoegdheid verdeeld over de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie.¹⁹⁵ Extern, dat wil zeggen ten opzichte van de verzoekende staat, is het de Staat der Nederlanden die de beslissing neemt en mededeelt.

Behoudens indien de uitvoerende lidstaat een centrale autoriteit voor de ontvangst van EAB's heeft aangewezen, vindt in het *overleveringsverkeer* de communicatie rechtstreeks plaats tussen de justitiële autoriteiten van de betrokken lidstaten. De beslissing op het EAB wordt genomen door een justitiële autoriteit. Dat betekent naar mijn mening evenwel niet dat in het overleveringsverkeer de justitiële autoriteiten extern, dat wil zeggen ten opzichte van de lidstaten, optreden als zelfstandige internationale actoren. Extern treden de lidstaten op die vertegenwoordigd worden door de aangewezen rechterlijke autoriteiten. Op diverse plaatsen ondersteunt het Kaderbesluit de gedachte dat het lidstaten zijn die, handelend door de door hen aangewezen autoriteiten, EAB's uitvaardigen, over de tenuitvoerlegging daarvan beslissen en tot de effectuering van die beslissingen overgaan. Zo omschrijft art. 1 lid 1 Kaderbesluit het EAB als “een rechterlijke beslissing die door een lidstaat wordt uitgevaardigd (...)”.¹⁹⁶ Ook art. 16 lid 1 Kaderbesluit, dat ziet op samenloop van onder meer EAB's uit verschillende lidstaten, gewaagt van “twee of meer lidstaten” die “ten aanzien van eenzelfde persoon een Europees aanhoudingsbevel hebben uitgevaardigd (...)”.¹⁹⁷ Art. 1 lid 2 Kaderbesluit schrijft voor dat de lidstaten zich ertoe verbinden om “elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen”.¹⁹⁸ De beslissing op EAB's dient plaats te

Board); High Court of Judiciary (Schotland) 12 juli 2006, *Goatley v. Her Majesty's Advocate & Anor*, [2006] ScotHC HCJAC_55 (met betrekking tot de *Chief Attorney-General and Deputy Public Prosecutor, of the District Public Prosecutor's office in Leeuwarden*); High Court of Ireland 31 juli 2006, *The Minister for Justice, Equality and Law Reform v Altaravicius*, [2006] IEHC 270 (met betrekking tot de *Prosecutor's General Office of the Republic of Lithuania*); Hof van Cassatie van België 15 september 2009, P.09.1363.N (met betrekking tot een Duitse “vervolgende instantie”). Zie ook *United Kingdom Supreme Court* 30 mei 2012, *Assange v The Swedish Prosecution Authority*, [2012] UKSC22 (met betrekking tot een door een Zweedse “prosecutor” uitgevaardigd EAB). Ook de Europese Commissie erkent dat het aan de lidstaten is overgelaten om de bevoegde autoriteiten aan te wijzen, maar is van mening dat het in strijd met de geest van het Kaderbesluit is om een orgaan van de regering als autoriteit aan te wijzen: *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2006)79, p. 14.

¹⁹⁵ Zie par. II.4.

¹⁹⁶ Mijn cursivering.

¹⁹⁷ Mijn cursivering.

¹⁹⁸ Mijn cursivering.

vinden binnen de in art. 17 Kaderbesluit neergelegde termijnen. Art. 17 lid 7 Kaderbesluit houdt rekening met de mogelijkheid dat “*een lidstaat in uitzonderlijke omstandigheden de in dit artikel gestelde termijnen niet kan naleven (...)*”.¹⁹⁹ Heeft de uitvoerende justitiële autoriteit beslist dat het EAB ten uitvoer moet worden gelegd, dan moet de betrokken persoon zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen de in art. 23 lid 2 Kaderbesluit genoemde termijn worden overgeleverd. Art. 23 lid 3 Kaderbesluit bevat voorzieningen voor het geval dat “*de uitvoerende lidstaat de gezochte persoon door omstandigheden buiten de macht van enige lidstaat niet binnen de in lid 2 gestelde termijn kan overleveren (...)*”.²⁰⁰

Uit een en ander kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat, evenals bij uitlevering, het bij overlevering de lidstaten zijn die extern vertegenwoordigd worden door organen van die lidstaten. Het verschil met uitlevering is echter dat, waar bij de beslissing over de uitlevering ook organen op regeringsniveau betrokken zijn, de centrale autoriteiten bij de overlevering alleen een ondersteunende rol mogen spelen.

III.2.3.2.2 Soevereiniteit

In par. II.2.2.1 is aan de orde gekomen dat de soevereiniteit van de ene staat verhindert dat de andere staat een door hem ten behoeve van strafvervolgung of tenuitvoerlegging gezochte persoon van het grondgebied van die ene staat verwijdert zonder de toestemming van die staat. Omdat staten aan de ene kant in het algemeen belang hebben bij strafrechtelijke samenwerking, maar aan de andere kant ervoor hoeden dat die samenwerking hun bijzondere belangen schaadt, gaan zij veelal over tot het sluiten van verdragen, waarin zij de verplichting tot uitlevering en de uitzonderingen daarop neerleggen. Voor zover staten bij verdrag de verplichting tot uitlevering op zich nemen, aanvaarden zij een beperking op hun soevereiniteit.

Voor wat betreft overlevering is de situatie in zoverre anders dat de lidstaten niet de vrijheid hebben al dan niet een verplichting tot overlevering op zich te nemen. De verplichting tot overlevering is namelijk niet geregeld bij een verdrag dat de lidstaten onderling hebben gesloten, maar bij een kaderbesluit dat de Raad van de Europese Unie heeft genomen. De regeling van het Europees aanhoudingsbevel berust op een kaderbesluit als bedoeld in art. 34 (oud) VEU. Deze bepaling was opgenomen in Titel VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals dat tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon luidde, welke Titel het opschrift “Bepalingen inzake politie en justitiële samenwerking in strafzaken” droeg.

¹⁹⁹ Mijn cursivering.

²⁰⁰ Mijn cursivering. Zie bijvoorbeeld ook nog art. 21 laatste volzin Kaderbesluit: “In afwachting van de beslissing van de staat die de gezochte persoon heeft uitgeleverd, *vergewist de uitvoerende lidstaat zich ervan dat de materiële voorwaarden die voor een daadwerkelijke overlevering nodig zijn, gehandhaafd blijven*”, art. 24 lid 2 Kaderbesluit: “In plaats van de overlevering uit te stellen kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de gezochte persoon tijdelijk *aan de uitvaardigende staat overleveren (...)*” en art. 25 lid 1 Kaderbesluit: “*Iedere lidstaat staat (...) de doortocht over zijn grondgebied toe (...)*” (telkens mijn cursivering). Ook uit art. 30 Kaderbesluit, de voorziening inzake de verdeling van kosten van de tenuitvoerlegging van een EAB, kan men afleiden dat de justitiële autoriteiten optreden namens en ten laste van hun lidstaten: de op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat gemaakte kosten worden door deze staat gedragen, de andere kosten door de uitvaardigende lidstaat.

De in deze Titel bedoelde samenwerking werd wel aangeduid als de Derde Pijler waarop de Europese Unie vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon beruiste.²⁰¹ Art. 29 (oud) VEU verklaarde tot doel van de Unie “de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door de ontwikkeling van gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (...)”. Deze doelstelling moest worden verwezenlijkt “door het voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde criminaliteit, met name terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel en illegale wapenhandel, corruptie en fraude, door middel van: (...) nauwere samenwerking tussen justitiële en andere bevoegde autoriteiten van de lidstaten (...), in overeenstemming met de artikelen 31 en 32”. Ingevolge art. 31 lid 1 (oud) VEU omvatte dat gezamenlijke optreden op het gebied van de justitiële samenwerking in strafzaken onder meer “het vergemakkelijken en bespoedigen van de samenwerking tussen de bevoegde ministeries en de justitiële of gelijkwaardige autoriteiten van de lidstaten (...) met betrekking tot procedures en de tenuitvoerlegging van beslissingen” en “het vergemakkelijken van uitlevering tussen lidstaten”. Ter bevordering van de in art. 29 (oud) VEU genoemde doelstelling stond de Raad van de Europese Unie een aantal in art. 34 lid 2 VEU (oud) opgesomde instrumenten ten dienste. Eén daarvan was het instrument van het kaderbesluit. De Raad kon kaderbesluiten aannemen “voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten (...)”.

Uit het samenstel van deze bepalingen kan worden afgeleid dat de lidstaten op het gebied van de justitiële samenwerking in strafzaken een aantal de soevereiniteit van de lidstaten rakende bevoegdheden hebben afgestaan aan een orgaan van een internationale organisatie, te weten aan de Raad van de Europese Unie. Kaderbesluiten zijn namelijk “verbindend voor de lidstaten ten aanzien van het bereiken resultaat (...)”, zodat de lidstaten verplicht zijn daaraan gevolg te geven. Om de uitlevering tussen de lidstaten te vergemakkelijken, heeft de Raad een kaderbesluit genomen dat onder meer de verplichting tot overlevering en de uitzonderingen daarop regelt.²⁰² In zoverre levert het Kaderbesluit dus een inperking van de soevereiniteit van de lidstaten op. Zoals gezegd hebben de lidstaten deze inperking niet rechtstreeks aanvaard (bij uitleveringsverdrag), maar wel indirect doordat zij het Verdrag betreffende de Europese Unie hebben aangenomen dat in die inperking voorziet en doordat hun vertegenwoordigers in de Raad, die ingevolge art. 34 lid 2 (oud) VEU met eenparigheid van stemmen besloot, hebben ingestemd met de aanneming van het Kaderbesluit. Die soevereiniteitsafdracht is beperkt van aard. Uit de opdracht de ene ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) te verwezenlijken door nauwere *samenwerking* in strafzaken volgt al dat binnen deze ruimte de bevoegde autoriteiten van de ene lidstaat niet *unilateraal* hun strafvorderlijke bevoegdheden kunnen uitoefenen op het grondgebied van een andere lidstaat. De territoriale soevereiniteit van de lidstaten vond bovendien haar bevestiging in art. 32 VEU (oud), op grond waarvan de Raad kon bepalen “onder welke voorwaarden en met welke beperkingen de in de artikelen 30 en 31 bedoelde bevoegde autoriteiten op het grondgebied van een andere lidstaat mogen

²⁰¹ De Eerste Pijler bestond uit de rechtsgebieden die tot de competentie van de Europese Gemeenschap en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie behoorden. De Tweede Pijler betrof het gemeenschappelijke buitenlands en veiligheidsbeleid van de Unie.

²⁰² Dat de regeling van het Kaderbesluit in de plaats treedt van uitleveringsverdragen brengt niet mee dat de Raad de regeling van het EAB had moeten neerleggen in een *overeenkomst* (art. 34 lid 2 onder d (oud) VEU): HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld).

optreden in overleg met en *met instemming van de autoriteiten van die staat*.²⁰³ Het behoorde dus tot de bevoegdheden van de Raad om, op grond van art. 34 VEU (oud), bijvoorbeeld een kaderbesluit aan te nemen dat het optreden van de bevoegde autoriteiten van de ene lidstaat op het grondgebied van de andere lidstaat mogelijk maakte, maar voor dat optreden was dan wel steeds de instemming van die andere lidstaat nodig.²⁰⁴

III.2.3.2.3 Grondwettelijke verdragsgrondslag

Zoals blijkt uit overweging 5 van de preambule, beoogt het Kaderbesluit vervanging van het systeem van uitlevering tussen de lidstaten door een systeem van overlevering tussen rechterlijke autoriteiten. Het bedoelde systeem van uitlevering berust op een aantal multilaterale verdragen die op uitlevering betrekking hebben en die binnen het kader van de Raad van Europa en de Europese Unie tot stand zijn gekomen: het Europees Verdrag betreffende uitlevering, als “moederverdrag”, welk verdrag aangevuld en/of gewijzigd is bij het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme, de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, de Overeenkomst aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie en de Overeenkomst betreffende uitlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (overwegingen 3 en 4 van de preambule). Artikel 31 lid 1 Kaderbesluit werkt de beoogde vervanging uit: met ingang van 1 januari 2004 treden in de betrekkingen tussen de lidstaten²⁰⁵ de bepalingen van het Kaderbesluit in de plaats van de *overeenkomstige* bepalingen van de genoemde verdragen (voor zover deze op uitlevering betrekking hebben).²⁰⁶ Het woord “overeenkomstige” lijkt erop te duiden dat bepalingen van de uitleveringsverdragen die geen tegenhanger vinden in de bepalingen van het Kaderbesluit buiten het bereik van art. 31 lid 1 Kaderbesluit blijven. In deze lezing zouden de lidstaten zulke verdragsbepalingen op grond van art. 31 lid 2 Kaderbesluit kunnen blijven toepassen, voor zover deze bepalingen “verder reiken dan de doelstellingen van dit kaderbesluit en ertoe bijdragen de procedures voor overlevering van personen tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd verdergaand te vereenvoudigen of te vergemakkelijken”. Zo een verdragsbepaling zou de regeling van de accessoire uitlevering van art. 2 lid 2 EUV kunnen zijn, dat wil zeggen de bevoegdheid tot uitlevering ter zake van één of meer feiten die niet voldoen aan de eisen inzake minimale strafbedreiging *naast* één of meer feiten die wel aan die eisen voldoen. In het Kaderbesluit ontbreekt een dergelijke regeling. De Bondsrepubliek Duitsland acht toepassing op EAB’s van sommige bepalingen van de in art. 31 lid 1 Kaderbesluit bedoelde verdragen inderdaad mogelijk.²⁰⁷ Volgens het Hof van Justitie echter heeft lid 2 van art. 31 Kaderbesluit geen

²⁰³ Mijn cursivering.

²⁰⁴ Zie over schending van de Nederlandse soevereiniteit als grond tot weigering van de overlevering nader Hoofdstuk XXII.

²⁰⁵ Art. 31 Kaderbesluit raakt niet de toepassing van de uitleveringsverdragen tussen de lidstaten en *derde* staten.

²⁰⁶ Het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme en de Schengen Uitvoeringsovereenkomst bevatten ook bepalingen die geen betrekking hebben op uitlevering.

²⁰⁷ Zie de verklaring van de Bondsrepubliek Duitsland bij het Europees verdrag betreffende uitlevering van 17 augustus 2004 (mijn cursivering): “In accordance with Article 28, paragraph 3, of the European Convention on Extradition, the Federal Government declares that the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States has been implemented in German law by the Law of 21 July 2004 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States of the European Union (Law on the European arrest warrant -

betrekking op de in lid 1 bedoelde verdragen, omdat het Kaderbesluit de vervanging van juist die verdragen door de bepalingen van het Kaderbesluit beoogt.²⁰⁸ In zijn arrest vermijdt het Hof een verwijzing naar de in art. 31 lid 1 Kaderbesluit voorkomende zinsnede “de overeenkomstige bepalingen van dit kaderbesluit” en legt het de nadruk op het doel van het Kaderbesluit - het vervangen van het systeem van uitlevering, gebaseerd op de in art. 31 lid 1 Kaderbesluit genoemde verdragen, door het systeem van het EAB, gebaseerd op het Kaderbesluit, teneinde een oplossing te vinden voor de complexiteit en het tijdverlies die inherent zijn aan de uitleveringsprocedures - zoals dit doel tot uitdrukking komt in het samenstel van de overwegingen 3, 4, 5, 7 en 11 van de preambule. Tegen de achtergrond van deze overwegingen leest het Hof art. 31 lid 1 Kaderbesluit zo dat deze bepaling noopt tot vervanging *en bloc*. Hoewel 's Hof's benadering de overzichtelijkheid van het op EAB's toe te passen recht bevordert, valt zij moeilijk te rijmen met de door het Kaderbesluit beoogde vereenvoudiging en vergemakkelijking. Bij het ontbreken van een voorziening in het Kaderbesluit, weigeren sommige lidstaten, waaronder Nederland, accessoire overlevering, terwijl andere lidstaten accessoire overlevering wel toelaatbaar achten.²⁰⁹

Op grond van art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU zijn de lidstaten verplicht alle noodzakelijke maatregelen te nemen ten einde ervoor te zorgen dat de bepalingen van het Kaderbesluit inderdaad in de plaats treden van de bepalingen van de in art. 31 lid 1 Kaderbesluit bedoelde verdragen. Nederland heeft aan die verplichting gevolg gegeven door invoering van de Overleveringswet, zij het tardief. Artikel 74 lid 1 OLW bepaalt dat de Overleveringswet in de relatie met de lidstaten van de Europese Unie in de plaats treedt van de Uitleveringswet²¹⁰ en van - kort gezegd - de in art. 31 lid 1 Kaderbesluit bedoelde verdragen inzake uitlevering én van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de aanvulling en het vergemakkelijken van de toepassing van het Europees Verdrag betreffende uitlevering, alsmede die delen van het Verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden die betrekking hebben op uitlevering.

Nu overlevering is geregeld bij kaderbesluit, waaraan uitvoering is gegeven bij wet in formele zin, terwijl een en ander in de plaats treedt van verdragsbepalingen inzake uitlevering, rijst de vraag hoe zulks zich verhoudt tot art. 2 lid 3 Gw. Op grond van deze

EuHbG). The Law will come into force on 23 August 2004. From this date the dispositions on the European arrest warrant replace the corresponding dispositions of the European Convention on Extradition of 13 December 1957 and its two Protocols of 15 October 1975 and 17 March 1978 in the mutual relationship between Germany and the other Member States of the European Union. *Nevertheless, the treaties mentioned hereabove still apply subsidiarily, to the extent that they offer the possibility to go beyond the objectives of the European arrest warrant, contribute to simplify or facilitate the procedures and to the extent that the Member state concerned also continues to apply them. The same applies to bilateral agreements concluded by the Federal Republic of Germany with different Member States of the European Union*". In de toelichting op het Gesetzentwurf van het *Europäisches Haftbefehlgesetz* wordt in dit verband gewezen op de *akzessorische Auslieferung*: Bundestag Drucksache 15/1718, p. 14, linkerkolom.

²⁰⁸ HvJ EG 12 augustus 2008, NJ 2009, 48 (Santesteban Goicoechea), r.o. 55.

²⁰⁹ Zie *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 27. Zie over accessoire overlevering verder Hoofdstuk VII.

²¹⁰ Met uitzondering van de artikelen 50a en 51 UW die betrekking hebben op andere vormen van rechtshulp dan uitlevering.

bepaling kan uitlevering slechts krachtens *verdrag* geschieden.²¹¹ Tijdens de behandeling door de Raad van de Europese Unie van het door de Commissie ingediende voorstel²¹² voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten²¹³ heeft de Minister van Justitie de Raad van State om advies gevraagd over de verenigbaarheid van de voorgestelde vorm van het rechtsinstrument, een kaderbesluit, met art. 2 lid 3 Gw.

In zijn advies²¹⁴ behandelt de Raad eerst de preliminaire vraag of art. 2 lid 3 Gw toepasselijk is op de rechtsfiguur overlevering. Indien overlevering van wezenlijk andere aard is dan uitlevering, mist art. 2 lid 3 Gw immers toepassing, zodat van onverenigbaarheid met die bepaling geen sprake kan zijn. Op grond van twee argumenten komt de Raad van State tot de conclusie dat overlevering “vooralsnog” wel moet worden beschouwd als een vorm van uitlevering in de zin van art. 2 lid 3 Gw.²¹⁵ De Raad wijst in de eerste plaats op één van de grondslagen van het Kaderbesluit. Zoals blijkt uit de aanhef van de preambule berust het Kaderbesluit onder meer op art. 31, aanhef en onder b VEU (oud), in welke bepaling sprake is van het *vergemakkelijken* van uitlevering tussen de lidstaten. Ook Borgers heeft op het belang van deze grondslag van het Kaderbesluit gewezen. Indien het Kaderbesluit beoogt uitlevering te *vergemakkelijken*, kan overlevering niet iets volledig anders zijn dan uitlevering.²¹⁶ Het tweede argument dat de Raad hanteert, is dat het Voorstel in de tussenkomst van de centrale autoriteiten voorziet. In het Voorstel van de Commissie kon de bevoegdheid tot beslissen op het EAB in sommige gevallen worden opgedragen aan de centrale autoriteit van de uitvoerende lidstaat.²¹⁷ Kennelijk ziet de Raad betrokkenheid van een centrale autoriteit bij de beslissing als een wezenlijk kenmerk van uitlevering.

Vervolgens onderzoekt de Raad de verenigbaarheid van de bij kaderbesluit te regelen overlevering met art. 2 lid 3 Gw. De Raad merkt op dat de Europese Unie moet worden gezien als een fase in een voortgaand proces; het Verdrag betreffende de Europese Unie is een tussenstap tussen strikt communautaire en meer intergouvernementele samenwerkingsvormen. De lidstaten hebben aanvaard dat krachtens Titel VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie de Raad van de Europese Unie besluiten kan aannemen die de lidstaten binden. Die besluiten hebben dan ook een supranationaal karakter.²¹⁸ Vanwege dat supranationale karakter is instemming van de Staten-Generaal vereist, voordat de vertegenwoordiger van het Koninkrijk der Nederlanden in de Raad van de Europese Unie medewerking verleent aan de totstandkoming van een dergelijk besluit.²¹⁹ Op basis van een drietal argumenten neemt de Raad vervolgens aan dat de

²¹¹ Zie Hoofdstuk II.2.2.2. Dat het systeem van uitlevering in verdragen was geregeld, brengt niet mee dat het systeem van overlevering bij overeenkomst in de zin van art. 34 lid 2 onder d (oud) VEU had moeten worden geregeld: HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld).

²¹² Elke lidstaat en de Commissie hadden het initiatiefrecht: art. 34 lid 2 VEU (oud).

²¹³ COM(2001)522 van 19 september 2001.

²¹⁴ Advies van 19 oktober 2001, zaaknummer W03.01.0523/I/A. Het advies is te raadplegen op www.raadvanstate.nl.

²¹⁵ Punt 1 van het advies.

²¹⁶ Zie punt 3 van de noot van M.J. Borgers bij HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619 (Advocaten voor de Wereld).

²¹⁷ Zie art. 5 van het Voorstel.

²¹⁸ Punt 2 van het advies.

²¹⁹ Punt 3 van het advies. Zie art. 3 van de Wet van 24 december 1998 tot goedkeuring van het op 2 oktober 1997 te Amsterdam tot stand gekomen Verdrag van Amsterdam, houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige

totstandkoming of de uitvoering van het Kaderbesluit niet als afwijking van de Grondwet kan worden beschouwd. Art. 2 lid 3 Gw voorkomt uitlevering aan een land “waarmee daarover geen verdragsrelatie bestaat die bijvoorbeeld vereisten en waarborgen kan inhouden met betrekking tot het doel van de uitlevering”. Niet alleen door een verdrag dat uitlevering rechtstreeks regelt, maar ook door een krachtens verdrag genomen besluit van een volkenrechtelijke organisatie staat en de aangezochte staat bindt, zoals een kaderbesluit, wordt aan de uitgangspunten van art. 2 lid 3 Gw voldaan. Het komt de Raad redelijk voor het woord “krachtens” zo uit te leggen dat voldoende is dat voor uitlevering een verdragsrechtelijke grondslag aanwezig is. In de tweede plaats is volgens de Raad ook voldaan aan de waarborg die art. 2 lid 3 GW beoogt te bieden. Uit de parlementaire geschiedenis van deze bepaling volgt dat in de aanwezigheid van een verdrag tussen Nederland en de verzoekende staat “een zeker vertrouwen in de rechtspleging van het andere land besloten ligt”.²²⁰ Nu kaderbesluiten zijn ingebed in het Verdrag betreffende de Europese Unie, hoeft volgens de Raad er niet aan te worden getwijfeld dat daaraan recht is gedaan. Ten slotte brengt het instemmingsrecht van de Staten-Generaal ten aanzien van kaderbesluiten mee, dat ook de democratische legitimering van het Kaderbesluit voldoende is verzekerd.

De Raad van State concludeert dan ook “(a) dat het kaderbesluit moet worden beschouwd als een regeling met een voor de lidstaten bindend supranationaal karakter, en (b) dat de totstandkoming van het bedoelde kaderbesluit niet leidt tot afwijking van artikel 2, derde lid, eerste volzin, GW en derhalve voor medewerking van Nederland aan de totstandkoming van dit besluit geen voorafgaande wijziging van de GW noodzakelijk is”.²²¹ De Minister van Justitie heeft deze conclusie tot de zijne gemaakt.²²² Nu de voor medewerking aan de totstandkoming van het Kaderbesluit vereiste instemming is verleend, mag worden aangenomen dat ook de Staten-Generaal van oordeel waren dat de totstandkoming van het Kaderbesluit verenigbaar was met art. 2 lid 3 Gw.

Het uiteindelijk door de Raad van de Europese Unie aangenomen Kaderbesluit verschilt aanzienlijk van het Voorstel van Commissie. Zo is de mogelijke rol van de centrale autoriteiten slechts ondersteunend. Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat tot de Overleveringswet heeft geleid, heeft de Minister van Justitie zich echter opnieuw op het standpunt gesteld dat overlevering “een vorm van internationale strafrechtelijke samenwerking [betreft] die in de kern niet afwijkt van wat tot op heden bekend staat als uitlevering” en, onder verwijzing naar het advies van de Raad van State, dat het Kaderbesluit verenigbaar is met art. 2 lid 3 Gw.²²³ De Staten-Generaal hebben zich met dat standpunt verenigd, aangezien zij het wetsvoorstel hebben aangenomen. Art. 120 Gw, volgens welke bepaling de rechter niet in de beoordeling van de grondwettigheid van

bijbehorende akten, met Protocolen, *Stb.* 737. Deze bepaling is vervallen met de inwerkingtreding van de Rijkswet van 10 juli 2008, houdende goedkeuring van het op 13 december 2007 te Lissabon totstandgekomen Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met Protocolen en Bijlagen (*Trb.* 2008, 11), *Stb.* 301.

²²⁰ Zie hierover Hoofdstuk II.2.2.2.

²²¹ Punt 6 van het advies.

²²² *Kamerstukken II* 2001/02, 23 490, nr. 209, p. 3.

²²³ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 5.

wetten treedt, staat eraan in de weg dat de rechter de juistheid van dit standpunt toetst.²²⁴ Toetsing door de Nederlandse rechter van de grondwettigheid van het Kaderbesluit behoort evenmin tot de mogelijkheden. Alleen het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd kaderbesluiten ongeldig te verklaren. De nationale rechters kunnen slechts, voor zover hun lidstaten de bevoegdheid van Hof hebben erkend, gerezen vragen over de geldigheid van een kaderbesluit bij wijze van prejudicieel geschil aan het Hof voorleggen.²²⁵

De lezing van art. 2 lid 3 Gw dat niet steeds een verdrag vereist is dat uitlevering rechtstreeks regelt, maar dat een grondslag in een verdrag voldoet, wijkt nauwelijks af van de ten aanzien van de “klassieke” uitlevering gevolgde praktijk. In dit verband kan worden gewezen op de in art. 51a lid 2 UW bedoelde verdragen. Het gaat hier om multilaterale verdragen die niet uitsluitend of hoofdzakelijk op uitlevering betrekking hebben, maar die wel bepalingen over uitlevering bevatten. Dergelijke verdragen verplichten de partijen bepaalde gedragingen strafbaar te stellen - zoals vliegtuigkaping, gijzelneming en terroristische bomaanslagen - en maken uitlevering voor de bedoelde strafbare feiten *mogelijk*, ook al heeft de aangezochte staat geen specifiek uitleveringsverdrag met de verzoekende staat. Indien de aangezochte staat niet uitlevert zonder basis in een verdrag, kan hij de in art. 51a UW bedoelde verdragen als grondslag voor uitlevering ter zake van de in die verdragen bedoelde strafbare feiten beschouwen.²²⁶ Deze verdragen houden geen “vereisten en waarborgen met betrekking tot het doel van de uitlevering” in en zijn, voor wat betreft uitlevering, niet bindend voor de verzoekende staat en aangezochte staat. Bovendien kan niet zonder meer worden volgehouden dat deze verdragen een uiting vormen van het vertrouwen in de rechtspleging van de andere partijen. Zo is Noord-Korea partij bij het in art. 51a lid 2 UW genoemde Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen. Toch hebben de Staten-Generaal deze verdragen goedgekeurd, zodat zij kennelijk de grondwettigheid daarvan hebben aangenomen. In wezen is ook bij de in de in art. 51a UW genoemde verdragen slechts sprake van een grondslag in een verdrag. Tegen de achtergrond van de ratio van de verdragseis kan worden geconcludeerd dat, indien de constructie van art. 51a UW al verenigbaar is met art. 2 lid 3 Gw, dit zeker moet gelden voor het Kaderbesluit.

²²⁴ Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, *LJN* AZ1408. Zie over de verhouding tussen het Kaderbesluit en art. 2 lid 3 Gw ook Glerum & Rozemond 2006, p. 123-128. Zie in het algemeen over de invloed van het Kaderbesluit op het uitleveringsrechtelijke verdragsrecht Laugier-Deslandes 2002.

²²⁵ Zie art. 35 lid 1 (oud) VEU en vgl. HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/87, *Jur.* 1987, p. 4199 (Fotofrost). Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon blijven de in artikel 35 Verdrag betreffende de Europese Unie bedoelde bevoegdheden van het Hof van Justitie voor een overgangsperiode van vijf jaren gehandhaafd ten aanzien van vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon tot stand gekomen kaderbesluiten (art. 10 leden 1 en 3 van Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen). Een tussentijdse wijziging van een kaderbesluit heeft echter tot gevolg dat het alsnog onder de reikwijdte van het door het Verdrag van Lissabon tot stand gebrachte regime komt (art. 10 lid 2 van Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen. Zie aangaande het overgangsrecht verder par. 3.3.2.

²²⁶ Zie Swart 1986, p. 119-120. Zie voor uitlevering op grond van een in art. 51a lid 2 UW genoemd verdrag HR 24 november 2009, *LJN* BJ9264 en BJ9266 (uitlevering aan Marokko; in het arrest wordt het toepasselijke verdrag niet genoemd, maar gelet op de feiten waarvoor de uitlevering werd verzocht - deelneming aan (poging tot) vervoer en uitvoer van cannabis - moet het verzoek gegrond zijn geweest op het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, zoals gewijzigd bij het Protocol tot wijziging van het Enkelvoudig Verdrag); HR 13 januari 2009, *LJN* BF0837 (uitlevering aan de Verenigde Arabische Emiraten op grond van het Verdrag van de VN tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad).

III.2.3.2.4 *Wederkerigheid*

In Hoofdstuk II.2.2.3 is gebleken dat staten bij het sluiten van uitleveringsverdragen hun soevereiniteit en hun onderlinge gelijkheid trachten te bewaken door in het algemeen slechts een prestatie te leveren waartoe de wederpartij in het omgekeerde geval ook bereid zou zijn. De in het uitleveringsverdrag opgenomen verplichting tot uitlevering en de uitzonderingen daarop zijn dan ook in het algemeen “symmetrisch”.

Het systeem van overlevering berust niet op een door de lidstaten gesloten verdrag, maar op een besluit van een volkenrechtelijke organisatie. In zoverre is dus sprake van een verschil met uitlevering. Daar staat tegenover dat de Raad een dergelijk besluit alleen kon nemen met eenparigheid van stemmen.²²⁷ De vertegenwoordigers van alle lidstaten hebben dus met het Kaderbesluit moeten instemmen. Aangenomen mag worden dat zij bij het aannemen van het Kaderbesluit rekening zullen hebben gehouden met de belangen van hun lidstaten, in die zin dat deze niet verplicht worden tot prestaties waartoe andere lidstaten niet gehouden zijn.²²⁸ Een voorbeeld biedt de regeling van het specialiteitsbeginsel. Art. 27 lid 1 Kaderbesluit scheidt de mogelijkheid voor een lidstaat om, bij daartoe strekkende kennisgeving aan het secretariaat-generaal van de Raad, af te zien van de gelding van het specialiteitsbeginsel, maar alleen “in zijn betrekking met andere lidstaten die dezelfde kennisgeving hebben verricht”. De lidstaten zijn dus alleen bereid afstand te doen van de werking van het specialiteitsbeginsel, indien hun wederpartijen daartoe ook bereid zijn.²²⁹

III.2.3.2.5 *Voorwaarden*

Inleiding

In Hoofdstuk II.2.2.4 is uiteen gezet dat staten uitleveringsverdragen met elkaar plegen aan te gaan, teneinde over en weer verplichtingen tot uitlevering in het leven te roepen. De uitleveringsverdragen stellen de verplichting tot uitlevering meestal voorop en sommen daarna de voorwaarden op waaronder die verplichting bestaat. Die voorwaarden, die evenzoveel gronden tot weigering van de uitlevering opleveren, vinden hun verklaring in de wens van de verdragspartijen hun soevereiniteit zoveel mogelijk te handhaven.

Het Kaderbesluit is niet een verdrag dat tussen de lidstaten is overeengekomen, maar een besluit van een volkenrechtelijke organisatie: (de Raad van) de Europese Unie. Desondanks vertoont het Kaderbesluit qua structuur grote overeenkomst met uitleveringsverdragen. Zoals uitleveringsverdragen de verplichting tot uitlevering voorop stellen, geeft het Kaderbesluit aan de verplichting tot overlevering een prominente plaats. Art. 1 lid 2 Kaderbesluit bepaalt: “De lidstaten verbinden zich ertoe om, op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepaling van dit kaderbesluit, elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen”. De artikelen 2 tot en met 5

²²⁷ Art. 34 lid 2 (oud) VEU. Zie ook Sarmiento 2008, p. 178, die de lidstaten als “key players under Title VI of the TEU” aanduidt, met een “broad and deep margin of discretion, which is formally exercised by means of the Council, where unanimous voting is the rule”.

²²⁸ Zie voor een in de tijd beperkte uitzondering art. 33 lid 1 Kaderbesluit. Totdat Oostenrijk zijn *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz* had aangepast en uiterlijk tot 31 december 2008 kon Oostenrijk de overlevering van zijn eigen onderdanen weigeren “indien het feit waarvoor het Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd niet strafbaar is naar Oostenrijks recht”.

²²⁹ Zie over het ontbreken van wederkerigheid als grond tot weigering van de overlevering Hoofdstuk XXIII.

Kaderbesluit sommen vervolgens de formele en materiële voorwaarden voor overlevering op.

Evenals de uitleveringsverdragen kent het Kaderbesluit imperatieve en facultatieve weigeringsgronden (art. 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit). Daarnaast kent het Kaderbesluit nog gevallen waarin de overlevering afhankelijk kan worden gesteld van een door de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat te verstrekken garantie (art. 5 Kaderbesluit). Afgezien van hun inhoud, vertonen de weigeringsgronden van het Kaderbesluit een opmerkelijk verschil in formulering met de verdragsrechtelijke weigeringsgronden. Deze laatste vangen in geval van een imperatieve grond aan met “Extradition shall not be granted (...)”²³⁰ en in geval van een facultatieve grond met “The requested Party may refuse to extradite (...)”.²³¹ In beide gevallen is het aan de aangezochte staat overgelaten te bepalen welk orgaan de beslissing op het uitleveringsverzoek neemt. Het Kaderbesluit daarentegen luidt de imperatieve weigeringsgronden in met de zinsnede “De rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat (...) weigert de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel (...)”²³² en de facultatieve weigeringsgronden met de zinsnede “De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel weigeren (...)”.²³³ De gevallen waarin overlevering afhankelijk kan worden gesteld van een garantie vangen aan met de zinsnede “De tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel door de uitvoerende rechterlijke autoriteit kan door het recht van de uitvoerende lidstaat afhankelijk worden gesteld (...)”.²³⁴ Het Kaderbesluit wijst dus steeds de uitvoerende rechterlijke autoriteit aan als de instantie die de overlevering moet of mag weigeren dan wel van een garantie afhankelijk mag stellen, hetgeen in overeenstemming is met het in overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit omschreven doel: vervanging van uitlevering tussen de lidstaten door overlevering tussen rechterlijke autoriteiten.

Nu de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit uitdrukkelijk de uitvoerende rechterlijke autoriteit aanwijzen als de instantie die de overlevering kan weigeren, rijst de vraag of de lidstaten de vrijheid hebben om af te zien van implementatie van die facultatieve weigeringsgronden. Zou deze vraag ontkennend worden beantwoord, dan zouden de facultatieve weigeringsgronden een ander karakter hebben dan de facultatieve weigeringsgronden in het uitleveringsrecht: dwingend ten aanzien van de implementatie door de lidstaten, maar optioneel ten aanzien van de toepassing daarvan door de bevoegde rechterlijke autoriteiten.

Implementatieruimte facultatieve weigeringsgronden: ruimere implementatie niet toegestaan

Ter beantwoording van de vraag of de lidstaten de vrijheid hebben om af te zien van implementatie van facultatieve weigeringsgronden dient men een uitstap te maken naar een tweetal arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen²³⁵ waarin de facultatieve weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit centraal stond. Volgens deze bepaling kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de executieoverlevering weigeren van

²³⁰ Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 1 EUV (politieke misdrijven).

²³¹ Zie bijvoorbeeld art. 8 EUV (lopende vervolging in de aangezochte staat ter zake van het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt).

²³² Art. 3 Kaderbesluit.

²³³ Art. 4 Kaderbesluit. Art. 4 bis Kaderbesluit heeft een vrijwel gelijklopende aanhef: “De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel voor de uitvoering van een tot vrijheidsbeneming strekkende straf of maatregel ook weigeren (...)”.

²³⁴ Art. 5 Kaderbesluit.

²³⁵ Thans het Hof van Justitie van de Europese Unie (art. 19 lid 1 VEU).

een persoon die verblijft in dan wel ingezetene of onderdaan van de uitvoerende lidstaat is, indien de uitvoerende lidstaat zich ertoe verbindt de buitenlandse vrijheidsstraf zelf ten uitvoer te leggen. In het eerste van de twee arresten, het *Kozłowski*-arrest, bepaalde het Hof van Justitie dat bepalingen van Unierecht die voor de betekenis en draagwijdte daarvan niet uitdrukkelijk naar het nationale recht van de lidstaten verwijzen, ‘normaliter’ door de hele Unie heen uniform en autonoom moeten worden uitgelegd, ‘rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling’. De eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen zo een uitleg.²³⁶ De in art. 4 onder 6 Kaderbesluit opgenomen begrippen ‘ingezetene’ en ‘verblijven’ verwijzen voor wat de betekenis en draagwijdte daarvan betreft niet naar het recht van de lidstaten. Het gaat dan ook om autonome begrippen die uniform moeten worden uitgelegd.²³⁷

Hebben de lidstaten, gezien de plicht tot uniforme uitleg van autonome begrippen, bij de implementatie van de facultatieve weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit nog ruimte tot afwijking of moeten zij bij de implementatie die autonome begrippen overnemen zoals zij uniform door het Hof zijn uitgelegd? Bij de beantwoording van deze vraag wees het Hof in het *Kozłowski*-arrest op het aan het Kaderbesluit ten grondslag liggende beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, krachtens hetwelk overlevering voorop staat en weigering alleen mogelijk is op grond van de in het Kaderbesluit opgesomde weigeringsgronden. Dit brengt mee dat de lidstaten bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit aan de autonome begrippen ‘ingezetene’ en ‘verblijven’ niet ‘een betekenis’ mogen geven ‘die ruimer is dan die welk uit een (...) uniforme uitlegging volgt’.²³⁸ Een *ruimere* invulling van deze begrippen rekt de actieradius van de weigeringsgrond op en kan bijgevolg tot meer weigeringen van de overlevering leiden. Nu op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen tenuitvoerlegging van de buitenlandse beslissing de hoofdregel is en weigering de uitzondering, ligt een verbod op ruimere implementatie van autonome begrippen voor de hand.

Implementatieruimte facultatieve weigeringsgronden: inperkende implementatie toegestaan

In het *Kozłowski*-arrest sprak het Hof zich niet uitdrukkelijk uit over de vraag of de lidstaten bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit de autonome begrippen strenger mogen invullen dan uit hun uniforme uitleg volgt. Een strengere implementatie, bijvoorbeeld door het toevoegen van nadere eisen, perkt de actieradius van de weigeringsgrond juist in en kan daardoor tot meer overleveringen leiden. Een en ander roept de vraag op of art. 4 onder 6 Kaderbesluit strekt tot minimum- of tot maximumharmonisatie. Van minimumharmonisatie is sprake wanneer de lidstaten bij de omzetting in de nationale rechtsorde wel strengere voorschriften mogen stellen. Van maximumharmonisatie is sprake wanneer de lidstaten bij de omzetting in het geheel niet mogen afwijken van het kaderbesluit.²³⁹ In de zaak *Wolzenburg* heeft het Hof deze kwestie op scherp gesteld door eigener beweging aan partijen de vragen voor te leggen of art. 4 onder 6 Kaderbesluit zo moet worden gelezen dat het de lidstaten verplicht om deze weigeringsgrond in hun wetgeving om te zetten en of de uitvoerende justitiële autoriteit in

²³⁶ HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 42.

²³⁷ Art. 2 lid 2 Kaderbesluit is een bepaling die wel uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst. Zie Rozemond 2008, p. 290.

²³⁸ *Kozłowski*, r.o. 43; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 37.

²³⁹ Zie Klip 2012, p. 31-34; Kristen 2004, p. 42-45.

elk concreet geval de mogelijkheid moet hebben om de tenuitvoerlegging van een EAB te weigeren. Een bevestigende beantwoording van beide vragen zou betekenen dat deze bepaling tot maximumharmonisatie strekt. Zij zou dan inderdaad dwingend zijn ten aanzien van de implementatie door de lidstaten en facultatief ten aanzien van de concrete toepassing door de uitvoerende rechterlijke autoriteiten.

In zijn noot bij het *Kozłowski*-arrest wijst Borgers op het facultatieve karakter van de weigeringsgrond. Daarin ligt een inherente afwijkingsbevoegdheid besloten. Het meerdere - het achterwege laten van weigering van de overlevering - omvat het mindere - het verbinden van strengere eisen aan weigering van de overlevering. Bovendien dient, overeenkomstig het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, een EAB ten uitvoer te worden gelegd en is weigering van de overlevering alleen mogelijk in limitatief omschreven gevallen. Een strengere toepassing, leidende tot meer overleveringen, is met dat uitgangspunt niet in strijd, aldus Borgers.²⁴⁰

De Commissie heeft daarentegen het standpunt ingenomen dat sprake is van maximumharmonisatie. Ter onderbouwing daarvan wijst zij op een aan de tekst van art. 4 Kaderbesluit ontleend argument. De aanhef van die bepaling - "De uitvoerende justitiële autoriteit kan de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel weigeren (...)" - lijkt erop te duiden dat het niet aan de lidstaten is om te bepalen of zij deze weigeringsgrond al dan niet implementeren, maar dat het aan de uitvoerende justitiële autoriteit moet worden overgelaten om van geval tot geval te bepalen of zij de overlevering al dan niet zal weigeren.²⁴¹ Dat veronderstelt de verplichting van de lidstaten om deze weigeringsgrond te implementeren. Een vergelijking met de aanhef van art. 5 Kaderbesluit, dat de garantie van herziening of gratie van een levenslange vrijheidsstraf en de garantie van terugkeer naar de uitvaardigende lidstaat van onderdanen en ingezetenen van die lidstaat regelt, biedt steun aan die opvatting. Ook deze bepaling is facultatief geredigeerd, maar lijkt het aan het recht van de uitvoerende lidstaat over te laten of de uitvoerende justitiële autoriteit al dan niet een garantie mag verlangen: "De tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel door de uitvoerende rechterlijke autoriteit kan door het recht van de uitvoerende lidstaat afhankelijk worden gesteld van een van de volgende voorwaarden (...)"²⁴²

Daarnaast wijst de Commissie op het doel van art. 4 onder 6 Kaderbesluit, zoals dat door het Hof in het *Kozłowski*-arrest is uiteengezet. De in deze bepaling neergelegde weigeringsgrond strekt volgens het Hof 'er in het bijzonder toe de uitvoerende rechterlijke autoriteit in staat te stellen een bijzonder gewicht te hechten aan de mogelijkheid de kansen op sociale re-integratie van de gezochte persoon na het einde van de straf waartoe deze is veroordeeld, te verhogen'.²⁴³ Dat doel brengt mee dat de rechter van tot geval beoordeelt of de kansen op sociale re-integratie al dan niet worden verhoogd door tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat. Een beoordeling *in concreto* dus, in plaats van een door de wetgever vooraf te maken beoordeling *in abstracto*. De Commissie erkent dat deze uitleg een

²⁴⁰ Zie punt 5 van de noot van M.J. Borgers bij *NJ* 2008, 586.

²⁴¹ Ook M.J. Borgers heeft in zijn noot bij *NJ* 2008, 586 op dit argument gewezen. Zie punt 5 van de noot.

²⁴² *Antwoorden op de door het Hof gestelde vragen door de Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 23 januari 2009, JURM(2009) 13002, p. 2-3. De Commissie heeft op dit punt een ommezwaai gemaakt. In haar evaluatieverslagen over de werking van het Kaderbesluit noemde zij de keuze om al dan niet (dwingend of facultatief) te implementeren nog "in beginsel mogelijk". Zie *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*, COM(2006)8 def., p. 4.

²⁴³ *Kozłowski*, r.o. 45.

beperking van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen meebrengt, maar acht deze beperking gelegitimeerd door het belang van de sociale re-integratie van veroordeelde personen.²⁴⁴

Ook de aard van het Kaderbesluit ondersteunt in de opvatting van de Commissie de gedachte dat sprake is van maximumharmonisatie. Het Kaderbesluit beoogt immers de wetgevingen van de lidstaten dichter bij elkaar te brengen. Indien de lidstaten de vrijheid zouden hebben de beoordelingsmarge van de rechter op uiteenlopende wijze in te perken, dan zou de eenvormige toepassing in het gedrang komen.²⁴⁵ Ten slotte wijst de Commissie op het systeem van het Kaderbesluit, volgens hetwelk de rechter een “determinerende” rol heeft bij de beslissing over de tenuitvoerlegging van EAB's. Het staat de lidstaten niet vrij die rol in te perken of zelfs uit te sluiten.²⁴⁶

De lidstaten die in de zaak *Wolzenburg* opmerkingen hebben ingediend, staan lijnrecht tegenover de Commissie. Zij zijn van mening dat zij niet verplicht zijn om art. 4 onder 6 Kaderbesluit in hun wetgeving om te zetten en dat zij, indien zij toch tot omzetting overgaan, de reikwijdte van die weigeringsgrond mogen inperken. Zo bevat volgens de Franse regering art. 3 Kaderbesluit de weigeringsgronden die de nationale rechtsorden van alle lidstaten gemeen hebben of die de Uniewetgever verplicht heeft willen stellen ter bescherming van mensenrechten. Art. 4 Kaderbesluit bevat daarentegen weigeringsgronden die in sommige lidstaten al bekend waren en in andere niet. De facultatieve weigeringsgronden zijn opgenomen om de eerste groep van lidstaten de mogelijkheid te bieden zich daarop te blijven beroepen. Tegen de achtergrond van de doelstelling van het Kaderbesluit - vergemakkelijking van overlevering - valt niet in te zien waarom een lidstaat verplicht zou zijn een weigeringsgrond in te voeren die zijn nationale recht voordien niet kende of waarom een lidstaat niet zou mogen afzien van de omzetting van een weigeringsgrond, ook wanneer zijn recht zo een grond al wel kende. Als een lidstaat toch besluit een in art. 4 Kaderbesluit opgenomen weigeringsgrond om te zetten, dan is het aan hem om te bepalen of hij de toepassing van die grond verplicht stelt dan wel overlaat aan de uitvoerende justitiële autoriteit. Nu de lidstaten op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning elk EAB ten uitvoer moeten leggen, heeft art. 4 Kaderbesluit tot doel de gronden tot weigering te beperken. De in die bepaling opgenomen weigeringsgronden kunnen worden onderverdeeld in zuiver juridische, zoals die van dubbele strafbaarheid en van verjaring, en gronden die een beoordeling van de feitelijke situatie eisen, zoals die van de territorialiteit (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit). De toepassing van deze tweede groep van gronden kan het beste aan het oordeel van de uitvoerende justitiële autoriteit worden overgelaten.²⁴⁷

De A-G Bot sluit zich in zijn conclusie aan bij het standpunt van de Commissie dat de lidstaten verplicht zijn om art. 4 onder 6 Kaderbesluit als facultatieve weigeringsgrond op te nemen in hun implementatiewetgeving. Centraal in zijn redenering staat het belang van re-integratie van de veroordeelde. Uit 's Hofs overwegingen in het *Kozłowski*-arrest over het belang van re-integratie volgt dat het Hof re-integratie als één van de doelstellingen van

²⁴⁴ *Antwoorden op de door het Hof gestelde vragen door de Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 23 januari 2009, JURM(2009) 13002, p. 3-4.

²⁴⁵ *Antwoorden op de door het Hof gestelde vragen door de Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 23 januari 2009, JURM(2009) 13002, p. 5.

²⁴⁶ *Antwoorden op de door het Hof gestelde vragen door de Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 23 januari 2009, JURM(2009) 13002, p. 5.

²⁴⁷ *Antwoorden van de regering van de Franse Republiek op de door het Hof in zaak C-123/08 gestelde vragen*, 23 januari 2009, p. 4-6.

art. 4 onder 6 Kaderbesluit ziet en dat de uitvoerende justitiële autoriteit bij de toepassing van deze weigeringsgrond ook rekening mag houden met andere belangen dan dat van re-integratie. De A-G is het daarmee niet eens, omdat hij niet inziet welk ander rechtmatig belang dan het belang van re-integratie zou worden beoogd.²⁴⁸ Nu burgers van de Europese Unie het recht hebben om in alle lidstaten te reizen en te verblijven, is succesvolle re-integratie van veroordeelde Unieburgers niet alleen voor de uitvoerende lidstaat, maar ook voor alle andere lidstaten van belang.²⁴⁹ Voor onderdanen van derde staten geldt naar de mening van de A-G hetzelfde, omdat zij door de opheffing van de binnengrenzen in de Schengenruimte binnen deze ruimte vrij kunnen reizen, terwijl zij als familielid van een burger van de Europese Unie vrij kunnen reizen en verblijven binnen de hele Europese Unie.²⁵⁰ Een en ander leidt ertoe dat de lidstaten “hoofdelijk aansprakelijk” zijn geworden voor de bestrijding van criminaliteit, zodat zij art. 4 onder 6 Kaderbesluit wel moeten omzetten in hun wetgeving om ervoor te zorgen dat tenuitvoerlegging van het EAB niet ten koste gaat van re-integratie van veroordeelden en dus van het belang van voorkoming van criminaliteit.²⁵¹ Ten slotte ziet de A-G zijn redenering bevestigd in het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.²⁵² Dat kaderbesluit creëert een kader voor de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen in die lidstaat waar de tenuitvoerlegging de kansen op re-integratie van de veroordeelde zal vergroten.²⁵³

De door de partijen betrokken stellingen overziend, is het duidelijk dat aanvaarding van het standpunt van de Commissie voor de overleveringspraktijk gevolgen zou hebben die het belang van het concrete geval ver te boven zouden gaan. De lidstaten zouden dan verplicht zijn *alle* facultatieve weigeringsgronden in hun wetgeving om te zetten en wel in dier voege dat het steeds aan de uitvoerende justitiële autoriteit zou zijn om van geval tot geval te bepalen of zo een grond al dan niet zou worden toegepast. Nu niet alle lidstaten alle facultatieve weigeringsgronden hebben geïmplementeerd²⁵⁴ en sommige lidstaten de facultatieve weigeringsgronden als dwingende gronden hebben omgezet,²⁵⁵ zouden deze lidstaten hun wetgeving moeten aanpassen en zouden hun justitiële autoriteiten in de tussentijd met forse uitvoeringsproblemen worden geconfronteerd.²⁵⁶

Wellicht hebben deze verstrekkende gevolgen van het standpunt van de Commissie het Hof ervan weerhouden haar te volgen. 's Hof's oordeel met betrekking tot de omvang van de harmonisatie van facultatieve weigeringsgronden komt namelijk in wezen neer op het standpunt van de lidstaten: de lidstaten mogen facultatieve weigeringsgronden strenger implementeren. Waar echter de lidstaten lijken te redeneren vanuit de wens hun

²⁴⁸ Punt 61 van de conclusie van de A-G Bot.

²⁴⁹ Punt 103 van de conclusie van de A-G Bot.

²⁵⁰ Punt 104 van de conclusie van de A-G Bot.

²⁵¹ Punten 105-106 van de conclusie van de A-G Bot.

²⁵² Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L327/27. Zie over dit kaderbesluit en de Nederlandse implementatie daarvan Hoofdstuk IX.3.4-3.5.

²⁵³ Punt 107 van de conclusie van de A-G Bot.

²⁵⁴ Zo heeft het Verenigd Koninkrijk de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat, art. 4 onder 4 Kaderbesluit, niet omgezet.

²⁵⁵ Zo heeft Nederland alle facultatieve gronden als dwingende gronden geïmplementeerd en hebben lidstaten als België, Cyprus, Ierland, Finland, Hongarije, Tsjechië, Zweden en Frankrijk het ontbreken van dubbele strafbaarheid, art. 4 onder 1 jo. art. 2 lid 4 Kaderbesluit EAB, tot grond voor verplichte weigering gemaakt.

²⁵⁶ Zie over de facultatieve weigeringsgronden Bot 2009, p. 234-238.

handelingsvrijheid bij de implementatie het Kaderbesluit zo groot mogelijk te houden, redeneert het Hof vanuit het aan het Kaderbesluit ten grondslag liggende beginsel. Het Hof legt er de nadruk op dat lidstaten ingevolge het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen verplicht zijn EAB's ten uitvoer te leggen en dat de gronden waarop de lidstaten de tenuitvoerlegging mogen weigeren limitatief zijn opgesomd in de art. 3 en 4 Kaderbesluit.²⁵⁷ Indien een lidstaat bij de implementatie “van de hem in artikel 4 [Kaderbesluit] geboden mogelijkheden” de reikwijdte van de weigeringsgrond inperkt, dan neemt het potentiële aantal geweigerde overleveringen af. Dat versterkt de overleveringsregeling ten gunste van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid). Anders gezegd, een dergelijke inperking vergemakkelijkt de overlevering, hetgeen in overeenstemming is met de hoofdregel dat EAB's ten uitvoer moeten worden gelegd.²⁵⁸ Bij de implementatie van een facultatieve weigeringsgrond beschikt een lidstaat dan ook noodzakelijkerwijs over “een zekere beoordelingsmarge”.²⁵⁹ Het Hof spreekt van een “zekere” marge, omdat de lidstaat bij de inperking van een facultatieve weigeringsgrond vanzelfsprekend wel gebonden is aan het Unierecht, bijvoorbeeld aan het Unierechtelijke verbod op discriminatie.²⁶⁰ Maakt een lidstaat van deze beoordelingsmarge gebruik en perkt hij de weigeringsgrond in, dan is de in het *Kozłowski*-arrest gegeven uniforme uitleg van de autonome begrippen “ingezetene” en “verblijven” niet meer van belang voor de nationale implementatie. Die uitleg speelt alleen een rol, wanneer een lidstaat bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit “geen specifieke voorwaarden” heeft vastgelegd.²⁶¹

Implementatieruimte facultatieve weigeringsgronden: afzien van implementatie en dwingende implementatie toegestaan

In het arrest *Wolzenburg* was de vraag of een lidstaat ook mag afzien van de omzetting van een facultatieve weigeringsgrond niet aan de orde. In het licht van 's Hof's overwegingen inzake de inperking van facultatieve weigeringsgronden lijkt het waarschijnlijk dat het Hof deze vraag bevestigend zou beantwoorden, indien deze aan hem zou worden gesteld.²⁶² Het

²⁵⁷ *Wolzenburg*, r.o. 57. Op het limitatieve karakter van de weigeringsgronden wees het Hof eerder in HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (*Kozłowski*), r.o. 43 en HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (*Leymann en Pustovarov*), r.o. 51. Zie ook HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37 en HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55 (in het laatste arrest verwijst het Hof ook naar de weigeringsgrond van art. 4 bis Kaderbesluit en naar de garanties van art. 5 Kaderbesluit).

²⁵⁸ *Wolzenburg*, r.o. 58-59; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 52.

²⁵⁹ *Wolzenburg*, r.o. 61; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 33.

²⁶⁰ *Wolzenburg*, r.o. 43-46; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 39. Een lidstaat mag staatsburgers van andere lidstaten die op zijn grondgebied verblijven of er ingezetene zijn niet volledig en automatisch van de werkingssfeer van de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit uitsluiten, ongeacht de banden die deze personen met die lidstaat hebben: HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 52. Zie ook Hoofdstuk IX.3.3.4.3-3.3.4.4.

²⁶¹ *Wolzenburg*, r.o. 76-77; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 42-43. Zo ook Rb. Amsterdam 2 december 2009, *LJN* BK5504.

²⁶² Zie HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 58 (“de hem [de uitvoerende lidstaat] in artikel 4 [Kaderbesluit] geboden mogelijkheden”); HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 64 (“(...) laat het kaderbesluit, zoals met name blijkt uit de artikelen 3 tot en met 5 ervan, de lidstaten de mogelijkheid om de bevoegde rechterlijke autoriteiten toe te staan in specifieke situaties de tenuitvoerlegging van een overlevering te weigeren (...)”); HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 30 (“De regeling van het kaderbesluit, zoals dat blijkt uit met name artikel 4 ervan, laat

niet omzetten van een facultatieve weigeringsgrond in de nationale wetgeving brengt mee dat de opgeëiste persoon zich in de overleveringsprocedure niet op zo een grond kan beroepen. Nog daargelaten dat facultatieve weigeringsgronden geen onvoorwaardelijke rechten aan de opgeëiste persoon toekennen, staat art. 34 lid 2 (oud) VEU aan rechtstreekse toepassing van die gronden aan de weg. Het Kaderbesluit heeft immers geen rechtstreekse werking.²⁶³ Het niet omzetten van facultatieve weigeringsgronden leidt tot meer overleveringen en is dus in overeenstemming met de strekking die het Hof aan het Kaderbesluit EAB toekent.²⁶⁴

Evenmin was aan de orde de vraag of een lidstaat een facultatieve weigeringsgrond als dwingende grond tot weigering mag omzetten. Ook ten aanzien van deze vraag lijkt een bevestigende beantwoording waarschijnlijk.²⁶⁵ Tegen de achtergrond van de strekking van het Kaderbesluit - de verplichting van de lidstaten tot tenuitvoerlegging van een EAB - zijn de facultatieve weigeringsgronden gronden “krachtens welke het gerechtvaardigd kan zijn dat in de uitvoerende lidstaat de bevoegde autoriteit weigert een dergelijk bevel uit te voeren”.²⁶⁶ Nu de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit de gevallen omschrijven waarin de lidstaten bevoegd zijn te weigeren een EAB ten uitvoer te doen leggen, valt niet in te zien waarom de lidstaten zo een weigering niet zouden mogen voorschrijven aan hun justitiële autoriteiten. Een dwingende omzetting leidt namelijk niet tot meer weigeringen dan het Kaderbesluit toelaat.²⁶⁷

Conclusie implementatieruimte facultatieve weigeringsgronden en garanties

Ten aanzien van de facultatieve weigeringsgronden van de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit luidt de conclusie dus dat de lidstaten mogen afzien van de implementatie van zulke weigeringsgronden, dat zij, indien zij toch overgaan tot implementatie, aan die gronden geen ruimere strekking mogen geven dan uit de uniforme uitleg van hun autonome bewoordingen volgt, dat zij in geval van implementatie daarentegen de reikwijdte van die gronden wel mogen inperken en dat zij de vrijheid hebben om die gronden in dwingende weigeringsgronden om te zetten. Een en ander geldt naar mijn mening *mutatis mutandis* ook voor de garanties als bedoeld in art. 5 Kaderbesluit, nu deze bepaling het aan het recht van de uitvoerende lidstaat overlaat of de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering afhankelijk maakt van een door de uitvaardigende lidstaat te verstrekken garantie.

de lidstaten immers *de mogelijkheid om in specifieke gevallen de bevoegde rechterlijke autoriteiten toe te staan te beslissen dat (...)*”, mijn cursivering. Kennelijk ziet het Hof in de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit mogelijkheden tot implementatie en dus geen verplichtingen daartoe.

²⁶³ Art. 34 lid onder b (oud) VEU. Zie over het overgangsrecht van het Verdrag van Lissabon paragraaf 3.3.2. Rechtstreekse werking komt aan de orde in paragraaf 3.3.1.

²⁶⁴ In deze zin ook Tinkl 2010, p. 321 en p. 322. Ook Lagodny 2007, p. 146, komt tot de conclusie dat de lidstaten mogen afzien van de implementatie van een facultatieve weigeringsgrond, omdat het Kaderbesluit zich richt tot de lidstaten en hun wetgevende organen.

²⁶⁵ Lagodny 2007, p. 146, is eveneens van mening dat een imperatieve implementatie van een facultatieve weigeringsgrond is toegestaan.

²⁶⁶ Wolzenburg, r.o. 60.

²⁶⁷ In deze zin ook Rb. Amsterdam 9 april 2010, L/JN BM6337. Volgens S. Bot duidt de dwingende omzetting van facultatieve gronden erop dat de lidstaten hun soevereiniteit en hun invloed op de overleveringsprocedure wensen te bewaken: Bot 2009, p. 237-238.

Implementatieruimte dwingende weigeringsgronden

Hebben de lidstaten ten aanzien van de implementatie van de dwingende weigeringsgronden van art. 3 Kaderbesluit enige ruimte en, zo ja, welke? Voor zover deze weigeringsgronden uniform uit te leggen autonome begrippen van Unierecht bevatten, zal ook voor deze weigeringsgronden hebben te gelden dat de lidstaten daaraan geen ruimere uitleg mogen geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt. Een ruimere invulling van de dwingende weigeringsgronden leidt immers tot meer verplichte weigeringen en dus tot minder overleveringen. De vraag of de lidstaten bij de omzetting van de dwingende weigeringsgronden de reikwijdte daarvan mogen inperken of zelfs van omzetting mogen afzien, is minder eenvoudig te beantwoorden. Voor een beperkte invulling van dwingende weigeringsgronden en voor het afzien van omzetting zou pleiten dat daardoor de overlevering makkelijker wordt en daardoor dus de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) begunstigd wordt. Aan de andere kant is het moeilijk om de in art. 3 Kaderbesluit neergelegde weigeringsgronden louter te beschouwen als aan de nationale wetgever geboden *mogelijkheden*, zoals het Hof de facultatieve weigeringsgronden van de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit ziet.²⁶⁸ Zou de keuzemogelijkheid van de lidstaat beperkt zijn tot het al dan niet implementeren van de bewuste grond, dan valt niet in te zien waarom een lidstaat die wel tot implementatie van een dergelijk grond wenst over te gaan dat in dwingende zin zou moeten doen. Zou een lidstaat daarentegen niet alleen mogen kiezen of hij een dwingende weigeringsgrond omzet, maar ook of hij die grond als een dwingende of facultatieve weigeringsgrond omzet, dan zou het uitdrukkelijke onderscheid tussen dwingende en facultatieve weigeringsgronden geheel te niet worden gedaan. Naar mijn mening brengt een en ander mee dat de weigeringsgronden van art. 3 Kaderbesluit moeten worden beschouwd als een gemeenschappelijke standaard van gronden die in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) steeds tot weigering van de overlevering moeten leiden. Voor inperking van de reikwijdte van die gronden (voor zover deze uniform uit te leggen autonome begrippen bevatten) en voor afzien van implementatie lijkt dan ook geen ruimte te zijn.

Samenvatting implementatieruimte weigeringsgronden en garanties

Samenvattend gelden voor de lidstaten bij de implementatie van de weigeringsgronden van de artikelen 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit en van de garanties van art. 5 Kaderbesluit de volgende kaders:

1. de lidstaten zijn verplicht de *dwingende* weigeringsgronden van art. 3 Kaderbesluit om te zetten in hun nationale wetgeving. Voor zover deze bepaling autonome begrippen van Unierecht bevat, mogen de lidstaten daaraan geen ruimere strekking geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt (zie *Kozłowski*), omdat een ruimere dwingende weigeringsgrond tot meer verplichte weigeringen en dus minder overleveringen leidt. Gelet op het dwingende karakter van deze gronden, lijkt een inperking van de reikwijdte daarvan niet toegestaan;
2. a. ten aanzien van de *facultatieve* weigeringsgronden van de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit kunnen de lidstaten er in de eerste plaats voor kiezen om een facultatieve weigeringsgrond niet om te zetten in hun wetgeving. In dat geval kan

²⁶⁸ *Wolzenburg*, r.o. 58; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 64; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 30.

de weigeringsgrond niet worden ingeroepen, hetgeen tot minder weigeringen leidt;

b. indien zij ervoor kiezen een facultatieve weigeringsgrond wel om te zetten, dan mogen zij, voor zover de bepaling autonome begrippen van Unierecht bevat, aan de weigeringsgrond geen ruimere strekking geven dan uit de autonome en uniforme betekenis volgt (zie *Kozłowski*). Wel mogen de lidstaten bij de implementatie van een facultatieve weigeringsgrond de reikwijdte van die weigeringsgrond inperken. Inperking van een weigeringsgrond leidt tot minder weigeringen en dus meer overleveringen. Bij de invulling van de wijze waarop een lidstaat de weigeringsgrond wenst in te perken heeft hij een zekere beoordelingsruimte (zie *Wolzenburg*);

c. de lidstaten kunnen ervoor kiezen een facultatieve weigeringsgrond dwingend om te zetten. Een dwingende omzetting leidt niet tot meer weigeringen dan het Kaderbesluit de lidstaten toestaat.

3. Voor de *garanties* als bedoeld in art. 5 Kaderbesluit geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als voor de facultatieve weigeringsgronden van de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit.

De dwingende weigeringsgronden van het Kaderbesluit hebben met de dwingende gronden van het uitleveringsrecht gemeen, dat zij tot weigering verplichten. Dat de lidstaten aan een dwingende weigeringsgrond niet een ruimere strekking mogen geven dan uit de autonome en uniforme uitleg daarvan volgt, levert geen verschil met het uitleveringsrecht op. De partijen bij een uitleveringsverdrag zijn immers gehouden om het verdrag te goeder trouw uit te voeren.²⁶⁹ Daarmee zou niet stroken dat aan een weigeringsgrond in een uitleveringsverdrag eenzijdig een ruimere strekking zou worden gegeven dan geacht kan worden te stroken met de bedoeling van de verdragsluitende partijen.²⁷⁰

De facultatieve weigeringsgronden van het Kaderbesluit hebben een met de facultatieve weigeringsgronden van het uitleveringsrecht vergelijkbaar karakter. Zij verlenen aan de lidstaten een bevoegdheid om de overlevering te doen weigeren, maar houden niet een verplichting tot weigering in. Ook ten aanzien van deze weigeringsgronden geldt dat het verbod op ruimere invulling niet afwijkt van het uitleveringsrecht.

Een belangrijk verschil tussen het uit- en overleveringsrecht op het punt van de weigeringsgronden is echter dat het Kaderbesluit niet rechtstreeks werkt,²⁷¹ zodat voor de toepassing van een dwingende of facultatieve weigeringsgrond steeds voorafgaande omzetting in de nationale wetgeving vereist is. Dat verschil heeft evenwel geen betrekking

²⁶⁹ Art. 26 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

²⁷⁰ Zie HR 10 juni 1986, *NJ* 1987, 106 (art. 5 lid 1 BUV) en HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457 (art. 1 NI-Servië). In beide gevallen ging het om een opgeëiste persoon die niet de Nederlandse nationaliteit bezat, maar die desondanks met een Nederlander wenste te worden gelijkgesteld vanwege - kort gezegd - zijn mate van integratie in de Nederlandse samenleving. Het Benelux uitleveringsverdrag en het uitleveringsverdrag met Servië sloten namelijk de uitlevering van "onderdanen" van de aangezochte staat zonder meer uit. De Hoge Raad oordeelde in beide zaken dat in het toepasselijke verdrag "generlei bepaling voorkomt waaraan de verdragsluitende partijen de bevoegdheid zouden kunnen ontlenen om in gevallen waarin de gevraagde uitlevering voor het overige toelaatbaar zou moeten worden geacht, ook anderen dan hun onderdanen niet uit te leveren dan wel het begrip 'onderdanen' ruimer op te vatten dan geacht kan worden te stroken met de bedoeling van bedoelde partijen".

²⁷¹ Art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU.

op het karakter van de weigeringsgronden als zodanig, maar op de verhouding tussen het Kaderbesluit en de Overleveringswet. Op die verhouding zal ik in paragraaf 3.3.1 ingaan.

III.2.3.2.6 *Specialiteit*

In Hoofdstuk II.2.2.5 kwam aan de orde dat staten zich ervan wensen te verzekeren dat de hand wordt gehouden aan de in het uitleveringsverdrag opgenomen voorwaarden. Zou het de verzoekende staat na uitlevering vrij staan strafrechtelijk op te treden tegen de uitgeleverde persoon ter zake van andere, vóór de uitlevering begane feiten dan waarvoor de aangezochte staat de uitlevering had toegestaan, dan zouden die voorwaarden hun betekenis verliezen. Daarom bevatten de uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is en de Uitleveringswet een regeling van het specialiteitsbeginsel.

Ook het Kaderbesluit bevat in de artikelen 27 en 28 een regeling inzake het specialiteitsbeginsel. Diezelfde bepalingen bieden de lidstaten overigens de optie om op voorhand afstand te doen van het specialiteitsbeginsel. De regeling van de “afstandsverklaring” werkt echter alleen op basis van wederkerigheid, zoals al in par. 2.3.2.4 bleek.²⁷²

III.2.3.2.7 *Vertrouwensbeginsel*

De (grond)wettelijke verdragseis veronderstelt in het uitleveringsrecht dat Nederland vertrouwen heeft in de rechtspleging van landen waarmee Nederland uitleveringsverdragen heeft gesloten. In Hoofdstuk II.2.2.6 bleek dat de rechtspraak uit de aanwezigheid van een verdragsrelatie het voor de beoordeling van een uitleveringsverzoek belangrijke vertrouwensbeginsel heeft afgeleid: in beginsel moet erop worden vertrouwd dat de in het uitleveringsverzoek vermelde feitelijke en juridische gegevens juist zijn en dat de verzoekende staat de mensenrechten van de opgeëiste persoon zal eerbiedigen.

Volgens overweging 10 van de preambule van het Kaderbesluit berust de “regeling van het Europees aanhoudingsbevel op een hoge mate vertrouwen tussen de lidstaten”. Dat - veronderstelde - vertrouwen vormt de basis voor het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Men kan de zaak ook omdraaien en zeggen dat dit beginsel “noodzakelijkerwijs” meebrengt dat “de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden”.²⁷³

De preambule vermeldt niet waaraan de lidstaten dit wederzijdse vertrouwen hebben ontleend. Ongetwijfeld vloeit het evenwel voort uit wat de Raad van State heeft genoemd “de inbedding” van het Kaderbesluit in het Verdrag betreffende de Europese Unie.²⁷⁴ Art. 6 lid 1 (oud) VEU verklaarde dat “De Unie (...) gegrondvest [is] op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben”.²⁷⁵ Het tweede

²⁷² Zie over het specialiteitsbeginsel verder Hoofdstuk XVII.

²⁷³ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger). Dit arrest heeft betrekking op de uitleg van art. 54 SUO (*ne bis in idem*), welke bepaling de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke gewijsden impliceert.

²⁷⁴ Zie par. 2.3.2.3.

²⁷⁵ Mijn cursivering.

lid van die bepaling hield bovendien in: “De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden *en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien*, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht”.²⁷⁶ Art. 1 lid 3 Kaderbesluit bepaalt dat het Kaderbesluit “niet tot gevolg kan hebben dat de verplichting tot eerbieding van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast”. Deze bepalingen brengen mee dat de lidstaten bij de uitvoering van het Kaderbesluit de grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen van artikel 6 VEU (oud) moeten eerbiedigen.²⁷⁷ Deze aan de rechtsstelsels van de verschillende lidstaten - die alle partij zijn bij het EVRM -²⁷⁸ ten grondslag liggende basisrechten, -vrijheden en -beginselen vormen dus de “sokkel” waarop het wederzijdse vertrouwen van de lidstaten in elkaanders rechtspleging staat.²⁷⁹ Daarbij komt nog dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie²⁸⁰ verbindende kracht heeft gekregen²⁸¹ en dat het Handvest, omdat het dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen, deel is gaan uitmaken van het primaire Unierecht.²⁸² Het Handvest is niet alleen verbindend voor de instanties van de Unie, maar ook voor de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie uitvoeren.²⁸³ Bij het uitvaardigen en ten uitvoer leggen van EAB’s dienen de lidstaten dus ook het Handvest in aanmerking te nemen.

Uit de al eerder genoemde overweging 10 van de preambule blijkt dat de hoge mate van vertrouwen waarop het systeem van het EAB berust grenzen kent. Het vertrouwen dat de lidstaten in elkaar stellen is niet ongelimiteerd, maar de drempel ligt hoog. Opschorting van de toepassing van het EAB-systeem is alleen mogelijk “in geval van een ernstige en voortdurende schending door een lidstaat van de in artikel 6, lid 1, [VEU] neergelegde beginselen”. Daarnaast getuigen ook het bestaan van dwingende en facultatieve weigeringsgronden en in het bijzonder de overwegingen van de preambule die gewag maken van weigering van de overlevering wegens (dreigende) schending van mensenrechten van een zekere mate van onderling wantrouwen of, meer positief geformuleerd, van grenzen aan het onderlinge vertrouwen.

Zoals in de uitleveringsrechtspraak het vertrouwensbeginsel de beoordeling van een uitleveringsverzoek normeert, normeren het beginsel van wederzijdse erkenning en de

²⁷⁶ Mijn cursivering.

²⁷⁷ HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 53.

²⁷⁸ Ten aanzien van de Protocollen bij het EVRM ligt dit anders. Zo heeft Polen Protocol 13, dat oplegging en tenuitvoerlegging van de doodstraf onder alle omstandigheden verbiedt, wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd. Nederland heeft Protocol 7, dat onder meer bepalingen inzake het recht op hoger beroep in strafzaken en inzake *ne bis in idem* bevat, wel ondertekend, maar niet geratificeerd.

²⁷⁹ Bot 2009, p. 88, onder verwijzing naar het *Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen*, PbEG 2001, C12/10: “De toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen veronderstelt wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafstelsels. Dat vertrouwen berust in het bijzonder op hun gemeenschappelijke gehechtheid aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en de rechtsstaat”.

²⁸⁰ PbEU 2010, C 83/89.

²⁸¹ Art. 6 lid 1 VEU.

²⁸² Zie de punten 42-52 van de conclusie van de A-G Sharpston in de zaak C-396/11 (Radu).

²⁸³ Art. 6 lid 1 VEU jo. Art. 51 lid 1 Handvest.

hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop dat beginsel berust de beoordeling van het EAB.²⁸⁴ Het beginsel van wederzijdse erkenning brengt mee dat de strafrechtelijke beslissing van een justitiële autoriteit, het EAB, zonder meer wordt erkend en ten uitvoer wordt gelegd, tenzij zich een weigeringsgrond voordoet. De plicht tot tenuitvoerlegging en de beperkte mogelijkheden tot weigering vloeien voort uit de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop de regeling van het EAB berust. De lidstaten hebben immers in hoge mate vertrouwen in elkanders rechtspleging en de uitkomsten daarvan. Een en ander brengt mee dat een onderzoek naar de juistheid van de in het EAB vermelde feitelijke en juridische gegevens, van de redenen en gegrondheid van de verdenking en van de gronden van de veroordeling achterwege dienen te blijven.²⁸⁵ Voor een dergelijk onderzoek heeft de uitvoerende justitiële autoriteit bovendien nauwelijks handvatten; andere gegevens dan die welke het EAB ingevolge art. 8 lid 2 Kaderbesluit dient te bevatten, behoeft de uitvaardigende justitiële autoriteit namelijk niet te verstrekken.²⁸⁶ Indien de uitvaardigende justitiële autoriteit een

²⁸⁴ In deze zin ook Ouwerkerk 2012b, p. 736.

²⁸⁵ Zie bijv. Rb. Amsterdam 27 mei 2005, *LJN AT7051* (de rechtbank dient erop te vertrouwen dat de uitvaardigende justitiële autoriteit het straf(vorderings)recht van de uitvaardigende lidstaat juist zal toepassen); Rb. Amsterdam 30 mei 2006, *LJN AX8631* (de overleveringsrechter treedt niet in de beoordeling van de gronden van de verdenking); Rb. Amsterdam 6 juli 2007, *LJN BB2690* (de rechtbank dient in beginsel ervan uit te gaan dat de overlevering wordt gevraagd voor een feit dat ten tijde van het begaan ervan strafbaar was naar het recht van de uitvaardigende lidstaat); Rb. Amsterdam 22 april 2009, *LJN BI3624* (vertrouwen op mededelingen van de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat inzake de aanwezigheid van de opgeëiste persoon op de zittingen in eerste aanleg en in hoger beroep); Rb. Amsterdam 21 augustus 2009, *LJN BK2697* (of de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat op juiste gronden de voorwaardelijke invrijheidstelling hebben herroepen, staat niet ter beoordeling van de overleveringsrechter); Rb. Amsterdam 18 mei 2005, *LJN BM6291* (vertrouwen op de mededeling dat de opgeëiste persoon verdovende middelen heeft verstrekt aan *minderjarigen*); Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN BM6497* (vertrouwen op de mededeling over de hoogte van de maximale strafbedreiging); Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN BM6507* (vertrouwen op de mededeling dat de opgeëiste persoon nog een deel van de hem opgelegde vrijheidsstraf moet ondergaan); Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN BM6780* en *BM6786* (vertrouwen op de mededeling dat Duitsland rechtsmacht heeft). Zie ook United Kingdom House of Lords 12 oktober 2005, *Office of the King's Prosecutor, Brussels (Respondents) v. Armas (Appellant) and others* [2006] 1 All ER 647, [2005] UKHL 67, [2006] 2 AC 1, [2005] 3 WR 1079, para. 51-52 *per* Lord Scott of Foscote, ten aanzien van onderzoek naar de “merits of a proposed prosecution in another Member State” en naar “the soundness of a conviction in another Member State” en United Kingdom House of Lords 30 januari 2008, [2008] UKHL 3 (Re Hilali): “The question whether the evidence that is relied on to prove the extradition offence is or is not admissible is for determination by the court in the requesting country when the person is put on trial there for the offence”, te vinden op www.baillii.org; Cour de cassation (Frankrijk) 15 april 2006, *Bulletin criminel* 2006 N° 106 p. 405: “(...) la chambre de l'instruction (...) n'avait pas à apprécier le bien-fondé de la poursuite exercée par les autorités judiciaires de l'Etat membre d'émission”; Hof van Cassatie van België 15 september 2009, P.09.1363.N, te vinden op <http://jure.juridat.just.fgov.be>: indien het EAB *prima facie* is uitgevaardigd door een bevoegde rechterlijke autoriteit van de uitvaardigende lidstaat, dient een onderzoek naar de wettelijke bevoegdheid tot uitvaardiging achterwege te blijven.

²⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 27 mei 2005, *LJN AT7051*: het aan het EAB ten grondslag liggende nationale aanhoudingsbevel hoeft niet te worden overgelegd; Hoge Raad 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers: de opvatting dat het EAB de tekst van de buitenlandse wetsbepalingen dient bevatten of dat daarvan steeds een kopie moet worden overgelegd, is onjuist. Zie ook Cour de cassation (Frankrijk) 24 november 2004, *Bulletin criminel* 2004 N° 299 p. 1119: de vermelding in het EAB van een voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis volstaat; overlegging van een kopie daarvan is niet vereist; United Kingdom House of Lords 12 oktober 2005, *Office of the King's Prosecutor, Brussels (Respondents) v. Armas*

garantie heeft gegeven die aan de eisen van de Overleveringswet voldoet, moet ervan worden uitgegaan dat die garantie gestand zal worden gedaan.²⁸⁷

Evenals in de uitleveringsrechtspraak speelt in de overleveringsrechtspraak het vertrouwen in de andere staat ook een rol bij de beoordeling van verweren dat de opgeëiste persoon dreigt te worden blootgesteld aan een schending van zijn mensenrechten. Nu art. 6 (oud) VEU de lidstaten in het algemeen en art. 1 lid 3 Kaderbesluit de uitvaardigende lidstaat in het bijzonder ertoe verplicht de mensenrechtenrechten te eerbiedigen, dient er in beginsel op te worden vertrouwd dat de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat bij de vervolging van de opgeëiste persoon en bij de tenuitvoerlegging van een aan hem opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel het EVRM zullen naleven. Daaruit vloeit voort dat verweren inzake de schending van zulke rechten - in beginsel - voor de rechter in de uitvaardigende lidstaat kunnen en moeten worden gevoerd.²⁸⁸

Het vertrouwen in de (autoriteiten van de) uitvaardigende lidstaat is evenwel niet onbegrensd.²⁸⁹ Indien naar aanleiding van een onderbouwd verweer het vermoeden rijst dat een bepaalde mededeling in het EAB op een mislag berust, is navraag bij de uitvaardigende justitiële autoriteit aangewezen.²⁹⁰ Ten aanzien van de naleving van

(Appellant) and others [2006] 1 All ER 647, [2005] UKHL 67, [2006] 2 AC 1, [2005] 3 WR 1079, para. 51 per Lord Scott of Foscote: het Kaderbesluit “was intended to make it unnecessary, whether in relation to framework list offences or any other offences, for the requesting state to have to show that the individual had a case to answer under the law of that state”.

²⁸⁷ Zie bijv. Rb. Amsterdam 8 december 2006, *LJN* BD4461 en Rb. Amsterdam 22 december 2006, *LJN* BD4761 ten aanzien van de art. 6 lid 1 OLW bedoelde “dubbele WOTS-garantie”.

²⁸⁸ Zie bijv. Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364: gestelde schending van de redelijke termijn: uitgangspunt bij de beoordeling van dit verweer is het feit dat de Bondsrepubliek Duitsland partij is bij het EVRM en het individueel klachtrecht kent (*sic*); mede gelet op het tussen de lidstaten geldend vertrouwensbeginsel ziet de rechtbank geen reden om eraan te twijfelen dat Duitsland de uit het EVRM voortvloeiende verdragsverplichtingen zal nakomen. In vergelijkbare zin, maar onder uitdrukkelijke verwijzing naar het Verdrag betreffende de Europese Unie, *Supreme Court of Ireland* 26 juli 2007, *Minister for Justice, Equality and Law Reform -v- Stapleton* [2007] IESC 30, [2008] 1 ILRM 267, [2007] IESC 30, [2008] 1 IR 669: “(...) the courts of the executing Member State, when deciding whether to make an order for surrender must proceed on the assumption that the courts of the issuing Member State will, as is required by Article 6.1 of the Treaty on European Union, “respect ..human rights and fundamental freedoms.” Article 6.2 provides that the Union is itself to “respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.....and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.” Article 1.3 of the Framework Decision, read with the recitals to the Framework Decision and, as further explained by the Court of Justice in the decision in *Advocaten voor de Wereld*, imposes these obligations, which in turn impose the obligations found in Article 6 of the Convention on each issuing Member State when seeking the surrender of a person and, necessarily in any subsequent trial process”. In de ontvankelijkheidsbeslissing *Stapleton* heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich uitdrukkelijk verenigd met de opvatting van de hoogste Ierse rechter dat de rechters in het Verenigd Koninkrijk beter zijn toegerust om te oordelen over klachten van *Stapleton* over de “unfairness” van de daar te voeren procedure: EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (*Stapleton/Ierland*).

²⁸⁹ In deze zin ook *Ouwerkerk* 2012b, p. 736-737.

²⁹⁰ Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 maart 2010, *LJN* BM0889: de opgeëiste persoon betwist de mededeling dat de dagvaarding hem in persoon is uitgereikt; ter onderbouwing van deze mededeling hebben de Poolse autoriteiten een kopie van de akte van uitreiking meegezonden, waarop een handtekening voorkomt die significant afwijkt van de handtekeningen die de opgeëiste persoon heeft geplaatst op andere documenten die zich in het overleveringsdossier bevinden: e.e.a leidt tot dermate twijfel over de feitelijke juistheid van de door de uitvaardigende justitiële autoriteit verstrekte informatie dat daarvan niet zonder meer kan worden uitgegaan.

mensenrechten kent het vertrouwen in de uitvaardigende lidstaat eveneens grenzen. De artikelen 6 (oud) VEU en 1 lid 3 Kaderbesluit en het Handvest leggen immers ook verplichtingen op aan de uitvoerende lidstaat. Op grond van art. 1 EVRM dient de uitvoerende lidstaat eenieder die zich onder zijn rechtsmacht bevindt de rechten en vrijheden van het EVRM te verzekeren. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens acht zijn Soering-rechtspraak ook toepasselijk op overlevering: niet is uitgesloten dat de uitvoerende lidstaat door overlevering art. 6 EVRM zou schenden “in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of fair trial in the requesting country”.²⁹¹

III.2.4 Met een strafrechtelijk doel

III.2.4.1 Inleiding

Evenals het doel van uitlevering, is het doel van overlevering strafrechtelijk van aard. De overlevering dient ofwel de strafvervolgning in de uitvaardigende lidstaat van de opgeëiste persoon ter zake van het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt ofwel de tenuitvoerlegging van de aan hem in de uitvoerende lidstaat ter zake van dat feit opgelegde vrijheidsstraf. In het eerste geval spreekt men van vervolgingsoverlevering en in het tweede van executieoverlevering.

III.2.4.2 Strafbaarheid

In overeenstemming met het strafrechtelijke doel van overlevering eisen het Kaderbesluit en de Overleveringswet dat het feit waarop het EAB betrekking heeft strafbaar is in de uitvaardigende lidstaat.²⁹² In zoverre stemt het overleveringsrecht overeen met het uitleveringsrecht.

In het uitleveringsrecht geldt de eis dat het feit waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft óók strafbaar is in de aangezochte staat. Op dit punt vertoont het overleveringsrecht een tweetal afwijkingen. In de eerste plaats mag de uitvoerende justitiële autoriteit de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet toetsen, indien het EAB betrekking heeft op één of meer van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde categorieën van strafbare feiten, waarop naar het recht van de uitvaardigende lidstaat een vrijheidsbenemende sanctie met een maximum van ten minste drie jaren staat. Bij de implementatie van het Kaderbesluit heeft de wetgever deze categorieën van strafbare feiten geplaatst op de als bijlage 1 bij de Overleveringswet gevoegde lijst. Deze strafbare feiten worden dan ook wel “lijstfeiten” genoemd. In de tweede plaats *kunnen* de lidstaten ten aanzien van andere feiten dan “lijstfeiten” de overlevering afhankelijk stellen van de voorwaarde dat het feit ook naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar is.²⁹³ Heeft een lidstaat van die mogelijkheid gebruik gemaakt, dan *kan* de uitvoerende justitiële

²⁹¹ EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland). Het Grondwettelijk Hof van België heeft aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de - subsidiaire - vraag voorgelegd of de uitvoerende rechterlijke autoriteit buiten de in de art. 3 en 4 Kaderbesluit neergelegde gevallen de overlevering mag weigeren op mensenrechtelijke gronden: zaak C-306/09 (I.B.). Het Hof van Justitie is niet aan de beantwoording van deze vraag toegekomen: HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.).

²⁹² Art. 2 leden 1 en 2 Kaderbesluit; art. 2 lid 1 OLW en art. 7 lid 1 OLW.

²⁹³ Art. 2 lid 4 Kaderbesluit.

autoriteit in een dergelijk geval de overlevering weigeren.²⁹⁴ Het Kaderbesluit wijkt in zoverre van het uitleveringsrecht af, dat de uitleveringsverdragen - en de Uitleveringswet - de strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat *eisen*. Nederland heeft van de in het Kaderbesluit geboden mogelijkheid gebruik gemaakt; de Nederlandse wetgever heeft de facultatieve weigeringsgrond omgezet in een dwingende.²⁹⁵ In Hoofdstuk VII zal ik de ratio van de eis van strafbaarheid in de uitvoerende lidstaat onderzoeken.

III.2.4.3 Rechtsmacht

Ook in het overleveringsrecht veronderstelt het strafrechtelijke doel van overlevering dat de strafwet van de uitvaardigende lidstaat zich uitstrekt over het feit waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht of waarvoor hij al is veroordeeld.²⁹⁶ Zou de uitvaardigende lidstaat geen rechtsmacht hebben over het feit, dan zou immers een vervolging of veroordeling niet mogelijk zijn, terwijl overlevering nu juist vervolging of tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat beoogt.²⁹⁷

Het Kaderbesluit en de Overleveringswet vereisen geen exclusiviteit van rechtsmacht. Overlevering is ook mogelijk, indien het feit niet alleen onder de rechtsmacht van de uitvaardigende lidstaat, maar ook onder die van de uitvoerende lidstaat valt. Evenmin als in het uitleveringsrecht is het uitzonderlijk dat ook de uitvoerende lidstaat rechtsmacht over het feit kan uitoefenen. Het Kaderbesluit en de Overleveringswet bevatten dan ook weigeringsgronden die de uitoefening van rechtsmacht door de uitvoerende lidstaat beogen te beschermen. Zie nader de Hoofdstukken XI tot en met XIV.

III.2.5 Van een persoon

Het onderwerp van overlevering is “een persoon”, zo blijkt uit art. 1 lid 1 Kaderbesluit en art. 1 onder a OLW. Die persoon kan dus een vreemdeling of een Nederlander zijn. Daarin verschilt het overleveringsrecht niet van het uitleveringsrecht. Het Kaderbesluit laat in sommige gevallen toe dat de overlevering van onderdanen van de uitvoerende lidstaat wordt geweigerd en dat in andere gevallen aan die overlevering een voorwaarde wordt verbonden. De Overleveringswet heeft een en ander verplicht gesteld.²⁹⁸

Anders dan de Uitleveringswet bevat de Overleveringswet geen definitie van het begrip “vreemdeling”. Evenals in de Uitleveringswet ontbreekt verder een definitie van het begrip “Nederlander”. Er is evenwel geen reden te veronderstellen dat men onder het begrip “vreemdeling” in de Overleveringswet iets anders zou moeten verstaan dan een persoon die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander wordt behandeld. Een Nederlander is dan *a contrario* een persoon die de

²⁹⁴ Art. 4 onder 1 Kaderbesluit.

²⁹⁵ Art. 7 lid 1 OLW.

²⁹⁶ Vgl. Rb. Amsterdam 15 oktober 2004, *LJN* AR4237; Rb. Amsterdam 28 mei 2010, *LJN* BM6381; Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6780 en BM6786: de rechtbank neemt op grond van het “interstatelijk vrouwenbeginsel” en het beginsel van wederzijdse erkenning aan dat een uitvaardigende justitiële autoriteit alleen een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigt ter zake van feiten waarover de strafwet van haar lidstaat zich uitstrekt.

²⁹⁷ Zie over de zogenaamde wetgevende rechtsmacht (*jurisdiction to prescribe*) Hoofdstuk II.2.3.3.

²⁹⁸ Zie nader Hoofdstuk IX.

Nederlandse nationaliteit bezit of op grond van een wettelijke bepaling - de Wet betreffende de positie van Molukkers - als Nederlander wordt behandeld.²⁹⁹

III.3 Rechtsbronnen

III.3.1 Europees recht: het Kaderbesluit

De verplichting tot omzetting van het systeem van overlevering berust op het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten.³⁰⁰ Anders dan in het uitleveringsrecht - waar sprake is van een “moederverdrag”, aangevuld en gewijzigd door latere bi- en multilaterale verdragen -³⁰¹ is de situatie, voor Nederland althans, erg overzichtelijk. Naast het Kaderbesluit zijn nog drie andere kaderbesluiten van belang voor het materiële overleveringsrecht.³⁰² Daarbij gaat het in de eerste plaats om het Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie.³⁰³ Ter bevordering van de reclassering van de gevonniste persoon stelt dit kaderbesluit regels over de erkenning en tenuitvoerlegging van in een andere lidstaat opgelegde vrijheidssancties. Voor zover verenigbaar met het Kaderbesluit, zijn die regels van overeenkomstige toepassing op de tenuitvoerlegging van vrijheidssancties,³⁰⁴ indien de uitvoerende justitiële autoriteit de executieoverlevering heeft geweigerd van een persoon die verblijft in dan wel onderdaan of ingezetene is van de uitvoerende lidstaat, terwijl de uitvoerende lidstaat zich ertoe heeft verbonden zelf de vrijheidssanctie ten uitvoer te leggen³⁰⁵ en indien de uitvoerende justitiële autoriteit de overlevering afhankelijk heeft gesteld van de voorwaarde dat een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat, na te zijn berecht, wordt teruggezonden naar de uitvoerende lidstaat om aldaar de hem opgelegde vrijheidssanctie te ondergaan.³⁰⁶ In Hoofdstuk IX zal ik nader ingaan op dit kaderbesluit, zijn verhouding tot het Kaderbesluit EAB en de gevolgen voor de Overleveringswet.

In de tweede plaats is van belang het Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als

²⁹⁹ Zie Hoofdstuk II.2.4.

³⁰⁰ *PbEG* 2002, L 190/1.

³⁰¹ Zie Hoofdstuk II.3.1.

³⁰² Voor het formele overleveringsrecht zijn van belang Richtlijn 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, *PbEU* 2010, L 280/1 (uiterste implementatiedatum 27 oktober 2013) en Richtlijn 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures, *PbEU* 2012, L 142/1 (uiterste implementatiedatum 2 juni 2014). Zie paragrafen 4.2 en 4.3.

³⁰³ *PbEU* 2008, L327/27. De lidstaten moeten dit kaderbesluit uiterlijk op 5 december 2011 hebben geïmplementeerd. Nederland heeft dit kaderbesluit omgezet in de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbeneming en voorwaardelijke sancties.

³⁰⁴ Art. 25 Kaderbesluit vrijheidsstraffen.

³⁰⁵ Art. 4 onder 6 Kaderbesluit.

³⁰⁶ Art. 5 onder 3 Kaderbesluit.

alternatief voor voorlopig gehechten.³⁰⁷ Dit kaderbesluit maakt het mogelijk dat een persoon die in de ene lidstaat strafrechtelijk wordt vervolgd in afwachting van zijn proces en als alternatief voor voorlopige hechtenis in die lidstaat onder toezicht wordt geplaatst van de autoriteiten van de lidstaat waar de verdachte zijn “wettige en vaste verblijfplaats” heeft. Daartoe kan de bevoegde autoriteit van de lidstaat waarin de verdachte wordt vervolgd een zogenaamde beslissing inzake toezichtmaatregelen nemen, die de bevoegde autoriteit van de andere lidstaat moet erkennen, tenzij zich één van de in het kaderbesluit genoemde - facultatieve - weigeringsgronden voordoet. Keert de verdachte niet vrijwillig voor berechting terug naar de beslissingsstaat of houdt hij zich niet aan de toezichtmaatregelen, dan kan de beslissingsstaat zijn aanhouding bevelen, in welk geval de tenuitvoerleggingsstaat hem moet overleveren overeenkomstig het Kaderbesluit EAB,³⁰⁸ zij het dat de tenuitvoerleggingsstaat de overlevering niet mag weigeren op de in art. 2 lid 1 Kaderbesluit EAB neergelegde grond dat het feit in de beslissingsstaat niet wordt bedreigd met een vrijheidsbenemende sanctie met een maximum van ten minste twaalf maanden.³⁰⁹ Overweging 13 van de preambule meldt nog dat alle bepalingen van het Kaderbesluit EAB (met uitzondering van art. 2 lid 1 Kaderbesluit EAB) gelden, wanneer de tenuitvoerleggingsstaat een beslissing over de overlevering van de betrokkene moet nemen, dus ook de bepaling die het mogelijk maakt de overlevering onder meer afhankelijk te maken van een garantie inzake de terugkeer van onderdanen en ingezetenen van de tenuitvoerleggingsstaat om daar de eventueel opgelegde vrijheids-benemende sanctie te ondergaan (art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB).

De beide genoemde kaderbesluiten bevatten alleen regels over het EAB voor zover deze nodig zijn ter afstemming van de daarin geregelde vormen van strafrechtelijke samenwerking met overlevering. Het derde kaderbesluit dat van belang is voor overlevering is van een andere orde. Kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 tot wijziging van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, Kaderbesluit 2005/214/JBZ, Kaderbesluit 2006/783/JBZ, Kaderbesluit 2008/909/JBZ en Kaderbesluit 2008/947/JBZ en tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces³¹⁰ wijzigt namelijk rechtstreeks het Kaderbesluit EAB. Doel van dit kaderbesluit is de uniformering van de weigeringsgronden inzake verstekvonnissen in een aantal kaderbesluiten, waaronder het Kaderbesluit EAB. Art. 5 onder 1 Kaderbesluit EAB, dat het mogelijk maakt overlevering ter zake van de tenuitvoerlegging van bij verstek opgelegde vrijheidsbenemende sancties afhankelijk te

³⁰⁷ *PbEU* 2009, L 294/20. De lidstaten moeten dit kaderbesluit uiterlijk op 1 december 2012 hebben geïmplementeerd. Inmiddels is het wetsvoorstel tot implementatie van dit kaderbesluit aanhangig gemaakt: *Kamerstukken II* 2012/13, 33 422, nr. 2. Zie over het ontwerp van dit kaderbesluit Kooijmans & Ouwerkerk 2008.

³⁰⁸ Overweging 12 van de preambule en art. 21 lid 1 Kaderbesluit toezichtmaatregelen.

³⁰⁹ Art. 21 lid 2 Kaderbesluit toezichtmaatregelen. Het Kaderbesluit toezichtmaatregelen stelt namelijk ten aanzien van de uitvaardiging van een beslissing inzake toezichtmaatregelen geen eisen aan de strafbedreiging in de beslissingsstaat (overweging 13, eerste volzin, van de preambule). De lidstaten kunnen echter de mededeling doen dat zij bij de beslissing over overlevering art. 2 lid 1 Kaderbesluit EAB wel zullen toepassen (art. 21 lid 3 Kaderbesluit toezichtmaatregelen). Nederland is voornemens een dergelijke mededeling te doen: *Kamerstukken II* 2012/13, 33 422, nr. 3, p. 8.

³¹⁰ *PbEU* 2009, L81/24. Dit kaderbesluit moet uiterlijk op 28 maart 2011 zijn geïmplementeerd. Ter uitvoering van dit kaderbesluit is - onder meer - art. 12 *Olv* gewijzigd (*Stb.* 2011, 232, in werking getreden op 1 augustus 2011).

stellen van de garantie dat de opgeëiste persoon na zijn overlevering in de gelegenheid zal worden gesteld om een nieuw proces te verzoeken en aanwezig te zijn op de terechtzitting, wordt vervangen door art. 4 bis. De nieuwe bepaling staat weigering van de overlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een vonnis dat is gewezen naar aanleiding van een proces waarbij de betrokkene niet persoonlijk aanwezig was, toe, tenzij de uitvaardigende justitiële autoriteit in het EAB één van de vier gevallen heeft aangekruist waarin de overlevering niet mag worden geweigerd vanwege de omstandigheid dat de opgeëiste persoon buiten zijn aanwezigheid is berecht. Dit kaderbesluit zal in Hoofdstuk VI (verstekvonnissen) nader worden besproken.

Art. 31 lid 2 Kaderbesluit biedt aan lidstaten de mogelijkheid om, naast de uit het Kaderbesluit voortvloeiende regeling, bepalingen van bi- en multilaterale verdragen of regelingen³¹¹ die op het tijdstip van de aanneming van het Kaderbesluit³¹² van kracht zijn te blijven toepassen, “voor zover deze verder reiken dan de doelstellingen van het kaderbesluit en ertoe bijdragen de procedures voor overlevering van personen tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd verdergaand te vereenvoudigen of te vergemakkelijken”. Deze bepaling ziet op andere verdragen dan die in art. 31 lid 1 Kaderbesluit zijn opgesomd.³¹³ Voor Nederland zou bijvoorbeeld in aanmerking komen het Verdrag aangaande de uitlevering en de kleine rechtshulp in strafzaken tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden. Art. 2 lid 2 BUV bevat een regeling van de accessoire uitlevering. Nu in het Kaderbesluit een regeling van de accessoire overlevering ontbreekt, valt te verdedigen dat art. 2 lid 2 BUV voldoet aan het criterium voor toepassing naast de regeling van het EAB. Hetzelfde geldt voor de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de aanvulling en het vergemakkelijken van de toepassing van het Europees Verdrag betreffende uitlevering van 13 december 1957. Art. II van deze Overeenkomst bevat eveneens een regeling inzake accessoire uitlevering.

Nederland heeft evenwel van de in art. 31 lid 2 Kaderbesluit geboden mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Op grond van art. 74 lid 1 OLW zijn de bepalingen van de Overleveringswet in de plaats getreden van - onder meer - Afdeling I en, voor zover van toepassing, Afdeling III van het Benelux uitleverings- en rechtshulpverdrag en van de Overeenkomst. Volgens de Memorie van Toelichting is uit overleg met de ministeries van Justitie van de andere Beneluxlanden gebleken dat het hoofdstuk over uitlevering van het Benelux uitleverings- en rechtshulpverdrag buiten toepassing kan blijven en uit overleg met het Bondsministerie van Justitie dat de Overeenkomst hetzelfde lot dient te delen.³¹⁴ Daarnaast heeft Nederland bij deze verdragen verklaringen afgelegd dat de bepalingen daarvan - voor zover betrekking hebbend op uitlevering - niet langer worden toegepast.³¹⁵

³¹¹ Hiermee wordt kennelijk bedoeld op de eenvormige wetgeving inzake uitlevering die in de Scandinavische lidstaten (Denemarken, Finland en Zweden), Noorwegen en IJsland van kracht is. Zie over die regeling Strandbakken 2009 en Mathisen 2010.

³¹² Het Kaderbesluit is op 13 juni 2002 aangenomen.

³¹³ HvJ EG 12 augustus 2008, NJ 2009, 48 (Santesteban Goicoechea), r.o. 55. Zie paragraaf 2.3.2.3.

³¹⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 35.

³¹⁵ Zie *Trb.* 2006, 100 (Overeenkomst), *Trb.* 2006, 146 (Benelux uitleverings- en rechtshulpverdrag) en *Trb.* 2006, 147 (Protocol tot wijziging van het Benelux uitleverings- en rechtshulpverdrag). Deze verklaringen melden ten onrechte als ingangsdatum 1 januari 2004, de datum waarop volgens art. 31 lid 1 Kaderbesluit de bepalingen daarvan in de plaats treden van de overeenkomstige bepalingen van de uitleveringsverdragen. Op 1 januari 2004 had van de drie Beneluxlanden alleen België aan de verplichting

III.3.2 *Ander internationaal recht*

Voor wat betreft de *verplichting tot overlevering* aan een justitiële autoriteit van een andere lidstaat zijn alleen de hiervoor in paragraaf 3.2 genoemde kaderbesluiten van belang als internationale rechtsbron.

Voor wat betreft de *uitzonderingen op die verplichting* kunnen, evenals bij uitlevering, verdragen inzake mensenrechten van belang zijn. Zoals in paragraaf II.3.2 uiteen is gezet, kunnen bijvoorbeeld de uit de artikelen 1 en 3 EVRM voor Nederland voortvloeiende verplichtingen in de weg staan aan een verwijdering van het Nederlandse grondgebied. Evenmin als de in Hoofdstuk II besproken uitleveringsverdragen, kent het Kaderbesluit een - als zodanig geformuleerde - algemene weigeringsgrond inzake (dreigende) schending van mensenrechten. Anders dan in geval van uitlevering, levert in het overleveringsrecht een dreigende schending van mensenrechten niet een conflict van verplichtingen op. Uit de overwegingen 12 en 13 van de preambule, uit art. 1 lid 3 Kaderbesluit, in samenhang met art. 6 (oud) VEU, en uit art. 6 lid 1 VEU, in samenhang met het Handvest, kan namelijk worden afgeleid dat een dreigende schending van mensenrechten in een concreet geval aanleiding kan geven tot weigering van de overlevering.³¹⁶

Ten aanzien van de uitzonderingen op de verplichting tot overlevering die aan het internationale gewoonterecht zouden kunnen worden ontleend, zoals de voorwaarde van dubbele strafbaarheid, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat het internationale recht een bron van Europese recht vormt. Dat betekent dat de Europese Unie en de lidstaten, wanneer zij het recht van de Unie uitvoeren, aan dat recht gebonden zijn. Besluiten van instellingen van de Unie, zoals kaderbesluiten, moeten dan ook zoveel mogelijk worden uitgelegd in het licht van het internationale recht.³¹⁷ Voor zover de voorwaarde van dubbele strafbaarheid al een regel van internationaal gewoonterecht oplevert, is slechts sprake van een zogenaamde *permissive rule*.³¹⁸ De regel geeft staten dan het recht bij ontbreken van dubbele strafbaarheid de uitlevering/overlevering te weigeren, maar verplicht daartoe niet. De gedeeltelijke afschaffing van de toetsing van dubbele strafbaarheid in het Kaderbesluit staat echter aan toepassing van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid als regel van internationaal gewoonterecht in de weg. De lidstaten hebben namelijk bij het Verdrag betreffende de Europese Unie de bevoegdheid tot het stellen van voor hen bindende regels “inzake het vergemakkelijken van uitlevering tussen lidstaten” opgedragen aan de Raad. Het door de Raad genomen Kaderbesluit houdt afschaffing in van de toetsing van de dubbele strafbaarheid voor 32 categorieën van strafbare feiten. Nu alle lidstaten hebben ingestemd met de totstandkoming van het Kaderbesluit - art. 34 lid 2 (oud) VEU verlangde immers eenparigheid van stemmen -, kunnen zij geacht worden ter zake van die 32 categorieën vrijwillig afstand te hebben gedaan van het recht tot weigering van de overlevering wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid.

Regels van internationaal gewoonterecht die op zichzelf geen betrekking hebben op overlevering kunnen in de weg staan aan een concrete overlevering, zoals de

tot implementatie voldaan. De Bondsrepubliek Duitsland had op die datum evenmin aan die verplichting voldaan.

³¹⁶ Zie nader Hoofdstuk V.

³¹⁷ Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 425-427 en Werner & Wessel 2010, p. 96-98, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

³¹⁸ Vgl. Bedi 2002, p. 78.

volkenrechtelijke immuniteit van het hoofd van een andere (lid)staat of van een Minister van Buitenlandse Zaken die een officieel bezoek aan de uitvoerende lidstaat aflegt. In zoverre komt het overleveringsrecht met het uitleveringsrecht overeen.³¹⁹

III.3.3 Nationaal recht

III.3.3.1 Verhouding Kaderbesluit en Overleveringswet

Inleiding

Aan de uit art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU voortvloeiende verplichting tot het treffen van maatregelen teneinde het met het Kaderbesluit beoogde resultaat te verwezenlijken, heeft Nederland - althans in de voorstelling van de wetgever - voldaan door de invoering van de Overleveringswet. Hoewel de implementatie van het Kaderbesluit ook heeft geleid tot wijziging van een aantal andere wetten,³²⁰ is de Overleveringswet de belangrijkste nationale bron van overleveringsrecht.³²¹

In de vorige alinea bracht ik de restrictie aan dat Nederland *in de voorstelling van de wetgever* door invoering van de Overleveringswet heeft voldaan aan haar verplichtingen. Nog afgezien van de omstandigheid dat de Overleveringswet pas ruim vier maanden na de uiterste implementatiedatum in werking is getreden,³²² heeft de wijze waarop de wet de uit het Kaderbesluit voortvloeiende verplichtingen heeft omgezet, kritiek ontlokt van de Commissie, van de literatuur en van de rechtspraak. Zo zou de eis van *gekwalficeerde* dubbele strafbaarheid ter zake van andere feiten dan "lijstfeiten" - dat wil zeggen de eis dat zo een feit ook naar Nederlands recht strafbaar is én met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden wordt bedreigd -³²³ in strijd zijn met art. 2 lid 4 Kaderbesluit, nu deze bepaling alleen machtigt tot het stellen van de voorwaarde van strafbaarheid naar Nederlands recht. Een ander voorbeeld levert de regeling van executieoverlevering van onderdanen op.³²⁴ Nederlanders worden niet overgeleverd ter fine van executie van een aan hen onherroepelijk opgelegde vrijheidsstraf. Het Kaderbesluit machtigt de lidstaten weliswaar tot weigering, maar verbindt daaraan de voorwaarde dat de uitvoerende lidstaat zich in een dergelijk geval ertoe *verbindt* de opgelegde sanctie zelf ten uitvoer te leggen. In de Overleveringswet leidt weigering van de executieoverlevering van een onderdaan slechts tot de *bereidheid* de buitenlandse sanctie in Nederland ten uitvoer te leggen. Of die tenuitvoerlegging daadwerkelijk plaatsvindt, hangt ervan af of tussen de uitvaardigende lidstaat en Nederland een verdrag van kracht is op grond waarvan de

³¹⁹ Zie over volkenrechtelijke immuniteit als overleveringsbeletsel Hoofdstuk XV.

³²⁰ In de Uitleveringswet zijn ingevolge art. 71 OLW gewijzigd: art. 12 lid 5 (specialiteitsbeginsel: toestemming voor verderlevering aan een derde staat na eerdere overlevering door Nederland); art. 20 lid 4 (bevoegdheid officier van justitie te Amsterdam in geval van samenloop van een uitleveringsverzoek en een EAB) en art. 35 (beslisregels ingeval van samenloop tussen een uitleveringsverzoek en een EAB). Art. 27 lid 1 Sr is in diër voege gewijzigd dat de rechter verplicht is ook de aftrek van in den vreemde ingevolge een Nederlands EAB ondergane overleveringsdetentie op de opgelegde vrijheidsstraf of taakstraf te gelasten (art. 72 OLW).

³²¹ Daarnaast heeft ook art. 2 lid 3 Gw betrekking op overlevering dóór Nederland (zie paragraaf 2.3.2.3).

³²² De Overleveringswet is op 12 mei 2004 in werking getreden. Ingevolge art. 34 lid 1 Kaderbesluit had Nederland alle nodige maatregelen moeten nemen om uiterlijk op 31 december 2003 aan het Kaderbesluit te voldoen.

³²³ Art. 7 lid 1 onder a sub 1° OLW.

³²⁴ Art. 6 leden 2 en 3 OLW, ter omzetting van art. 4 onder 6 Kaderbesluit.

tenuitvoerlegging kan worden overgenomen. Is tussen de uitvaardigende lidstaat en Nederland niet een dergelijk verdrag van kracht, dan moet de executieoverlevering worden geweigerd, terwijl Nederland zich niet tot tenuitvoerlegging in Nederland kan verbinden.

Doorwerking Eerste Pijler-recht

Deze voorbeelden, die ik in Hoofdstuk VII respectievelijk in Hoofdstuk IX nader zal bespreken, roepen de vraag op naar de doorwerking van kaderbesluiten in de Nederlandse rechtsorde en hun verhouding tot het nationale recht. Kaderbesluiten “zijn verbindend voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen”, zo bepaalt art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU. Deze formulering is - vrijwel - gelijk aan die van art. 249 EG, dat de werking van richtlijnen uit de Eerste Pijler regelt. Het enige verschil is dat art. 34 VEU (oud) nog uitdrukkelijk bepaalt dat kaderbesluiten geen rechtstreekse werking hebben.

Om de aan het begin van de vorige alinea opgeworpen vraag te kunnen beantwoorden, is het nodig eerst aandacht te besteden aan het karakter van het recht van de Eerste Pijler, zijn doorwerking in en verhouding tot het nationale recht. Het recht van de Eerste Pijler heeft een autonoom karakter. Dat recht regelt namelijk zelf, “onafhankelijk van de wetgeving der lid-staten”,³²⁵ zijn doorwerking in en verhouding tot het nationale recht van de lidstaten. Dat vloeit voort uit de bijzondere aard van dat recht. Ten behoeve van de instelling van een Gemeenschappelijke markt “wier werkzaamheid de ingezetenen der Gemeenschap rechtstreeks betreft” hebben de lidstaten hun soevereiniteit begrensd en een nieuwe rechtsorde geschapen die niet alleen voor henzelf, maar ook voor hun onderdanen rechten en verplichtingen in het leven roept. Het recht van de Gemeenschap is dus - in het algemeen -³²⁶ *rechtstreeks toepasselijk* in de rechtsorde van de lidstaten. Dit recht kan als zodanig, dat wil zeggen zonder omzetting in het nationale recht, worden toegepast door de instanties van de lidstaten.³²⁷ Leent een bepaling van gemeenschapsrecht zich, gelet op haar formulering (onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig), voor inroeping door of tegenwerping aan een particulier en voor toepassing door de rechter, dan heeft zij *rechtstreekse werking*.³²⁸ Een regel van nationaal recht die met een dergelijke rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht onverenigbaar is, moet buiten toepassing worden gelaten. De rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht heeft dus *voorrang* op een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht.³²⁹

De Eerste Pijler kent twee rechtsinstrumenten van algemene aard: verordeningen en richtlijnen. Volgens art. 249 EG heeft een verordening een “algemene strekking” en is zij “verbindend in al haar onderdelen en (...) rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat”. Omzetting in nationale wetgeving van een verordening is niet nodig, omdat zij rechtstreeks in de nationale rechtsorde toepasselijk is.³³⁰ Een verordening is niet alleen rechtstreeks toepasselijk in de nationale rechtsorde, zij heeft - in beginsel - ook rechtstreekse werking: de verordening kan aan een particulier verplichtingen opleggen die hem voor de nationale

³²⁵ HvJ EG 5 februari 1962, zaak C-26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend & Loos).

³²⁶ In het arrest Van Gend & Loos was een bepaling van het EEG-Verdrag aan de orde. Zie echter hierna over het ontbreken van rechtstreekse toepasselijkheid van (de bepalingen van) richtlijnen.

³²⁷ Werner & Wessel 2010, p. 130-131 en p. 138-140.

³²⁸ Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 512-519; Van Kempen 2006, p. 76-79; Prinssen 2004, p. 9-37.

³²⁹ HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, *Jur.* 1964, p. 1207 (Costa/ENEL). Zie over voorrang onder meer Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 537-545; Werner & Wessel 2010, p. 131-132 en p. 140-143.

³³⁰ Barents & Brinkhorst 2012, p. 216 (ten aanzien van de verordening als bedoeld in art. 288 VWEU).

rechter kunnen worden tegengeworpen en rechten verlenen die hij voor de nationale rechter kan inroepen.³³¹ Nationaal recht dat met de bepalingen van een verordening strijdt, moet buiten toepassing worden gelaten. De bepalingen van een verordening hebben dus voorrang op daarmee strijdig nationaal recht.³³²

Een richtlijn is ingevolge art. 249 EG “verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is”, maar laat aan “de nationale instanties (...) de bevoegdheid (...) vorm en middelen te kiezen”. Richtlijnen dienen dus door de lidstaten, binnen een daarin bepaalde termijn, te worden omgezet in het nationale recht. Zodra die implementatietermijn is verstreken, maakt de richtlijn deel uit van het in de lidstaten geldende recht. Heeft een lidstaat de richtlijn niet, niet tijdig of onjuist geïmplementeerd, dan kan een particulier de bepalingen daarvan voor de nationale rechter tegen de overheid inroepen, voor zover deze bepalingen zich voor rechtstreekse werking lenen.³³³ Daarvoor is dan een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige formulering vereist. De richtlijnbevestiging is onvoorwaardelijk, indien de daarin voor de lidstaat vervatte verplichting voor wat betreft haar implementatie of gevolgen niet afhankelijk is van nader door de instellingen van de Gemeenschappen of door de lidstaten te treffen maatregelen. Voldoende nauwkeurig is een richtlijnbevestiging, indien de verplichting voor de lidstaat in ondubbelzinnige bewoordingen is neergelegd. Door aan niet, niet tijdig of onjuist geïmplementeerde richtlijnbevestigingen onder omstandigheden rechtstreekse werking toe te kennen, kan worden voorkomen dat lidstaten zich aan de daaruit voortvloeiende verplichting zouden kunnen onttrekken. Bepalingen van nationaal recht die met een direct werkende bepaling van een richtlijn in strijd zijn, moeten terzijde worden gesteld. Zulke bepalingen hebben dus voorrang op het daarmee strijdige nationale recht. Direct werkende bepalingen van richtlijnen kunnen alleen *tegen* de overheid worden ingeroepen. Het omgekeerde geval - de overheid werpt aan een particulier de verplichting uit een richtlijn tegen, de zogenaamde omgekeerde verticale rechtstreekse werking - is uitgesloten. Richtlijnen leggen namelijk alleen verplichtingen aan de lidstaten op. Zou een lidstaat zich in geval van niet of niet juist implementeren tegenover een particulier op een dergelijke verplichting kunnen beroepen, dan zou hij profijt trekken uit het niet naleven van zijn verplichtingen.³³⁴

Een verruiming van de rechtstreekse werking van richtlijnen is gelegen in de zogenaamde algemene rechtmatigheidstoetsing.³³⁵ Indien een bepaling van een richtlijn niet voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking, omdat zij aan de lidstaten een beoordelingsmarge bij de omzetting van de richtlijn toekent, belemmert zulks niet dat een

³³¹ Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 523-524. Zie ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 216 (ten aanzien van de verordening als bedoeld in art. 288 VWEU). Een verordening heeft *in beginsel* rechtstreekse werking, omdat voor sommige bepalingen van verordeningen uitvoeringsbepalingen van de lidstaten noodzakelijk kunnen zijn. De daarbij aan de lidstaten verleende beoordelingsmarge brengt mee dat particulieren aan die bepalingen geen rechten kunnen ontleen. Zie Barents & Brinkhorst 2012, p. 217-218.

³³² Barents & Brinkhorst 2012, p. 216 en p. 200 (ten aanzien van de verordening als bedoeld in art. 288 VWEU).

³³³ Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 524-527. Zie ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 227-228 (ten aanzien van de richtlijn als bedoeld in art. 288 VWEU).

³³⁴ Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 532; Prinsen 2004, p. 28-30. Zie ook Barents & Brinkhorst 2012, p. 228 (ten aanzien van de richtlijn als bedoeld in art. 288 VWEU).

³³⁵ Barents & Brinkhorst 2012, p. 229-230; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 528-529; Kristen 2004, p. 96-97; Prechal 2005, p. 234-237; Prinsen 2004, p. 15-16.

particulier zich voor de nationale rechter op die bepaling beroept, teneinde door deze rechter te laten toetsen of “de nationale wetgever bij de uitoefening van de hem gelaten keuzevrijheid ten aanzien van de vorm en de middelen ter uitvoering van de richtlijn, binnen de door de richtlijn getrokken beoordelingsgrenzen is gebleven”.³³⁶ Bij de eigenlijke rechtstreekse werking fungeert de rechtstreekse werkende bepaling van de richtlijn als een “rule of decision”, terwijl bij de algemene rechtmatigheidstoetsing de bepaling als “standard of review” fungeert. In beide gevallen past de nationale rechter de bepaling van een richtlijn toe en moet hij een regel van nationaal recht die daarmee onverenigbaar is terzijde stellen. Bij toepassing van de algemene rechtmatigheidstoets kan de richtlijnbeepaling evenwel niet in de plaats komen van de regel van nationaal recht. Leidt deze toets tot de conclusie dat de nationale wetgever de bij de richtlijn getrokken beoordelingsgrenzen heeft overschreden, dan moet het nationale recht dat daarvan het gevolg is buiten toepassing worden gelaten. Dat betekent overigens niet dat de bepaling van de richtlijn in plaats van het nationale recht moet worden toegepast. Kan het nationale recht niet richtlijnconform worden uitgelegd, dan ontstaat er “a gap in national law”; de rechtmatigheidstoetsing kan alleen leiden tot “exclusion” van het onverenigbare nationale recht, niet tot “substitution” van het niet rechtstreeks werkende EG-recht.³³⁷

Richtlijnen hebben ook een niet rechtstreekse werking. Op de organen van de lidstaten, en dus ook op de nationale rechters, rust, wanneer de implementatietermijn is verstreken,³³⁸ de verplichting om bepalingen van nationaal recht “zo veel mogelijk” uit te leggen “in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het in artikel 249, derde alinea, bedoelde resultaat te verwezenlijken”. Deze verplichting geldt “met name (...) wanneer een bepaling van een richtlijn geen rechtstreekse werking heeft”.³³⁹ Zij berust op twee grondslagen.³⁴⁰ Allereerst volgt uit art. 249 EG dat een richtlijn voor de lidstaten *bindend* is ten aanzien van het te bereiken resultaat. De lidstaten zijn dus verplicht om het met de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken. Ten tweede zijn de lidstaten ingevolge art. 10 EG verplicht “alle algemene of bijzondere maatregelen [te treffen] welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren”. De uit de artikelen 249 en 10 EG voortvloeiende verplichtingen gelden voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten en dus ook voor rechterlijke instanties, zij het “binnen het kader van hun bevoegdheden”. Uit de woorden “zo veel mogelijk” en “binnen hun bevoegdheden” volgt dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie niet onbegrensd is. Die grenzen kunnen voortvloeien uit de algemene rechtsbeginselen, zoals het beginsel van rechtszekerheid en het beginsel van non-retroactiviteit. Richtlijnconforme interpretatie kan bijvoorbeeld niet leiden tot het vestigen of het verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid, onafhankelijk van een ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale wet.³⁴¹ Een andere belangrijke grens is gelegen in de positie van de rechter in het staatsbestel van de betrokken lidstaat: de verplichting tot richtlijnconforme

³³⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 september 1999, zaak C-435/97, *Jur.* 1999, p. I-5613 (World Wildlife Fund e.a.), r.o. 69.

³³⁷ Kaczorowska 2008, p. 337.

³³⁸ HvJ EG 4 juli 2006, *NJ* 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (Adeneler e.a.). Zie over dit arrest Loof 2007 en de noot van J.M. Prinssen in *SEW* 2007, p. 89-90.

³³⁹ HvJ EG 4 juli 2006, *NJ* 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (Adeneler e.a.), r.o. 113.

³⁴⁰ Zie over richtlijnconforme interpretatie onder meer Barents & Brinkhorst 2012, p. 232-233; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 529-531; Kristen 2004, p. 61-72; Prinsen 2004, p. 39-55.

³⁴¹ Zie bijv. HvJ EG 3 mei 2005, *NJ* 2006, 2, r.o. 74 (Berlusconi e.a.).

uitleg strekt niet zover dat zij de nationale rechter noopt tot het negeren van de taakafbakening tussen rechter en wetgever.³⁴² De nationale rechter is namelijk niet verplicht het nationale recht *contra legem* uit te leggen.³⁴³ Aan de nationale rechter is de beoordeling opgedragen of een zodanige uitleg van het nationale recht mogelijk is die tot een met de richtlijn verenigbaar resultaat leidt. Het Hof van Justitie verlangt niettemin van de nationale rechter dat hij, onder toepassing van alle in het nationale recht voorziene interpretatiemethoden, “binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet” om tot een met de richtlijn verenigbaar resultaat te komen.³⁴⁴ Kent het nationale recht een uitlegmethode die “het mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationaal recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voorzover zij met die andere bepaling verenigbaar is, is de rechter verplicht dezelfde methoden te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken”.³⁴⁵ Daarbij geldt als uitgangspunt dat, wanneer de lidstaat een richtlijn heeft geïmplementeerd, hij geacht moet worden de bedoeling te hebben gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit die richtlijn voortvloeiende verplichtingen.³⁴⁶ Sterker nog: de nationale rechter is gehouden tot richtlijnconforme uitleg “niettegenstaande uit de voorstukken van de nationale regel gegevens voor een andersluidende uitlegging kunnen voortvloeien”.³⁴⁷ Bovendien moet de rechter het gehele nationale recht en niet alleen de ter uitvoering van de richtlijn ingevoerde bepalingen bezien “om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat”.³⁴⁸ Indien de nationale rechter van oordeel is dat de nationale regeling onverenigbaar is met een niet rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn, dan is het aan hem “*ze niet buiten toepassing te laten*, maar er zoveel mogelijk een uitlegging aan te geven die in overeenstemming is met [de richtlijn]”.³⁴⁹ Een dergelijke bepaling van een richtlijn heeft dus geen voorrang boven een nationale regeling. Het Europese recht verplicht de nationale rechter dus niet de nationale regeling buiten toepassing te laten.

Nu het aan de nationale rechter is overgelaten om te beoordelen of een richtlijnconforme uitleg *contra legem* zou zijn, is het van belang om te bezien hoe de Hoge Raad een en ander onderzoekt.³⁵⁰ Allereerst onderzoekt de Hoge Raad of de bewoordingen van de betrokken bepaling van nationaal recht een richtlijnconforme uitleg toelaten. Staan de “ondubbelzinnige bewoordingen” van de bepaling aan zo een uitleg in de weg, dan is een richtlijnconforme uitleg niet mogelijk.³⁵¹ Laten de bewoordingen van de bepaling wel een richtlijnconforme uitleg toe, dan is de wetsgeschiedenis van die bepaling - in beginsel - irrelevant, nu de wetgever geacht moet worden de bedoeling van correcte en volledige

³⁴² Kristen 2004, p. 69; Prinssen 2004, p. 48.

³⁴³ HvJ EG 4 juli 2006, NJ 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (Adeneler e.a.), r.o. 110.

³⁴⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juli 2006, NJ 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (Adeneler e.a.), r.o. 111.

³⁴⁵ HvJ EG 5 oktober 2004, AB 2005, 16, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Pfeiffer e.a.), r.o. 116. De rechter moet dus “in zijn nationale recht naar alle mogelijke wegen zoeken om een niet met de richtlijn strijdig resultaat te bereiken”: zie de noot van S. Prechal in SEW 2005, p. 97-99 (p. 98).

³⁴⁶ HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, Jur. 1993, p. I-6911, (Wagner Miret), r.o. 20.

³⁴⁷ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, Jur. 2004, p. I-5791 (Björnekulla Fruktindustrier), r.o. 13.

³⁴⁸ HvJ EG 5 oktober 2004, AB 2005, 16, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Pfeiffer e.a.), r.o. 115.

³⁴⁹ HvJ EU 24 juni 2010, zaak C-98/09 (Sorge), r.o. 55 (mijn cursivering).

³⁵⁰ Zie bijvoorbeeld HR 10 augustus 2007, AB 2007, 291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

³⁵¹ HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

implementatie te hebben gehad, zoals het Hof van Justitie heeft bepaald.³⁵² Dat leidt volgens de Hoge Raad niet tot een inbreuk op het beginsel van rechtszekerheid, omdat dit beginsel in een dergelijk geval “niet vereist dat de justitiabele die reden vindt zich nader te oriënteren omtrent de betekenis en reikwijdte van de wettelijke bepaling, met voorbijgaan aan het bepaalde in artikel 249 EG moet kunnen afgaan op uitsluitend de gevolgtrekkingen die hij meent te kunnen baseren op toelichtingen en uitlatingen die zijn gegeven of gedaan in het proces van het tot stand brengen van de wettelijke regeling”.³⁵³ Een uitzondering bestaat evenwel, indien in die bij de totstandkoming van de wettelijke bepaling gegeven toelichtingen of gedane uitlatingen “ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten”.³⁵⁴ Ook al laten de bewoordingen van de betrokken nationale bepaling ruimte voor een richtlijnconforme uitleg, is in een dergelijke geval conforme interpretatie uitgesloten. De bedoeling van de wetgever heeft hier voorrang op de tekst van de wet. In de rechtspraak van de Hoge Raad ligt de nadruk op de verhouding tussen de uitkomst van een grammaticale interpretatie van de nationale bepaling versus een wetshistorische. Waar mogelijk, zal de nationale rechter naar mijn mening ook andere uitlegmethoden moeten hanteren, zoals de wetssystematische, om te bezien of een met de richtlijn verenigbaar resultaat kan worden bereikt. Zulks volgt immers uit de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie.

Richtlijnconforme interpretatie kan omgekeerd verticale effecten hebben, kan er met andere woorden toe leiden dat in de verhouding tussen overheid en particulier een dergelijke interpretatie ten nadele van de particulier strekt.³⁵⁵ Het verschil met de verboden omgekeerd verticale rechtstreekse werking is daarin gelegen, dat bij een dergelijke richtlijnconforme interpretatie niet de richtlijn zelf, maar de richtlijnconform uitgelegde nationale wet ten nadele van een particulier wordt toegepast. Een dergelijke voor de particulier nadelige interpretatie van de nationale wet is niet in strijd met de rechtszekerheid, omdat particulieren “binnen de grenzen van de wet nu eenmaal bedacht moeten zijn op onverwachte vormen van rechterlijke interpretatie”.³⁵⁶

Geén rechtstreekse werking kaderbesluiten, wel onrechtstreekse (verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie)

Nu ik de rechtstreekse werking van sommige richtlijnbevestigingen en de verplichting tot richtlijnconforme uitleg van het nationale recht heb besproken, keer ik terug naar art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU. Aangezien deze bepaling klaarblijkelijk ontleend is aan art. 249 EG, maar anders dan laatstgenoemde bepaling uitdrukkelijk de rechtstreekse werking uitsluit, mag men aannemen dat de lidstaten in elk geval niet hebben beoogd dat een particulier tegenover de nationale rechter een beroep zou kunnen doen op een bepaling van een *kaderbesluit*, indien de betrokken lidstaat die bepaling niet, niet tijdig of onjuist heeft geïmplementeerd.³⁵⁷

³⁵² HR 10 augustus 2007, AB 2007, 291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 3.4, onder verwijzing naar HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911, (Wagner Miret).

³⁵³ HR 10 augustus 2007, AB 2007, 291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 3.4.

³⁵⁴ HR 10 augustus 2007, AB 2007, 291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 3.4.

³⁵⁵ HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05 (Kofoed), r.o. 45; HR 6 juni 2008, AB 2008, 214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en de in punt 4 van die noot genoemde rechtspraak.

³⁵⁶ Punt 4 van de noot van R.J.G.M. Widdershoven bij HR 6 juni 2008, AB 2008, 214.

³⁵⁷ Zie punt 4 van de noot R. Barents bij het Pupino-arrest in SEW 2006, p. 75-78; Barents & Brinkhorst 2012, p. 236-237; Borgers 2006, p. 11, met in noot 22 uitvoerige verwijzingen naar literatuur en

Over de betekenis van de uitsluiting van rechtstreekse werking heeft het Hof van Justitie zich nog niet uitdrukkelijk uitgelaten. Het is dus nog niet duidelijk of deze uitsluiting alleen in de weg staat aan overeenkomstige toepassing van 's Hofs rechtspraak inzake de inroepbaarheid door particulieren tegen de overheid van onvoorwaardelijke en voldoende duidelijke bepalingen of ook aan overeenkomstige toepassing van de algemene rechtmatigheidstoets op bepalingen van een kaderbesluit die een beoordelingsmarge aan de lidstaten toekennen.³⁵⁸

Enkele auteurs hebben betoogd dat de nationale rechter op grond van de voorrang van het Unierecht op het nationale recht een nationale regel die in strijd is met een kaderbesluit buiten toepassing moet laten.³⁵⁹ Het verschil met de ten aanzien van kaderbesluiten uitdrukkelijk uitgesloten rechtstreekse werking is dat de nationale rechter in zo een geval niet de bepalingen van het kaderbesluit mag toepassen in plaats van de buiten toepassing gelaten nationale regel. Deze vorm van doorwerking biedt dus geen soelaas, indien het buiten toepassing laten van de nationale regel de strijd met het Unierecht niet opheft. Het Hof van Justitie heeft de hier bedoelde opvatting (nog) niet aanvaard.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de verplichting tot conforme uitleg van het nationale recht ook geldt voor de op grond van de Derde Pijler totstandgekomen kaderbesluiten.³⁶⁰ Het Hof is dus kennelijk van oordeel dat de uitdrukkelijke uitsluiting van rechtstreekse werking in art. 34 lid 2 (oud) VEU niet in de weg staat aan indirecte werking van kaderbesluiten, dat wil zeggen werking via de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg van het nationale recht. Aan dat oordeel liggen vier argumenten ten grondslag. Het Hof wijst in de eerste plaats op de tekstuele overeenkomsten tussen art. 249 EG en art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU. Laatstgenoemde bepaling sluit zeer nauw aan bij de eerstgenoemde: richtlijnen en kaderbesluitend zijn bindend voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat, zij het dat zij aan de nationale instanties van de lidstaten de keuze van vorm en middelen laten. Dat dwingende karakter van kaderbesluiten brengt mee dat de nationale instanties van de lidstaten, en dus ook de nationale rechters, verplicht zijn om hun nationale recht kaderbesluitconform uit te leggen, zoals zij ook verplicht zijn dat recht richtlijnconform uit te leggen.³⁶¹ Daarnaast is volgens het Hof het beginsel van loyale samenwerking, één van de grondslagen van de verplichting tot *richtlijn*conforme uitleg, ook van toepassing in de Derde Pijler, ook al ontbreekt een met art. 10 EG overeenkomende bepaling. Het Hof wijst op de in art. 1 (oud) VEU neergelegde doelstellingen en taken van de Europese Unie: beoogd wordt de "totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa", waarbij de Europese Unie "tot taak [heeft] de betrekkingen tussen de lidstaten en tussen de volkeren van de lidstaten samenhangend en solidair te organiseren". Daaraan knoopt het Hof een teleologisch argument vast:

rechtspraak; Corstens 2006, p. 26; Kristen & Simmelink 2005, p. 1068-1069, met een bespreking van de geschiedenis van de totstandkoming van art. 34 (oud) VEU; Laugier-Deslandes 2002, p. 703; Schroeder 2007, p. 55-56.

³⁵⁸ De algemene rechtmatigheidstoets zou van belang kunnen zijn voor de omzetting van de facultatieve weigeringsgronden van art. 4 Kaderbesluit. Bij de omzetting daarvan hebben de lidstaten immers een zekere beoordelingsmarge (zie par. 2.3.2.5). Het Kaderbesluit zelf stelt evenwel geen duidelijke grenzen aan die beoordelingsmarge, zodat, indien de algemene rechtmatigheidstoets niet onder de uitsluiting van rechtstreekse werking zou vallen, kan worden betwijfeld of de facultatieve weigeringsgronden zich voor toepassing daarvan zouden lenen.

³⁵⁹ Lenaerts & Corthaut 2006; Prechal 2006, p. 22-23.

³⁶⁰ HvJ EG 16 juni 2005, NJ 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino).

³⁶¹ Pupino, r.o. 33-34.

genoemde taak zou de Unie moeilijk doeltreffend kunnen vervullen, indien het beginsel van loyale samenwerking niet in de Derde Pijler zou gelden.³⁶² Het Hof onderkent overigens wel de verschillen tussen de Eerste Pijler en de Derde Pijler. Het wijst erop dat het in de Derde Pijler minder bevoegdheden heeft dan in de Eerste Pijler en dat in de Derde Pijler, anders dan in de Eerste Pijler, “geen volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures bestaat om de wettigheid van de handelingen van de instellingen in het kader van [de Derde Pijler] te verzekeren”. Deze omstandigheden pleiten volgens het Hof evenwel niet tegen de verplichting tot conforme uitleg. Het doet daartoe een beroep op de - door het Hof veronderstelde - bedoeling van de lidstaten bij het opstellen van het Verdrag betreffende Europese Unie: ondanks de genoemde verschillen is “het volkomen begrijpelijk dat de opstellers van het Verdrag betreffende de Europese Unie het nuttig hebben geacht om in het kader van titel VI van dit Verdrag te voorzien in rechtsinstrumenten met analoge gevolgen als in het EG-Verdrag zijn voorzien, zodat deze op doeltreffende wijze bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie”. Een zelfstandig - en naar mijn mening belangrijker - argument vóór de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg van nationaal recht is gelegen in de prejudiciële bevoegdheid van het Hof inzake de geldigheid en uitleg van onder meer kaderbesluiten. Die bevoegdheid impliceert dat de uitleg van een kaderbesluit wél relevant kan zijn voor de uitleg van nationaal recht: zonder de verplichting tot conforme uitleg zou de prejudiciële bevoegdheid “het grootste deel van haar nuttig effect verliezen”. Bovendien kunnen ook de lidstaten die de rechtsmacht van het Hof niet hebben aanvaard, opmerkingen indienen in bij het Hof aanhangige prejudiciële procedures.³⁶³

Als argument vóór de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg kan men er ook op wijzen dat de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht op dit punt niet afwijkt van de verhouding tussen het “gewone” internationale recht en het nationale recht: de nationale rechter is namelijk verplicht om zijn nationale recht “zo veel mogelijk” zo uit te leggen dat de staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet.³⁶⁴ Die verplichting tot volkenrechtconforme uitleg volgt uit de regel *pacta sunt servanda*. Een kaderbesluit is weliswaar niet een *pactum*, maar het Verdrag betreffende Europese Unie, waarin het voor de lidstaten dwingende karakter van kaderbesluiten is neergelegd, is dat wel.³⁶⁵

Grenzen verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie

De verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie is niet onbegrensd. De grenzen aan die verplichting zijn dezelfde als de hiervoor besproken grenzen aan de verplichting tot richtlijnconforme uitleg: zij zijn gelegen in de algemene rechtsbeginselen en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van non-retroactiviteit. Zo wijst het Hof erop dat een kaderbesluit als zodanig geen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vestigen of verzwaren.³⁶⁶ Evenzo expliciteert het Hof dat de op de nationale rechter rustende verplichting ophoudt “daar waar het nationale recht niet zodanig kan worden toegepast dat het tot een resultaat leidt dat verenigbaar is met het door dit kaderbesluit beoogde resultaat. Met andere woorden, het beginsel van conforme uitlegging kan niet als grondslag dienen

³⁶² Pupino, r.o. 41-42.

³⁶³ Pupino, r.o. 37-38.

³⁶⁴ Corstens 2006, p. 28, met verwijzing naar HR 16 november 1990, NJ 1992, 107, m.nt. JCS. Zie over *consistent interpretation* in het internationale recht en in het EG-recht Betlem & Nollkaemper 2003.

³⁶⁵ Volgens Spaventa is de Unierechtelijke “duty of consistent interpretation (...) but an enhanced manifestation of the principle *pacta sunt servanda* (...)”: Spaventa 2007, p. 14.

³⁶⁶ Pupino, r.o. 44-45.

voor een uitlegging contra legem van het nationale recht”.³⁶⁷ Dat laat onverlet dat de nationale rechter het gehele nationale recht bij zijn beoordeling moet betrekken om te bezien of hij tot een kaderbesluitconform resultaat kan komen.³⁶⁸ Hij moet daarbij bovendien alle in het nationale recht erkende uitleggingsmethoden toepassen.³⁶⁹

Wanneer ontstaat de verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie?

Het Hof heeft nog geen gelegenheid gehad om zich expliciet uit te spreken over de ingangsdatum van de verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie. De verplichting tot *richtlijnconforme* interpretatie ontstaat pas vanaf het moment dat de implementatietermijn is verstreken. Uit het arrest Pupino is wel afgeleid dat het Hof er ten aanzien van kaderbesluiten een andere opvatting op na houdt. Volgens Loof heeft het Hof van Justitie in dit arrest impliciet geoordeeld dat de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg al bestaat vóór het verstrijken van de implementatietermijn.³⁷⁰ Dat verschil met de verplichting tot richtlijnconforme uitleg zou zijn verklaring vinden in het karakter van kaderbesluiten. Het Hof van Justitie beschouwt de verplichting tot richtlijnconforme uitleg als een alternatieve manier om het effect van EG-recht te verzekeren “met name” in die gevallen waarin dat recht niet rechtstreeks werkt en het Hof leidt onder meer daaruit af dat die verplichting pas ontstaat na het verstrijken van de implementatietermijn.³⁷¹ Kaderbesluiten ontberen in elk geval rechtstreekse werking. Uit “the permanent unavailability of direct effect” van kaderbesluiten heeft volgens Loof het Hof van Justitie in het arrest Pupino “the permanent availability of the duty of conforming interpretation” van kaderbesluiten afgeleid.³⁷²

Het is echter maar de vraag of de deze conclusie uit het arrest Pupino volgt. Inderdaad zou Pupino de strafbare feiten waarvan zij werd verdacht vóór het verstrijken van de implementatietermijn hebben begaan³⁷³ en inderdaad had het Italiaanse Openbaar Ministerie vóór het verstrijken van die termijn de verwijzende rechter verzocht om de vermeende slachtoffers in een speciale procedure te horen die naar de letter van de Italiaanse wet daarvoor niet openstond en die daardoor de vraag naar de verhouding met de bepaling van het kaderbesluit inzake het recht op bescherming van kwetsbare slachtoffers opriep. De verwijzende rechter legde echter zijn vragen over de uitleg van het betrokken kaderbesluit pas ná het verstrijken van de implementatietermijn aan het Hof voor,³⁷⁴ zodat de door hem uit te voeren kaderbesluitconforme uitleg van het Italiaanse recht pas ná het verstrijken van die termijn zou plaatsvinden. Dat het Hof onder deze omstandigheden, “without even mentioning the issue of the start of the obligation”,³⁷⁵ de verplichting tot

³⁶⁷ *Pupino*, r.o. 47.

³⁶⁸ *Pupino*, r.o. 47; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), r.o. 56.

³⁶⁹ HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), r.o. 56.

³⁷⁰ Loof 2007.

³⁷¹ HvJ EG 4 juli 2006, NJ 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (*Adeneler e.a.*), r.o. 113.

³⁷² Loof 2007, p. 893-894.

³⁷³ Pupino zou de strafbare feiten (kort gezegd mishandeling van kleine kinderen) hebben begaan in januari en februari 2001, terwijl de lidstaten het Kaderbesluit 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001, L 82/1 uiterlijk op 22 maart 2002 dienden te hebben omgezet.

³⁷⁴ Namelijk bij beschikking van 3 februari 2003, ingekomen bij het Hof op 5 maart 2003. Zie ook Fletcher 2005, p. 874: “the relevant facts arose after the time-limit for implementing the framework decision had expired”, waardoor het arrest de vraag “precisely when the duty on the national court arises” nog onbeantwoord laat.

³⁷⁵ Loof 2007, p. 889.

kaderbesluitconforme uitleg aannam, betekent naar mijn mening dan ook niet dat het Hof impliciet heeft geoordeeld dat die verplichting al vóór het verstrijken van de implementatietermijn bestond. De omstandigheid dat de strafbare feiten zouden zijn begaan vóór het verstrijken van de implementatietermijn, ja zelfs vóór de aanneming van het bewuste kaderbesluit, is niet relevant, nu de betrokken bepalingen van dat kaderbesluit betrekking hadden op (straf)procesrecht. In het arrest Dell’Orto, dat net als het arrest Pupino uitleg geeft aan bepalingen van het Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, beantwoordde het Hof de vraag of dit kaderbesluit “vanuit temporeel oogpunt kan worden geacht van toepassing te zijn op een geheel van omstandigheden dat, zoals in het hoofdgeding, zich duidelijk vóór de vaststelling van het kaderbesluit op 15 maart 2001 heeft voorgedaan, zonder de uitvoeringstermijn daarvan mee te tellen, die wat met name artikel 9 ervan betreft, op 22 maart 2002 verstreek” bevestigend, onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak dat “procedureregels in het algemeen worden geacht te gelden voor alle bij de inwerkingtreding ervan aanhangige geschillen, in tegenstelling tot materiële regels, die doorgaans aldus worden uitgelegd dat zij niet van toepassing zijn op vóór de inwerkingtreding ervan bestaande situaties (...)”. Het beginsel van non-retroactiviteit staat er dan ook niet aan in de weg dat de bepalingen van een kaderbesluit die procedureregels bevatten, worden betrokken bij de conforme uitleg van het nationale recht.³⁷⁶

Geén rechtstreekse werking kaderbesluiten op basis van nationaal recht

Hiervoor kwam aan de orde dat het Verdrag betreffende de Europese Unie rechtstreekse werking onthoudt aan kaderbesluiten. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het recht van de Eerste Pijler zijn doorwerking in en verhouding tot het nationale recht van de lidstaten zelf bepaalt. Indien zulks ook voor het recht van de Derde Pijler zou gelden - daarover heeft het Hof van Justitie zich niet uitgelaten -, zouden de art. 93 en 94 Gw niet relevant zijn voor kaderbesluiten, zoals deze regelingen evenmin relevant zijn voor EG-verordeningen en -richtlijnen. Zou die rechtspraak aan de andere kant niet in de Derde Pijler gelden, dan zouden de artikelen 93 en 94 Gw van toepassing kunnen zijn op kaderbesluiten, nu kaderbesluiten besluiten van een volkenrechtelijke organisatie zijn. Bepalingen van zulke besluiten die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht en gaan bovendien voor op daarmee onverenigbare nationale wettelijke bepalingen. Of een bepaling een ieder verbindend is, hangt volgens de Hoge Raad niet af van de intentie van de verdragspartijen maar van de inhoud van die bepaling: “verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met een bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan gelden”.³⁷⁷ Dat lijkt evenwel uitzondering, indien uit de tekst van de bepaling of de totstandkomingsgeschiedenis daarvan valt af te leiden dat de verdragspartijen aan een bepaling een ieder verbindende kracht wilden onthouden³⁷⁸ of juist wilden toekennen.³⁷⁹ Deze rechtspraak heeft betrekking op

³⁷⁶ HvJ EG 28 juni 2007, zaak C-467/05, *Jur.* 2007, I-5557 (Dell’Orto), r.o. 47-49. In casu ging het om de vraag welke rechter bevoegd was om over de teruggave van in beslag genomen goederen aan het slachtoffer te beslissen.

³⁷⁷ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, m.nt. P.A. Stein. Zie Hoofdstuk II.3.3.1.

³⁷⁸ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, m.nt. P.A. Stein.

³⁷⁹ HR 18 april 1995, *NJ* 1995, 619, m.nt. A.C.’t Hart.

bepalingen van verdragen, maar is naar mijn mening *mutatis mutandis* van toepassing op bepalingen van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Bezig men het Kaderbesluit tegen de achtergrond van deze rechtspraak, dan moet men constateren dat het Kaderbesluit de lidstaten - ingevolge art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU en art. 34 lid 1 Kaderbesluit - verplicht tot het nemen van wetgevende maatregelen. Daar staat tegenover dat het Kaderbesluit enkele bepalingen bevat die, gelet op de inhoud daarvan, op zichzelf zonder meer als objectief recht in de Nederlandse rechtsorde zouden kunnen worden toegepast.³⁸⁰ Wat daarvan ook zij, uit art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU blijkt de intentie van de verdragspartijen dat de door de Raad te nemen kaderbesluiten niet rechtstreeks zouden kunnen worden toegepast door de nationale rechters. Hier lijkt zich dus de uitzondering op de regel voor te doen dat alleen de inhoud van de bepaling maakt of deze een ieder verbindend is of niet. Het komt mij dan ook als onwaarschijnlijk voor dat de zo-even bedoelde bepalingen van het Kaderbesluit als een ieder verbindende bepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw zouden moeten worden aangemerkt.³⁸¹ De parlementaire geschiedenis van de goedkeuring van het Verdrag van Amsterdam biedt steun aan deze opvatting. Bij die behandeling is de verhouding tussen kaderbesluiten en de Grondwet uitdrukkelijk aan de orde gesteld: kan een particulier zich, ondanks de uitsluiting van rechtstreekse werking, voor de Nederlandse rechter op een onvoorwaardelijke en voldoende duidelijk geformuleerde bepaling van een kaderbesluit beroepen?³⁸² De regering heeft deze en soortgelijke vragen ontkennend beantwoord: nu kaderbesluiten geen rechtstreekse werking hebben, kan “een burger geen rechten geldend (...) maken uit hoofde van een kaderbesluit dat door een lidstaat niet in nationale wetgeving is omgezet”.³⁸³

Conclusie verhouding Kaderbesluit en nationaal recht

Over de positie van het Kaderbesluit in de Nederlandse rechtsorde, vergeleken met de positie van uitleveringsverdragen in die rechtsorde, kan men het volgende concluderen:

1. het Kaderbesluit verplicht Nederland tot omzetting van de daarin vervatte bepalingen in nationale wetgeving. Uitleveringsverdragen daarentegen zijn rechtstreeks toepasselijk in de Nederlandse rechtsorde. Zij behoeven dan ook geen omzetting in Nederlandse wetgeving;
2. de bepalingen van het Kaderbesluit hebben geen rechtstreekse werking, terwijl zij waarschijnlijk evenmin als een ieder verbindende bepalingen in de zin van de

³⁸⁰ Zie bijvoorbeeld de dwingende weigeringsgronden van art. 3 Kaderbesluit.

³⁸¹ Vgl. Reestman 2008, p. 84, noot 19. Ook Kristen 2003, p. 405 is van mening dat een kaderbesluit niet “self-executing in de zin van art. 94 Gw” is. In deze zin kennelijk ook Kristen & Simmelink 2005, p. 1073-1074. Van den Brink laat daarentegen de mogelijkheid open dat een bepaling van een kaderbesluit een ieder verbindende bepaling in de zin van de art. 93 en 94 Gw oplevert: Van den Brink 2003, p. 244, noot 6, en p. 248; Van den Brink 2004, p. 133-134, noot 30. Ook Wouters & Naert 2004, p. 918, achten het mogelijk dat het nationale recht van een lidstaat rechtstreekse werking aan een kaderbesluit verleent.

³⁸² *Kamerstukken II 1997/98, 25 922 (R 1613), p. 30*: “De vraag is dan wat de juridische strekking is van een kaderbesluit dat door een lidstaat niet in nationale wetgeving is omgezet. (...) Kan deze aan de burger worden tegengeworpen? Kan de burger er rechten aan ontlennen? (...) *M.a.w. staat het ontkennen van rechtstreekse werking van art. K.6 los van nationale constituties (bijvoorbeeld verplichtingen voortvloeiend uit onze Grondwet) en is het bijgevolg mogelijk dat een burger zich voor de Nederlandse rechter beroept op een zeer duidelijk, onvoorwaardelijk geformuleerd recht in een derde-pijler (kader)besluit?*” (mijn cursivering).

³⁸³ *Kamerstukken II 1997/98, 25 922 (R 1613), nr. 5, p. 46.*

Grondwet kunnen worden aangemerkt. Voor zover van deze bepalingen gezegd zou kunnen worden dat zij aan de opgeëiste persoon een onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig geformuleerd recht toekennen of dat zij als maatstaf voor de toetsing van de rechtmatigheid van het nationale recht kunnen dienen, kan hij zich daarop als zodanig, dat wil zeggen onafhankelijk van het nationale recht, niet beroepen. Anderzijds kunnen de bepalingen van het Kaderbesluit hem niet als zodanig worden tegengeworpen. De bepalingen van uitleveringsverdragen, in het bijzonder de bepalingen die dwingende weigeringsgronden bevatten, zijn doorgaans een ieder verbindend in de zin van de art. 93 en 94 Gw. De opgeëiste persoon kan dergelijke bepalingen inroepen tegen de Nederlandse overheid, terwijl de overheid hem dergelijke bepalingen ook kan tegenwerpen. Is een Nederlands wettelijk voorschrift onverenigbaar met een dergelijke bepaling, dan heeft de verdragsbepaling voorrang;

3. de nationale rechter is verplicht het nationale recht “zo veel mogelijk” conform het Kaderbesluit uit te leggen. Is vanwege de grenzen aan die verplichting een kaderbesluitconforme uitleg van het nationale recht niet mogelijk, dan moet het nationale recht worden toegepast. De nationale rechter is eveneens verplicht het nationale recht “zo veel mogelijk” conform het internationale recht uit te leggen. Een belangrijk verschil tussen het uit- en overleveringsrecht in dit opzicht is evenwel dat de Nederlandse rechter aan het Hof van Justitie een authentieke uitleg van het Kaderbesluit kan vragen, een mogelijkheid die op het gebied van de uitleveringsverdragen niet voorhanden is.

III.3.3.2 Het Verdrag van Lissabon: overgangsrecht

Op 1 december 2009 is het Verdrag van Lissabon in werking getreden. Daardoor is het onderscheid tussen de Eerste Pijler (Gemeenschapsrecht) en de Derde Pijler (Unierecht) komen te vervallen. In wezen geldt de communautaire methode van de voormalige Eerste Pijler nu voor het geheel van de taken en doelstellingen van de Europese Unie, dus ook voor de justitiële samenwerking in strafzaken. De rechtshandelingen die de instellingen van de Europese Unie kunnen verrichten, bestaan voortaan uit verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen.³⁸⁴ De definities van de begrippen “verordening” en “richtlijn” zijn gelijk aan die van art. 249 EG. Aangenomen mag worden dat de in par. 3.3.1 besproken rechtspraak over EG-verordeningen en -richtlijnen van belang is voor EU-verordeningen en -richtlijnen. Voor het onderwerp overlevering is van belang dat het Europese Parlement en de Raad tezamen de bevoegdheid hebben om maatregelen te treffen die ertoe strekken “regels en procedures vast te leggen waarmee alle soorten vonnissen en rechterlijke beslissingen overal in de Unie erkend worden” en “in het kader van strafvervolgning en tenuitvoerlegging van beslissingen de samenwerking tussen de justitiële of gelijkwaardige autoriteiten van de lidstaten te bevorderen”.³⁸⁵ Uit het gebruik van het woord “maatregelen” volgt dat op de genoemde punten alle hiervoor genoemde rechtshandelingen kunnen worden ingezet, dus ook - in de nationale rechtsorden rechtstreeks toepasselijke en rechtstreeks werkende - verordeningen.³⁸⁶

³⁸⁴ Art. 288 VWEU.

³⁸⁵ Art. 82 lid 1 onder a en d VWEU.

³⁸⁶ Vgl. art. 82 lid 2 VWEU en art. 83 lid 1 VWEU die alleen de richtlijn noemen.

Ondanks de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, heb ik hiervoor in de tegenwoordige tijd over kaderbesluiten gesproken. Op de onder de Derde Pijler vastgestelde kaderbesluiten is namelijk het overgangsregime van het aan het Verdrag van Lissabon gehechte Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen van toepassing. Dat regime houdt in dat de rechtsgevolgen van de handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie die vastgesteld zijn op basis van het Verdrag betreffende de Europese Unie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon gehandhaafd blijven, “zolang deze handelingen niet krachtens de verdragen ingetrokken, nietig verklaard of gewijzigd zijn”.³⁸⁷ Voor wat betreft kaderbesluiten zullen onder de “rechtsgevolgen” moeten worden verstaan: de uit art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU voortvloeiende implementatieverplichting, de in die bepaling neergelegde uitsluiting van rechtstreekse werking en de in de rechtspraak van het Hof van Justitie vastgestelde verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg. Die rechtsgevolgen van een kaderbesluit blijven in stand, zolang het niet is ingetrokken, vernietigd of gewijzigd.³⁸⁸ Tot die tijd blijft dus hetgeen in de vorige subparagraaf is besproken van toepassing op het Kaderbesluit.

Ook ten aanzien van de prejudiciële bevoegdheden van het Hof van Justitie en de bevoegdheden van de Commissie geldt een overgangsregime.³⁸⁹ De in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie opgenomen regeling van de prejudiciële bevoegdheden komt in wezen overeen met art. 234 EG: het Hof van Justitie is bevoegd uitspraak te doen over de uitleg van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, alsmede over de geldigheid en uitleg van de handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie; de hoogste nationale rechter voor wie op deze punten een vraag wordt opgeworpen, *moet* zich ter beantwoording daarvan tot het Hof wenden, andere nationale rechters *mogen* dat doen.³⁹⁰ Ten aanzien van kaderbesluiten blijft evenwel “bij wijze van overgangsmaatregel” het regime van art. 35 (oud) VEU van kracht:³⁹¹ de bevoegdheid van het Hof van Justitie om zich uit te spreken over de geldigheid en uitleg van kaderbesluiten is facultatief, dat wil zeggen zij is afhankelijk van de aanvaarding daarvan door de lidstaten.³⁹² Bij het aanvaarden van die bevoegdheid kan een lidstaat ervoor kiezen de prejudiciële procedure alleen open te stellen voor nationale rechters wier uitspraken niet aan hoger beroep zijn onderworpen of die procedure voor elke nationale rechter open te stellen. Ook indien de lidstaat de procedure alleen openstelt voor de hoogste nationale rechters, zijn deze niet verplicht daarvan gebruik te maken.³⁹³ De inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon brengt dus vooralsnog geen wijziging in de prejudiciële bevoegdheden van het Hof van Justitie. Aan de overgangsmaatregel zijn twee grenzen gesteld. In de eerste plaats brengt wijziging

³⁸⁷ Art. 9 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen. Volgens art. 1 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen wordt in dit Protocol onder “Verdragen” verstaan: Verdrag betreffende de Europese Unie, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie. Dat het woord “verdragen” in art. 9 niet met een hoofdletter is geschreven, berust op een vergissing. Zie bijv. de Engelse en Franse versie van het Protocol.

³⁸⁸ Aangenomen mag worden dat in geval van wijziging het gewijzigde kaderbesluit voor wat betreft zijn rechtsgevolgen het karakter zal aannemen van de rechtshandeling waarbij de wijziging tot stand is gebracht.

³⁸⁹ Zie Klip 2012, p. 128-131.

³⁹⁰ Art. 267 VWEU.

³⁹¹ Art. 10 lid 1 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

³⁹² Art. 35 lid 2 (oud) VEU.

³⁹³ Art. 35 lid 3 onder a (oud) VEU spreekt immers van “kan verzoeken”.

van een kaderbesluit na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon alsnog de toepasselijkheid van de in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie neergelegde prejudiciële regeling mee voor die lidstaten waarop het gewijzigde kaderbesluit van toepassing is.³⁹⁴ In de tweede plaats is aan de overgangsmaatregel een temporele grens gesteld: zij eindigt in elk geval na verloop van vijf jaren na de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.³⁹⁵ Behoudens tussentijdse wijziging, zal het nieuwe prejudiciële regime dus op 1 december 2014 van toepassing worden op kaderbesluiten.

De in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aan de Commissie toegekende bevoegdheid om een zogenaamde inbreukprocedure bij het Hof van Justitie aanhangig te maken, indien zij van oordeel is dat een lidstaat een krachtens de Verdragen op hem rustende verplichting niet nakomt,³⁹⁶ kan “bij wijze van overgangsmaatregel” niet worden toegepast op kaderbesluiten.³⁹⁷ Evenals bij de prejudiciële bevoegdheden het geval is, wordt de nieuwe regeling toch van toepassing op een kaderbesluit in geval van wijziging en in elk geval na het verstrijken van vijf jaren na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.³⁹⁸

III.3.3.3 De Overleveringswet: inhoud en functies

De Overleveringswet bestaat uit vijf hoofdstukken en heeft twee bijlagen. De Overleveringswet is niet alleen van toepassing op overlevering dóór Nederland, maar ook op overlevering áán Nederland. Hoofdstuk I bevat de algemene bepalingen. Hoofdstuk II regelt de overlevering dóór Nederland: de voorwaarden voor overlevering, de verschillende procedures en de regels inzake vrijheidsbeneming. Hoofdstuk III bevat bepalingen over de overlevering áán Nederland. Geregeld worden de bevoegdheid tot uitvaardiging van een EAB, de te verstrekken garanties, de bevoegdheid tot het onderhouden van rechtstreeks contact met de uitvoerende justitiële autoriteiten van andere lidstaten en tot signalering in SIS of via Interpol, de bevoegdheid om op verzoek of eigener beweging aanvullende informatie te verstrekken aan de uitvoerende justitiële autoriteiten van andere lidstaten en de bindendheid voor elke in Nederland met een publieke taak belaste instantie of persoon van de met de uitvoerende justitiële autoriteiten van andere lidstaten overeengekomen voorwaarden voor de overlevering. Hoofdstuk IV heeft betrekking op andere vormen van rechtshulp dan overlevering, te verlenen door Nederland of te verzoeken aan andere lidstaten, zoals de inbeslagneming en de afgifte van in het bezit van de opgeëiste persoon aangetroffen voorwerpen. Hoofdstuk V bevat de slotbepalingen, zoals bepalingen over de (uitvoerbaarheid van) bevelen tot vrijheidsbeneming. In bijlage 1 zijn de categorieën van strafbare feiten opgenomen waarvan de uitvoerende justitiële autoriteit de strafbaarheid naar haar recht niet mag toetsen. Bijlage 2 bevat het voor de uitvaardiging van een EAB voorgeschreven model. De bijlagen zijn van belang voor overlevering dóór en voor overlevering áán Nederland.

Toegespitst op overlevering dóór Nederland fungeert de Overleveringswet als dé nationale vindplaats voor de rechtsnormen aangaande het toestaan of weigeren van

³⁹⁴ Art. 10 lid 2 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

³⁹⁵ Art. 10 lid 3 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

³⁹⁶ Art. 258 VWEU.

³⁹⁷ Art. 10 lid 1 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

³⁹⁸ Art. 10 leden 2 en 3 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

overlevering en voor de bepalingen inzake de procedure waarin over een EAB wordt beslist, inzake de vrijheidsbeneming van de opgeëiste persoon en inzake de andere vormen van rechtshulp dan overlevering die ten behoeve van de justitiële autoriteiten van andere lidstaten kunnen worden verleend. Waar de Uitleveringswet alleen van betekenis kan zijn voor de beoordeling van een uitleveringsverzoek, voor zover het toepasselijke uitleveringsverdrag dat toelaat, beheerst de Overleveringswet de beoordeling van een EAB, zij het dat de bepalingen van deze wet “zo veel mogelijk” in overeenstemming met het Kaderbesluit moeten worden uitgelegd. Anders dan de Uitleveringswet heeft de Overleveringswet niet de functie van een richtsnoer voor de regering. De verhouding tussen het Kaderbesluit en de Overleveringswet is juist omgekeerd: het Kaderbesluit bevat de instructie aan de nationale instanties van de lidstaten om de bepalingen daarvan om te zetten in het nationale recht.

III.4 Procedure

III.4.1 Inleiding

Evenals in Hoofdstuk II.4 zal in deze paragraaf slechts een globale en summier schets van de procedure worden gegeven.

Waar de eigenlijke uitleveringsprocedure drie stadia kent, voorziet de Overleveringswet in een procedure van slechts twee stadia. In paragraaf 2 bleek dat het Kaderbesluit de beslissing op het EAB opdraagt aan de door de lidstaten aan te wijzen rechterlijke (lees: justitiële) autoriteiten. Als uitvoerende justitiële autoriteiten zijn aangewezen: de rechtbank te Amsterdam, de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken in die rechtbank en de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam. De Minister van Justitie is niet aangewezen als justitiële autoriteit. Hij speelt dan ook geen rol bij de beslissing op het EAB, hetgeen de twee stadia van de overleveringsprocedure verklaart.

Het eerste stadium vangt aan met de ontvangst van het EAB - al dan niet door tussenkomst van een andere Nederlandse instantie -³⁹⁹ door de officier van justitie te Amsterdam, hetzij rechtstreeks van de uitvaardigende justitiële autoriteit⁴⁰⁰ hetzij van de door de uitvaardigende lidstaat aangewezen centrale autoriteit.⁴⁰¹ Indien de officier van justitie meteen van oordeel is dat de overlevering niet kan worden toegestaan, weigert hij de overlevering en stelt hij de uitvaardigende justitiële autoriteit daarvan op de hoogte.⁴⁰² Indien de officier van justitie de overlevering niet rauwelijks weigert, maakt hij het EAB aanhangig bij de rechtbank te Amsterdam,⁴⁰³ waarmee het tweede stadium van de procedure aanvangt. De rechtbank onderzoekt of zich gronden tot weigering van de overlevering voordoen. Is geen grond tot weigering aanwezig, dan moet zij de overlevering toestaan.⁴⁰⁴ In geval van een toegestane overlevering is de officier van justitie te Amsterdam belast met de feitelijke overlevering van de opgeëiste persoon.⁴⁰⁵ Met de beslissing van de rechtbank te Amsterdam eindigt de eigenlijke overleveringsprocedure. Anders dan in het

³⁹⁹ Art. 20 lid 1 OLW bevat een doorzendplicht.

⁴⁰⁰ Art. 3 lid 1 OLW.

⁴⁰¹ Art. 3 lid 2 OLW.

⁴⁰² Art. 23 lid 1 OLW.

⁴⁰³ Art. 23 lid 2 jo. art. 1 onder g OLW.

⁴⁰⁴ Art. 28 leden 2 en 3 OLW.

⁴⁰⁵ Art. 35 - 37 OLW.

uitleveringsrecht staat voor de officier van justitie en de opgeëiste persoon geen beroep in cassatie open tegen de uitspraak van de rechtbank. Wel kan de uitspraak worden onderworpen aan het bijzondere rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet.⁴⁰⁶

Een belangrijk verschil met de uitleveringsprocedure leveren de dwingende en korte termijnen op, waarbinnen op het EAB dient te worden beslist. De rechtbank moet - in beginsel - binnen zestig dagen na de aanhouding van de opgeëiste persoon einduitspraak doen.⁴⁰⁷ De rechtbank kan die termijn evenwel in "uitzonderlijke gevallen" met maximaal dertig dagen verlengen.⁴⁰⁸ Lukt het de rechtbank ook niet binnen die termijn van negentig dagen tot een beslissing te komen, dan mag zij de termijn verlengen voor onbepaalde tijd. In dat geval is zij wel verplicht de overleveringsdetentie van de opgeëiste persoon te schorsen onder het stellen van voorwaarden.⁴⁰⁹ Overschrijding van de termijn van negentig dagen brengt overigens niet mee dat de rechtbank niet meer op het EAB zou mogen beslissen.⁴¹⁰

De korte beslistermijnen hebben ertoe geleid dat de behandeling van EAB's slechts in één instantie geschiedt. Daarnaast is als argument voor behandeling in één instantie aangevoerd dat ten opzichte van uitlevering sprake is van een verregaande vereenvoudiging van het besliskader: het aantal gronden waarop de overlevering moet worden geweigerd, is beperkt.⁴¹¹ Mede om "ongewenste dispariteiten" tussen uitlevering en overlevering te kunnen herstellen, is het bijzondere rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet opgesteld.⁴¹²

De concentratie bij één gerecht is ingegeven door overwegingen van efficiency en rechtseenheid. Zonder concentratie bij één gerecht zouden sommige rechtbanken zich slechts incidenteel met een EAB geconfronteerd zien. Deze rechtbanken zouden zich dan voor die enkele gevallen steeds opnieuw in de materie moeten verdiepen, hetgeen gelet op de korte beslistermijnen een onredelijke verzwaring van de werklast zou meebrengen. Bovendien zou dan ook het gevaar van divergerende rechtspraak ontstaan.⁴¹³

⁴⁰⁶ Art. 29 lid 2 OLW. De P-G bij de Hoge Raad heeft dit rechtsmiddel inmiddels in vier gevallen aangewend. Zie HR 28 november 2006, NJ 2007, 487, 488 en 489, m.nt. A.H. Klip onder NJ 2007, 489 en HR 8 juli 2008, NJ 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers.

⁴⁰⁷ Art. 22 lid 1 OLW.

⁴⁰⁸ Art. 22 lid 3 OLW.

⁴⁰⁹ Art. 22 lid 4 OLW. In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het Kaderbesluit tot het hanteren van dwingende termijnen en tot schorsing na negentig dagen zou verplichten. Gelet op de formulering van art. 17 lid 3 Kaderbesluit is dit betwistbaar: "(...) zou de definitieve beslissing over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel binnen 60 dagen na de aanhouding van de gezochte persoon moeten worden genomen" (mijn cursivering). Deze formulering is niet dwingend, maar aansporend. In veel lidstaten is aan de overschrijding van de termijnen van art. 17 Kaderbesluit dan ook geen enkel gevolg verbonden. Zie bijv. Cour de cassation (Frankrijk) 14 september 2005, *Bulletin criminel* 2005, No 228, p. 811: "l'inobservation des délais (...) n'est assortie d'aucune sanction". Volgens het *Supreme Court of Ireland* zijn "the sixty day and ninety day time limits (...) with a view to internal discipline within the member states and not with a view to conferring individual rights in individual cases": *Supreme Court of Ireland* 19 december 2005, *Dundon v The Governor of Cloverhill Prison*, [2006] 1 ILRM 321, [2006] 1 IR 518, [2005] IESC 83, per Geoghegan J..

⁴¹⁰ *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, E, p. 3.

⁴¹¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 8.

⁴¹² *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 25.

⁴¹³ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 8.

Voor de keuze voor de *rechtbank te Amsterdam* waren drie argumenten bepalend.⁴¹⁴ Deze rechtbank heeft in uitleveringszaken al een algemene restbevoegdheid: indien op voorhand niet bekend is in welk arrondissement de opgeëiste persoon zich bevindt, wordt het uitleveringsverzoek bij deze rechtbank aangeboden.⁴¹⁵ Van meer gewicht zijn de argumenten dat de rechtbank te Amsterdam reeds beschikte over een gespecialiseerde internationale rechtshulpkamer en dat zij uit dien hoofde veel contacten in de internationale strafrechtelijke samenwerking had opgebouwd.

In beginsel kan de opgeëiste persoon bij de civiele rechter in kort geding opkomen tegen de beslissing tot overlevering en tegen de beslissingen die de officier van justitie heeft genomen in het kader van de feitelijke overlevering.⁴¹⁶

III.4.2 Rechtspositie opgeëiste persoon

Evenals bij uitlevering, zijn bij overlevering drie actoren betrokken. In het overleveringsrecht zijn dat de justitiële autoriteit die het EAB heeft uitgevaardigd (de uitvaardigende justitiële autoriteit), de justitiële autoriteit die beslist over de tenuitvoerlegging van het EAB (de uitvoerende justitiële autoriteit) en de persoon op wie het EAB betrekking heeft (de opgeëiste persoon).

Uit het systeem van het Kaderbesluit kan men afleiden dat de opgeëiste persoon als rechtssubject wordt gezien, een rechtssubject dat ten overstaan van de uitvoerende rechterlijke autoriteit een beroep kan doen op weigeringsgronden. Anders dan de uitleveringsverdragen, bevat het Kaderbesluit namelijk voorzieningen met betrekking tot de totstandkoming van de beslissing op het Europees aanhoudingsbevel en de rol van de opgeëiste persoon daarbij. Volgens overweging 8 van de preambule bij het Kaderbesluit mag de beslissing op het EAB pas worden genomen na een “toereikende controle” door een rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat. De artikelen 11 tot en met 14 Kaderbesluit verplichten de lidstaten om de opgeëiste persoon zekere *minimumgaranties*⁴¹⁷ toe te kennen. Ingevolge art. 14 Kaderbesluit moeten zij de opgeëiste persoon die niet instemt met zijn overlevering het recht geven gehoord te worden door de uitvoerende rechterlijke autoriteit. Dit hoorrecht stelt de opgeëiste persoon in de gelegenheid om, in het kader van een “toereikende controle” door de uitvoerende rechterlijke autoriteit, dwingende en facultatieve gronden tot weigering van de overlevering naar voren te brengen. Het hoorrecht wordt geflankeerd door een aantal minimumwaarborgen die het de opgeëiste persoon mogelijk moeten maken daarvan effectief gebruik te maken.⁴¹⁸ De aangehouden opgeëiste persoon moet door de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat in kennis worden gesteld van “het bestaan en de inhoud van het Europees

⁴¹⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 8-9.

⁴¹⁵ Art. 20 lid 4 UW.

⁴¹⁶ Zie nader par. 4.4.

⁴¹⁷ HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 30.

⁴¹⁸ Richtlijn 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures, *PbEU* 2012, L 142/1 (uiterste implementatiedatum 2 juni 2014) strekt ertoe dat de opgeëiste persoon tijdig op de hoogte is van deze waarborgen. Deze richtlijn verplicht de lidstaten erop toe te zien dat personen die zijn aangehouden ter tenuitvoerlegging van een EAB “onverwijld een passende verklaring van rechten ontvangen met informatie over hun rechten zoals voorzien in de wet van de uitvoerende lidstaat tot uitvoering van Kaderbesluit 2002/584/JBZ” (art. 5 lid 1). Bijlage II bij deze richtlijn bevat een *indicatief* model van zo een verklaring (art. 5 lid 2).

aanhoudingsbevel (...)”.⁴¹⁹ Hij heeft bovendien het recht op bijstand van een raadsman en van een tolk.⁴²⁰

De opgeëiste persoon kan in de overleveringsprocedure niet rechtstreeks een beroep doen op de bepalingen van het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit heeft immers geen rechtstreekse werking. De bepalingen daarvan zijn bovendien niet een ieder verbindend in de zin van de art. 93 en 94 Gw. Weliswaar is de Nederlandse rechter verplicht de Overleveringswet zo veel mogelijk conform het Kaderbesluit uit te leggen en kan de opgeëiste persoon daarop dus aandringen, maar zoals al uit de woorden “zo veel mogelijk” volgt, is deze verplichting begrensd. In zoverre zou men de rechtspositie van de opgeëiste persoon zwakker kunnen noemen dan die van de opgeëiste persoon in de uitleveringsprocedure.

Daar staat tegenover dat in die gevallen waarin de Overleveringswet afwijkt van het Kaderbesluit de Overleveringswet veelal gunstiger is voor de opgeëiste persoon dan het Kaderbesluit. Het ontbreken van rechtstreekse werking en de beperkingen op de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg werken dan ook ten gunste van de opgeëiste persoon. Een voorbeeld levert de hiervoor in paragraaf 3.3.1 besproken regeling van de executieoverlevering van onderdanen van de uitvoerende lidstaat. Op grond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de executieoverlevering van een onderdaan van de uitvoerende lidstaat weigeren, maar alleen indien die lidstaat zich ertoe verbindt de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde straf of maatregel zelf ten uitvoer te leggen. De in art. 6 leden 2, 3 en 4 OLW neergelegde regeling verplicht tot weigering van de executieoverlevering van een Nederlander - een invulling die op zichzelf is toegelaten -⁴²¹, maar maakt die weigering niet afhankelijk van een verbintenis tot tenuitvoerlegging in Nederland. Of Nederland zich tot tenuitvoerlegging van de straf of maatregel in Nederland zal verbinden, hangt af van het bestaan van een verdrag tussen Nederland en de uitvaardigende lidstaat dat de grondslag voor tenuitvoerlegging in Nederland biedt. Tenuitvoerlegging in Nederland van buitenlandse veroordelingen geschiedt immers niet dan krachtens een verdrag. De omstandigheid dat Nederland zich niet kan verbinden tot tenuitvoerlegging van de sanctie - omdat de door art. 2 WOTS geëiste verdragsbasis daartoe ontbreekt -, heeft geen gevolgen van de weigering van de overlevering. Die is ook in een dergelijk geval verplicht. Een kaderbesluitconforme uitleg van art. 6 leden 2, 3 en 4 OLW, zou, zo al mogelijk,⁴²² ongunstig zijn voor de opgeëiste persoon in die gevallen waarin Nederland zich niet tot tenuitvoerlegging van de straf in Nederland zou kunnen verbinden. In die gevallen zou de opgeëiste persoon dan moeten worden overgeleverd.

⁴¹⁹ Art. 11 lid 1 Kaderbesluit.

⁴²⁰ Art. 11 lid 2 Kaderbesluit. Richtlijn 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, *PbEU* 2010, L 280/1 (uiterste implementatiedatum 27 oktober 2013) voorziet in het recht op vertolking tijdens de procedure tot tenuitvoerlegging van het EAB (art. 2 lid 7) en in het recht op een schriftelijke vertaling van het EAB (art. 3 lid 6). Inmiddels is een wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn aanhangig gemaakt: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 355, nr. 2.

⁴²¹ Zie par. 2.3.2.5.

⁴²² Volgens de rechtbank Amsterdam zou kaderbesluitconforme uitleg leiden tot een uitleg *contra legem*: Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1772.

III.4.3 Karakter procedure

In paragraaf 2.4 kwam aan de orde, dat de overlevering een strafrechtelijk doel dient: hetzij strafvervolging in de uitvaardigende lidstaat, hetzij tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel in de uitvaardigende lidstaat. Evenals uitlevering hangt overlevering dus nauw samen met (de uitkomst van) het strafproces in de andere staat. Evenmin als de uitleveringsprocedure is de overleveringsprocedure evenwel een strafrechtelijke procedure.

In de overleveringsprocedure staat de vraag ter beantwoording of het EAB ten uitvoer moet worden gelegd of niet. Onderzocht moet worden of het EAB voldoet aan de daaraan gestelde eisen en of zich gronden tot weigering voordoen. Ook al betreffen die eisen en gronden mede onderwerpen van strafrechtelijke aard, zij nopen evenmin als in de uitleveringsprocedure tot een - met art. 350 Sv - overeenkomend onderzoek. Afgezien van het onderzoek naar een onschuldberoving,⁴²³ staat de vraag of het feit waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht al dan niet kan worden bewezen uitsluitend ter beantwoording van de rechter in de uitvaardigende lidstaat.⁴²⁴ Waar onderzocht moet worden of het feit strafbaar is naar Nederlands recht, vormt een bevestigend antwoord op die vraag niet de opmaat voor een eventuele bestraffing in Nederland, maar alleen de vaststelling dat aan één van de voorwaarden voor overlevering is voldaan.⁴²⁵ Evenals in het uitleveringsrecht beoogt de voorwaarde van dubbele strafbaarheid te voorkomen, dat Nederland zou moeten meewerken aan de handhaving van normen die met de Nederlandse rechtsopvatting in strijd zijn of waarbij naar Nederlandse rechtsopvatting een sanctie misplaatst wordt geacht.⁴²⁶ De strafbaarheid naar Nederlands recht wordt dan ook beoordeeld aan de hand van het recht zoals dat ten tijde van de beslissing op het EAB luidt.⁴²⁷ Van strijd met het legaliteitsbeginsel is geen sprake, omdat overlevering niet een veroordeling in de zin van art. 7 lid 1 EVRM⁴²⁸ of een bestraffing in de zin van de art. 16 Gw en 1 lid 1 Sr oplevert. Overlevering maakt slechts vervolging en bestraffing in de uitvaardigende lidstaat mogelijk.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is van oordeel dat art. 6 lid 1 EVRM niet van toepassing is op de overleveringsprocedure.⁴²⁹ Tegen Monedero Angora, een onderdaan van Spanje, had een Franse justitiële autoriteit een EAB uitgevaardigd ter fine van tenuitvoerlegging van een bij verstek opgelegde gevangenisstraf van vijf jaren waartegen nog een rechtsmiddel openstond. Hij beriep zich op een schending van het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijk en onpartijdig

⁴²³ Art. 26 lid 4 jo. art. 28 lid 2 OLW. Zie daarover nader Hoofdstuk XVI.

⁴²⁴ Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 november 2004, *LJN* AR6002; Rb. Amsterdam 27 mei 2005, *LJN* AT7051; Rb. Amsterdam 17 november 2006, *LJN* BD3843; Rb. Amsterdam 5 januari 2007, *LJN* BC1643; Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490.

⁴²⁵ Vgl. EHRM 20 mei 2010, nr. 21055/09 (Khaydarov/Rusland), § 150 (in het kader van de onschuldpresumptie): de vaststelling dat “[t]he actions of [Mr] M. Khaydarov are punishable under the Russian criminal law and correspond to Article 209 § 2 of the Russian Criminal Code” heeft betrekking op “the question whether there were legal grounds for the applicant's extradition”.

⁴²⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 3 (notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*).

⁴²⁷ Vgl. ten aanzien van verjaring Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BC7158.

⁴²⁸ EHRM 7 oktober 2008, nr. 41138/05, *NJ* 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje). Zo ook Cour de cassation (Frankrijk) 23 november 2004, *Bulletin criminel* 2004, no. 293, p. 1099. Zie nader over (de toetsing van) dubbele strafbaarheid en het legaliteitsbeginsel Hoofdstuk VII.

⁴²⁹ EHRM 7 oktober 2008, nr. 41138/05, *NJ* 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje).

gerecht, in samenhang met het legaliteitsbeginsel en het wederkerigheidsbeginsel, en op schending van de onschuldpresumptie. Volgens Monedero Angora had niet de wet die uitvoering gaf aan het Kaderbesluit moeten worden toegepast, maar de Spaanse Uitleveringswet, nu de feiten waarvoor hij in Frankrijk was veroordeeld in 1991 en 1992 waren begaan. Bovendien had hij zich in Spanje niet tegen de overlevering kunnen verdedigen, omdat bij de betekening van een beslissing fouten waren gemaakt. Het door hem tegen de beslissing tot afwijzing van dat verzoek ingestelde rechtsmiddel was daardoor tardief. Ten slotte voerde Monedero Angora aan, dat de in de Spaanse implementatie-wetgeving neergelegde termijnen - kennelijk de termijnen waarbinnen de uitvoerende justitiële autoriteit op het EAB moet beslissen - waren overschreden.

Bij de bespreking van deze klachten bracht het Hof eerst zijn rechtspraak ten aanzien van *uitlevering* in herinnering:“(…) la procédure d'extradition n'a pas trait à une contestation sur les droits et obligations de caractère civil du requérant, ni au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui au sens de l'article 6 de la Convention (...)”.⁴³⁰ Vervolgens benoemde het Hof drie argumenten op grond waarvan het deze rechtspraak ook op overlevering toepaste. In de eerste plaats constateerde het Hof dat, zoals uit de wetsgeschiedenis van de Spaanse implementatiewetgeving bleek, de regeling van het EAB in de plaats is getreden van uitlevering. In de tweede plaats dienen uitlevering en overlevering hetzelfde doel, namelijk “la remise aux autorités de l'Etat requérant d'une personne qui est soupçonnée d'avoir commis une infraction ou qui tente d'échapper à l'action de la justice après avoir été condamnée par une décision définitive”. Ten slotte overwoog het Hof dat de tenuitvoerlegging van een EAB “pratiquement automatique” is: “l'autorité judiciaire ne procède pas à un nouvel examen du mandat pour vérifier sa conformité avec sa propre législation interne, et n'en refuse l'exécution que pour des motifs fixés par la loi”. Het in de overleveringsprocedure te verrichten onderzoek is dus zeer beperkt. Tegen de achtergrond van zijn jurisprudentie met betrekking tot uitlevering, kwam het Hof dan ook tot de conclusie dat de overleveringsprocedure “ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale” en dat de klacht over schending van art. 6 EVRM dus niet-ontvankelijk was.⁴³¹ De klacht over schending van art. 7 lid 1 EVRM was evenmin ontvankelijk: de overlevering van de opgeëiste persoon is niet een wegens het begaan van een strafbaar feit opgelegde straf, maar een handeling die het mogelijk maakt de in Frankrijk opgelegde straf ten uitvoer te leggen.

Nu het Hof zijn rechtspraak inzake uitlevering van toepassing acht op de overleveringsprocedure, lijkt het waarschijnlijk dat het Hof ook zijn rechtspraak over de gelding van de onschuldpresumptie in de uitleveringsprocedure van toepassing zal achten op de overleveringsprocedure.⁴³² Indien een EAB is uitgevaardigd ter fine van

⁴³⁰ Zie over die rechtspraak par. II.4.3.

⁴³¹ In zijn *conclusie* verwijst het Hof dus niet meer naar de “civil limb” van art. 6 EVRM. Wellicht heeft dit te maken met de omstandigheid dat de procedurele klachten waren verweven met materiële klachten van strafrechtelijke aard. Klager had immers aangevoerd dat zijn recht op een eerlijk proces was geschonden “en rapport avec [le principe] de légalité (...)”. Ook het Hof van Cassatie van België heeft overwogen dat de “criminal limb” van art. 6 EVRM niet van toepassing is op de overleveringsprocedure; zie de arresten van 25 januari 2005, P.05.0065.N; 21 september 2005, P.05.1270.F; 1 maart 2006, P.06.0280.F; 3 januari 2007, P.06.1456.F; 14 juli 2009, P.09.1074.F, te vinden op www.cass.be. De Rechtbank Amsterdam is van oordeel dat overlevering evenmin onder de “civil limb” van art. 6 EVRM valt: Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, *LJN AU4909*; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN BM6507*.

⁴³² EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (*Ismoilov e.a./Rusland*), § 164, bevestigd in EHRM 20 mei 2010, nr. 21055/09 (*Khaydarov/Rusland*), § 148: “The Court has already found that Article 6 § 2 of the Convention

strafvervolgning in de uitvaardigende lidstaat kan de procedure waarin over de tenuitvoerlegging van dat EAB wordt beslist als “a direct consequence, and the concomitant, of the criminal investigation” in de uitvaardigende lidstaat worden beschouwd. In geval van vervolgingsoverlevering zal de beslissing waarbij de overlevering wordt toegestaan dus geen uitlatingen mogen bevatten die de betrokkenheid van de opgeëiste persoon bij het begaan van het feit als “an established fact, without any qualification or reservation” aanduiden.

Die toepasselijkheid van art. 6 lid 2 EVRM op de overleveringsprocedure brengt naar mijn mening evenwel niet mee dat de regeling van de onschuldbewering, krachtens welke de rechtbank de overlevering moet weigeren, indien de opgeëiste persoon heeft aangetoond dat hij niet schuldig is aan het feit waarop het EAB betrekking heeft,⁴³³ in strijd is met de onschuldpresumptie. Onder het “reputation-related aspect” van de onschuldpresumptie⁴³⁴ levert deze regeling geen problemen op, zolang de rechtbank zich bij de verwerping van een onschuldbewering onthoudt van uitingen als hiervoor bedoeld. De regeling van de onschuldbewering is evenmin problematisch onder het “outcome-related aspect” van art. 6 lid 2 EVRM.⁴³⁵ Indien de opgeëiste persoon er niet in slaagt zijn onschuld aan te tonen, is het enige gevolg daarvan dat de weigeringsgrond waarop de opgeëiste persoon zich beroept niet wordt toegepast. Of de opgeëiste persoon daadwerkelijk schuldig is aan het feit zal na overlevering worden onderzocht door de rechter in de uitvaardigende lidstaat.⁴³⁶

In de literatuur wordt wel betoogd dat ook de leden 1 en 3 van art. 6 EVRM van toepassing zouden moeten zijn op de overleveringsprocedure. Aan deze opvatting wordt de zogenaamde “Paradigmenwetsel” ten grondslag gelegd. Niet langer is sprake van een procedure “in dem eine Person von einem souveränen Staat durch dessen politische Organe einem anderen Staat übergeben wird”, maar van één procedure “in *einem* Raum der

is applicable where extradition proceedings are a direct consequence, and the concomitant, of the criminal investigation pending against an individual in the receiving State (see *Ismoilov and Others*, cited above, § 164) and sees no reason to depart from this approach in the present case”. Zie nader Hoofdstuk II.4.3.

⁴³³ Art. 26 lid 4 jo. art. 28 lid 2 OLW.

⁴³⁴ Zie nader Hoofdstuk II.4.3.

⁴³⁵ Zie nader Hoofdstuk II.4.3.

⁴³⁶ Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich moeten buigen over de verhouding tussen het “outcome-related aspect” van art. 6 lid 2 EVRM en uitlatingen in het EAB. In deze zaak had de uitvaardigende justitiële autoriteit, de “Staatsprocureur van het parket te Rottweil”, in de beschrijving van het feit (rubriek e) van het EAB) vermeld dat de opgeëiste persoon “deel uit[maakt] van een dadergroep die in hun bestaan voorzien door het plegen van diefstallen met braak”. De opgeëiste persoon voerde aan dat de tenuitvoerlegging van dit EAB had moeten worden geweigerd, nu “het bevel tot aanhouding zijn schuld doet blijken in bewoordingen die het vermoeden van onschuld miskennen”. Het Hof van Cassatie overwoog dat de tenuitvoerlegging van een EAB moet worden geweigerd “ingeval ernstige redenen bestaan te denken dat daardoor het vermoeden van onschuld zou worden miskend”. Volgens het Hof van Cassatie heeft de onschuldpresumptie “betrekking op de houding van de rechter die kennis moet nemen van een strafrechtelijke beschuldiging”. Art. 6 lid 2 EVRM verbiedt het openbaar ministerie dan ook niet “om in een akte van de rechtspleging te stellen dat de vervolgte persoon het misdrijf heeft gepleegd”. Het nationale bevel tot aanhouding, afgegeven door de rechtbank van eerste aanleg te Rottweil, waarop het EAB steunde, hield met betrekking tot de omschreven misdrijven in, dat het misdrijven betrof “waarvan [de betrokkene] ernstig wordt verdacht”. Het Hof van Cassatie concludeerde dan ook dat de lagere rechter terecht had geoordeeld “dat er geen ernstige redenen bestonden om te geloven dat de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel de eerbiediging van het vermoeden van onschuld, *door de rechtbank die uitspraak moet doen over de gegrondheid van de vervolgingen*, zou schaden”: Hof van Cassatie van België 7 maart 2007, P.07.0259.F (mijn cursivering), te vinden op www.cass.be.

Freiheit, der Sicherheit und des Rechts".⁴³⁷ Anders dan uitlevering strekt overlevering niet ter ondersteuning van een buitenlandse strafvervolging; overlevering is een integraal onderdeel van die strafvervolging.⁴³⁸ Deze opvatting overtuigt mij niet. In de eerste plaats zij erop gewezen dat, zelfs indien overlevering moet worden beschouwd als een onderdeel van de buitenlandse strafprocedure, daaruit niet zonder meer volgt dat art. 6 leden 1 en 3 EVRM daarop van toepassing is. Zoals hiervoor in paragraaf II.4.4 bleek, gelden weliswaar de rechten van art. 6 EVRM ook in "pre-trial proceedings in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them", maar gelet op het beperkte onderzoeksthema van de overleveringsrechter valt naar mijn mening niet in te zien hoe de overleveringsprocedure een dergelijk effect op eerlijkheid van het proces in de uitvaardigende lidstaat zou kunnen hebben. In de tweede plaats zou naar mijn mening de vraag of overlevering inderdaad moet worden gezien als een onderdeel van een strafvervolging in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) mede aan de hand van het systeem van het Kaderbesluit moeten worden beantwoord. Het Kaderbesluit biedt evenwel weinig steun voor een bevestigende beantwoording van die vraag. Zo wordt de betrokkene steevast aangeduid als de "gezochte persoon" of de "aangehouden persoon", maar niet als verdachte of veroordeelde. De omstandigheid dat het Kaderbesluit aan de opgeëiste persoon in het kader van de overleveringsprocedure enkele minimumrechten toekent (de bijstand van een advocaat en van een tolk), wijst er juist op dat het Kaderbesluit de overleveringsprocedure niet als onderdeel van de buitenlandse strafvervolging ziet. Anders zou vermelding van deze minimumrechten alleen zinvol zijn met betrekking tot overlevering ter fine van tenuitvoerlegging; in geval van overlevering ter fine van strafvervolging zou art. 6 EVRM dan immers sowieso al van toepassing zijn. Het Kaderbesluit maakt bij de toekenning van de minimumrechten evenwel geen onderscheid tussen vervolgings- en executieoverlevering. Schilling wijst ter ondersteuning van zijn opvatting dat in de overleveringsprocedure wél "Durchführung des Strafverfahrens" plaatsvindt nog op de artikelen 18 en 19 Kaderbesluit. Toegegeven kan worden dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit volgens deze bepalingen in afwachting van de beslissing op het EAB desgevraagd moet aanvaarden dat de opgeëiste persoon ofwel in de uitvoerende lidstaat *als verdachte* wordt gehoord door een rechterlijke autoriteit van de uitvaardigende lidstaat ofwel tijdelijk naar de uitvaardigende lidstaat wordt overgebracht ter fine van strafvervolging. In het eerste geval zal het specifieke verhoor als verdachte inderdaad onder de reikwijdte van art. 6 EVRM kunnen vallen.⁴³⁹ Voor de strafvervolging die in het tweede geval in de uitvaardigende lidstaat plaatsvindt geldt uiteraard hetzelfde. Daaruit volgt echter niet zonder meer dat de overleveringsprocedure *als zodanig* moet worden gezien als een onderdeel van de strafvervolging in de uitvaardigende lidstaat.

Zoals gezegd, is art. 6 EVRM - met uitzondering van art. 6 lid 2 EVRM - niet van toepassing op de overleveringsprocedure. Art. 47 alinea's 2 en 3 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie geldt daarentegen wel voor deze procedure.⁴⁴⁰ Hoewel

⁴³⁷ Schilling 2007, p. 111.

⁴³⁸ Murschetz 2007b, p. 88-90; Schilling 2007, p. 111-112; Van Sliedregt 2009b, p. 53.

⁴³⁹ Vgl. ECRM 5 februari 1973, nr. 5049/71 (X., Y. en Z./Oostenrijk): de aangezochte staat die in het kader van een rogatoire commissie overgaat tot het horen van een *getuige* moet art. 6 lid 3 onder d EVRM eerbiedigen. Zie over de aansprakelijkheid van de verzoekende staat onder art. 6 EVRM: EHRM 27 oktober 2011, nr. 25303/08 (Stojkovic/Frankrijk en België).

⁴⁴⁰ Het Handvest heeft een zelfstandige juridische status (art. 6 lid 1 VEU). Het richt zich ook tot de lidstaten, voor zover deze het recht van de Unie uitvoeren (art. 51 lid 1 Handvest), bijvoorbeeld bij de tenuitvoerlegging van een EAB. Zie verder Hoofdstuk V.2.3.1.

art. 47 alinea's 2 en 3 Handvest correspondeert met art. 6 lid 1 EVRM, heeft de eerste bepaling een ruimere reikwijdte dan de “civil” en “criminal limbs” van de laatste bepaling.⁴⁴¹ Het in het Handvest neergelegde recht op een eerlijk proces is dus wel van toepassing op de procedure waarin over de tenuitvoerlegging van een EAB wordt besloten.⁴⁴² Dat eerlijke proces moet echter plaatsvinden in de context van een procedure die niet strafrechtelijk van aard is, maar die slechts de handhaving van het strafrecht in een andere lidstaat beoogt te ondersteunen.⁴⁴³

De conclusie ten aanzien van het karakter van de overleveringsprocedure verschilt niet van die ten aanzien van de uitleveringsprocedure.⁴⁴⁴ De overleveringsprocedure is niet een strafrechtelijke procedure en maakt geen onderdeel uit van de strafprocedure in de andere lidstaat. In de overleveringsprocedure wordt alleen beoordeeld of Nederland medewerking zal verlenen aan de handhaving van het strafrecht van de andere lidstaat.

III.4.4 Bevoegdheidsverdeling rechtbank – officier van justitie

De rechtbank te Amsterdam en de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam zijn de belangrijkste Nederlandse uitvoerende justitiële autoriteiten; de rechter-commissaris belast met de behandeling van strafzaken in de rechtbank te Amsterdam beslist alleen over (het voortduren van) de bewaring van de opgeëiste persoon voorafgaand aan de ontvangst van het EAB.⁴⁴⁵ Vergeleken met de bevoegdheidsverdeling tussen de uitleveringsrechters (de rechtbanken en de Hoge Raad) en de Minister van Justitie⁴⁴⁶ is de bevoegdheidsverdeling in het overleveringsrecht tussen de rechtbank en de officier van justitie van een aantrekkelijke eenvoud.

De rechtbank onderzoekt - onder meer - de mogelijkheid van overlevering, zo zegt art. 26 lid 1 OLW. Dat onderzoek kan uitmonden in twee dicta. De rechtbank weigert de overlevering of staat deze toe. De rechtbank moet de overlevering in drie gevallen weigeren:⁴⁴⁷ 1) indien het EAB niet voldoet aan de in art. 2 OLW gestelde eisen, 2) indien een weigeringsgrond van toepassing is en 3) indien ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan het feit.⁴⁴⁸ In alle overige gevallen moet de rechtbank de overlevering toestaan.⁴⁴⁹

⁴⁴¹ *Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten*, PbEU 2007, C 303/30 en 34.

⁴⁴² Peers 2011, p. 685. Zie ook Richtlijn 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, PbEU 2010, L 280/1 (uiterste implementatiedatum 27 oktober 2013) en Richtlijn 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures, PbEU 2012, L 142/1 (uiterste implementatiedatum 2 juni 2014). Beide richtlijnen berusten onder meer op art. 47 alinea's 2 en 3 Handvest en kennen aan de opgeëiste persoon in de overleveringsprocedure rechten toe op vertolking en vertaling (art. 1 lid 1, art. 2 lid 7, art. 3 lid 6 Richtlijn 2010/64/EU) en op informatie over zijn rechten (art. 1 en 5 Richtlijn 2012/13/EU).

⁴⁴³ Vgl. de in de vorige noot genoemde richtlijnen die onderscheid maken tussen verdachten en beklaagden enerzijds en personen tegen wie een EAB is uitgevaardigd anderzijds.

⁴⁴⁴ Zie Hoofdstuk II.4.3.

⁴⁴⁵ Art. 18, 19 en 64 OLW.

⁴⁴⁶ Zie Hoofdstuk II.4.4.

⁴⁴⁷ Art. 28 leden 2 en 3 OLW.

⁴⁴⁸ Zie over de onschuldbewering paragraaf 4.3.

⁴⁴⁹ Art. 28 lid 3 OLW. Daarnaast is in de rechtspraak nog de mogelijkheid van een derde dictum gecreëerd: de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in zijn vordering tot het in behandeling nemen van het EAB. De niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie volgt, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit

Indien de rechtbank de overlevering heeft toegestaan, is de officier van justitie belast met de tenuitvoerlegging van die uitspraak. Na overleg met de uitvaardigende justitiële autoriteit stelt hij de datum en plaats van de feitelijke overlevering van de opgeëiste persoon vast, die binnen de daarvoor gestelde korte termijnen moet plaatsvinden.⁴⁵⁰ Uitsluitend de officier van justitie is “bij wijze van uitzondering” bevoegd om de feitelijke overlevering uit te stellen “zolang er ernstige humanitaire redenen bestaan die aan de feitelijke overlevering in de weg staan, in het bijzonder zolang het gelet op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon niet verantwoord is om te reizen”.⁴⁵¹ Nu humanitaire redenen slechts aanleiding kunnen geven tot een door de officier van justitie te verlenen uitstel van de feitelijke overlevering, leveren zij niet een door de rechtbank te hanteren weigeringsgrond op.⁴⁵² De rechtbank acht zich dan ook niet bevoegd om de overlevering vanwege de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon te weigeren of om een onderzoek in te stellen naar die gezondheidstoestand met het oog op mogelijke toepassing van art. 35 lid 3 OLW door de officier van justitie.⁴⁵³

De Minister van Justitie is niet betrokken bij de beslissing over toestaan of weigeren van de overlevering. Toch voorziet de Overleveringswet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om indirect invloed uit te oefenen op die beslissing. Art. 9 lid 1 onder a OLW verbiedt de overlevering, indien het EAB betrekking heeft op een feit waarvoor tegen de opgeëiste persoon in Nederland een strafvervolgging gaande is. Weigering van de overlevering op deze grond moet echter achterwege blijven, indien de Minister van Justitie “na advies van het openbaar ministerie en voorafgaand aan de beslissing tot overlevering de opdracht heeft gegeven de vervolgging te staken”.⁴⁵⁴ Deze bevoegdheid is aan de Minister van Justitie gegeven, omdat voor de Nederlandse strafvervolgging meestal een ander lid van het openbaar ministerie verantwoordelijk zal zijn dan de officier van justitie te Amsterdam die het EAB behandelt.⁴⁵⁵ Het criterium voor de beslissing van de Minister van Justitie is of uit het oogpunt van een goede rechtsbedeling overlevering dan wel strafvervolgging in Nederland de voorkeur verdient. Laat de Minister van Justitie een opdracht achterwege, dan moet de rechtbank de overlevering weigeren en kan de Nederlandse strafvervolgging worden voortgezet. Geeft hij een opdracht tot staking van de Nederlandse strafvervolgging, dan mag de rechtbank de overlevering niet meer weigeren op grond van art. 9 lid 1 onder a OLW en zal de Nederlandse strafvervolgging in geval van daadwerkelijke overlevering worden beëindigd.

In het kader van de feitelijke overlevering is aan de Minister van Justitie de bevoegdheid opgedragen om de opgeëiste persoon, wiens overlevering ter fine van strafvervolgging de rechtbank heeft toegestaan, maar tegen wie in Nederland nog een strafvervolgging gaande is

het EAB heeft ingetrokken (Rb. Amsterdam 27 januari 2006, *LJN* AV1193; Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6356), indien aan het EAB de grondslag is komen te ontvallen (Rb. Amsterdam 16 oktober 2009, *LJN* BK6551) of indien komt vast te staan dat de opgeëiste persoon zich niet meer in Nederland bevindt (Rb. Amsterdam 15 mei 2012, *LJN* BW8916).

⁴⁵⁰ Art. 35 leden 1 en 2 OLW.

⁴⁵¹ Art. 35 lid 3 OLW.

⁴⁵² HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, m.nt. A.H.Klip onder *NJ* 2007, 489.

⁴⁵³ Rb. Amsterdam 8 oktober 2004, *LJN* AR4218; Rb. Amsterdam 27 mei 2005, *LJN* AT7051; Rb. Amsterdam 23 juni 2006, *LJN* AY4332; Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA7314; Rb. Amsterdam 25 april 2008, *LJN* BD2475; Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810; Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490.

⁴⁵⁴ Art. 9 lid 2 OLW.

⁴⁵⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15.

of die nog een Nederlandse straf of maatregel moet ondergaan,⁴⁵⁶ voorlopig ter beschikking te stellen van de uitvaardigende justitiële autoriteit ten behoeve van zijn berechting.⁴⁵⁷ De officier van justitie is namelijk verplicht om zijn beslissing over de dag en plaats van de feitelijke overlevering aan te houden, indien tegen de opgeëiste persoon in Nederland nog een strafvervolgning gaande is of een tegen hem gewezen strafvonnis nog voor tenuitvoerlegging vatbaar is.⁴⁵⁸ De voorlopige terbeschikkingstelling kan in een dergelijk geval als alternatief dienen voor het verplichte uitstel van de feitelijke overlevering.⁴⁵⁹ De bevoegdheid tot voorlopige terbeschikkingstelling is neergelegd bij de Minister van Justitie om dezelfde redenen als de bevoegdheid tot het geven van een opdracht tot staking van een Nederlandse strafvervolgning.⁴⁶⁰

De bevoegdheidsverdeling tussen de rechtbank en de officier van justitie is van grote invloed op de mogelijkheid om met succes in kort geding de (feitelijke) overlevering aan te vechten. Nu de rechtbank in eerste en enige aanleg beslist over toestaan of weigeren van de overlevering, dient de opgeëiste persoon - in beginsel - alle verweren die de rechtmatigheid van de overlevering raken bij de rechtbank te voeren. Zou de opgeëiste persoon zich in kort geding mogen beroepen op stellingen waarover de rechtbank al heeft geoordeeld of had kunnen oordelen, dan zou het kort geding fungeren als een verkapt hoger beroep, terwijl de wetgever juist het aanwenden van gewone rechtsmiddelen tegen de uitspraak van de rechtbank heeft uitgesloten.⁴⁶¹ Ter onderbouwing van de stelling dat overlevering onrechtmatig is, kan de opgeëiste persoon in kort geding dus alleen een beroep doen op feiten en omstandigheden waarmee hij ten tijde van de zitting van de rechtbank niet bekend was of behoorde te zijn dan wel op feiten en omstandigheden die na de uitspraak van de rechtbank zijn voorgevallen. Voor een uitzondering is slechts plaats, indien de uitspraak op een juridische of feitelijke misslag berust, indien na de uitspraak voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk een noodtoestand voor de opgeëiste persoon doen ontstaan waardoor onverwijld tenuitvoerlegging van die uitspraak niet kan worden aanvaard,⁴⁶² dan wel indien een arrest van het Europees Hof, waarmee de Rechtbank

⁴⁵⁶ Het gaat hier om strafvervolgning of tenuitvoerlegging ter zake van een *ander* feit dan het feit waarvoor de overlevering is toegestaan.

⁴⁵⁷ Art. 36 lid 2 OLW.

⁴⁵⁸ In Rb. Amsterdam 28 mei 2010, *LJN* BM6331 veronderstelt de rechtbank ten onrechte dat de officier van justitie in een dergelijk geval een *bevoegdheid* tot uitstel van de feitelijke overlevering heeft.

⁴⁵⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 27.

⁴⁶⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 27. Art. 24 lid 2 Kaderbesluit, waaraan art. 36 lid 2 OLW uitvoering geeft, wijst de uitvoerende *rechterlijke* autoriteit als bevoegde instantie aan. Zie voor de kritiek van de Europese Commissie op art. 36 lid 2 OLW *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2005)267, p. 26. Zie voor de Nederlandse reactie op deze kritiek *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Raadsdocument 11528/05 van 2 september 2005, p. 79-80.

⁴⁶¹ Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267; Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 5 februari 2010, *LJN* BL3757; Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 maart 2010, *LJN* BL7139. In deze vonnissen waren onder meer stellingen aan de orde waarover de rechtbank al had geoordeeld. Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323 betreft een verklaring die de opgeëiste persoon ook bij de rechtbank had kunnen inbrengen.

⁴⁶² Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267; Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323; Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, *LJN* BQ0687.

Amsterdam bij haar beslissing geen rekening heeft kunnen houden, tot de conclusie noopt dat de overlevering een grondrecht van de opgeëiste persoon zou schenden.⁴⁶³

Naast de (beslissing over de) overlevering staat de (beslissing over de) feitelijke overlevering. Omdat de Overleveringswet tegen de door de officier van justitie - en de Minister van Justitie -⁴⁶⁴ te nemen beslissingen in het kader van de feitelijke overlevering geen rechtsmiddel openstelt, kan de opgeëiste persoon deze in kort geding aanvechten uit hoofde van onrechtmatige daad.⁴⁶⁵ Daarbij dient in de eerste plaats in aanmerking te worden genomen, dat, indien de rechtbank de overlevering - geheel of gedeeltelijk - heeft toegestaan, de uitspraak van de rechtbank ten uitvoer dient te worden gelegd.⁴⁶⁶ In het kader van de feitelijke overlevering is slechts plaats voor uitstel, niet voor afstel.⁴⁶⁷ In de tweede plaats toetst de voorzieningenrechter de wijze waarop de officier van justitie gebruik maakt van de bevoegdheid tot uitstel slechts marginaal, nu aan de officier van justitie daarbij een zekere mate van beoordelingsvrijheid toekomt.⁴⁶⁸

Voor wat betreft zijn toetsingsbevoegdheden en het bindende karakter van zijn uitspraken is de positie van de rechter in de overleveringsprocedure wezenlijk anders dan die van de rechter in de uitleveringsprocedure. In de uitleveringsprocedure beoordeelt de rechter alleen de toelaatbaarheid van de uitlevering. Wat buiten de toelaatbaarheid valt, staat alleen ter beoordeling van de Minister van Justitie, zij het dat de rechtbank daarover kan adviseren. De Minister van Justitie neemt steeds de definitieve beslissing over de uitlevering. Hij is daarbij alleen aan het oordeel van de rechtbank gebonden, indien de rechtbank de uitlevering ontoelaatbaar heeft geoordeeld. Dan moet hij het uitleveringsverzoek afwijzen.⁴⁶⁹ Heeft de rechtbank de uitlevering toelaatbaar verklaard, dan laat dit oordeel de eigen verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie onverlet.⁴⁷⁰ Van een dergelijk oordeel en van het door de rechtbank gegeven advies⁴⁷¹ kan hij dus afwijken. In de overleveringsprocedure zijn in de rechtbank als het ware de toetsingsbevoegdheden van de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie verenigd:

⁴⁶³ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, *LJN* BQ0687.

⁴⁶⁴ Zie voor een kort geding tegen een voorlopige terbeschikkingstelling als bedoeld in art. 36 lid 2 OLW: Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 maart 2010, *LJN* BL7139.

⁴⁶⁵ Zie Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 2 november 2007, *LJN* BB7673 (geen opschorting van de feitelijke overlevering in afwachting van de uitkomst van het verzoek van de opgeëiste persoon aan de P-G bij de Hoge Raad om cassatie in het belang der wet in te stellen); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323 (art. 35 Olw biedt geen ruimte voor het bedingen van garanties met betrekking tot de termijn van terugkeer naar Nederland); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2009, *LJN* BK0276 (vordering overlevering te verbieden op basis van medische gronden als bedoeld in art. 35 lid 3 Olw afgewezen).

⁴⁶⁶ Heeft de Minister van Justitie met betrekking tot de opgeëiste persoon ook een uitleveringsverzoek of een overleveringsverzoek van een internationaal gerecht in behandeling genomen, dan is de uitspraak van de rechtbank niet dadelijk uitvoerbaar (art. 29 lid 1 OLW). De Minister beslist in een dergelijk geval of gevolg aan de uitspraak van de rechtbank wordt gegeven dan wel of de opgeëiste persoon wordt uitgeleverd dan wel overgeleverd aan een internationaal gerecht (art. 31 lid 2 OLW).

⁴⁶⁷ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694.

⁴⁶⁸ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694.

⁴⁶⁹ Art. 33 lid 2 UW.

⁴⁷⁰ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 9 december 2009, *LJN* BK6072.

⁴⁷¹ Art. 30 lid 2 UW.

uitsluitend de rechtbank beslist over toestaan of weigeren van de overlevering, welke beslissing definitief is.⁴⁷²

Uit die positie van de rechtbank in het overleveringsrecht vloeit verder voort dat, vergeleken met het uitleveringsrecht, de mogelijkheden om in kort geding met succes tegen de overlevering op te komen zeer beperkt zijn.⁴⁷³ Anders dan in het uitleveringsrecht, waar de definitieve beslissing wordt genomen door een *bestuursorgaan* dat óók ten aanzien van de kwesties waarover de uitleveringsrechter zich al heeft gebogen een eigen verantwoordelijkheid heeft, zodat het rechterlijke oordeel dat de uitlevering toelaatbaar is de Minister van Justitie niet bindt,⁴⁷⁴ wordt in het overleveringsrecht de definitieve beslissing genomen door een *rechter* tegen wiens uitspraken geen gewoon rechtsmiddel openstaat.

⁴⁷² Volgens de Minister van Justitie komt de rol van de rechter in de uitleveringsprocedure wel overeen met die van de rechter in de overleveringsprocedure. Hij wijst erop dat de uitleveringsrechter de Minister van Justitie kan adviseren en dat de toepassing door de Minister van Justitie van de hem voorbehouden bevoegdheden kan worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter. In deze opvatting zit het verschil in positie niet in de vergrote toetsingsbevoegdheid van de rechter in de overleveringsprocedure, maar in de concentratie van de toetsingsbevoegdheden bij de rechter in de overleveringsprocedure. Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 12, p. 3.

⁴⁷³ De Minister van Justitie zag voor de kortgedingrechter in het geheel geen rol meer weggelegd: *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 25; *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 12, p. 35.

⁴⁷⁴ Zie verder Hoofdstuk II.4.4.

HOOFDSTUK IV Weigeringsgronden en wederzijdse erkenning

IV.1 Inleiding

IV.2 Inventarisatie van weigeringsgronden

IV.3 Criterium

IV.4 Wederzijdse erkenning

IV.4.1 Inleiding

IV.4.2 Uit- en overlevering en de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid

IV.4.3 Wederzijdse erkenning: herkomst, omtrekken en grenzen

IV.4.3.1 Inleiding

IV.4.3.2 Communautaire herkomst

IV.4.3.3 Omtrekken van wederzijdse erkenning

IV.4.3.4 Grenzen aan wederzijdse erkenning

IV.4.3.4.1 Inleiding

IV.4.3.4.2 Begrenzing door fundamentele rechten

IV.4.3.4.3 Begrenzing door het *ne bis in idem*-beginsel

IV.4.3.4.4 Begrenzing in geval van concurrerende rechtsmacht

IV.4.3.4.5 Begrenzing door formele vereisten

IV.4.3.4.6 Conclusie

IV.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden in de eerste plaats de weigeringsgronden geïnventariseerd die in de komende hoofdstukken aan een vergelijking zullen worden onderworpen. Deze inventarisatie vindt plaats in paragraaf 2. Vervolgens formuleer ik in paragraaf 3 het criterium aan de hand waarvan ik in de volgende hoofdstukken de weigeringsgronden zal onderzoeken, teneinde vast te stellen of, en zo ja, in hoeverre het overleveringsrecht afwijkt van het uitleveringsrecht. Ter uitwerking van dat criterium, het verbazingscriterium, is paragraaf 4 gewijd aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

IV.2 Inventarisatie van weigeringsgronden

Als uitgangspunt bij de inventarisatie van de weigeringsgronden neem ik het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit bevat drie dwingende weigeringsgronden (art. 3), acht facultatieve weigeringsgronden (art. 4), één facultatieve weigeringsgrond waarvan geen gebruik mag worden gemaakt, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit in het EAB opgeeft dat zich één van vier nader omschreven gevallen voordoet (art. 4 bis)⁴⁷⁵ en twee facultatieve gevallen waarin het recht van de uitvoerende lidstaat de tenuitvoerlegging van het EAB afhankelijk kan stellen van een voorwaarde, te weten de garantie van de mogelijkheid van gratie of herziening van een levenslange vrijheidssanctie en de garantie van terugkeer van onderdanen en ingezetenen van de uitvaardigende lidstaat naar die lidstaat om daar de aan hem opgelegde vrijheidssanctie te ondergaan (art. 5). Die laatste categorie is niet als weigeringsgrond geformuleerd. Niet is geregeld dat de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat verplicht is om aan een binnen de termen van art. 5 Kaderbesluit vallend verzoek van de uitvoerende rechterlijke autoriteit om de desbetreffende garantie te verstrekken, gevolg te geven. Kennelijk gaat het Kaderbesluit ervan uit dat de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat op een dergelijk verzoek de bewuste garantie zal verstrekken.⁴⁷⁶ Wellicht is daarom niet uitdrukkelijk geregeld wat dient te gebeuren, indien de garantie niet wordt verstrekt of indien een garantie wordt verstrekt die niet aan de eisen van het Kaderbesluit voldoet. Nu art. 5 Kaderbesluit spreekt van het *afhankelijk* stellen van de tenuitvoerlegging van het EAB van een voorwaarde, mag naar mijn mening de tenuitvoerlegging achterwege blijven, indien en zolang aan die voorwaarde niet is voldaan.⁴⁷⁷ Dit standpunt vindt steun in het arrest *I.B.* waarin het Hof van Justitie onder verwijzing naar - onder meer - art. 5 Kaderbesluit overweegt dat de verplichting *tot*

⁴⁷⁵ Art. 4 bis is ingevoegd bij Kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 tot wijziging van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, Kaderbesluit 2005/214/JBZ, Kaderbesluit 2006/783/JBZ, Kaderbesluit 2008/909/JBZ en Kaderbesluit 2008/947/JBZ en tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces, *PbEU* 2009, L 81/24. Bij datzelfde kaderbesluit is art. 5 onder 1 Kaderbesluit geschrapt.

⁴⁷⁶ Vgl. de art. 27 lid 4 en 28 lid 3 onder d Kaderbesluit inzake de verlening van toestemming voor doorbreking van het specialiteitsbeginsel respectievelijk voor verderlevering: bij het verlenen van een dergelijke toestemming dient de uitvaardigende lidstaat - spontaan - de in artikel 5 Kaderbesluit bedoelde garanties te geven, voor zover toepasselijk.

⁴⁷⁷ Zo ook Klip 2012, p. 378.

tenuitvoerlegging niet absoluut is.⁴⁷⁸ Daarom zal ik art. 5 Kaderbesluit bij de weigeringsgronden betrekken. Daarnaast bevat het Kaderbesluit een - niet als voorwaarde voor overlevering of als weigeringsgrond geredigeerde - regeling inzake specialiteit en verderlevering, die ik om een aantal redenen toch betrek bij de weigeringsgronden: de regeling inzake specialiteit en verderlevering hangt nauw samen met de weigeringsgronden,⁴⁷⁹ zowel de Uitleveringswet als de Overleveringswet noemt de specialiteitsbescherming uitdrukkelijk als voorwaarde voor uitlevering/overlevering en de literatuur behandelt dreigende schending van de specialiteit doorgaans als weigeringsgrond. Ten slotte refereert het Kaderbesluit indirect - door verwijzing naar art. 6 (oud) VEU - aan de eerbiediging van mensenrechten waaraan de bepalingen van het Kaderbesluit geen afbreuk mogen doen (art. 1 lid 3). Ook hier is geen sprake van een als zodanig geformuleerde uitdrukkelijke weigeringsgrond. Overweging 12 van de preambule bij het Kaderbesluit spreekt wel van weigering van de overlevering wanneer discriminatoire vervolging in de uitvoerende lidstaat dreigt. Overweging 13 formuleert zelfs een - aan art. 19 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ontleend - verbod op verwijdering, uitzetting en uitlevering in gevallen waarin de opgeëiste persoon zou worden blootgesteld aan de doodstraf of aan schendingen van art. 3 EVRM. Deze overwegingen maken evenwel geen deel uit van de eigenlijke voorschriften van het Kaderbesluit. Veel lidstaten, waaronder Nederland, hebben in art. 1 lid 3 Kaderbesluit en in de beide overwegingen aanleiding gezien een weigeringsgrond inzake (dreigende) schending van mensenrechten op te nemen.

Het Kaderbesluit levert dus veertien mogelijke onderwerpen ter bespreking op, te weten:

1. mensenrechten/discriminatoire vervolging/doodstraf (art. 1 lid 3 Kaderbesluit jo. overwegingen 12 en 13 van de preambule bij het Kaderbesluit).
2. amnestie in de uitvoerende lidstaat (art. 3 onder 1 Kaderbesluit)
3. onherroepelijke berechting in een lidstaat wegens dezelfde feiten (art. 3 onder 2 Kaderbesluit)
4. leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid (art. 3 onder 3 Kaderbesluit)
5. lijstfeiten/dubbele strafbaarheid (art. 2 leden 1, 2 en 4 jo. art. 4 onder 1 Kaderbesluit)
6. lopende vervolging in de uitvoerende lidstaat wegens dezelfde feiten (art. 4 onder 2 Kaderbesluit)
7. niet ingestelde of gestaakte vervolging in de uitvoerende lidstaat wegens dezelfde feiten; onherroepelijke beslissing in een lidstaat die verdere vervolging onmogelijk maakt wegens dezelfde feiten (art. 4 onder 3 Kaderbesluit)

⁴⁷⁸ HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 50. Zie ook punt 5 van de conclusie van de A-G Cruz Villalón in deze zaak ("Artikel 5 van het Kaderbesluit regelt de garanties die de uitvaardigende staat moet geven, zonder welke garanties het verzoek tot overlevering kan worden geweigerd") en HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 64 ("(...) Zoals volgt uit punt 55 van het onderhavige arrest laat het stelsel van het kaderbesluit, zoals met name blijkt uit de artikelen 3 tot en met 5 daarvan, de lidstaten de mogelijkheid om de bevoegde rechterlijke autoriteiten toe te staan in specifieke situaties de tenuitvoerlegging van een overlevering te weigeren (...)").

⁴⁷⁹ Zie Hoofdstuk II.2.2.5 en Hoofdstuk III.2.3.2.6.

8. verjaring in de uitvoerende lidstaat wegens dezelfde feiten (art. 4 onder 4 Kaderbesluit)
9. onherroepelijke berechting in een derde staat wegens dezelfde feiten (art. 4 onder 5 Kaderbesluit)
10. executieoverlevering van onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat dan wel van personen die in die lidstaat verblijven (art. 4 onder 6 Kaderbesluit)
11. territorialiteit/extraterritorialiteit (art. 4 onder 7 Kaderbesluit)
12. “verstek”vonnissen (art. 5 onder 1 (oud) en art. 4 bis Kaderbesluit)
13. garantie inzake levenslange vrijheidsstraf (art. 5 onder 2 Kaderbesluit)
14. terugkeergarantie onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat (art. 5 onder 3 Kaderbesluit).

Twee verdere onderwerpen zijn niet als weigeringsgrond geformuleerd:

15. volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit (art. 20 Kaderbesluit)
16. specialiteitsbescherming (art. 27 en 28 Kaderbesluit).

Twee andere weigeringsgronden zijn niet geregeld in het Kaderbesluit, maar wel in de Overleveringswet:

17. ongenoegzaamheid van het EAB (art. 2 jo. art. 28 lid 2 OLW)
18. onschuld van de opgeëiste persoon (art. 26 lid 4 jo. art. 28 lid 2 OLW).

De weigeringsgrond inzake de ongenoegzaamheid van het EAB laat ik echter buiten beschouwing. Deze weigeringsgrond is onlosmakelijk verbonden met de formele eisen die aan een EAB worden gesteld. Een vergelijking met het uitleveringsrecht zou dan ook een uiteenzetting van procedurele kwesties vergen, terwijl dit proefschrift een materieel perspectief heeft.⁴⁸⁰

Als men de verschillen tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht wil vaststellen, mogen we niet over het hoofd zien dat het uitleveringsrecht enkele weigeringsgronden bevat die niet in het Kaderbesluit noch in de Overleveringswet voorkomen. De belangrijkste zijn:

19. fiscale delicten (art. 5 EUV; art. 2 TAP; art. 63 SUO)
20. militaire delicten (art. 4 EUV)
21. politieke delicten (art. 3 EUV)
22. bijzondere hardheid (het Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV jo. art. 10 lid 2 UW)
23. het ontbreken van wederkerigheid (art. 26 lid 3 EUV).

Ten slotte is er nog een grond die in de rechtspraak met enige regelmaat aan de orde komt als mogelijke grond tot weigering van de uitlevering of overlevering, maar die niet in

⁴⁸⁰ Hoofdstuk 1.2.1. Zie ook par. 4.3.4.5.

het Kaderbesluit, de Overleveringswet, de uitleveringsverdragen en de Uitleveringswet is geregeld:

24. schending van de Nederlandse soevereiniteit.

Nu de ongenoegzaamheid van het EAB buiten beschouwing blijft, zijn er in totaal dus 23 mogelijke onderwerpen ter bespreking.

IV.3 Criterium

Dit proefschrift beoogt door vergelijking van de uit- en overleveringsrechtelijke weigeringsgronden een bijdrage te leveren aan de beantwoording van de vraag of overlevering een wezenlijk andere rechtsfiguur is dan uitlevering. Gezien deze doelstelling heb ik een criterium nodig aan de hand waarvan ik eventuele afwijkingen en overeenkomsten kan waarderen die bij die vergelijking voor de dag komen.

Dat criterium duid ik aan als het verbazingscriterium. Een afwijking van of overeenkomst met het uitleveringsrecht wekt naar mijn mening verbazing, indien een dergelijke afwijking of overeenkomst problematisch zou kunnen worden geacht in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Dat beginsel ligt aan het Kaderbesluit ten grondslag⁴⁸¹ en vormt daarvan de “wezenlijke regel”.⁴⁸² Het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, op grond waarvan de lidstaten gehouden zijn om elkanders EAB’s ten uitvoer te leggen, vormt dus een geschikt kader om de eventueel geconstateerde afwijkingen van en overeenkomsten met het uitleveringsrecht te waarderen.

Indien het beginsel van wederzijdse erkenning in zijn meest vergaande vorm zou zijn geïmplementeerd, zouden de bevoegde autoriteiten elk hun toegezonden EAB zonder meer moeten erkennen en ten uitvoer leggen. In Hoofdstuk III.2.3.2.5 is evenwel al gebleken dat het Kaderbesluit wél weigeringsgronden bevat en dat dus in het Kaderbesluit aan het beginsel niet in zijn meest vergaande vorm uitvoering is gegeven. Er zijn dan ook richtsnoeren nodig, aan de hand waarvan kan worden onderzocht of die weigeringsgronden al dan niet problematisch zijn tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning. Voor de toepassing van het verbazingscriterium is daarom vereist dat men een goed beeld krijgt van de omtrekken van en de grenzen aan dit beginsel. Die omtrekken en die grenzen komen hierna in paragraaf 4 aan de orde.

IV.4 Wederzijdse erkenning

IV.4.1 Inleiding

In deze paragraaf schets ik de omtrekken van en de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, teneinde te komen tot richtsnoeren aan de hand waarvan ik kan onderzoeken of een afwijking van of een overeenkomst met het materiële uitleveringsrecht verbazing wekt in het licht van dat beginsel. Ik spreek hier bewust van de “omtrek”. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om te komen tot een precieze omschrijving van de inhoud van dit beginsel. Dat is immers niet

⁴⁸¹ Overweging 6 van de preambule bij het Kaderbesluit.

⁴⁸² HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 59.

het doel van dit proefschrift.⁴⁸³ Bovendien gaat het hier om een *beginsel*, zodat per definitie geen precieze omschrijving kan worden gegeven. Zoals hierna nog zal blijken, is de concrete invulling van het beginsel onder meer afhankelijk van de vorm van strafrechtelijke samenwerking waarop het wordt toegepast en van politieke compromissen bij de onderhandelingen over de totstandkoming van op het beginsel gebaseerde besluiten.

Om een beeld te krijgen van de wijze waarop dergelijke factoren van invloed zijn op de invulling van het beginsel, geeft paragraaf 4.2 een overzicht op hoofdlijnen van de beleidsvoornemens en voorstellen van de Unie en van de lidstaten met het oog op de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Dit overzicht is toegespitst op de voornemens en voorstellen ten aanzien van uitlevering tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. In dit overzicht komt een aantal elementen naar voren aan de hand waarvan in paragraaf 4.3 de communautaire herkomst (paragraaf 4.3.2), de omtrekken van (paragraaf 4.3.3) en de grenzen aan dat beginsel (paragraaf 4.3.4) worden besproken.

IV.4.2 Uit- en overlevering en de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid

Op 2 oktober 1997 is het Verdrag van Amsterdam ondertekend. Dit verdrag bracht onder meer wijzigingen in de doelstellingen van de Europese Unie. In art. 2 (oud) VEU werd als nieuwe doelstelling opgenomen de “handhaving en ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit”. Het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie vormt dus één geografische ruimte waarbinnen de nationale grenzen van de lidstaten en daarmee het binnen die grenzen geldende nationale recht van die lidstaten niet in de weg mogen staan aan vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid van de burgers van de Europese Unie. In de formulering van de in art. 2 (oud) VEU neergelegde doelstelling blijkt duidelijk het verband tussen de interne markt zonder binnengrenzen van de Europese Gemeenschap (Eerste Pijler) met onder meer de vrijheid van personenverkeer en het optreden van de Unie in strafzaken (Derde Pijler). Zonder compenserende maatregelen zouden criminelen misbruik kunnen maken van de vrijheid van personenverkeer in een interne markt zonder binnengrenzen.⁴⁸⁴ Die maatregelen komen tot uitdrukking in art. 29 (oud) VEU: het doel van de Europese Unie is “de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door de ontwikkeling van gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van politieke en justitiële samenwerking in strafzaken (...)”.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Zie over dit beginsel vooral het proefschrift van J. Ouwkerk (Ouwkerk 2011a) en Klip 2012, p. 362-395.

⁴⁸⁴ Dat verband blijkt ook uit de preambule bij het Verdrag. De lidstaten waren namelijk “VASTBESLOTEN het vrije verkeer van personen te vergemakkelijken en tegelijkertijd tevens de veiligheid en zekerheid van hun volkeren te waarborgen, door een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen, overeenkomstig het bepaalde in dit Verdrag” (elfde overweging van de preambule). De “vrijheid” (vrij verkeer van personen) kan niet zonder maatregelen op het gebied van de “veiligheid” en de “rechtvaardigheid”: Barents 2008, p. 596.

⁴⁸⁵ De inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft in de verhouding tussen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) - het Verdrag van Lissabon heeft het woord “rechtvaardigheid” vervangen door het woord “recht”: Barents 2008, p. 596 - en de interne markt geen wezenlijke verandering gebracht. Zie art. 3 lid 2 VEU en art. 67 lid 1 VWEU.

Van Amsterdam naar Tampere: naar uitlevering op grond van wederzijdse erkenning

Voordat het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999 in werking zou treden, moesten de instellingen van de Unie en de lidstaten zich erop beraden hoe zij de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid zouden invullen. Daarom riep de op 15 en 16 juni 1998 te Cardiff gehouden Europese Raad de Raad van de Europese Unie en de Europese Commissie op een actieplan voor te leggen over “de wijze waarop de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam over een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd”.⁴⁸⁶ Afgesproken werd om in oktober 1999 een bijzondere Europese Raad te houden in de Finse plaats Tampere.

Met het Actieplan over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd⁴⁸⁷ van 3 december 1998 gaven de Raad en de Commissie gehoor aan de oproep van de Europese Raad van Cardiff.

Vrijheid heeft volgens het Actieplan een ruimere betekenis dan alleen de vrijheid van verkeer uit het EG-recht. Dit begrip omvat ook “de vrijheid te leven in een omgeving waarin de wet wordt nageleefd, in de wetenschap dat de overheden afzonderlijk of gezamenlijk alles doen wat in hun macht ligt (...) om degenen die deze vrijheid trachten te ontkennen of misbruiken, te bestrijden en te bestraffen”. Daarnaast omvat het begrip vrijheid “het volledige scala van mensenrechten”.⁴⁸⁸

Het Actieplan benadrukt de onderlinge band tussen de drie begrippen vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Zonder veiligheid kan men niet genieten van de hiervoor bedoelde vrijheden. De doelstelling van een ruimte van veiligheid ziet overigens niet op een rechtsruimte waarin op opsporings- en onderzoeksprocedures uniforme regels worden toegepast, maar biedt het kader om op het gebied van de politieke en justitiële samenwerking te komen tot gemeenschappelijk optreden en zo de burgers een grotere veiligheid te bieden.⁴⁸⁹

De doelstelling van een ruimte van rechtvaardigheid brengt mee dat aan burgers in de hele Unie een gemeenschappelijk besef van rechtvaardigheid wordt gegeven. Rechtvaardigheid is dan “het vergemakkelijken van het dagelijks leven van mensen en het ter verantwoording roepen van degenen die de vrijheid en veiligheid van individuen en de maatschappij bedreigen”. Daaruit vloeit een volledige justitiële samenwerking tussen de lidstaten voort.⁴⁹⁰

Het Actieplan formuleert een aantal maatregelen om een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te verwezenlijken. Het maakt daarbij onderscheid tussen maatregelen die binnen twee jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam en maatregelen die binnen vijf jaar na die inwerkingtreding genomen moeten worden.

In de eerste categorie valt de maatregel van vergemakkelijking van “uitlevering tussen de lidstaten waarbij ervoor gezorgd moet worden dat de twee uit hoofde van het VEU aangenomen uitleveringsverdragen in rechte en in feite daadwerkelijk worden uitgevoerd”.⁴⁹¹ Binnen deze categorie vallen eveneens initiatieven “met het oog op de vergemakkelijking van de onderlinge erkenning van beslissingen en de tenuitvoerlegging van vonnissen in

⁴⁸⁶ Conclusies van het voorzitterschap, SN150/1/98 REV 1, conclusie 39.

⁴⁸⁷ *PbEG* 1999, C19/1.

⁴⁸⁸ Actieplan punt 6.

⁴⁸⁹ Actieplan punten 9-11.

⁴⁹⁰ Actieplan punt 15.

⁴⁹¹ Actieplan punt 45c.

strafzaken”.⁴⁹² Binnen vijf jaar na de inwerkingtreding zou moeten worden onderzocht “of de uitleveringsprocedures, waaronder voorschriften ter verkorting van de termijnen, nog kunnen worden verbeterd wat inhoud en vorm betreft”. Uitlevering in verband met verstekprocedures met inachtneming van het EVRM zou daarbij een onderwerp van studie kunnen zijn.⁴⁹³

In een nota van 29 maart 1999 zette Groot-Brittannië een aanpak voor de ontwikkeling van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen uiteen.⁴⁹⁴ De nota signaleert een aantal belemmeringen voor de justitiële samenwerking in strafzaken, waardoor deze vaak traag en ondoeltreffend is. Voor uitlevering zijn van belang de omstandigheden dat de meeste lidstaten hun onderdanen niet uitleveren, dat uitlevering onderworpen is aan de beperking van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid, dat het Europees Verdrag betreffende uitlevering voor politieke delicten en - in de verhouding met sommige lidstaten - voor fiscale delicten uitsluit, dat de bestaande verdragen ruime beoordelingsmarges toekennen waardoor de bevoegde autoriteiten aan de verdragen onderling onsamenhangende en ook beperkende interpretaties kunnen geven en dat verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten ertoe leiden dat niet is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid.⁴⁹⁵

Volgens de nota zou een regeling moeten worden uitgewerkt “waarbij elke lidstaat met een minimum aan formaliteiten de geldigheid van beslissingen van rechterlijke autoriteiten van een andere lidstaat zou erkennen, ook al is die beslissing op grond van andere wetten en voorschriften genomen”.⁴⁹⁶ De nota voorziet een verwerkelijking van wederzijdse erkenning in twee fasen. In de eerste fase zou de Europese Unie regelingen moeten opstellen op grond waarvan de rechterlijke autoriteit in de aangezochte lidstaat rechterlijke beslissingen en vonnissen moet bekrachtigen, behoudens de aanwezigheid van een beperkt aantal weigeringsgronden. In een latere fase zou de EU ernaar kunnen streven “rechterlijke beslissingen of vonnissen in alle lidstaten rechtstreeks uitvoerbaar te maken”.

Ten aanzien van uitlevering stelde Groot-Brittannië een aanpak voor waarbij twee elementen parallel zouden worden aangepakt. Op de eerste plaats zouden de lidstaten de EU-overeenkomsten van 1995 en 1996 inzake (vereenvoudigde) uitlevering volledig moeten uitvoeren. Daarnaast zouden de lidstaten moeten toewerken naar volledige afschaffing van de weigeringsgronden inzake het politieke misdrijf, inzake de dubbele strafbaarheid en inzake de nationaliteit van de opgeëiste persoon.

Op langere termijn zou uitlevering geheel kunnen worden vervangen door een systeem op basis van wederzijdse erkenning van aanhoudingsbevelen en veroordelingen. Dat systeem zou berusten op de veronderstellingen dat de rechtsstelsels van de lidstaten onderling vergelijkbaar zijn en dat de lidstaten de rechten van de betrokken persoon beschermen. In een eerdere nota van 27 juli 1998 had de Britse delegatie al op de overeenkomsten tussen de interne markt en de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid gewezen: zoals de interne markt tot stand was gebracht door een regime van waarin de lidstaten hun uiteenlopende regelgevingen als gelijkwaardig erkenden - in plaats van de verschillen weg te nemen door harmonisatie - zou de ruimte van vrijheid,

⁴⁹² Actieplan punt 45f.

⁴⁹³ Actieplan punt 49a.

⁴⁹⁴ Raadsdocument 7090/99 van 29 maart 1999.

⁴⁹⁵ Raadsdocument 7090/99, p. 2.

⁴⁹⁶ Raadsdocument 7090/99, p. 4.

veiligheid en rechtvaardigheid tot stand kunnen worden gebracht door erkenning van strafrechtelijke beslissingen.⁴⁹⁷

Als mogelijke tussenstap in de verwezenlijking van de vervanging van uitlevering door wederzijdse erkenning van aanhoudingsbevelen en veroordelingen noemt de nota van 29 maart 1999 de mogelijkheid van versnelde uitlevering op basis van rechterlijke aanhoudingsbevelen. Het gaat hier om versnelde uitlevering op grond van een systeem van “backing of warrants”,⁴⁹⁸ een systeem waarin een rechter in de aangezochte staat een aanhoudingsbevel bekrachtigt zonder toestemming van het Ministerie van Justitie en met beperkte beroepsgronden voor de betrokken persoon.

Die versnelde uitlevering zou dan weer progressief kunnen worden ingevoerd. De regeling van versnelde uitlevering zou in eerste instantie beperkt kunnen worden tot aanhoudingsbevelen met betrekking tot voortvluchtigen die zich na hun veroordeling aan de tenuitvoerlegging daarvan hebben onttrokken en tot voortvluchtigen die, na op borgtocht te zijn vrijgelaten, niet naar de verzoekende staat terugkeren.

De nota doet de suggestie dat versnelde uitlevering zou kunnen worden gekoppeld aan “Europese bevelschriften” of “Eurowarrants”. De Europese Unie zou aan zo een bevelschrift minimumnormen en waarborgen voor de uitvaardiging en voor de rechten van de betrokken persoon na de uitlevering kunnen verbinden. Dat zou namelijk de acceptatie van versnelde uitlevering in de aangezochte lidstaat kunnen vergemakkelijken.

De zojuist besproken nota en de eerdere Britse nota uit 1998 vormen de - afwijzende - reactie op voorstellen tot harmonisatie van strafrecht en strafprocesrecht en meer in het bijzonder op het *Corpus Juris* voorstel⁴⁹⁹ ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie. Het *Corpus Juris* viel in drie delen uiteen.⁵⁰⁰ Op de eerste plaats omschreef het de strafbare feiten ter zake van Gemeenschapsfraude die door de gehele Unie heen zouden gelden. Op de tweede plaats bevatte het uniforme procesrechtelijke regels voor de behandeling van deze strafbare feiten. Ten slotte hield het de instelling in van een Europese Officier van Justitie die bevoegd zou zijn om de bedoelde strafbare feiten op het grondgebied van elke lidstaat te vervolgen. Teneinde de vervolging van Gemeenschapsfraude te vergemakkelijken, zou uitlevering worden vervangen door Europese aanhoudingsbevelen die de bevoegde rechter op vordering van de Europese aanklager zou kunnen verlenen.⁵⁰¹ In plaats van een verticale benadering, dat wil zeggen vaststelling op Europees niveau van uniforme, door een Europese instelling te handhaven regels, was Groot-Brittannië voorstander van een horizontale benadering, dat wil zeggen automatische erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen uit andere

⁴⁹⁷ Raadsdocument 10600/98 van 27 juli 1998.

⁴⁹⁸ Zie over het systeem van *backing of warrants*, zoals dat tussen Groot-Brittannië en Ierland gold, Spencer 2003, p. 201.

⁴⁹⁹ Zie Delmas-Marty 1998. Het *Corpus Juris* is op initiatief van het Directoraat-generaal voor de financiële controle van de Commissie uitgewerkt door een groep van deskundigen.

⁵⁰⁰ Spencer 2002, p. 62-63.

⁵⁰¹ Uiteindelijk is het *Corpus Juris* voorstel niet aangenomen. Zie Borgers & Sjöcrona 2008, p. 121-124. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft de Raad van de Europese Unie evenwel de uitdrukkelijke bevoegdheid gekregen om bij verordening een Europees openbaar ministerie in te stellen “(t)er bestrijding van strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden”: art. 86 VWEU. Het Europees openbaar ministerie is bevoegd tot het “opsporen, vervolgen en voor het gerecht brengen” van daders van en medeplechtigen aan dergelijke strafbare feiten en is “belast met de rechtsvordering voor de bevoegde rechterlijke instanties van de lidstaten in verband met deze strafbare feiten”. Zie over het Europees openbaar ministerie Barents 2008, p. 626-628; Klip 2012, p. 459-464; Mitsilegas 2009a, p. 229-232.

lidstaten oftewel wederzijdse erkenning.⁵⁰² Wederzijdse erkenning werd dus als - een minder in de nationale strafrechtelijke autonomie ingrijpend - alternatief voor harmonisatie van straf(proces)rechtelijke wetgeving gepresenteerd.

Ter voorbereiding op de in Tampere te houden Europese Raad formuleerde het Finse Voorzitterschap een aantal beleidslijnen en initiatieven op het gebied van de totstandbrenging van een Europese juridische ruimte op strafrechtelijk gebied en de bestrijding van ernstige grensoverschrijdende criminaliteit.⁵⁰³

Het Voorzitterschap constateerde dat bij de samenwerking tussen de lidstaten nog te veel tijd verloren gaat “met het wegnemen van uiteenlopende technische, juridische en administratieve belemmeringen”. Dat vertraagt en bemoeilijkt de samenwerking tussen de lidstaten en het onderzoek naar grensoverschrijdende criminaliteit. Het Voorzitterschap trok daaruit de conclusie dat de verwezenlijking van één ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid “een aanpak [vergt] die vergelijkbaar is met de bij de totstandbrenging van de interne markt gevolgde aanpak, namelijk opheffing van technische, juridische en administratieve belemmeringen en - waar dit passender geacht wordt - harmonisatie van de wetgevingen en toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning”. Deze conclusie lijkt - ten dele - te zijn geïnspireerd door de eerder genoemde Britse nota van 27 juli 1998.

Een week later constateerde het Voorzitterschap nogmaals dat “rechterlijke beslissingen en vonnissen in strafzaken die in de ene lidstaat worden gewezen slechts met moeite, na een gecompliceerde en lange procedure, in een andere lidstaat ten uitvoer worden gelegd”.⁵⁰⁴ Dat leidt tot een onbevredigende situatie. Procedurele vertragingen laten verdachten voldoende tijd “om hun gerechte straf te ontlopen, bewijsmiddelen te vernietigen of te verbergen, en de opbrengst van de misdaad op een onbereikbare plaats onder te brengen”. Bovendien leidt het niet ten uitvoer leggen van beslissingen, bijvoorbeeld vanwege het onderdaanschap van de dader, het ontbreken van dubbele strafbaarheid of de exceptie van het politieke delict, tot “een gebrek aan zekerheid bij de rechtsbedeling”, hetgeen afbreuk doet “aan het beginsel dat de Europese Unie een ruimte van rechtvaardigheid vormt”. Vervolgens signaleerde het Voorzitterschap vier mogelijke oplossingen:

1. totale onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten;
2. het elimineren van de dubbele strafbaarheid en van de weigeringsgrond van het politieke delict;
3. het via een versnelde procedure afhandelen van procedures voor wederzijdse erkenning;
4. het tot stand brengen van een akkoord inzake de automatische erkenning van ten minste bepaalde categorieën van beslissingen.

De op 15 en 16 oktober 1999 gehouden Europese Raad van Tampere constateerde dat aan de Unie een “gemeenschappelijke engagement voor vrijheid op basis van de rechten van de mens, democratische instellingen en de rechtsstaat” ten grondslag ligt.⁵⁰⁵ Die vrijheid kan evenwel

⁵⁰² Spencer 2003, p. 204-205.

⁵⁰³ Raadsdocument 9611/99, 12 juli 1999.

⁵⁰⁴ Raadsdocument 9958/99 van 19 juli 1999.

⁵⁰⁵ Europese Raad van Tampere (15 en 16 oktober 1999) Conclusies van het Voorzitterschap, conclusie 1.

“alleen worden genoten bij de gratie van een ware rechtsruimte, waarin de burgers in elke andere lidstaat even gemakkelijk toegang hebben tot de rechter en de overheid als in hun eigen lidstaat. Criminelen mogen geen kans krijgen om verschillen tussen de gerechtelijke systemen van de lidstaten uit te buiten. Vonnissen en uitspraken dienen in de gehele Unie in acht te worden genomen en ten uitvoer te worden gelegd, waarbij de fundamentele rechtszekerheid van particulieren en ondernemingen gewaarborgd moet zijn. Er dient een grotere verenigbaarheid en meer convergentie tussen de rechtsstelsels van de lidstaten tot stand te worden gebracht”.⁵⁰⁶

Eén van de manieren om die ware Europese rechtsruimte tot stand te brengen waarin burgers door onderlinge verschillen van de rechtsstelsels van de lidstaten niet mogen worden belemmerd in de uitoefening van hun rechten, is de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen. Volgens de Europese Raad zouden “een versterkte wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en vonnissen en de noodzakelijke aanpassing van de wetgevingen (...) de samenwerking tussen de autoriteiten en de rechterlijke bescherming van de rechten van het individu ten goede komen”. Daarom onderschreef de Europese Raad het beginsel van wederzijdse erkenning, dat “de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Unie zou moeten worden in zowel burgerrechtelijke als strafzaken”, met betrekking tot vonnissen en andere beslissingen van rechterlijke autoriteiten.⁵⁰⁷

In conclusie 35 riep de Europese Raad vervolgens de lidstaten allereerst op spoedig de Overeenkomsten van 1995 en 1996 betreffende de (verkorte) uitlevering te bekrachtigen, die tot doel hadden de uitlevering aan lidstaten van de Europese Unie te vereenvoudigen en te versnellen onder meer door traditionele weigeringsgronden als de dubbele strafbaarheid, de politieke aard van het delict, de nationaliteit van de opgeëiste persoon en de verjaring af te schaffen of in te perken. Kennelijk zag de Europese Raad spoedige bekrachtiging van die verdragen niet als een eindoplossing. In dezelfde conclusie maakte hij immers melding van zijn oordeel dat

“voor personen die na een definitieve veroordeling aan de rechtspleging proberen te ontkomen, de formele uitleveringsprocedure tussen de lidstaten moet worden afgeschaft en vervangen door de overdracht zonder meer van de betrokkenen, met inachtneming van artikel 6 van het VEU. Ook moeten, zonder afbreuk te doen aan het beginsel van een eerlijke behandeling, snelle uitleveringsprocedures worden overwogen. De Europese Raad verzoekt de Commissie voorstellen terzake in te dienen, in het licht van de Schengenuitvoeringsovereenkomst”.

In conclusie 37 vroeg de Europese Raad vervolgens de Raad van de Europese Unie en de Commissie om voor december 2000 een programma van maatregelen goed te keuren om het beginsel van wederzijdse erkenning toe te passen.

⁵⁰⁶ Conclusie 5.

⁵⁰⁷ Conclusie 33.

Uitwerking van de Tampere-conclusies

In juli 2000 presenteerde de Raad van de Europese Unie het *Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen*.⁵⁰⁸ Dit Programma geeft uitvoering aan Tampere-conclusie 37.

Volgens het Programma heeft wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen een vierledige doelstelling. Versterking van de samenwerking tussen lidstaten, versterking van de bescherming van de rechten van het individu, verbetering van de reclassering van de dader en bevordering van de rechtszekerheid in de EU, doordat wederzijdse erkenning waarborgt dat onherroepelijke vonnissen niet opnieuw ter discussie worden gesteld.

De toepassing van wederzijdse erkenning veronderstelt wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkanders strafrechtssystemen, welk vertrouwen onder meer berust op de gemeenschappelijke gehechtheid van de lidstaten aan de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden en de rechtsstaat.

De concrete uitwerking van het beginsel zal niet voor alle vormen van samenwerking gelijk zijn, afhankelijk van de aard van de beslissingen of van de opgelegde sanctie. De omvang van de wederzijdse erkenning hangt samen met een aantal parameters die de doeltreffendheid van wederzijdse erkenning bepalen, zoals de handhaving of schraping van het vereiste van dubbele strafbaarheid, de vaststelling van gemeenschappelijke minimumnormen op het gebied van rechtsmacht en de vaststelling en de reikwijdte van weigeringsgronden die gebaseerd zijn op de soevereiniteit of andere wezenlijke belangen van de aangezochte staat. Afhankelijk van de aard van de te erkennen beslissing en van de mate waarin men het beginsel van wederzijdse erkenning wil toepassen, kan het in aanmerking nemen van deze parameters verschillen.

Het Programma bevat een tweetal maatregelen die op het punt van de uitlevering uitvoering geven aan de conclusies van de Europese Raad. De doelstelling van maatregel 8 is het vergemakkelijken van de tenuitvoerlegging van aanhoudingsbevelen ter fine van vervolging. Gezocht moet worden

“naar mogelijkheden om, ten minste voor de zwaarste feiten die in artikel 29 van het Verdrag betreffende de Europese Unie worden vermeld [al dan niet georganiseerde criminaliteit, met name terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel en illegale wapenhandel, corruptie en fraude], een overdrachtsregeling uit te werken die gegrond is op de erkenning en onmiddellijke tenuitvoerlegging van het aanhoudingsbevel van de verzoekende justitiële autoriteit. Deze regeling moet met name bepalen onder welke voorwaarden het aanhoudingsbevel als een toereikende grondslag wordt aangemerkt voor de overdracht van de persoon door de bevoegde aangezochte autoriteiten, teneinde één rechtsruimte voor uitlevering te creëren”.

Maatregel 15 betreft de overdracht van veroordeelden die zich na een onherroepelijke veroordeling aan de tenuitvoerlegging daarvan trachten te onttrekken. Overeenkomstig Tampere-conclusie 35 is de doelstelling van deze maatregel de procedure van overdracht van veroordeelden te vereenvoudigen. Daarvoor zou een instrument moeten worden aangenomen dat strekt

“tot intrekking van de formele uitleveringsprocedure door overdracht naar de staat van veroordeling mogelijk te maken van een persoon die zich aan de tenuitvoerlegging

⁵⁰⁸ *PbEG* 2001, C12.

tracht te onttrekken na een onherroepelijke veroordeling, overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (...).”

Tussensamenvatting

Vat men de beleidsvoornemens van de Europese Unie op het gebied van de uitlevering in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot dusver samen, dan ziet men het volgende beeld. Ter verwezenlijking van het doel van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid heeft de EU voor wat betreft uitlevering een tweesporenbeleid gevoerd. Het eerste spoor (de kortere termijn) bestaat uit het stimuleren van (verdere) bekrachtiging en daadwerkelijke uitvoering van de EU-uitleveringsovereenkomsten van 1995 en 1996. Het tweede spoor (de langere termijn) heeft betrekking op versnelde uitlevering op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Dat beginsel berust op een analogie met de interne markt: hoewel er verschillen bestaan tussen de rechtsstelsels van de lidstaten, zijn deze stelsels gelijkwaardig en verdienen zij vertrouwen, zodat de uitkomst van de toepassing van die rechtsstelsels voor erkenning in aanmerking komt, ondanks die verschillen. Wederzijdse erkenning fungeert als alternatief voor harmonisatie van het straf- en strafprocesrecht van de lidstaten. Binnen het lange termijnspoor wordt onderscheid gemaakt tussen overdracht “zonder meer” van veroordeelden die zich aan de tenuitvoerlegging van de opgelegde straf trachten te onttrekken en versnelde uitlevering ter fine van vervolging. Het uiteindelijke doel is één rechtsruimte voor uitlevering.⁵⁰⁹

Van “9/11” naar het Kaderbesluit

De aanslagen van 11 september 2001 hebben de uitvoering van de beleidsvoornemens inzake uitlevering in een stroomversnelling gebracht. Al op 19 september 2001 diende de Commissie een *Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie*⁵¹⁰ in.⁵¹¹ Op 20 september 2001 kwam de Raad van de Europese Unie tot de conclusie dat de aanslagen ertoe noopten het proces van de totstandkoming van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te versnellen. Daartoe nam hij als doelstelling aan de vervanging van uitlevering door “een procedure voor overlevering van de plegers van terroristische aanslagen, op basis van een Europees aanhoudingsbevel”.⁵¹² In de tussentijd zouden de lidstaten de nodige stappen moeten zetten om de beide EU-uitleveringsovereenkomsten op 1 januari 2002 in werking te laten treden. Op 21 september 2001 keurde de Europese Raad een plan van aanpak ter bestrijding van terrorisme goed. Onderdeel van dit plan was versterking van de politieke en justitiële samenwerking. Daartoe zou het Europees aanhoudingsbevel worden ingevoerd:

“Dit aanhoudingsbevel zal in de plaats komen van de huidige regeling voor uitlevering tussen de lidstaten. De huidige uitleveringsprocedures weerspiegelen namelijk niet de bereikte mate van integratie en vertrouwen tussen de lidstaten van de Europese Unie.

⁵⁰⁹ Plachta en Van Ballegooij komen op grond van de conclusies van Tampere tot de slotsom dat de Raad van de Europese Unie toentertijd niet de bedoeling had om het instituut uitlevering af te schaffen: Plachta & Van Ballegooij 2005, p. 37.

⁵¹⁰ *PbEG* 2001, C 332 E/305.

⁵¹¹ De Commissie was al vóór de aanslagen begonnen met de voorbereiding van het Voorstel: Peers 2004, p. 11; Vennemann 2003, p. 107.

⁵¹² Raadsdocument 12019/01 van 20 september 2001, p. 5.

Zo zal het Europees aanhoudingsbevel het mogelijk maken dat gezochte personen rechtstreeks door een gerechtelijke instantie worden overgedragen aan een andere gerechtelijke instantie. Tegelijkertijd zullen de fundamentele rechten en vrijheden gewaarborgd worden”.⁵¹³

De Europese Raad droeg de Raad van de Europese Unie op om uiterlijk op de bijeenkomst op 6 en 7 december 2001 een uitgewerkte regeling van het Europees aanhoudingsbevel te presenteren. Op die bijeenkomst lukte het de Raad van de Europese Unie niet om tot overeenstemming te komen over het voorgelegde ontwerp, met name omdat Italië zich verzette tegen de samenstelling van de zogenaamde “lijstfeiten”,⁵¹⁴ maar op 12 december 2001 kon binnen de Raad voorlopige overeenstemming worden bereikt over het ontwerp,⁵¹⁵ nadat Italië zijn verzet had gestaakt.⁵¹⁶ Nadat het Europees Parlement (opnieuw) was geraadpleegd en nadat enkele parlementaire voorbehouden waren ingetrokken, kon de Raad van de Europese Unie het Kaderbesluit op 13 juni 2002 aannemen.

Door het aannemen van het Kaderbesluit was het korte termijnspoor - het stimuleren van de (verdere) bekrachtiging en uitvoering van de EU-uitleveringsovereenkomsten - alleen nog van belang voor de duur van de implementatietermijn van het Kaderbesluit,⁵¹⁷ voor de vóór het verstrijken van de implementatietermijn ontvangen uitleveringsverzoeken en voor die gevallen waarin een lidstaat ná de implementatie van het Kaderbesluit de uitleveringsregelingen wenste toe te passen op vóór 7 augustus 2002 begane strafbare feiten.⁵¹⁸ Het onderscheid dat aan het lange termijnspoor ten grondslag lag - versnelde *uitlevering* ter fine van vervolging en *overdracht* “zonder meer” van voortvluchtige veroordeelden, beide op basis van wederzijdse erkenning - is verlaten: het EAB heeft betrekking op *overlevering* ter fine van vervolging én op *overlevering* ter fine van executie; ook ten aanzien van voortvluchtige veroordeelden is geen sprake van overlevering “zonder meer”. Hoewel de aanslagen een belangrijke rol hebben gespeeld in de totstandkoming van het Kaderbesluit, is de reikwijdte daarvan niet beperkt tot daden van terrorisme. Voor wat betreft vervolgingsoverlevering vallen alle feiten die in de uitvaardigende lidstaat met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden worden bedreigd binnen de reikwijdte van het EAB en voor wat betreft executieoverlevering alle opgelegde vrijheidsstraffen met een duur van ten minste vier maanden.⁵¹⁹ Het Kaderbesluit houdt rekening met verschillende knelpunten die in de hiervoor besproken beleidsvoornemens en voorstellen aan de orde zijn gekomen: het vereiste van dubbele strafbaarheid is ingeperkt (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), weigering van de overlevering uitsluitend vanwege het

⁵¹³ *Conclusies en actieplan van de buitengewone Europese Raad op 21 september 2001*, SN140/01, p. 2.

⁵¹⁴ Raadsdocument 14867/1/01 REV 1 van 10 december 2001.

⁵¹⁵ Raadsdocument 14867/1/01 REV 1 ADD 1 van 12 december 2001.

⁵¹⁶ Italië deed wel een verklaring opnemen in de Raadsnotulen. Deze verklaring luidt: “Om het kaderbesluit betreffende het Europees arrestatiebevel te kunnen uitvoeren, zal de Italiaanse regering de procedures van nationaal recht moeten inleiden om het kaderbesluit en de in de grondwet verankerde beginselen inzake de grondrechten met elkaar verenigbaar te maken en om zijn gerechtelijke systeem en rechtsorde aan te passen aan de Europese modellen” (Raadsdocument 9958/02 ADD 1 REV 1 van 16 juli 2002). Zie over de juridische betekenis van dergelijke verklaringen HvJ EG 27 februari 2007, NJ 2007, 390, m.nt. M.R. Mok, r.o. 60 (Gestoras Pro Amnistia e.a.).

⁵¹⁷ Van 7 augustus 2002 tot 1 januari 2004 (art. 35 jo. 34 lid 1 Kaderbesluit).

⁵¹⁸ Art. 32 Kaderbesluit. Zie HvJ EG 12 augustus 2008, NJ 2009, 48 (Santesteban Goicoechea).

⁵¹⁹ Art. 2 lid 1 Kaderbesluit.

onderdaanschap van de opgeëiste persoon is niet mogelijk (art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 Kaderbesluit) en weigering van de overlevering louter vanwege de politieke of fiscale aard van het strafbare feit is niet toegestaan.

IV.4.3 Beginsel van wederzijdse erkenning: herkomst, omtrekken en grenzen

IV.4.3.1 Inleiding

Bij de bespreking van de beleidsvoornemens van de Europese Unie inzake uit- en overlevering in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid - culminerend in het Kaderbesluit - figureerde het begrip “(het beginsel van) wederzijdse erkenning” in verschillende varianten.

Allereerst was in sommige documenten sprake van *versterking* van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. Het woord “versterking” impliceert dat al sprake is van wederzijdse erkenning, maar dat deze wederzijdse erkenning moet worden verbeterd. Met deze variant van wederzijdse erkenning wordt gedoeld op bepaalde vormen van strafrechtelijke samenwerking, zoals de overdracht van tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties. In dit verband wordt onder meer genoemd het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen. Onder de in dat verdrag genoemde voorwaarden krijgt de ene verdragspartij de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van de in de andere verdragspartij opgelegde onherroepelijke sanctie. Is aan de voorwaarden van het verdrag voldaan, dan is de aangezochte verdragspartij verplicht om de buitenlandse sanctie ten uitvoer te leggen. In wezen wordt dus de buitenlandse beslissing houdende sanctieoplegging erkend.

Deze vorm van erkenning blijft hier verder buiten beeld. Zij mist namelijk een voor het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen zo kenmerkende trek: erkenning van de uitkomsten van de toepassing van het buitenlandse recht, ook al zou onder het nationale recht een vergelijkbare beslissing niet tot de mogelijkheden behoren. Vrijwel al de verdragsrechtelijke instrumenten die elementen van wederzijdse erkenning bevatten, houden namelijk de dwingende voorwaarde van strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat in.⁵²⁰

De tweede variant van wederzijdse erkenning die bij de bespreking van de beleidsvoornemens van de Europese Unie naar voren kwam, is de wederzijdse erkenning van goederen die ten grondslag ligt aan het vrij verkeer van goederen binnen de interne markt. Aan deze vorm van wederzijdse erkenning, waarop het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen is gebaseerd, is paragraaf 4.3.2 gewijd.

Het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, dat volgens de Europese Raad van Tampere de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Europese Unie zou moeten worden, dat ter uitvoering van die beginselverklaring aan het Kaderbesluit ten grondslag is gelegd en waarop na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de justitiële samenwerking in strafzaken berust,⁵²¹ - kortom de derde variant - komt ten slotte in paragraaf 4.3.3 aan de orde.

⁵²⁰ Sanders 2004, p. 58. Zie voor een overzicht Bot 2009, p. 77-80; Juppe 2007, p. 12-27.

⁵²¹ Art. 82 lid 1 VWEU.

IV.4.3.2 *Communautaire herkomst*

Volgens overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit moet de klassieke samenwerking inzake uitlevering “worden vervangen door een *vrij verkeer* van beslissingen in strafzaken, zowel in de onderzoeks- als in de berechtingsfase, in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid”.⁵²² Uit deze overweging blijkt de communautaire herkomst van het beginsel van wederzijdse erkenning dat de Europese Raad van Tampere tot hoeksteen van de justitiële samenwerking heeft uitgeroepen. Zij maakt namelijk een impliciete vergelijking met het vrij verkeer van goederen binnen de interne markt.

Volgens art. 14 lid 2 EG omvatte de interne markt “een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag”. Sedert de invoering van het Verdrag van Lissabon bepaalt art. 26 lid 2 VWEU hetzelfde, met dien verstande dat het vrije verkeer overeenkomstig “de Verdragen”, dat wil zeggen het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,⁵²³ moet zijn gewaarborgd. Eén van de methoden om nationale hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen weg te nemen, is de harmonisatie van regelgeving inzake toelating van goederen tot de markt. Omdat zulke EG-regelgeving moeizaam tot stand kwam, heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak een andere methode tot het uit de weg ruimen van die hinderpalen geïntroduceerd: het beginsel van wederzijdse erkenning.⁵²⁴ Dit beginsel houdt het volgende in: “Member State A must admit goods or services coming from Member State B to its territory, if those goods or services have been lawfully produced and marketed in Member State B, according to the rules applicable in Member State B”.⁵²⁵ In de Duitstalige literatuur is een en ander wel samengevat met de slogan “Bier ist Bier und Schnapps ist Schnapps”: bier en schnapps die in de ene lidstaat overeenkomstig de aldaar geldende voorschriften zijn geproduceerd en op de markt zijn gebracht, moeten door de hele Unie heen als bier en schnapps worden toegelaten.⁵²⁶ In wezen moet lidstaat A dus de regelgeving van staat B erkennen op grond waarvan het betrokken goed in die staat is gefabriceerd en op de markt is gebracht.⁵²⁷ Gesproken wordt dan ook wel van het oorsprongslidstaatsbeginsel,⁵²⁸ omdat het recht van het land van oorsprong - in beginsel - bepalend is. De omstandigheid dat het goed niet voldoet aan de regelgeving van staat A, met andere woorden dat de regelgeving van

⁵²² Mijn cursivering.

⁵²³ Art. 1 lid 2 VWEU.

⁵²⁴ Belangrijk zijn vooral HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8-74, *Jur.* 1974, p. 837 (Dassonville) en HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon). Zie over (de ontwikkeling van) deze rechtspraak verder Bot 2009, p. 70-76; Gleß 2004, p. 354-356; Juppe 2007, p. 37-42; Keijzer 2009, p. 16-17; Klip 2012, p. 96-99; Ouwerkerk 2011a, p. 19-33. Het beginsel wordt inmiddels ook toegepast op diploma's (Möstl 2010, p. 423-427; Ouwerkerk 2011a, p. 25), rijbewijzen (Klip 2008; Möstl 2010, p. 427-432; Ouwerkerk 2011a, p. 26-28) en civielrechtelijke uitspraken (Barbe 2001; Ouwerkerk 2011a, p. 33-43; Peers 2004, p. 20-22; Swart 2001, p. 12-16).

⁵²⁵ Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 581. Zie ook Ouwerkerk 2011a, p. 31.

⁵²⁶ Gleß 2004, p. 357.

⁵²⁷ Ouwerkerk 2011a, p. 31-32.

⁵²⁸ Barents & Brinkhorst 2012, p. 383; Juppe 2007, p. 44 (*Herkunftsstaatsprinzip*); Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 581 (*home state/state of origin principle*). Tegenover het oorsprongslidstaatsbeginsel staat het bestemmingslandbeginsel: het recht van de lidstaat van bestemming bepaalt of, en zo ja, welke rechtsgevolgen de productie en het op de markt brengen van een goed in een andere lidstaat heeft. Het bestemmingslandbeginsel leidt dus tot toepassing van twee rechtsstelsels: Barents 2006, p. 363-364; Barents & Brinkhorst 2012, p. 455.

staat A verschilt van die van staat B, mag niet aan het vrije verkeer van het bewuste goed in de weg staan.⁵²⁹

Dat neemt niet weg dat wederzijdse erkenning afhankelijk is van een zekere mate van harmonisatie van de regelgeving van de betrokken lidstaten. Indien bijvoorbeeld de regelgeving van lidstaat A strengere regels kent ter bescherming van consumenten tegen ondeugdelijke waren dan de regelgeving van staat B, mag staat A onderzoeken of de regelgeving van staat B ten minste gelijkwaardig is aan die van staat B. Op het vrije verkeer van goederen mogen namelijk beperkingen worden aangebracht op grond van “dwingende redenen van algemeen belang”. Indien de verschillen in het beschermingsniveau te groot zijn, mag staat A de wederzijdse erkenning weigeren.⁵³⁰

IV.4.3.3 Omtrekken van wederzijdse erkenning

Het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen heeft thans een verdragsrechtelijke grondslag in art. 82 lid 1 VWEU: de justitiële samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie berust op dat beginsel. Met de verdragsrechtelijke verankering van dat begrip is evenwel nog niets gezegd over de invulling daarvan. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie noch het Verdrag betreffende de Unie geeft daaromtrent uitsluitsel. Het Kaderbesluit EAB, “de eerste tastbare toepassing op strafrechtelijk gebied van het beginsel van wederzijdse erkenning, welk beginsel de Europese Raad als hoeksteen van de gerechtelijke samenwerking beschouwt”,⁵³¹ duidt evenmin aan wat dit beginsel inhoudt. Om de omtrekken van het beginsel te bepalen, zal ik daarom aansluiting zoeken bij de omschrijvingen die de Commissie van dit beginsel heeft gegeven, aangevuld met hetgeen omtrent dit beginsel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en uit de literatuur blijkt.

De Commissie heeft een omschrijving van het beginsel van wederzijdse erkenning gegeven in de *Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken*.⁵³² De Commissie begint met een bespreking van de traditionele vorm van justitiële samenwerking in strafzaken. Die samenwerking is gebaseerd op wat de Commissie het “verzoekbeginsel” noemt: een soevereine staat doet een verzoek aan een andere soevereine staat, welke laatste beslist of hij al dan niet aan het verzoek gevolg zal geven. De ruimte die de aangezochte staat tot weigeren heeft, is afhankelijk van het geval tamelijk beperkt of juist heel ruim - is het verzoek bijvoorbeeld op een verdrag gebaseerd of niet -, maar in bijna alle gevallen moet de verzoekende staat het antwoord van de aangezochte staat afwachten.

Deze traditionele vorm van justitiële samenwerking in strafzaken ziet de Commissie als traag en omslachtig. Het aan de verwezenlijking van de interne markt van de EG ontleende concept van de wederzijdse erkenning kan voor versnelling en vereenvoudiging van die samenwerking zorgen. Wederzijdse erkenning brengt mee

“dat als in een van de lidstaten een bepaalde maatregel wordt genomen, zoals een beslissing van een rechter in functie, deze maatregel, voor zover die

⁵²⁹ Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008, p. 319; Ouwkerk 2011a, p. 31.

⁵³⁰ Zie Möstl 2010, p. 411-412.

⁵³¹ Overweging 6 van de preambule bij het Kaderbesluit.

⁵³² COM(2000)495 def..

grensoverschrijdende gevolgen heeft, automatisch in alle lidstaten wordt aanvaard en daar dezelfde of tenminste vergelijkbare rechtskracht heeft”.⁵³³

In het Voorstel van de Commissie voor het Kaderbesluit zegt de Commissie dat het beginsel van wederzijdse erkenning op de volgende gedachte berust: “wanneer een gerechtelijke autoriteit van een lidstaat om de overlevering van een persoon verzoekt, hetzij op grond van een definitieve veroordeling, hetzij omdat tegen deze persoon een strafvervolgning is ingesteld, moet haar beslissing op het gehele grondgebied van de Unie automatisch worden erkend en ten uitvoer worden gelegd. Slechts in een beperkt aantal gevallen kan tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel worden geweigerd”.⁵³⁴ Volgens de Commissie is erkenning van de beslissing dus verplicht. Ook naar het oordeel van het Hof van Justitie “impliceert” het beginsel dat “de lidstaten in beginsel gehouden zijn gevolg te geven aan een Europees aanhoudingsbevel”.⁵³⁵

De op het beginsel van wederzijdse erkenning gestoelde kaderbesluiten spreken veelal van de plicht tot erkenning én tenuitvoerlegging van de buitenlandse beslissing. Erkenning, dat wil zeggen de aanvaarding binnen de eigen rechtsorde van de buitenlandse beslissing als gelijkwaardig aan en met dezelfde rechtsgevolgen als een nationale beslissing, is op het terrein van de justitiële samenwerking in strafzaken doorgaans niet toereikend om het gewenste resultaat te bereiken.⁵³⁶ Een buitenlandse autoriteit wenst bijvoorbeeld de “bevroezing”, confiscatie of inbeslagneming van een voorwerp, de tenuitvoerlegging van een vrijheidssanctie of de aanhouding en overlevering van een opgeëiste persoon. De enkele erkenning van de buitenlandse beslissing tot bevroezing, confiscatie of inbeslagneming, van een buitenlands veroordelend vonnis of van een buitenlands aanhoudingsbevel leidt nog niet tot het gewenste resultaat. Daarvoor zijn uitvoeringshandelingen in de uitvoerende lidstaat nodig. Het Kaderbesluit EAB spreekt evenwel alleen van de plicht tot tenuitvoerlegging: de lidstaten zijn verplicht om “op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit, elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen”.⁵³⁷ Een verschil in betekenis lijkt mij hier niet bedoeld. Door middel van de tenuitvoerlegging van een EAB wordt de daaraan ten grondslag liggende strafrechtelijke beslissing van een autoriteit van de uitvoerende lidstaat - “een voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis, een aanhoudingsbevel of een andere voor tenuitvoerlegging vatbare gelijkwaardige rechterlijke beslissing” als bedoeld in art. 8 lid 1 onder c Kaderbesluit - erkend.⁵³⁸

⁵³³ COM(2000)495 def., p. 2.

⁵³⁴ COM(2001)522 def., p. 5-6.

⁵³⁵ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 29.

⁵³⁶ Het Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van 24 juli 2008 betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 220/32, strekt tot erkenning, maar niet tot tenuitvoerlegging van buitenlandse veroordelingen. Zie overweging 6 van de preambule en art. 3 lid 1.

⁵³⁷ Art. 1 lid 2 Kaderbesluit.

⁵³⁸ Vgl. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 50: “(h)ewel de systematiek van kaderbesluit 2002/584 steunt op het beginsel van wederzijdse erkenning, impliceert *deze erkenning*, zoals blijkt uit de artikelen 3 tot en met 5 ervan, evenwel niet dat *de tenuitvoerlegging* van het uitgevaardigde aanhoudingsbevel een absolute verplichting is” (mijn cursivering). In deze zin ook HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 30.

Het uitgangspunt waarop wederzijdse erkenning berust, is volgens de Commissie de gelijkwaardigheid van de rechtsstelsels van de lidstaten. Ondanks mogelijke verschillen in de wijze waarop een lidstaat een strafzaak behandelt, aanvaardt een andere lidstaat de uitkomst daarvan als gelijkwaardig aan zijn eigen beslissingen. Die mogelijke verschillen mogen dus niet in de weg staan aan erkenning.⁵³⁹ Het fundament van een en ander is wederzijds vertrouwen, niet alleen in de deugdelijkheid van de rechtsstelsels van de lidstaten, maar ook in de juiste toepassing daarvan in individuele gevallen.⁵⁴⁰ Het Hof van Justitie heeft in het kader van de uitleg van art. 54 SUO iets soortgelijks overwogen. Art. 54 SUO bepaalt - kort gezegd - dat, indien een persoon in de ene lidstaat onherroepelijk is berecht, hij in een andere lidstaat niet meer mag worden vervolgd voor dezelfde feiten. De andere lidstaat is met andere woorden verplicht die strafrechtelijke beslissing te erkennen. De toepassing van art. 54 SUO is niet afhankelijk van harmonisatie van de strafvorderlijke wetgevingen van de lidstaten. De verplichte erkenning “impliceert” volgens het Hof dan ook “noodzakelijkerwijs (...) dat de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden”.⁵⁴¹

Aanvaarding van de toepassing van het in andere lidstaten geldende strafrecht brengt mee dat de feitelijke en juridische *merites* van het product van die toepassing - de te erkennen beslissing - niet mogen worden onderzocht in de uitvoerende lidstaat.⁵⁴² De A-G Ruiz-Jarabo Colomer omschreef in zijn conclusie in de zaak *Advocaten voor de Wereld* de toetsingsruimte van de rechter in de uitvoerende lidstaat dan ook als volgt: “De rechter die met de tenuitvoerlegging is belast, toetst of aan de voorwaarden voor overlevering van een binnen zijn jurisdictie verblijvend persoon aan de uitvaardigende rechter is voldaan, maar neemt slechts kennis van de zaak ten gronde voor zover dit voor de overleveringsprocedure noodzakelijk is; hij onthoudt zich van de waardering van het bewijs en velt geen oordeel over de schuld”.⁵⁴³ Een en ander vindt zijn uitdrukking in de gegevens die de uitvaardigende

⁵³⁹ Vgl. ten aanzien van de erkenning van civielrechtelijke uitspraken HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98, *Jur.* 2000, p. I-1935 (Krombach en Bamberski), r.o. 36 (mijn cursivering): “Op grond van de artikelen 29 en 34, derde alinea, Executieverdrag, volgens welke de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing niet mag worden onderzocht, is het de rechter van de aangezochte staat verboden de erkenning of tenuitvoerlegging van die beslissing te weigeren *enkel op grond dat de door de rechter van de staat van herkomst toegepaste rechtsregel afwijkt van die welke de rechter van de aangezochte staat zou hebben toegepast indien het geschil bij hem aanhangig was gemaakt*”.

⁵⁴⁰ COM(2000)495 def., p. 4.

⁵⁴¹ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 33.

⁵⁴² Klip wijst daartoe op de in sommige kaderbesluiten - maar niet in het Kaderbesluit EAB - voorkomende bepaling dat erkenning en tenuitvoerlegging “zonder verdere formaliteit” dienen plaats te vinden: Klip 2008, p. 675; Klip 2012, p. 371. Zo ook Barbe 2001, p. 85, die erop wijst dat dergelijke bepalingen geïnspireerd zijn door Verordening 2001/44/EG van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1. Art. 36 van deze verordening luidt: “In geen geval wordt overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing”. Vgl. ten aanzien van de wederzijdse erkenning van rijbewijzen HvJ EG 26 juni 2008, zaken C-329/06 en C-343/06, *Jur.* 2008, p. I-4635 (Wiedemann en Funk), r.o. 53 (mijn cursivering): “Wanneer de autoriteiten van een lidstaat een rijbewijs overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 91/439 hebben afgegeven, *mogen de andere lidstaten dus niet nagaan of is voldaan aan de bij deze richtlijn gestelde afgiftevoorwaarden* (...). Het bezit van een door een lidstaat afgegeven rijbewijs moet namelijk als het bewijs worden beschouwd dat de houder van dit rijbewijs op de dag van de afgifte ervan voldeed aan deze voorwaarden (...)”.

⁵⁴³ Conclusie in zaak C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*), punt 105.

justitiële autoriteit aan de uitvoerende justitiële autoriteit moet verstrekken. Tot die gegevens behoren niet gegevens die een inhoudelijke toets van de te erkennen beslissing mogelijk zouden maken: de uitvaardigende justitiële autoriteit hoeft de gronden van de tegen de opgeëiste persoon gerezen verdenking niet te verschaffen, zij is niet verplicht het bewijsmateriaal over te leggen en zij hoeft niet de tekst van de toepasselijke wetsbepalingen te vermelden.⁵⁴⁴ De te verstrekken gegevens - personalia van de opgeëiste persoon; aanduiding van het nationale aanhoudingsbevel of het veroordelende vonnis; de strafbedreiging of de opgelegde sancties; de feitelijke omschrijving van het strafbare feit, de kwalificatie naar het recht van de uitvaardigende lidstaat -⁵⁴⁵ zijn slechts bedoeld om de uitvoerende justitiële autoriteit in staat te stellen om na te gaan of zich dwingende of facultatieve gronden tot weigering voordoen dan wel of de overlevering afhankelijk mag worden gesteld van een door de uitvaardigende lidstaat te verschaffen garantie.⁵⁴⁶

Een en ander laat onverlet dat, indien ernstige twijfel rijst over de juistheid van de verstrekte gegevens, de uitvoerende lidstaat bij de lidstaat van herkomst van de strafrechtelijke beslissing om opheldering kan vragen, alvorens over erkenning te beslissen. De hoge mate van wederzijds vertrouwen waarop het beginsel van wederzijdse erkenning berust, zal doorgaans meebrengen dat de uitvoerende lidstaat daartoe niet licht zal overgaan. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake wederzijdse erkenning in de interne markt heeft Klip in dit verband het criterium van “clear shortcomings” afgeleid.⁵⁴⁷ Een dergelijk criterium vindt men ook terug in enkele kaderbesluiten - maar niet in het Kaderbesluit EAB - die op het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen zijn gebaseerd. Zo staat het Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures⁵⁴⁸ weigering van de erkenning of uitvoering van het Europees bewijsverkrijgingsbevel (EBB) - waarin de bevoegde autoriteit verklaart dat de inhoud daarvan juist is - toe, indien het EBB “*kennelijk onjuist* is ingevuld en niet binnen een door de uitvoerende autoriteit gestelde redelijke termijn is (...) gecorrigeerd”.⁵⁴⁹ Andere op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde kaderbesluiten vereisen naast de toezending van een door de bevoegde autoriteit ingevuld en ondertekend standaardcertificaat - waarin deze autoriteit verklaart dat de inhoud daarvan juist is - ook de toezending van de nationale beslissing (beveziingsbevel, beslissing waarbij een geldelijke sanctie is opgelegd, beslissing tot confiscatie, vonnis waarbij een voorwaardelijke of alternatieve straf is opgelegd, vonnis waarbij een vrijheidsstraf is opgelegd, beslissing inzake toezichtmaatregelen). De uitvoerende autoriteit mag weigeren die beslissing te erkennen of ten uitvoer te leggen, indien dat certificaat “kennelijk niet overeenstemt” met de nationale beslissing.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ Zie de in Hoofdstuk III.2.3.2.7 genoemde rechtspraak.

⁵⁴⁵ Art. 8 lid 1 Kaderbesluit.

⁵⁴⁶ Daarnaast vormen de in het EAB vermelde feitelijke en juridische gegevens de grondslag voor de bescherming die het specialiteitsbeginsel ná de eventuele overlevering aan de betrokken persoon biedt. Zie Hoofdstuk XVII.3.4.

⁵⁴⁷ Klip 2012, p. 373-376.

⁵⁴⁸ *PbEU* 2008, L 350/72.

⁵⁴⁹ Art. 13 lid 1 onder h Kaderbesluit EBB (mijn cursivering).

⁵⁵⁰ Zie art. 7 lid 1 onder a Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevezing van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; art. 7 lid 1 van Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; art. 8

Wat betekent nu het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen voor de (totstandkoming en handhaving van de) ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid)? In die ruimte zijn niet de feitelijke grenzen van de lidstaten vervallen - in de zin dat binnen die ruimte de justitiële autoriteiten van de ene lidstaat zonder meer vrijelijk kunnen optreden op het grondgebied van een andere lidstaat -,⁵⁵¹ maar de juridische grenzen die voortvloeien uit de op het grondgebied van de lidstaten geldende rechtsstelsels. Toepassing van het beginsel brengt mee dat in die ruimte steeds één rechtsstelsel wordt toegepast en erkend, het rechtsstelsel van de lidstaat waarin de strafrechtelijke beslissing is genomen.⁵⁵² De verplichte automatische erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing staan immers in de weg aan een “omzetting” van die beslissing naar het recht van de uitvoerende lidstaat. De erkende strafrechtelijke beslissing en daarmee het rechtsstelsel waaruit zij is voortgekomen, verkrijgen daardoor extraterritoriale werking.⁵⁵³ Eventuele verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaat van herkomst van de strafrechtelijke beslissing en de lidstaat die de beslissing moet erkennen, zijn niet van invloed op die werking. Die verschillen mogen niet in de weg staan aan erkenning en tenuitvoerlegging.⁵⁵⁴ In zoverre komt wederzijdse erkenning in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) dus overeen met wederzijdse erkenning in de interne markt: nationale belemmeringen voor de uitoefening van vrij verkeer worden uit de weg geruimd op grond van het recht van één lidstaat, dat wil zeggen de lidstaat waarin het betrokken goed is gefabriceerd en op de markt gebracht respectievelijk de lidstaat waarin de strafrechtelijke beslissing is genomen. Binnen de interne markt gelden de nationale voorschriften alleen voor nationale goederen,⁵⁵⁵ binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) alleen voor nationale beslissingen.

De toepasselijkheid van het recht van de lidstaat van herkomst van de te erkennen strafrechtelijke beslissing brengt mee dat harmonisatie van de strafrechtelijke en strafvorderlijke wetgevingen van de lidstaten niet een vereiste is voor toepassing van het

lid 1 van Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59; art. 9 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; art. 11 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102 en art. 15 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

⁵⁵¹ Luchtman 2009, p. 937. Art. 89 VEU verleent overigens wel de bevoegdheid aan de Raad om “voorwaarden en beperkingen” vast te stellen waarbinnen onder meer justitiële autoriteiten “op het grondgebied van een andere lidstaat in overleg en overeenstemming met de autoriteiten van die staat mogen optreden”. De soevereiniteit van de lidstaten wordt op twee manieren beschermd. In de eerste plaats mag de Raad op dit punt alleen besluiten met eenparigheid van stemmen nemen. De vertegenwoordigers van alle lidstaten moeten dus instemmen met de regeling. In de tweede plaats mag in concrete gevallen slechts in overeenstemming met de autoriteiten van de andere lidstaat worden opgetreden.

⁵⁵² Zie Barents 2006, p. 363-364.

⁵⁵³ Mitsilegas 2006b, p. 1281; Mitsilegas 2009a, p. 118.

⁵⁵⁴ Ouwerkerk 2011a, p. 68.

⁵⁵⁵ Juppe 2007, p. 37.

beginsel.⁵⁵⁶ Met betrekking tot de 32 categorieën van strafbare feiten ten aanzien waarvan de dubbele strafbaarheid niet mag worden getoetst⁵⁵⁷ heeft het Hof van Justitie zulks uitdrukkelijk uitgemaakt.⁵⁵⁸ Het recht van de uitvaardigende lidstaat beheerst de omschrijving van die strafbare feiten en de vaststelling van de daarop gestelde sancties. De lidstaten moeten dan ook die omschrijvingen en sancties wederzijds erkennen.⁵⁵⁹ In paragraaf 4.2 kwam naar voren dat de invoering van het communautaire beginsel van wederzijdse erkenning in de Derde Pijler juist werd voorgesteld als alternatief voor harmonisatie van de strafrechtelijke en strafvorderlijke wetgevingen van de lidstaten. Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen stelt de lidstaten in staat hun eigen strafrechtelijke en strafvorderlijke eigenaardigheden in stand te laten. Deze eigenaardigheden mogen immers niet in de weg staan aan justitiële samenwerking in strafzaken. Wederzijdse erkenning maakt weliswaar inbreuk op de soevereiniteit van de lidstaten, doordat zij niet meer de volledige zeggenschap hebben over de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen op hun respectieve territoria,⁵⁶⁰ maar deze inbreuk is minder groot dan de inbreuk die harmonisatie van wetgevingen maakt op hun soevereiniteit.⁵⁶¹

Het ontbreken van harmonisatie van het materiële strafrecht van de lidstaten is als één van de belangrijkste kritiekpunten aangevoerd tegen de overheveling van het beginsel van wederzijdse erkenning van de interne markt naar de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid). Volgens de critici wordt bij toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op de justitiële samenwerking in strafzaken miskend dat wederzijdse erkenning in de interne markt *vereist* dat de wetgeving van de lidstaat van herkomst vergelijkbaar is met die van de andere betrokken lidstaat. Bij gebreke van een dergelijke *comparability* kan die andere lidstaat afzien van erkenning. Wederzijdse erkenning in de ruimte van vrijheid, veiligheid *veronderstelt* gelijkwaardigheid van de betrokken wetgevingen, terwijl deze in werkelijkheid in elk geval voor wat betreft de 32 lijstfeiten - grotendeels - ontbreekt.⁵⁶² Het ontbreken van gelijkwaardigheid kan evenwel niet leiden tot weigering van de erkenning.⁵⁶³

In elk geval lijkt onbetwistbaar dat een zekere mate van harmonisatie kan bijdragen tot een versterking van wederzijdse erkenning. Wanneer de te erkennen beslissing het product is van een rechtsstelsel dat dezelfde geharmoniseerde formele en materiële regels hanteert als de uitvoerende lidstaat zullen, zo mag men aannemen, de autoriteiten van die lidstaat

⁵⁵⁶ Let wel: wederzijdse erkenning noopt wél tot “onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake justitiële samenwerking in strafzaken en, meer specifiek, van de regels inzake de voorwaarden, de procedures en de gevolgen van de overlevering tussen nationale autoriteiten”: HvJ EG

3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 29.

⁵⁵⁷ Art. 2 lid 2 Kaderbesluit. Zie Hoofdstuk III.2.4.2.

⁵⁵⁸ HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 52 en r.o. 59.

⁵⁵⁹ Lenaerts 2010, p. 299.

⁵⁶⁰ Peers 2004, p. 10. Zie over soevereiniteit en overlevering Hoofdstuk III.2.3.2.2.

⁵⁶¹ De Hert 2004, p. 112; Mitsilegas 2006a, p. 314; Möstl 2010, p. 420; Swart 2001, p. 9-10. Zo ook het Duitse *Bundesverfassungsgericht* in de zaak Darkazanli: “(d)ie in der “dritten Säule” der Europäischen Union praktizierte Zusammenarbeit einer begrenzten gegenseitigen Anerkennung, die keine allgemeine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen vorsieht, ist gerade auch mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität (Art. 23 Abs. 1 GG) ein Weg, um die nationale Identität und Staatlichkeit in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum zu wahren” (*Bundesverfassungsgericht* 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, Rnr. 75, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de).

⁵⁶² Zie Hoofdstuk VII.3.3.1.2.

⁵⁶³ Zie Möstl 2010; Peers 2004.

meer vertrouwen hebben in de deugdelijkheid van dat rechtsstelsel en in de juiste toepassing daarvan dan wanneer de gelijkwaardigheid van beide rechtsstelsels, met instandhouding van de onderlinge verschillen, slechts een veronderstelling is.⁵⁶⁴ Wederzijds vertrouwen is immers het fundament van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft de hier besproken verhouding tussen harmonisatie en wederzijdse erkenning - harmonisatie ter ondersteuning van wederzijdse erkenning -⁵⁶⁵ een uitdrukkelijke verdragsrechtelijke grondslag verkregen.⁵⁶⁶ Op grond van art. 82 lid 1 VWEU kunnen, "(v)oor zover nodig ter bevordering van de wederzijdse erkenning van vonnissen en rechterlijke beslissingen en van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken met een grensoverschrijdende dimensie", bij richtlijn minimumvoorschriften worden vastgesteld op strafvorderlijk gebied. Daarnaast maakt art. 83 lid 1 VWEU het mogelijk om ter bevordering van de justitiële samenwerking "minimumvoorschriften [vast te stellen] betreffende de bepaling van strafbare feiten en sancties in verband met vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie die voortvloeit uit de aard of de gevolgen van deze strafbare feiten of uit een bijzondere noodzaak om deze op gemeenschappelijke basis te bestrijden". Deze bevoegdheid zou kunnen worden aangewend om voor wat betreft deze vormen van "bijzonder zware criminaliteit" - terrorisme, mensenhandel en seksuele uitbuiting van vrouwen en kinderen, illegale drugshandel, illegale wapenhandel, het witwassen van geld, corruptie, de vervalsing van betaalmiddelen, computercriminaliteit en de georganiseerde criminaliteit - gemeenschappelijke definities van de lijstfeiten tot stand te brengen.⁵⁶⁷

Waar harmonisatie de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen kan bevorderen, kan het achterwege blijven van harmonisatie de wederzijdse erkenning verzwakken: in de volgende subparagraaf zal blijken dat de niet geharmoniseerde strafwetgevingen van de lidstaten op het punt van de rechtsmacht aanleiding geven tot het stellen van grenzen aan de reikwijdte van de verplichting tot wederzijdse erkenning.

Een belangrijk verschil tussen wederzijdse erkenning in de interne markt en wederzijdse erkenning in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) is dat de eerste vorm van erkenning ertoe strekt de uitoefening van fundamentele rechten mogelijk te maken (de vrij verkeer rechten), terwijl de tweede vorm van erkenning juist ertoe strekt fundamentele rechten te beperken (bijvoorbeeld het recht op persoonlijke vrijheid van degene tegen wie de te erkennen beslissing is gericht).⁵⁶⁸ Evenals het ontbreken van harmonisatie, leidt dit verschil tot het stellen van grenzen aan de reikwijdte van het beginsel

⁵⁶⁴ In vergelijkbare zin Boerwinkel & Van der Grinten 2004, p. 52; Bot 2009, p. 97-100; Ter Braak 2005, p. 847; Jégouzo 2005, p. 39 (met betrekking tot dubbele strafbaarheid en harmonisatie); Jégouzo 2006, p. 109-111; Ouwerkerk 2011a, p. 99-100 en p. 270-274 (kritisch over het positieve effect van harmonisatie op de werking van wederzijdse erkenning); Vermeulen 2002, p. 72-73. Zie over de versterking van het wederzijdse vertrouwen en dus van de wederzijdse erkenning ook de bijdragen in Dane & Klip 2009.

⁵⁶⁵ Naast deze ondersteunende functie heeft harmonisatie ook een autonome functie. Zie Borgers 2010b, p. 348-349. Zie over harmonisatie van strafrecht in het algemeen Klip & Van der Wilt 2002a.

⁵⁶⁶ Borgers 2010b, p. 352-353; Janssens 2009, p. 23-24.

⁵⁶⁷ Borgers 2010b, p. 353.

⁵⁶⁸ Braum 2005, p. 688; Mitsilegas 2006b, p. 1281; Mitsilegas 2009a, p. 118; Möstl 2010, p. 407; Ouwerkerk 2011a, p. 69-72; Swart 2001, p. 18. Ouwerkerk 2011a wijst er ter aangehaalde plaatse op dat wederzijdse erkenning ook positieve gevolgen voor individuele burgers kan hebben, zoals voor slachtoffers van strafbare feiten. Ook voor verdachten en veroordeelden is volgens haar wederzijdse erkenning niet alleen negatief, omdat de implementatie van wederzijdse erkenning ook de versterking van procedurele waarborgen beoogt.

van wederzijdse erkenning in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid). Deze grenzen vormen het onderwerp van de volgende subparagraaf.

IV.4.3.4 Grenzen aan wederzijdse erkenning

IV.4.3.4.1 Inleiding

Toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen op de uitlevering van verdachten en veroordeelden zou in de meest vergaande vorm betekenen dat van een toetsing door de uitvoerende autoriteit en dus van weigeringsgronden geen sprake meer zou kunnen zijn. De uitvoerende autoriteit zou in dat geval de buitenlandse beslissing immers *automatisch* moeten erkennen en ten uitvoer leggen. Verweren zou de opgeëiste persoon dan alleen nog voor de rechter in de uitvaardigende lidstaat kunnen voeren.

In de interne markt is de wederzijdse erkenning evenwel niet onbegrensd. Uitzonderingen op grond van “dwingende redenen van algemeen belang” zijn mogelijk. In de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) is het beginsel van wederzijdse erkenning evenmin in zijn meest vergaande vorm geïmplementeerd. Zo erkennen de Raad en de Commissie in het *Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen* dat de omvang van wederzijdse erkenning afhangt van een aantal parameters en dat, gelet op de aard van de te erkennen beslissing, de relevante parameters kunnen variëren. In het Voorstel van de Commissie is sprake van grenzen aan de “automatische” erkenning. Toegepast op uitlevering brengt dit beginsel volgens de Commissie mee dat het verzoek van een gerechtelijke autoriteit “na een minimale controle”⁵⁶⁹ wordt erkend: “Slechts in een beperkt aantal gevallen kan tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel worden geweigerd”.⁵⁷⁰ De nadruk op het minimale karakter van de controle en het beperkte aantal weigeringsgronden neemt niet weg dat het Voorstel voorziet in weigeringsgronden en dus in controle door een autoriteit van de uitvoerende lidstaat. Het uiteindelijk door de Raad aangenomen Kaderbesluit bevat, zoals in paragraaf 2 is gebleken, een aantal dwingende en facultatieve weigeringsgronden en een aantal facultatieve garanties.⁵⁷¹ In de woorden van het Hof van Justitie: “(h)oevel de systematiek van kaderbesluit 2002/584 steunt op het beginsel van wederzijdse erkenning, impliceert deze erkenning, zoals blijkt uit de artikelen 3 tot en met 5 ervan, evenwel niet dat de tenuitvoerlegging van het uitvaardigde aanhoudingsbevel een absolute verplichting is”.⁵⁷² Het beginsel van wederzijdse erkenning brengt overigens ook mee, dat de uitzonderingen op de verplichting tot tenuitvoerlegging van een EAB als limitatief moeten worden beschouwd.⁵⁷³

⁵⁶⁹ COM(2001)522 def., p. 2.

⁵⁷⁰ COM(2001)522 def., p. 6.

⁵⁷¹ Barents wijst er dan ook op dat het Kaderbesluit EAB een combinatie van het oorsprongslid- en het bestemmingslandbeginsel laat zien: Barents 2006, p. 364.

⁵⁷² HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 50; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 64; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 30.

⁵⁷³ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 43; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37 en HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

Los van de concrete uitwerking van het beginsel in het Kaderbesluit, kan men zich in ieder geval een aantal grenzen voorstellen waarmee men bij de toepassing van dit beginsel op vormen van justitiële samenwerking in strafzaken rekening zal moeten of willen houden. Die grenzen leveren evenzoveel toetsings- en dus weigeringsgronden voor de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat op. In het navolgende zullen aan de orde komen fundamentele rechten (paragraaf 4.3.4.2), het *ne bis in idem*-beginsel (paragraaf 4.3.4.3), concurrerende rechtsmacht (paragraaf 4.3.4.4) en formele eisen (paragraaf 4.3.4.5).

IV.4.3.4.2 Begrenzing door fundamentele rechten

Fundamentele rechten: het Unierechtelijke perspectief

De Europese Unie is (nog) geen partij bij het EVRM.⁵⁷⁴ De Unie noch haar instellingen of organen kunnen derhalve onder het EVRM worden aangesproken voor hun handelingen of beslissingen.⁵⁷⁵ Art. 6 lid 2 (oud) VEU stelt evenwel uitdrukkelijk dat de Unie “de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht” eerbiedigt. Op grond van art. 6 lid 2 (oud) VEU gelden de rechten en vrijheden van het EVRM niet als zodanig, maar als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Bij de uitoefening van hun taken zijn de instellingen van de Unie gebonden aan de in art. 6 lid 2 (oud) VEU bedoelde beginselen, hetgeen meebrengt dat de instellingen onderworpen zijn aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met die beginselen.⁵⁷⁶ De gebondenheid van de Unie aan de in art. 6 lid 2 (oud) VEU bedoelde beginselen brengt bovendien mee dat een handeling van een instelling, zoals een kaderbesluit, zodanig moet worden uitgelegd dat het de grondrechten eerbiedigt.⁵⁷⁷ Nu het Hof van Justitie op grond van art. 35 lid 1 (oud) VEU bevoegd is prejudiciële vragen over de geldigheid van onder meer kaderbesluiten te beantwoorden en op grond van art. 35 lid 6 (oud) VEU bevoegd is de wettigheid van onder meer kaderbesluiten te onderzoeken op een door een lidstaat of de Commissie ingesteld beroep wegens schending van het Verdrag betreffende de Europese Unie, kan het Hof een kaderbesluit ongeldig of onwettig verklaren, indien het niet verenigbaar is met de in art. 6 lid 2 (oud) VEU bedoelde beginselen. Art. 46 onder d (oud) VEU bevestigt zulks uitdrukkelijk.

Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bepaalt art. 2 VEU in het algemeen dat de Unie onder meer berust op de waarden van de rechtsstaat en eerbiediging

⁵⁷⁴ Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bepaalt art. 6 lid 2 VEU dat de Europese Unie zal toetreden tot het EVRM. Zie ook Protocol (nr. 8) betreffende artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie inzake de toetreding van de Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Zie Klip 2012, p. 247-250. Op 1 juni 2010 is Protocol 14 bij het EVRM in werking getreden. Art. 17 van dit Protocol voegt aan art. 59 EVRM een nieuw tweede lid toe, dat luidt: “The European Union may accede to this Convention”. Onder de Verdragen zoals zij luiden vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon was een dergelijke toetreding niet mogelijk: Advies 2/94, *Jur.* 1996, p. I-1763.

⁵⁷⁵ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 152, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak van het Europees Hof.

⁵⁷⁶ HvJ EG 27 februari 2007, *NJ* 2007, 390, m.nt. M.R. Mok (Gestoras Pro Amnistía e.a.), r.o. 51; HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 45.

⁵⁷⁷ HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 58-59.

van de mensenrechten.⁵⁷⁸ Met betrekking tot de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in het bijzonder stelt art. 67 lid 1 VWEU dat daarin de grondrechten worden geëerbiedigd. Art. 6 lid 3 VEU regelt in wezen hetzelfde als art. 6 lid 2 (oud) VEU. Volgens eerstgenoemde bepaling maken immers “de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, (...) als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie”. Daarnaast kan worden gewezen op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat dezelfde juridische waarde als het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie heeft gekregen. Ingevolge art. 6 lid 1 VEU “erkent” de Unie de in het Handvest neergelegde rechten, vrijheden en beginselen, hetgeen niet anders kan betekenen dan dat de instellingen van de Unie die rechten, vrijheden en beginselen in acht dienen te nemen. Art. 51 lid 1 Handvest bepaalt dan ook uitdrukkelijk dat de bepalingen van het Handvest gericht zijn tot de instellingen, organen en instanties van de Unie. Volgens de preambule bevestigt het Handvest “de rechten die in het bijzonder voortvloeien uit de constitutionele tradities en de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben, uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) alsook uit de jurisprudentie (...) van het Europees Hof voor de rechten van de mens”. In het kader van de prejudiciële procedure is het Hof bevoegd de geldigheid van handelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie te onderzoeken (art. 267 VWEU), terwijl het op een door een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie ingesteld beroep wegens onder meer schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan de wettigheid van wetgevingshandelingen kan nagaan (art. 263 VWEU). Een (wetgevings)handeling die onverenigbaar is met de algemene beginselen van Unierecht als bedoeld in art. 6 lid 3 VEU of met de in het Handvest neergelegde rechten, vrijheden of beginselen zal het Hof dus ongeldig dan wel onwettig moeten verklaren.

Ten aanzien van de Unie en haar instellingen kunnen wij dus concluderen dat zij op twee wijzen indirect aan het EVRM zijn gebonden, namelijk door de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht/Unierecht en door de op het EVRM gebaseerde rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat gelijke verbindende kracht heeft als de Verdragen. Een op het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen gebaseerd besluit van een instelling van de Unie mag dan ook geen afbreuk doen aan die beginselen respectievelijk aan die rechten, vrijheden en beginselen.

Bezien vanuit het perspectief van de lidstaten is het niet anders. Alle lidstaten van de Europese Unie zijn partij bij het EVRM, maar niet alle partijen bij het EVRM zijn lidstaten van de Europese Unie. De lidstaten waren al partij bij het EVRM op het moment dat het Verdrag van Amsterdam, waarbij art. 34 (oud) VEU werd ingevoerd, in werking trad dan wel op het moment dat zij toetraden tot de Unie. Het Verdrag betreffende de Europese Unie is dus ten opzichte van het EVRM een later verdrag. De vraag rijst dan ook of de verplichtingen die voor de lidstaten van de Europese Unie uit het Verdrag betreffende de Europese Unie voortvloeien afbreuk kunnen doen aan de verplichtingen die voor hen uit het EVRM voortvloeien.

⁵⁷⁸ Zie over de grondrechtenbescherming na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon onder meer Barents 2008, p. 513-557; Barents & Brinkhorst 2012, p. 121-135; Claes 2009; Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 228-259; Morijn 2011.

Art. 30 lid 2 Weens Verdrag inzake het verdragenrecht biedt een mogelijk antwoord op deze vraag: “When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail”. Verdedigbaar is dat deze bepaling niet alleen ziet op een uitdrukkelijke, maar ook op een impliciete bepaling met een dergelijke strekking.⁵⁷⁹ Art 6 lid 2 (oud) VEU en art. 6 lid 3 VEU kunnen worden beschouwd als dergelijke impliciete voorschriften, waarmee de lidstaten tot uitdrukking hebben willen brengen dat de uit hun lidmaatschap van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen geen afbreuk mogen doen aan hun eerdere verplichtingen uit het EVRM.⁵⁸⁰

De rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigt die voorrang van de verplichtingen uit het EVRM. Uit art. 6 lid 2 (oud) VEU heeft het Hof afgeleid dat ook de lidstaten onderworpen zijn aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met de beginselen van art. 6 (oud) VEU, voor zover de lidstaten het recht van de Unie uitvoeren.⁵⁸¹ Hetzelfde volgt na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon uit art. 6 lid 3 VEU. Bij de uitvoering van het Unierecht zijn dus ook de lidstaten aan die beginselen gebonden.⁵⁸² Ingevolge art. 51 lid 1 Handvest jo. art. 6 lid 1 VEU geldt hetzelfde voor de vrijheden, rechten en beginselen van het Handvest.⁵⁸³

Bovendien geldt art. 351 VWEU - dat grotendeels gelijklopende bepalingen (art. 307 EG en art. 234 EEG-Verdrag) opvolgt -, waarvan de eerste alinea als volgt luidt: “(d)e rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór 1 januari 1958 of, voor de toetredende staten, vóór de datum van hun toetreding gesloten tussen één of meer lidstaten enerzijds en één of meer derde staten anderzijds, worden door de bepalingen van de Verdragen niet aangetast”. Deze formulering geeft uitdrukking aan het in art. 30 lid 4 onder b Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht neergelegde beginsel dat een later verdrag geen afbreuk kan doen aan een eerder verdrag voor wat betreft de uit dat eerdere verdrag voortvloeiende rechten van en verplichtingen jegens *derde* staten.⁵⁸⁴ Niet alleen de rechten van derde staten, maar ook die van *particulieren*, voor zover de overeenkomst deze aan hen toekent, zijn gevrijwaard van aantasting door het Unierecht: “Artikel 234, eerste alinea, heeft ten doel, alle belemmeringen op te heffen welke voor een Lid-Staat uit zijn toetreding tot de Gemeenschap kunnen voortvloeien met betrekking tot de nakoming van eerder met derde landen gesloten overeenkomsten, zodat het de aard van de eventueel uit

⁵⁷⁹ Battjes 2006, p. 61-62, met verdere verwijzingen.

⁵⁸⁰ Vgl. Battjes 2006, p. 62, ten aanzien van de verplichtingen die voor de lidstaten uit het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen voortvloeien.

⁵⁸¹ HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 45.

⁵⁸² Uit art. 6 lid 3 VEU volgt niet dat de nationale rechter in geval van een conflict tussen het nationale recht en het EVRM *rechtstreeks* de bepalingen van dat verdrag moet toepassen en de daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing moet laten. Art. 6 lid 3 VEU regelt namelijk niet de verhouding tussen het EVRM en de rechtsordes van de lidstaten noch de gevolgen van strijd tussen een nationale bepaling met een bepaling van het EVRM: HvJ EU 24 april 2012, zaak C-571/10 (Kamberaj), r.o. 62-63.

⁵⁸³ Op grond van Protocol (Nr. 30) betreffende de toepassing van het Handvest op de Republiek Polen en het Verenigd Koninkrijk hebben deze lidstaten een uitzonderingspositie, die erop neerkomt dat het Hof van Justitie noch enige nationale rechter van deze lidstaten bevoegd is om te bepalen dat een regel van nationaal recht in strijd is met het Handvest: Barents & Brinkhorst 2012, p. 129. Dat neemt niet weg dat het Handvest ook voor deze lidstaten geldt en dat zij dus verplicht zijn om het Handvest na te leven, voor zover zij het Unierecht uitvoeren: HvJ EU 21 december 2011, zaken C-411/10 en C-493/10 (N.S. e.a.), r.o. 119-120.

⁵⁸⁴ Vgl. HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-84/98, *Jur.* 2000 p. I-05215 (Commissie/Portugal), r.o. 52, ten aanzien van het - vrijwel - gelijklopende art. 307 EG.

dergelijke overeenkomsten voortvloeiende rechten niet kan wijzigen. (...) *Evenmin doet zij [deze bepaling] afbreuk aan de rechten die particulieren aan een dergelijke overeenkomst zouden kunnen ontleenen*.⁵⁸⁵ Waar een dergelijke overeenkomst een recht aan een particulier toekent, correspondeert dat recht met een verplichting voor (één van) de verdragspartijen. De bepaling heeft een “algemene strekking en geldt voor elke internationale overeenkomst, ongeacht haar onderwerp, die de toepassing van [de Verdragen] kan beïnvloeden”.⁵⁸⁶ Een mensenrechtenverdrag als het EVRM is dus niet uitgesloten van de werking van art. 351 VWEU.⁵⁸⁷ Voor de lidstaten is het EVRM ofwel vóór 1 januari 1958⁵⁸⁸ ofwel vóór hun toetreding tot de Europese Gemeenschap dan wel tot de Europese Unie van kracht geworden. Nu niet alle partijen bij het EVRM lidstaat van de Europese Unie zijn, is het EVRM een overeenkomst in de zin van art. 351 VWEU. Een en ander betekent dus dat de voor de lidstaten uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen voorrang hebben boven de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen. Daaruit volgt dat de lidstaten verplichtingen uit hoofde van het Unierecht buiten beschouwing mogen en moeten laten voor zover deze strijden met de voor hen uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen.⁵⁸⁹ Particulieren kunnen zich ter verzekering van hun EVRM-rechten en vrijheden daartoe op art. 351 VWEU beroepen.⁵⁹⁰

Fundamentele rechten: het EVRM-perspectief

Tot dusver is de kwestie van de verhouding tussen de grondrechten en het beginsel van wederzijdse erkenning bekeken vanuit het Unierecht. Bezien vanuit het EVRM is de positie van de lidstaten- zoals gezegd is de Unie (nog) geen partij bij dit verdrag - vis à vis hun EVRM-verplichtingen geen andere dan onder het Unierecht. De rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigt namelijk dat de partijen bij het EVRM zich niet kunnen ontslaan van hun verplichtingen onder het EVRM door het aangaan van latere verdragverplichtingen: “if a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty”.⁵⁹¹ Sterker nog: “it is not open to a Contracting State to enter into an agreement with another State which conflicts with its obligations under the Convention”.⁵⁹² Een verdragspartij is dan ook “responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations”.⁵⁹³ Daar staat tegenover dat het Europese Hof grote waarde hecht aan internationale samenwerking al dan niet in het kader van internationale organisaties als de Unie: “The Court has also long recognised the

⁵⁸⁵ HvJ EG 14 oktober 1980, zaak C-812/79, *Jur.* 1980, p. 2787 (Burgoa), r.o. 10 (mijn cursivering).

⁵⁸⁶ HvJ EG 14 oktober 1980, zaak C-812/79, *Jur.* p. 2787 (Burgoa), r.o. 6.

⁵⁸⁷ Ahmed & Butler 2006, p. 784 (ten aanzien van art. 307 EG); Battjes 2006, p. 64 (ten aanzien van art. 307 EG); Klip 2012, p. 383.

⁵⁸⁸ Te weten voor de zes lidstaten die de Europese Economische Gemeenschap hebben opgericht.

⁵⁸⁹ Ahmed & Butler 2006, p. 786.

⁵⁹⁰ Vgl. Battjes 2006, p. 76, ten aanzien van art. 307 EG en het internationale vluchtelingenrecht.

⁵⁹¹ ECRM 10 juni 1958, nr. 235/56, YB 2, p. 256.

⁵⁹² EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08 (Al-Saadoon en Mufdhi/Verenigd Koninkrijk), § 138; EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië), § 86.

⁵⁹³ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 153 (mijn cursivering).

growing importance of international cooperation and of the consequent need to secure the proper functioning of international organizations (...).⁵⁹⁴

In geval van overdracht van bevoegdheden aan een internationale organisatie door verdragspartijen leiden deze overwegingen tot het volgende toetsingskader. Overdracht van een deel van haar soevereiniteit aan een internationale organisatie ontslaat een verdragspartij niet van haar aansprakelijkheid onder het EVRM “in the areas covered by such a transfer”. Een andere opvatting zou onverenigbaar zijn met “the purpose and object of the Convention; the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will, thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards”.⁵⁹⁵ Het handelen van een verdragspartij ter voldoening aan een verplichting die voortvloeit uit het lidmaatschap van een internationale organisatie waaraan zij een deel van haar soevereiniteit heeft overgedragen, is gerechtvaardigd “as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides”. De bescherming van fundamentele rechten die de internationale organisatie biedt moet “equivalent” zijn aan het EVRM, dat wil zeggen “comparable” met het EVRM: “any requirement that the organisation's protection be “identical” could run counter to the interest of international cooperation pursued”. Het Europees Hof benadrukt echter dat de vaststelling van gelijkwaardigheid nooit definitief is en vatbaar is voor herziening “in the light of any relevant change in fundamental rights protection”.⁵⁹⁶ Biedt de internationale organisatie “equivalent protection” van fundamentele rechten, dan ontstaat het vermoeden dat de verdragspartij heeft gehandeld in overeenstemming met het EVRM “when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation”. Dat vermoeden is weerlegbaar “if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient”.⁵⁹⁷ Voor handelingen van een verdragspartij die buiten haar “strict international legal obligations” vallen, dat wil zeggen voor handelingen waarvoor de internationale organisatie “discretion” aan de verdragspartij laat, blijft zij echter volledig aansprakelijk onder het EVRM.⁵⁹⁸

Ook indien een verdragspartij bevoegdheden heeft overgedragen aan een internationale organisatie en zij vervolgens ter uitvoering van de uit het lidmaatschap van die organisatie voortvloeiende verplichtingen handelt, is die verdragspartij dus in het algemeen onder het EVRM aansprakelijk voor eventuele schendingen van het EVRM. Het Europese Hof maakt onderscheid tussen het geval waarin de verdragspartij handelde ter uitvoering van een “strict obligation” en het geval waarin die partij bij de uitvoering van haar verplichtingen uit hoofde van het lidmaatschap van de internationale organisatie nog discretionaire ruimte had. In het laatste geval is de verdragspartij “fully responsible under the Convention” voor haar handelen of nalaten. In het eerste geval moet worden onderzocht of de internationale organisatie aan het EVRM gelijkwaardige bescherming biedt tegen inbreuken op fundamentele rechten. Zo ja, dan bestaat het - weerlegbare - vermoeden dat het handelen of nalaten van de verdragspartij niet in strijd met het EVRM is. Zo nee, dan geldt dit

⁵⁹⁴ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 150.

⁵⁹⁵ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 154.

⁵⁹⁶ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 155.

⁵⁹⁷ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 156.

⁵⁹⁸ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 157.

vermoeden niet en is de verdragspartij dus “fully responsible under the Convention”.⁵⁹⁹ Het vermoeden geldt alleen “as long as” de internationale organisatie gelijkwaardige bescherming biedt en is dus van tijd tot tijd te herzien. Het is bovendien een weerlegbaar oordeel, ook al lijkt het Europees Hof met de eis van “manifest deficiency” de lat hoog te leggen.

Met betrekking tot de *Europese Gemeenschap* heeft het Europees Hof in het arrest *Bosphorus*⁶⁰⁰ geoordeeld dat deze internationale organisatie inderdaad voldoende materiële en procedurele waarborgen biedt om te kunnen spreken van gelijkwaardige bescherming.⁶⁰¹ Voor wat betreft de materiële waarborgen wijst het Europees Hof op de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin fundamentele rechten worden aangemerkt als onderdeel van de algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, welke rechten geïnspireerd zijn door mensenrechtenverdragen als het EVRM. Volgens deze rechtspraak is de eerbiediging van die fundamentele rechten een voorwaarde voor de wettigheid van communautaire besluiten.⁶⁰² Verder wijst het Europees Hof op verdragsbepalingen, waaronder art. 6 (oud) VEU, op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en op art. I-19 Grondwet, die alle de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten inhouden.⁶⁰³ De effectiviteit van die materiële waarborgen is evenwel afhankelijk van procedurele controlemechanismen ter verzekering van die waarborgen. Het Europees Hof identificeert vier van zulke mechanismen. In de eerste plaats kan het Hof van Justitie op het beroep van elke lidstaat, van het Europees Parlement, van de Commissie, van de Raad en van elke natuurlijke of rechtspersoon, voor zover het gaat om tot hem gerichte beschikkingen of beschikkingen die hem rechtstreeks en individueel raken, de wettigheid van communautaire handelingen onderzoeken (art. 230 EG). Indien het Europees Parlement, de Raad of de Commissie in strijd met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap nalaat een beslissing te nemen, kunnen de lidstaten en de overige instellingen van de Gemeenschap hen bovendien ter verantwoording roepen voor het Hof van Justitie (art. 232 EG). In een dergelijk geschil kan elke partij de onwettigheid van een verordening op de voet van art. 230 EG aanvoeren (art. 241 EG). Ten slotte kunnen de Commissie en elke lidstaat zich tot het Hof van Justitie wenden, indien zij van mening zijn dat een (andere) lidstaat zijn verplichtingen uit de Verdragen niet nakomt. Deelt het Hof die mening, dan moet de betrokken lidstaat de maatregelen nemen die nodig zijn ter uitvoering van het oordeel van het Hof. Bij het achterwege blijven van zulke maatregelen, kan het Hof op verzoek van de Commissie aan de betrokken lidstaat de betaling van een forfaitaire som of een dwangsom opleggen (art. 226-288 EG).⁶⁰⁴

Particulieren hebben bij de toepassing van deze controlemechanismen een beperkte *locus standi*, zo erkent het Europees Hof, maar het Hof noemt drie argumenten waarom deze omstandigheid niet afdoet aan de gelijkwaardige procedurele bescherming die de EG biedt. Het Hof wijst er in de eerste plaats op dat, ook waar particulieren geen of beperkte *standing* hebben, de controlemechanismen *indirect* particulieren bevoordelen. In de tweede

⁵⁹⁹ Vgl. EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, nr. 24833/94 (Matthews/Verenigd Koninkrijk), § 33. De verplichtingen die op het Verenigd Koninkrijk rustten, vloeiden voort uit een mede door het Verenigd Koninkrijk aangegaan verdrag, dat niet aan het toezicht van het Hof van Justitie was onderworpen.

⁶⁰⁰ Zie over dit arrest onder meer Callewaert 2005; Callewaert 2010, p. 120-123; Costello 2006; Hinarejos Parga 2006; Lane 2007, p. 378-383; Peers 2006b.

⁶⁰¹ Zie over het EVRM en de Europese Gemeenschap vóór het arrest *Bosphorus* Lawson 1999.

⁶⁰² EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 73-76.

⁶⁰³ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 77-81.

⁶⁰⁴ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 161.

plaats kunnen particulieren een schadevergoedingsactie bij het Hof van Justitie aanhangig maken op grond van de wettelijke aansprakelijkheid van de EG-instellingen.⁶⁰⁵ In de derde plaats wijst het Europees Hof op de rol van de nationale rechters bij de handhaving van het communautaire recht, die tot uitdrukking komt door de voorrang van het EG-recht, de directe werking, de verplichting tot conforme uitleg en de aansprakelijkheid van lidstaten voor schade veroorzaakt aan particulieren wegens het niet of onjuist implementeren van een EG-richtlijn en wegens het handelen of nalaten in strijd met EG-recht. Het Hof van Justitie houdt toezicht op deze handhaving door middel van de prejudiciële procedure van art. 234 EG. Deze bepaling verplicht de nationale rechter tegen wiens uitspraak geen hogere voorziening is toegelaten om een prejudiciële vraag aanhangig te maken, indien hij de beantwoording van die vraag noodzakelijk acht voor het nemen van de beslissing. Het antwoord van het Hof van Justitie is bindend voor de nationale rechter. Hoewel het aan de nationale rechter is om het voor hem aanhangige geschil te beslechten, is 's Hof's antwoord vaak wel bepalend voor de uitkomst.⁶⁰⁶

Betekenis EVRM-perspectief voor kaderbesluiten

Welke betekenis heeft de Bosphorus-rechtspraak nu voor handelingen die de lidstaten ondernemen ter uitvoering van een kaderbesluit? Vanwege het overgangsregime van het Verdrag van Lissabon⁶⁰⁷ zal ik deze vraag eerst beantwoorden tegen de achtergrond van de bepalingen inzake de (voormalige) Derde Pijler en vervolgens tegen de achtergrond van de bij het Verdrag van Lissabon gewijzigde bepalingen.

Een eerste vraag die rijst is of de verplichtingen die voor de lidstaten uit een kaderbesluit voortvloeien “strict obligations” in de zin van *Bosphorus* zijn of dat deze verplichtingen nog “discretion” laten aan de lidstaten. In de zaak *Bosphorus* handelde Ierland ter uitvoering van een EG-verordening, die was aangenomen ter implementatie van een VN-Resolutie. Het Europees Hof kwam tot de conclusie dat Ierland had gehandeld op grond van een “strict obligation”, zodat het vermoeden gold dat Ierland daarmee in overeenstemming met het EVRM had gehandeld. Het Europees Hof wees daartoe in de eerste plaats op het karakter van de verordening. Verordeningen zijn “verbindend in al hun onderdelen”, zodat de lidstaten daarvan niet mogen afwijken, en zijn rechtstreeks werkend.⁶⁰⁸ Daarnaast wees het Europees Hof op de omstandigheden dat de hoogste Ierse rechter verplicht was geweest om een prejudiciële vraag te stellen over de uitleg van de betrokken verordening, hetgeen hij ook had gedaan, dat het antwoord van het Hof van Justitie op die vraag verbindend was voor de hoogste Ierse rechter en dat dit antwoord het voor de Ierse rechter aanhangige geschil beslechtte.⁶⁰⁹ De vraag is nu of de aard van de secundaire Uniehandeling beslissend is (een formele toets) of de inhoud van de betrokken handeling zelf (een materiële toets). In het eerste geval lijkt het *Bosphorus*-vermoeden niet van belang te zijn voor de implementatie van kaderbesluiten. Kaderbesluiten zijn immers weliswaar voor de lidstaten verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar laten aan de lidstaten de keuze van vorm en middelen over. In het tweede geval moet van geval tot geval worden bekeken of de inhoud van het kaderbesluit zodanig is, dat de lidstaten geen “discretion” hebben bij de implementatie. Lock wijst op de zaak *Biret*, waarin de klacht betrekking had op een EG-

⁶⁰⁵ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 163.

⁶⁰⁶ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), § 164.

⁶⁰⁷ Zie Hoofdstuk III.3.3.2.

⁶⁰⁸ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98, (Bosphorus/Ierland), § 145.

⁶⁰⁹ EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98, (Bosphorus/Ierland), § 147.

richtlijn die aan de lidstaten de verplichting oplegde om te verbieden “l’importation en provenance des pays tiers d’animaux d’exploitation auxquels ont été administrés, par quelque moyen que ce soit, des substances à effets thyroïdostatique, œstrogène, androgène ou gestagène ainsi que des viandes provenant de ces animaux (...)”. Onder verwijzing naar *Bosphorus* overwoog het Europees Hof dat “la mesure litigieuse, à savoir l’interdiction d’importation de viande bovine, a été mise en œuvre par les autorités françaises, sur leur territoire national, à la suite de l’adoption des deux directives européennes de 1988. Comme dans l’affaire Bosphorus, les violations alléguées de la Convention découlent donc d’actes pris par l’Etat défendeur en exécution des obligations lui incombant dans le cadre communautaire (...)”. Het Bosphorus-vermoeden was dan ook van toepassing.⁶¹⁰ Tenzij men aanneemt dat het Europees Hof de voorwaarde van het ontbreken van “discretion” voor toepasselijkheid van het Bosphorus-vermoeden over het hoofd heeft gezien, was het Hof kennelijk van oordeel dat de betrokken richtlijn geen “discretion” overliet aan Frankrijk.⁶¹¹ Daaruit zou men kunnen afleiden dat het Europees Hof een materiële toets aanlegt. Deze opvatting vindt bevestiging in het arrest *M.S.S.*, dat betrekking had op een EG-verordening (de zogenaamde Dublin-verordening). Het Europees Hof kwam tot het oordeel dat geen sprake was van handelen ter uitvoering van “strict obligations” - met als gevolg dat het Bosphorus-vermoeden niet van toepassing was -, omdat een bepaling van deze verordening erin voorzorg dat een lidstaat de verantwoordelijkheid voor de afhandeling van een asielverzoek op zich nam, ook al was op grond van de verordening een andere lidstaat verantwoordelijk voor die afhandeling. De beslissing om de asielzoeker over te brengen naar de lidstaat waarop volgens de verordening de verantwoordelijkheid voor de afhandeling van het asielverzoek rustte, vloeide niet voort uit een “strict obligation”, omdat de bewuste lidstaat op grond van de genoemde bepaling de afhandeling van het asielverzoek aan zich had kunnen trekken.⁶¹² Zou het Europees Hof een formele toets hebben gehanteerd, dan had het Hof kunnen volstaan met een verwijzing naar de aard van de communautaire maatregel.

Indien een kaderbesluit “strict obligations” aan de lidstaten oplegt, dient vervolgens te worden bezien of de Derde Pijler ook gelijkwaardige materiële en procedurele bescherming biedt tegen inbreuken op fundamentele rechten. Op het punt van de *materiële* waarborgen kan men stellen dat de Derde Pijler bescherming biedt die aan het EVRM gelijkwaardig is. In dit verband kan worden gewezen op de hiervoor al besproken rechtspraak inzake art. 6 lid 2 (oud) VEU en op het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

De Derde Pijler biedt echter aanzienlijk minder *procedurele* waarborgen dan de Eerste Pijler. Het Hof van Justitie is weliswaar bevoegd om de wettigheid van een kaderbesluit na te gaan, maar alleen op een beroep van een lidstaat of van de Commissie (art. 35 lid 6 (oud) VEU). Anders dan onder de Eerste Pijler kunnen particulieren een dergelijk beroep niet aanhangig maken. Aangezien voor de aanname door de Raad van een kaderbesluit unanimité vereist is (art. 34 lid 2 (oud) VEU), lijkt het onwaarschijnlijk dat een lidstaat een dergelijk beroep aanhangig zou maken.⁶¹³ De Derde Pijler kent niet een met art. 226-228 EG vergelijkbare inbreukprocedure. Ten slotte is het Hof van Justitie weliswaar - onder

⁶¹⁰ EHRM 9 december 2008, nr. 13762/04, (Biret/vijftien lidstaten van de Europese Unie).

⁶¹¹ Lock 2010, p. 543-544.

⁶¹² EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S./België en Griekenland), § 339-340.

⁶¹³ Carruthers 2009, p. 793.

zekere voorwaarden -⁶¹⁴ bevoegd om geschillen tussen lidstaten over de uitleg en toepassing van kaderbesluiten te beslechten, maar niet geschillen over de geldigheid van kaderbesluiten (art. 35 lid 7 (oud) VEU).

Biedt de rol van de nationale rechter bij de handhaving van het Derde Pijlerrecht voldoende waarborgen ter bescherming van fundamentele rechten om de gebrekkige controlemechanismen en het volledige ontbreken van *standing* van particulieren te compenseren? Het Hof van Justitie heeft de voorrang van het Derde Pijlerrecht op het nationale recht (nog) niet erkend. Art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU sluit de rechtstreekse werking van kaderbesluiten uit. Wel is de nationale rechter verplicht zijn nationale recht “zo veel mogelijk” kaderbesluitconform uit te leggen. Het Hof van Justitie heeft nog niet erkend dat lidstaten aansprakelijk zijn voor de schade aan particulieren wegens het niet of onjuist implementeren van kaderbesluiten of wegens handelen of nalaten in strijd met Derde Pijlerrecht. Ten slotte is, anders dan in de Eerste Pijler, de rechtsmacht van het Hof van Justitie facultatief (art. 35 lid 2 (oud) VEU). Voor zover een lidstaat deze rechtsmacht al heeft aanvaard, is de nationale rechter niet verplicht om een prejudiciële vraag aanhangig te maken. Vergeleken met de Eerste Pijler lijkt de conclusie dan ook gerechtvaardigd dat de Derde Pijler geen gelijkwaardige procedurele bescherming biedt.⁶¹⁵ Dat betekent dat de lidstaten “fully responsible under the Convention” zijn voor hun handelen of nalaten ter uitvoering van kaderbesluiten, ongeacht of deze een “strict obligation” opleggen of niet.

Inmiddels heeft het Europees Hof zich een aantal malen gebogen over klachten inzake overlevering als bedoeld in het Kaderbesluit EAB. Het Hof heeft deze zaken afgedaan zonder enige verwijzing naar zijn Bosphorus-rechtspraak.⁶¹⁶ Kennelijk acht het Hof het Bosphorus-vermoeden niet van toepassing op nationale handelingen ter uitvoering van het Kaderbesluit. In deze beslissingen kan men niet zonder meer een impliciet negatief oordeel over de gelijkwaardigheid van de grondrechtenbescherming in de Derde Pijler lezen. Het is namelijk ook mogelijk dat het Europees Hof de verplichting tot tenuitvoerlegging van elk EAB, die het Kaderbesluit aan de lidstaten oplegt, niet als een “strict obligation” beschouwt. Deze kwestie zal in Hoofdstuk V nader aan de orde komen.

Thans dient te worden gezien welke betekenis toekomt aan de Bosphorus-rechtspraak na ommekomst van het overgangsregime van het Verdrag van Lissabon. Van materiële gelijkwaardigheid lijkt dan zeker sprake te zijn. De grondrechten zoals gewaarborgd door het EVRM blijven gelden als algemene beginselen, zij het nu als algemene beginselen van Unierecht (art. 6 lid 3 VEU). Bovendien heeft het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zelfstandige bindende kracht verkregen (art. 6 lid 1 VEU). Ook op het procedurele vlak lijkt men van gelijkwaardigheid te kunnen spreken. De rechtsbescherming onder het Verdrag van Lissabon is grotendeels gelijk aan die van de voormalige Eerste Pijler. Tenzij de lidstaten enige “discretion” hebben bij de uitvoering van een maatregel van Unierecht, is het Bosphorus-vermoeden onder het regime van het Verdrag van Lissabon dus van belang voor handelingen ter uitvoering van kaderbesluiten. Voor de goede orde

⁶¹⁴ Wanneer de Raad van de Europese Unie er niet in slaagt een geschil binnen zes maanden te regelen, nadat dit aan hem door een lidstaat is voorgelegd.

⁶¹⁵ Tot deze conclusie komen ook Callewaert 2005, p. 539 en Peers 2006b, p. 454. Carruthers 2009, p. 799; Costello 2006, p. 118 en Lane 2007, p. 385 lijken van oordeel te zijn dat het Bosphorus-vermoeden wel van toepassing is, indien de betrokken lidstaat de rechtsmacht van het Hof van Justitie heeft aanvaard.

⁶¹⁶ EHRM 7 oktober 2008, nr. 41138/05, NJ 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje); EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland); EHRM 15 juni 2010 en 27 september 2011, nr. 14929/08 (Pianese/Italië en Nederland); EHRM 1 februari 2011, nr. 360/10 (Mann/Verenigd Koninkrijk en Portugal).

merk ik daarbij op dat het Bosphorus-vermoeden niet afdoet aan de gebondenheid van de bewuste lidstaat aan de grondrechten.⁶¹⁷ Zowel op grond van het Unierecht als op grond van het EVRM blijft die gebondenheid bestaan. Het vermoeden brengt slechts mee dat het Europees Hof aanneemt dat de lidstaat in overeenstemming met die gebondenheid heeft gehandeld.

Ten slotte moet de vraag worden beantwoord of, en zo ja, welke gevolgen de toekomstige toetreding van de Unie tot het EVRM - waartoe het Verdrag van Lissabon verplicht (art. 6 lid 2 VEU) - zal hebben voor de Bosphorus-rechtspraak. Het lijkt erop dat deze rechtspraak na toetreding geen bestaansrecht meer heeft. Door toetreding tot het EVRM onderwerpt de Unie zich aan het toezicht door het Europees Hof op de naleving van het EVRM door de Unie. Na toetreding zal de Europese Unie een verdragspartij zijn als alle andere partijen bij het EVRM.⁶¹⁸ Een bevoorrechte positie van de Unie valt daarmee niet te verenigen. Toepassing van het Bosphorus-vermoeden op een klacht tegen de Unie wegens een Uniehandeling die rechtstreeks inbreuk maakt op het EVRM zou dan ook leiden tot een ongelijke behandeling van verdragspartijen.⁶¹⁹ Waar de klacht ziet op de nationale uitvoering van een Uniehandeling, zou het blijven toepassen van het Bosphorus-vermoeden evenzeer neerkomen op bevoorrechtting en dus ongelijke behandeling van een verdragspartij. De Unie en de betrokken lidstaat zouden dan op het punt van hun EVRM-verplichtingen een voordeel genieten dat de niet tot de Europese Unie behorende verdragspartijen niet genieten. Voor dat voordeel bestaat na toetreding geen rechtvaardiging meer, nu de Europese Unie na toetreding zelf kan worden aangesproken voor de uitoefening van de door de lidstaten aan haar overgedragen bevoegdheden en voor de nationale uitvoering van door de Unie opgelegde “strict obligations”.⁶²⁰ Voor zover een Uniehandeling voor wat betreft de uitvoering daarvan “discretion” overlaat aan de lidstaten, blijven zij daarvoor “fully responsible”.

Conclusie wederzijdse erkenning en fundamentele rechten

Geconcludeerd kan worden dat fundamentele rechten de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen begrenzen. Het *Unierecht* verplicht de Europese Unie én de lidstaten, voor zover de lidstaten het recht van de Unie uitvoeren, om de grondrechten zoals neergelegd in het EVRM en in het Handvest in acht te nemen.

Onder het EVRM zijn de lidstaten bovendien - vooralnog, dat wil zeggen zo lang het overgangsregime van het Verdrag van Lissabon nog van toepassing is - “fully responsible” voor hun handelen en nalaten ter uitvoering van kaderbesluiten gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning, ongeacht of deze besluiten “strict obligations” opleggen of “discretion” toelaten. Wanneer het overgangsregime van het Verdrag van Lissabon niet meer van toepassing is, biedt de Europese Unie gelijkwaardige materiële en procedurele bescherming tegen schendingen van het EVRM. Treedt een lidstaat uitsluitend op ter uitvoering van een bij een Uniehandeling opgelegde “strict obligation”, dan is het Bosphorus-vermoeden van toepassing; dat optreden wordt geacht in overeenstemming

⁶¹⁷ Gerards & Claes 2012, p. 278, merken dan ook op dat de nationale rechter volledig gehouden is om te beoordelen of nationaal handelen in overeenstemming is met direct werkende internationale verdragsverplichtingen. De Bosphorus-doctrine heeft uitsluitend betrekking op de verhouding tussen de EU en het EVRM.

⁶¹⁸ Callewaert 2010, p. 107; Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 261-262; Gerards & Glas 2012, p. 528-529; Lock 2009, p. 395; Schütze 2012, p. 433.

⁶¹⁹ Zo ook Gerards & Glas 2012, p. 528-529; Haratsch 2006, p. 945-946; Van Elsuwege 2012, p. 207-208.

⁶²⁰ Anders Van De Heyning & Lawson 2011, p. 60.

met het EVRM te zijn. Zodra de Europese Unie is toegetreden tot de Europese Unie, lijkt het bestaansrecht van de Bosphorus-rechtspraak te vervallen.

Welke grenzen de fundamentele rechten aan het beginsel van wederzijdse erkenning stellen, zal hierna in Hoofdstuk V aan de orde komen.

IV.4.3.4.3 Begrenzing door het *ne bis in idem*-beginsel

Een tweede - mogelijke - beperking vloeit voort uit het beginsel van wederzijdse erkenning zelf. De lidstaat die erkenning en tenuitvoerlegging wenst van de strafrechtelijke beslissingen van zijn autoriteiten, zal zijnerzijds de strafrechtelijke beslissingen van de autoriteiten van een andere lidstaat moeten erkennen. Het beginsel heeft immers betrekking op *wederzijdse* erkenning. Wanneer een dergelijke beslissing van de autoriteiten van een andere lidstaat betrekking heeft op dezelfde persoon en op hetzelfde feit, komt het transnationale *ne bis in idem*-beginsel aan de orde. Dit beginsel, dat voor wat betreft het Unierecht zijn uitdrukking heeft gevonden in art. 54 SUO en in art. 50 Handvest, staat, behoudens enkele uitzonderingen en onder zekere voorwaarden, in de weg aan vervolging van een persoon in de ene lidstaat, wanneer deze persoon al in een andere lidstaat onherroepelijk is berecht voor dezelfde feiten. Dat vervolgingsobstakel impliceert de erkenning van de beslissing van de autoriteiten van de andere lidstaat. De lidstaten hebben namelijk “wederzijds vertrouwen (...) in hun respectieve strafrechtssystemen” en “elke lidstaat [aanvaardt] de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht (...), ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden”.⁶²¹ Het *ne bis in idem*-beginsel is, anders gezegd, een aspect van het beginsel van wederzijdse erkenning.⁶²²

Ook deze tweede beperking heeft een grondrechtelijk karakter. Het *ne bis in idem*-beginsel, dat het Hof van Justitie heeft erkend als één van de grondbeginselen van Gemeenschapsrecht,⁶²³ is immers opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Hof van Justitie heeft bovendien in zijn rechtspraak over art. 54 SUO een duidelijk verband gelegd met het recht van vrij verkeer van personen, één van de fundamentele vrijheden van de Europese Unie: deze bepaling beoogt te voorkomen “dat een persoon die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer, voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van meerdere lidstaten”.⁶²⁴ In zoverre komt deze beperking dus overeen met de eerste beperking. Het is echter de vraag of het *ne bis in idem*-beginsel *dwingt* tot het aanleggen van een beperking op wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De uit het *ne bis in idem*-beginsel voortvloeiende verplichtingen rusten op de lidstaat die een persoon strafrechtelijk *vervolgt*, terwijl deze persoon daarvoor al in een andere lidstaat onherroepelijk is berecht, niet op de lidstaat waaraan om *overlevering* van die persoon wordt verzocht. Zo voorzag het Voorstel van de Commissie alleen in een weigeringsgrond in het geval waarin de opgeëiste persoon al onherroepelijk was berecht in de *uitvoerende* lidstaat.⁶²⁵ In geval van onherroepelijk berechting in een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat werd het aan de rechter in de uitvaardigende lidstaat overgelaten om te beoordelen of sprake was van een *ne bis in idem*-situatie en, zo ja, welke gevolgen daaraan

⁶²¹ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 33.

⁶²² COM(2000)495 def., p. 9. In deze zin ook Harris 2002, p. 107 en Ouwerkerk 2011a, p. 275.

⁶²³ HvJ EG 9 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 40, onder verwijzing naar HvJ EG 15 oktober 2002, zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, *Jur.* 2002, p. I-8375 (Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie).

⁶²⁴ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 38.

⁶²⁵ Art. 29 Voorstel.

moesten worden verbonden. Deze partiële regeling van het *ne bis in idem*-beginsel werd ingegeven door overwegingen van efficiency: het Europees aanhoudingsbevel moet zorgen voor een snel verloop van de procedure.⁶²⁶ Wat er van die overwegingen ook zij, kennelijk dwong in de opvatting van de Commissie het *ne bis in idem*-beginsel niet tot het opnemen van een weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat. Aan de andere kant kan men betogen dat, wanneer de uitvoerende lidstaat vanwege het *ne bis in idem*-beginsel zelf de betrokken persoon niet mag vervolgen, hij evenmin een strafrechtelijke beslissing van een andere lidstaat mag erkennen die deze persoon aan een niet toegestane vervolging in die andere lidstaat zou blootstellen.⁶²⁷ Zo kan recht worden gedaan aan de doelstelling van art. 54 SUO: “vermijden dat een persoon opnieuw strafrechtelijk wordt vervolgd of veroordeeld wegens dezelfde feiten”.⁶²⁸ Dit Hoofdstuk is niet de plaats om het al dan niet dwingende karakter van het *ne bis in idem*-beginsel als grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning vast te stellen. In het hoofdstuk over de *ne bis in idem* weigeringsgronden (Hoofdstuk X) zal ik op deze kwestie terugkomen. Op dit moment is het voldoende om te constateren dat binnen de Raad van de Europese Unie kennelijk de rechtsopvatting leeft dat de uitvoerende lidstaat in een dergelijk geval niet tot wederzijdse erkenning *verplicht* is. Vrijwel alle⁶²⁹ op het beginsel van wederzijdse erkenning berustende instrumenten bevatten namelijk een weigeringsgrond inzake *ne bis in idem*, zij het - met uitzondering van het Kaderbesluit EAB -⁶³⁰ een *facultatieve* weigeringsgrond.⁶³¹

⁶²⁶ COM(2001)522 def., p. 20.

⁶²⁷ Vergelijk de A-G Bot in zijn conclusie in de zaak C-261/09 (Mantello), punten 85-90.

⁶²⁸ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 40.

⁶²⁹ Het Kaderbesluit 2008/675/JBZ van de Raad van 24 juli 2008 betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 220/32, bevat geen weigeringsgronden.

⁶³⁰ Art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Voor wat betreft onherroepelijke berechting in een *derde staat* bevat art. 4 onder 5 Kaderbesluit een facultatieve weigeringsgrond.

⁶³¹ Zie art. 7 lid 1 onder c van Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevestiging van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; art. 7 lid 2 onder a van Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; art. 8 lid 2 onder a van Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59; art. 9 lid 1 onder c van Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; art. 11 lid 1 onder c van Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102; art. 13 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, *PbEU* 2008, L 350/72 en art. 15 lid 1 onder c van Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

IV.4.3.4.4 *Begrenzing in geval van concurrerende rechtsmacht*

Indien de te erkennen beslissing van de ene lidstaat betrekking heeft op een persoon die voor hetzelfde feit al onherroepelijk is berecht in een andere lidstaat, is sprake van een positief rechtsmachtconflict: de strafwetgevingen van beide lidstaten zijn - kennelijk - van toepassing op die persoon en op dat feit. Een derde categorie van - mogelijke - beperkingen op het beginsel van wederzijdse erkenning houdt verband met de omstandigheid dat de rechtsmacht van de lidstaat die erkenning wenst van de strafrechtelijke beslissing van zijn autoriteiten kan concurreren met de rechtsmacht van de lidstaat van wie die erkenning wordt verlangd. Eerder is al gebleken dat begripsmatig niet is uitgesloten dat de overlevering betrekking heeft op een feit waarover ook de uitvoerende lidstaat rechtsmacht heeft.⁶³² Hier openbaart zich een belangrijk verschil met wederzijdse erkenning in de interne markt. Van een goed kan steeds één lidstaat als het oorsprongsland worden aangemerkt. Bij beslissingen ligt dit in beginsel anders. Een concreet persoon kan ten aanzien van een bepaald feitencomplex of een bepaalde situatie onderwerp vormen van beslissingen uit meer dan één lidstaat. Voor wat betreft de erkenning van rijbewijzen en civielrechtelijke beslissingen kennen de betreffende regelingen daarom voorzieningen die meebrengen dat steeds één lidstaat kan worden aangemerkt als het oorsprongsland.⁶³³ De op het beginsel van wederzijdse erkenning berustende kaderbesluiten inzake justitiële samenwerking in strafzaken bevatten niet een dergelijke voorziening. De regelgevingen van de lidstaten inzake de uitoefening van strafrechtsmacht over transnationale gevallen zijn niet geharmoniseerd in de zin dat ter zake van elke verdachte en elk feitencomplex slechts één lidstaat bevoegd is. Elke lidstaat heeft de bevoegdheid om, binnen de door het volkenrecht getrokken grenzen, zijn strafwetgeving uit te strekken over buiten zijn grondgebied begane strafbare feiten. Evenmin kent het Unierecht een mechanisme voor een bindende jurisdictiekeuze in geval van concurrerende rechtsmacht van twee of meer lidstaten. Het kan dan ook voorkomen dat ter zake van dezelfde persoon en hetzelfde feit tegelijkertijd strafvervolgingen aanhangig zijn in twee of meer lidstaten. In haar *Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures* heeft de Commissie de nadelen geschetst die aan dergelijke vervolgingen zijn verbonden:

“Meervoudige vervolgingen zijn nadelig voor de rechten en de belangen van individuen en kunnen leiden tot overlapping van activiteiten. Beschuldigden, slachtoffers en getuigen kunnen worden opgeroepen voor hoorzittingen in verscheidene landen. Herhaalde procedures hebben met name een vermenigvuldiging van de beperkingen van hun rechten en belangen, bv. vrij verkeer, tot gevolg. Dit vergroot de psychologische lasten en de kosten en de complexiteit van de vertegenwoordiging in rechte”.⁶³⁴

⁶³² Hoofdstuk III.2.4.3.

⁶³³ Zie voor wat betreft rijbewijzen art. 7 lid 5 van Richtlijn 91/439/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende het rijbewijs, *PbEG* 1991, L 237/1, dat luidt: “Eenieder kan slechts houder zijn van één enkel door een lidstaat afgegeven rijbewijs”. Voor civielrechtelijke uitspraken zie Hoofdstuk II van Verordening 2001/44/EG van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

⁶³⁴ COM(2005)696 def., p. 3. Zie ook *Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten*, COM(2005)195 def., p. 8.

Het hiervoor besproken *ne bis in idem*-beginsel staat aan gelijktijdige meervoudige vervolgingen niet in de weg. Pas zodra in één van de betrokken lidstaten sprake is van onherroepelijke berechting, mag de andere lidstaat dezelfde persoon in beginsel niet meer vervolgen wegens dezelfde feiten.⁶³⁵ Zou in een geval van gelijktijdige vervolging het beginsel van wederzijdse erkenning onverkort worden toegepast, dan zou de voorkeur worden gegeven aan vervolging in de uitvaardigende lidstaat boven vervolging in de uitvoerende lidstaat op grond van een willekeurig criterium: wie het eerst komt, het eerst maakt. Een definitieve beslissing in de uitvaardigende lidstaat staat dan op grond van het *ne bis in idem*-beginsel in de weg aan verdere vervolging in de uitvoerende lidstaat.⁶³⁶

Niet alleen in het geval dat daadwerkelijk in twee of meer lidstaten een vervolging wordt ingesteld, maar ook wanneer slechts één lidstaat tot vervolging overgaat, kan concurrerende rechtsmacht problematisch zijn vanuit het oogpunt van wederzijdse erkenning. Men denke bijvoorbeeld aan een vervolging in de ene lidstaat ter zake van een feit dat (ten minste ten dele) is begaan in een andere lidstaat, terwijl de autoriteiten van deze laatste lidstaat niet op de hoogte zijn van dat feit. Indien bijvoorbeeld de verdachte, het slachtoffer en de getuigen woonachtig zijn in die laatste staat, zou de onverkorte verplichting tot wederzijdse erkenning van een strafrechtelijke beslissing van de vervolgende lidstaat de rechtmatige belangen van de betrokkenen én van de andere lidstaat - bijvoorbeeld indien het feit inbreuk maakt op zijn rechtsorde - kunnen schaden.

Op institutioneel niveau is de relatie tussen het probleem van concurrerende rechtsmacht en de totstandkoming van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (vaardigheid) erkend. Volgens art. 31 lid 1 onder d (oud) VEU omvat het gezamenlijke optreden van de lidstaten met betrekking tot de justitiële samenwerking in strafzaken onder meer “het voorkomen van jurisdictiegeschillen tussen lidstaten”. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is aan het voorkomen van jurisdictiegeschillen het oplossen daarvan toegevoegd.⁶³⁷ Concurrerende rechtsmacht is van invloed op de mate waarin de lidstaten uitvoering wensen te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Het *Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen* noemt als één van de parameters die van invloed zijn op de reikwijdte van de toepassing van dat beginsel al de vaststelling van gemeenschappelijke minimumnormen “die noodzakelijk zijn om de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning te vergemakkelijken, zoals op het gebied van de rechterlijke bevoegdheid [dat wil zeggen rechtsmacht]”.⁶³⁸ In het Haags Programma,⁶³⁹ waarin de Raad vijf jaar na Tampere een nieuwe meerjarige agenda voor de ontwikkeling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht ontvouwt, merkt de Raad onder de rubriek “justitiële samenwerking in strafzaken” op dat de justitiële

⁶³⁵ Het beginsel beoogt evenmin “een verdachte ertegen te beschermen dat hij mogelijkwerwijs wordt blootgesteld aan opeenvolgende onderzoeken voor dezelfde feiten in diverse overeenkomstsluitende staten”, zonder dat sprake is van onherroepelijke berechting in een lidstaat: HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 44.

⁶³⁶ *Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures*, COM(2005)696 def., p. 3 en p. 9.

⁶³⁷ Art. 82 lid 1 onder b VWEU.

⁶³⁸ *PbEG* 2001, C 12, p. 12. Bezien door een Nederlandse strafrechtelijke bril doet het vreemd aan om met betrekking tot rechtsmacht te spreken van rechterlijke bevoegdheid. Het ontbreken van rechtsmacht leidt naar Nederlands recht immers niet tot onbevoegdheid van de rechter, maar tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie.

⁶³⁹ *Het Haags Programma - versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie*, *PbEU* 2005, C 53/01.

samenwerking in strafzaken moet worden verbeterd onder meer “door versterking van de coördinatie bij opsporingsonderzoeken. Met het oog op doelmatiger strafvervolgingen moet bijzondere aandacht worden besteed aan de mogelijkheden om vanuit een oogpunt van een goede rechtsbedeling in grensoverschrijdende multilaterale zaken de vervolging in één lidstaat te concentreren”. Het programma om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, “dat betrekking heeft op rechterlijke beslissingen in alle fasen van de strafprocedure of beslissingen die anderszins relevant zijn voor dergelijke procedures, zoals (...) jurisdictiegeschillen (...)”, moet dan ook worden vervolledigd.⁶⁴⁰ In de *Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten*⁶⁴¹ die tot uitvoering van het *Haags Programma* strekt, merkt de Commissie op dat het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten zal worden versterkt en daarmee de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen zal worden vergemakkelijkt door de invoering van een procedure “om de meest geschikte plaats vast te stellen voor het instellen van de strafvervolging”.⁶⁴² De keerzijde van een en ander is evenwel dat bij het ontbreken van deze gemeenschappelijke minimumnormen inzake rechtsmacht de toepassing van het beginsel wordt bemoeilijkt, omdat de lidstaten dan beperkingen op dat beginsel noodzakelijk zullen achten.⁶⁴³ Bij invoering van zulke gemeenschappelijke normen zouden die beperkingen kunnen worden geschrapt.⁶⁴⁴

Ter uitvoering van het Haags Programma is het 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 aangenomen.⁶⁴⁵ Dit kaderbesluit beoogt (1) te voorkomen dat in twee of meer lidstaten tegen dezelfde persoon en wegens hetzelfde feit strafprocedures worden gevoerd, “hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat een einduitspraak in twee of meer lidstaten wordt gedaan waardoor het beginsel “ne bis in idem” wordt geschonden” en (2) overeenstemming te bereiken over de oplossing van de negatieve gevolgen van parallelle strafprocedures.⁶⁴⁶ Daartoe roept het kaderbesluit in de

⁶⁴⁰ Punt 3.3.1.

⁶⁴¹ COM(2005)195 def..

⁶⁴² *Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten*, COM(2005)195 def., p. 6.

⁶⁴³ De Commissie wijst in dit verband op art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit dat weigering van de overlevering mogelijk maakt, indien het feit op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is begaan: *Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures*, COM(2005)696 def., p. 10. Zie ook Barents 2006, p. 364 (“(...) harmonisatie [kan] noodzakelijk zijn om jurisdictiegeschillen te vermijden, anders gezegd, om aan te geven welk land als het oorsprongslaan moet worden beschouwd”); Janssens 2009, p. 23; Jégouzo 2006, p. 110; Klip 2012, p. 382 (“The claim for mutual recognition is stronger when it coincides with the allocation of jurisdiction”); Luchtman 2009, p. 938; Ouwerkerk 2011a, p. 275-277; Swart 2001, p. 18-19.

⁶⁴⁴ *Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures*, COM(2005)696 def., p. 10. Uitgebreider: *Annex to the GREEN PAPER on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, SEC(2005)1767, p. 63-64.

⁶⁴⁵ *PbEU* 2009, L 328/42. Dit kaderbesluit dient uiterlijk op 15 juni 2012 te zijn geïmplementeerd (art. 16 Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen). Nederland heeft uitvoering aan dit kaderbesluit gegeven door middel van de Aanwijzing rechtsmachtgeschillen bij strafprocedures (*Stcr.* 2012, nr. 11716, in werking getreden op 15 juni 2012). Zie over het voorstel voor dit kaderbesluit Luchtman 2009, p. 945-951 en over de verhouding van dit kaderbesluit tot het Kaderbesluit EAB Hoofdstuk XI.3.

⁶⁴⁶ Art. 1 lid 2 Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen.

eerste plaats een verplichting tot het leggen van contact in het leven, wanneer de bevoegde autoriteit van een lidstaat redenen heeft om te vermoeden dat in een andere lidstaat een parallelle vervolging aanhangig is. Doel daarvan is om vast te stellen of van een dergelijke strafprocedure sprake is.⁶⁴⁷ Op daartoe strekkende vragen moet de bevoegde autoriteit van de andere lidstaat reageren.⁶⁴⁸ Staat eenmaal vast dat sprake is van parallelle strafprocedures, dan zijn de bevoegde autoriteiten verplicht om rechtstreeks met elkander in overleg te treden “teneinde overeenstemming te bereiken over een effectieve oplossing ter voorkoming van de nadelige gevolgen van die parallelle procedures hetgeen, al naargelang het geval, kan leiden tot de concentratie van de strafvervolgingen in één lidstaat”.⁶⁴⁹ Bereiken de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten overeenstemming over de concentratie van de strafvervolging in één lidstaat, dan moeten de autoriteiten van de andere lidstaat daarnaar handelen.⁶⁵⁰ Verder dan een verplichting tot overleg gaat het kaderbesluit evenwel niet.⁶⁵¹ In een voor de lidstaten bindende regel ter oplossing van het rechtsmachtconflict is niet voorzien, zodat een lidstaat niet kan worden verplicht rechtsmacht uit te oefenen of daarvan afstand te doen. Wordt géén overeenstemming bereikt over concentratie van de strafprocedures,⁶⁵² dan kunnen de parallelle strafprocedures worden voortgezet.⁶⁵³ Hoewel het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen niet dwingt tot concentratie van strafvervolgingen, kan men toch zeggen dat een eerste stap is gezet in de richting van de ontwikkeling van een Unierechtelijk concentratiebeginsel, een “beginsel van een goede interstatelijke procesorde” waaruit een recht op concentratie van strafprocedures voortvloeit⁶⁵⁴ en waarvan de Hoge Raad in 2006 het bestaan nog ontkende.⁶⁵⁵

Men kan dan ook concluderen dat, zolang de regelgeving inzake strafrechtsmacht niet is geharmoniseerd en zolang niet is voorzien in een voor de lidstaten bindend mechanisme inzake jurisdictiekeuze, uitzonderingen op de plicht tot wederzijdse erkenning die verband houden met de concurrerende rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat begrijpelijk zijn.

⁶⁴⁷ Art. 2 lid 1 onder a en art. 5 lid 1 Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen.

⁶⁴⁸ Art. 6 lid 1 Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen.

⁶⁴⁹ Art. 10 lid 1 Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen.

⁶⁵⁰ Overweging 13 van de preambule bij het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen. Tot deze conclusie komt ook Peers 2011, p. 832, noot 128.

⁶⁵¹ Klip 2012, p. 407.

⁶⁵² Zie art. 12 lid 2 Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen.

⁶⁵³ Overweging 11 van de preambule bij het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen. Zo ook Klip 2012, p. 407.

⁶⁵⁴ In elk geval is verdedigbaar dat - met de inwerkingtreding van dit kaderbesluit - het Unierecht nu al een vorm van het concentratiebeginsel bevat, zij het een zwakke vorm: de op de lidstaten rustende verplichting om, voor zover de in twee of meer lidstaten aanhangige vervolgingen “dezelfde feiten” in de zin van art. 54 SUO en dezelfde verdachte(n) betreffen, te trachten deze zoveel mogelijk in één lidstaat te concentreren. In afwachting van de implementatie van het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen zou een dergelijk beginsel een rol kunnen spelen bij de rechterlijke beoordeling van het handelen of nalaten van tot vervolging bevoegde autoriteiten, bijvoorbeeld in het kader van een kort geding tegen de Staat. Het achterwege laten van (voldoende) pogingen om met de autoriteiten van de andere betrokken lidstaten tot overeenstemming te komen, zou als onrechtmatig jegens de verdachte kunnen worden beschouwd.

⁶⁵⁵ HR 19 mei 2006, NJ 2006, 459, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.5.2. Daarbij dient men te bedenken dat de casus niet betrekking had op “dezelfde feiten” in de zin van art. 54 SUO, maar op “feiten waarvan [klaagster] stelt dat deze kort na elkaar zijn gepleegd en die materieel samenhangen en onder dezelfde persoonlijke omstandigheden zijn begaan” (r.o. 3.5.1).

IV.4.3.4.5 Begrenzing door formele vereisten

In de inmiddels aangenomen regelingen die gebaseerd zijn op het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen rust op de autoriteit die haar beslissing door de autoriteit van een andere lidstaat erkend wil zien de verplichting om aan die autoriteit gegevens omtrent de beslissing te verstrekken. Welke gegevens moeten worden vermeld, hangt af van de te erkennen beslissing. Vanzelfsprekend dient het bevel of het certificaat steeds de uitvaardigende autoriteit te identificeren. Deze gegevens stellen de uitvoerende autoriteit in staat desgewenst contact te op te nemen. Verder moet steeds de aard van de nationale beslissing worden aangeduid, zodat blijkt dat de beslissing valt binnen het toepassingsbereik van de betrokken regeling. De regelingen vergen een feitelijke en juridische omschrijving van het strafbare feit ter zake waarvan de nationale beslissing is genomen. Deze omschrijving stelt de uitvoerende autoriteit in staat om na te gaan of sprake is van een weigeringsgrond (bijvoorbeeld dubbele strafbaarheid (waar toegelaten) of *ne bis in idem*). Voor zover de te erkennen beslissing ziet op aanhouding, strekt de omschrijving mede ter voldoening aan de in art. 5 lid 2 EVRM neergelegd plicht om de aangehouden persoon op de hoogte te brengen van “the reasons for his arrest”. Ten slotte vormt de omschrijving de grondslag voor de werking van het specialiteitsbeginsel (voor zover van toepassing). Waar de beslissing strekt tot vrijheidsbeneming, moeten vanzelfsprekend de personalia van de betrokken persoon worden vermeld. Aan de hand van deze gegevens kan de uitvoerende autoriteit nagaan of de persoon die voor hem is geleid degene is op wie de te erkennen beslissing betrekking heeft.

De gegevens moeten worden vermeld in het door de betrokken regeling voorgeschreven standaardbevel of -certificaat, dat in plaats van⁶⁵⁶ of naast de nationale beslissing⁶⁵⁷ aan de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat moet worden gezonden. Ontbreekt het certificaat of bevat het bevel dan wel het certificaat niet de vereiste gegevens, dan mag de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat weigeren om de beslissing te erkennen,⁶⁵⁸ volgens sommige regelingen evenwel pas nadat zij de buitenlandse autoriteit een redelijke termijn voor aanvulling gesteld heeft en deze termijn verstreken is.⁶⁵⁹ Het Kaderbesluit bevat niet een dergelijke voorziening. Wel geeft art. 15 lid 2 Kaderbesluit de uitvoerende rechterlijke autoriteit de bevoegdheid om “dringend om aanvullende

⁶⁵⁶ EAB en EBB.

⁶⁵⁷ Bijvoorbeeld een beslissing inzake toezichtmaatregelen.

⁶⁵⁸ Zie art. 7 lid 1 onder a Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevoegdheid van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; art. 7 lid 1 van Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; art. 8 lid 1 van Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59.

⁶⁵⁹ Zie art. 9 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; art. 11 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102 en art. 15 lid 1 onder a van Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

gegevens” te verzoeken, “met name in verband met de artikelen 3 tot en met 5 [weigeringsgronden en garanties] en artikel 8 [inhoud en vorm EAB]”, waarbij “zij een uiterste datum voor de ontvangst ervan [kan] vaststellen, rekening houdend met de noodzaak de in artikel 17 gestelde termijn [de beslistermijn] in acht te nemen”. Nu het Kaderbesluit niet voorziet in een weigeringsgrond, gaat het er kennelijk van uit dat de buitenlandse autoriteit de aanvullende gegevens steeds desgevraagd en binnen de eventueel gestelde termijn zal verstrekken. De praktijk is evenwel weerbarstig en laat zien dat buitenlandse autoriteiten, ondanks herhaalde “dringende” verzoeken, niet altijd - tijdig - de noodzakelijk geachte aanvullende inlichtingen verschaffen.⁶⁶⁰ Opvallend is dat de andere kaderbesluiten waarin, zoals gezegd, wel een weigeringsgrond in verband met het onvolledige bevel of certificaat voorkomt, alle dateren van ná de aanname van het Kaderbesluit EAB. Wellicht mag men dit gegeven zo duiden, dat de lidstaten tot het inzicht zijn gekomen dat een dergelijke weigeringsgrond om praktische redenen onmisbaar is. Wat daarvan ook zij, naar mijn mening valt in elk geval niet aan te nemen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit verplicht zou zijn tot tenuitvoerlegging van een EAB, indien daaraan een zodanig gebrek kleeft dat zij daardoor niet zou kunnen nagaan of zich dwingende of facultatieve gronden tot weigering voordoen.⁶⁶¹

IV.4.3.4.6 Conclusie

In de vorige drie subparagrafen zijn vier grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning besproken. Bij het opstellen van een op het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen gebaseerde regeling moet of mag de Unie met die grenzen rekening houden door in daarop berustende weigeringsgronden te voorzien. De Unie *moet* in elk geval rekening houden met de uit de eerbiediging van fundamentele rechten voortvloeiende grenzen, zo is in paragraaf 4.3.4.2 gebleken. Deze grenzen vloeien dwingend uit het - primaire - Unierecht voort. In paragraaf 4.3.4.3 is aan de orde gekomen dat het in elk geval in de opvatting van de lidstaten steeds *mogelijk* moet zijn om de erkenning en tenuitvoerlegging te weigeren op grond van het *ne bis in idem*-beginsel. In paragraaf 4.3.4.4 is gebleken dat de Unie rekening *mag* houden met concurrerende rechtsmacht van de lidstaten. Deze grens vloeit niet dwingend uit het Unierecht voort en lijkt op zichzelf problematisch in het licht van de op het beginsel van wederzijdse erkenning berustende verplichting tot erkenning en tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. Zolang evenwel de mogelijkheid bestaat dat meer dan één lidstaat bevoegd is om ter zake van één concreet strafbaar feit strafrechtelijk op te treden, zullen de lidstaten vanwege hun eigen belangen én die van de betrokken personen hechten aan weigeringsgronden die hen in staat stellen de eigen rechtsorde te laten prevaleren boven die van de uitvaardigende lidstaat. Ten slotte is in paragraaf 4.3.4.5 naar voren gekomen dat formele eisen met betrekking tot de door de uitvaardigende lidstaat verplicht te verstrekken gegevens ertoe kunnen leiden dat erkenning van de beslissing achterwege mag blijven.

Waar een weigeringsgrond voortkomt uit of verband houdt met één van deze grenzen, wekt deze weigeringsgrond geen verbazing tegen de achtergrond van het beginsel van

⁶⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 23 oktober 2009, *LJN* BK5103.

⁶⁶¹ Voor de goede orde zij opgemerkt dat art. 28 lid 2 OLW tot weigering van de overlevering verplicht, indien het EAB niet voldoet aan de in art. 2 OLW gestelde eisen. Het hier besprokene regardeert de vraag of een dergelijke weigeringsgrond zich met het beginsel van wederzijdse erkenning en met het Kaderbesluit verdraagt.

HOOFDSTUK IV

wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Deze grenzen vormen dus de basis van het in paragraaf 3 genoemde verbazingscriterium. Aan de hand van deze grenzen, althans aan de hand van drie daarvan, zal ik in de volgende hoofdstukken onderzoeken in hoeverre de in paragraaf 2 geïntariseerde weigeringsgronden verbazing wekken, oftewel problematisch zijn, tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De grenzen die voortvloeien uit of verband houden met formele eisen en de daarmee samenhangende weigeringsgronden zullen verder buiten beschouwing blijven, omdat dit proefschrift een materieel perspectief heeft: procedurele aspecten vormen geen onderwerp van vergelijking tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht.⁶⁶²

⁶⁶² Zie Hoofdstuk I.2.1 en paragraaf 2.

HOOFDSTUK V Schending van mensenrechten

V.1 Inleiding

V.2 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond

V.2.1 Uitlevering, overlevering en het EVRM

V.2.1.1 Uitlevering en het EVRM

V.2.1.2 Uitlevering en overlevering aan EVRM-partijen

V.2.1.3 Garanties

V.2.2 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond van uitlevering

V.2.2.1 Inleiding

V.2.2.2 De uitleveringsrechter

V.2.2.3 De burgerlijke rechter

V.2.3 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond van overlevering

V.2.3.1 Het Kaderbesluit

V.2.3.2 De Overleveringswet

V.2.3.3 De rechtspraak

V.3 Oplegging en tenuitvoerlegging doodstraf

V.3.1 De doodstraf en het EVRM

V.3.2 De doodstraf en uitlevering

V.3.3 De doodstraf en overlevering

V.4 Oplegging en tenuitvoerlegging levenslange vrijheidssanctie

V.4.1 Levenslange vrijheidssanctie en het EVRM

V.4.2 Levenslange vrijheidssanctie en uitlevering

V.4.3 Levenslange vrijheidssanctie en overlevering

V.5 Discriminatoire vervolging of bestraffing

V.5.1 Discriminatoire vervolging of bestraffing en uitlevering

V.5.2 Discriminatoire vervolging of bestraffing en het Kaderbesluit

V.5.3 Discriminatoire vervolging of bestraffing en de Overleveringswet

V.6 Conclusie

V.1 Inleiding

In de Hoofdstukken III en IV is gebleken dat het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Dat vertrouwen heeft betrekking op de rechtsstelsels van de lidstaten in het algemeen en de deugdelijke toepassing daarvan in het bijzonder. In Hoofdstuk IV is verder gebleken dat op de (instellingen van de) Unie én op de lidstaten - voor wat betreft de lidstaten: voor zover zij Unierecht uitvoeren - de verplichting rust om, kort gezegd, de mensenrechten van het EVRM en van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie te eerbiedigen.⁶⁶³ Die verplichtingen, die voor de lidstaten ook nog eens afzonderlijk uit hun ratificatie van of toetreding tot het EVRM voortvloeien, vormen de gemeenschappelijke basis waarop die hoge mate van wederzijds vertrouwen berust. Die hoge mate van vertrouwen brengt ten aanzien van de strafrechtelijke producten van de afzonderlijke rechtsstelsels - de strafrechtelijke beslissingen - mee dat zij geacht worden de uitkomst te zijn van een correcte toepassing van het recht van de lidstaat waarin de beslissing is genomen, met inachtneming van het EVRM en van het Handvest.

Met een en ander lijkt dan ook niet te stroken dat een autoriteit van een andere lidstaat onderzoekt of bij de totstandkoming van die beslissing de mensenrechten van de betrokken persoon zijn geschonden of dat deze na erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de uitvaardigende lidstaat zullen worden geschonden. Strekt het EAB tot strafvervolgning, dan zal de rechter in de uitvaardigende lidstaat zich immers nog over de zaak moeten buigen. De opgeëiste persoon zal zich met zijn klachten dan tot die rechter kunnen wenden. Strekt het EAB daarentegen tot tenuitvoerlegging van een opgelegde, onherroepelijke sanctie, dan heeft de opgeëiste persoon zijn klachten aan de rechter in de uitvaardigende lidstaat kunnen voorleggen. In elk geval is de uitvaardigende lidstaat als partij bij het EVRM gehouden om aan de overgeleverde persoon een daadwerkelijk rechtsmiddel te verschaffen tegen een schending van zijn EVRM-rechten, zo volgt uit art. 13 EVRM. Uit art. 6 lid 1 VEU, in samenhang met art. 47 Handvest, volgt de vergelijkbare verplichting om aan de overgeleverde persoon wiens “door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden” - waaronder dus ook de in het Handvest gegarandeerde rechten en vrijheden vallen - een “doeltreffende voorziening in rechte” te verschaffen. Na uitputting van de nationale rechtsmiddelen kan de overgeleverde persoon zich bovendien tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wenden met de klacht dat zijn EVRM-rechten zijn geschonden. Zulks strookt met de gedachte van wederzijdse erkenning dat de beoordeling van de *merites* van de zaak al heeft plaatsgevonden of nog zal plaatsvinden in de uitvaardigende lidstaat. Aan de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat is slechts de beperkte bevoegdheid opgedragen om na te gaan of zich één of meer van de beperkte en limitatief omschreven dwingende of facultatieve gronden tot weigering voordoen.

Deze benadering ligt bijvoorbeeld ten grondslag aan de wederzijdse erkenning van beslissingen inzake de terugkeer van een kind in geval van kinderontvoering. De preambule

⁶⁶³ Zo rust uit hoofde van art. 6 (oud) VEU en van art. 1 lid 3 Kaderbesluit op de uitvaardigende lidstaat de verplichting om het “legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen (nullum crimen, nulla poena sine lege)” te eerbiedigen: HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 53.

van de Verordening die deze vorm van erkenning regelt,⁶⁶⁴ deelt mee dat de verordening is gebaseerd op het beginsel van wederzijds vertrouwen⁶⁶⁵ en dat zij “de grondrechten [erkent] en (...) in overeenstemming [is] met de beginselen, die zijn erkend bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In het bijzonder beoogt zij de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie zijn erkend, ten volle te eerbiedigen”. Omdat het systeem van de verordening berust op het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten “dat de respectievelijke nationale rechtsordes in staat zijn om een effectieve en gelijkwaardige bescherming te bieden van de op Unieniveau, in het bijzonder in het Handvest van de grondrechten, erkende grondrechten”, is het volgens het Hof van Justitie alleen aan de rechters in de lidstaat waar de ten uitvoer te leggen beslissing is gegeven om de rechtmatigheid van de beslissing te toetsen aan de eisen van art. 24 Handvest, dat onder meer bepaalt dat aan de mening van kinderen in hen betreffende aangelegenheden in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang wordt gehecht.⁶⁶⁶

Aan de andere kant rust ook op de uitvoerende lidstaat de verplichting om het EVRM en het Handvest te eerbiedigen. Of de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat zich over gestelde voltooide of dreigende mensenrechtenschendingen in de uitvaardigende lidstaat moet of mag buigen, hangt dan ook af van de inhoud en reikwijdte van die verplichtingen. In paragraaf 2 zal ik daarom eerst onderzoeken welke grenzen het EVRM stelt aan de aangezochte staat bij uitlevering en aan de uitvoerende lidstaat bij overlevering. Vervolgens behandel ik schending van het EVRM als algemene grond tot weigering van uitlevering. Ten slotte onderzoek ik of het Kaderbesluit de invoering van EVRM-schending als algemene weigeringsgrond toelaat en bespreek ik de algemene weigeringsgrond inzake schending van het EVRM die in art. 11 Olw is neergelegd.

Tegen de achtergrond van het in paragraaf 2 behandelde bespreek ik in de volgende drie paragrafen drie specifieke mensenrechtelijke kwesties: oplegging en tenuitvoerlegging van de doodstraf (paragraaf 3), oplegging en tenuitvoerlegging van een levenslange vrijheidsbenemende sanctie (paragraaf 4) en discriminatoire behandeling of bestraffing (paragraaf 5). De problematiek van de verstekvonnissen, eveneens een mensenrechtelijke kwestie, zal ik in een afzonderlijk hoofdstuk behandelen (Hoofdstuk VI).

In paragraaf 6 trek ik ten slotte de conclusies uit de voorgaande paragrafen.

V.2 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond

V.2.1 Uitlevering, overlevering en het EVRM

V.2.1.1 Uitlevering en het EVRM

Inleiding

Van begin af aan hebben de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens duidelijk gemaakt dat het EVRM niet als

⁶⁶⁴ Verordening 2201/2003/EG van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening 1347/2000/EG, *PbEU* 2003, L 338.

⁶⁶⁵ Overweging 21 van de preambule bij Verordening 2201/2003/EG.

⁶⁶⁶ HvJ EU 22 december 2010, zaak C-491/10 PPU (Aguirre Zarraga), r.o. 69-70.

zodanig een recht kent om van uitlevering verschoond te blijven.⁶⁶⁷ Art. 5 lid 1 onder f EVRM erkent immers de vrijheidsbeneming *met het oog op uitlevering* als legitiem. Desalniettemin hebben de partijen bij het EVRM “agreed to restrict the free exercise of their rights under general international law, including their right to control the entry and exit of foreigners, to the extent and within the limits of the obligations they have accepted under the Convention (...)”.⁶⁶⁸ Hoewel het EVRM niet het recht kent om van uitlevering verschoond te blijven, kan uitlevering dus toch van invloed zijn op de uitoefening van wel in dat verdrag garandeerde rechten en kan uitlevering dus, wanneer daarbij niet binnen de door die rechten gestelde grenzen wordt gebleven, een schending van het EVRM opleveren.

De gevallen waarin de aangezochte staat het EVRM schendt door uitlevering, kan men onderscheiden in gevallen waarin die schending uitsluitend betrekking heeft op het handelen of nalaten van de aangezochte staat en gevallen waarin die schending betrekking heeft op de behandeling die, naar de aangezochte staat weet of redelijkerwijs kan vermoeden, de opgeëiste persoon na uitlevering in de verzoekende staat ten deel zal vallen of al ten deel is gevallen.⁶⁶⁹

Schending EVRM door uitlevering: eerste categorie

In de eerste categorie valt schending van art. 8 EVRM.⁶⁷⁰ De uitlevering van de opgeëiste persoon levert een inmenging op in de uitoefening van zijn recht op respect voor zijn privéleven en, voor zover toepasselijk, voor zijn gezinsleven als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM.⁶⁷¹ Het tweede lid van art. 8 EVRM verbiedt elke inmenging in dit recht door een publieke autoriteit, maar maakt een uitzondering voor een dergelijke inmenging voor zover deze “in accordance [is] with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. Bij de beantwoording van de vraag of de inmenging een in art. 8 lid 2 EVRM genoemd doel nastreeft, mag worden betrokken of een alternatief voor uitlevering aanwezig is, bijvoorbeeld vervolging in de aangezochte staat. Zijn er evenwel goede redenen om aan te nemen dat vervolging in de verzoekende staat meer aangewezen is,

⁶⁶⁷ Zie bijvoorbeeld ECRM 30 juni 1964, YB 7, p. 328; ECRM 13 december 1965, YB 8, p. 261; ECRM 30 september 1974, D&R 1, p. 74; ECRM 6 oktober 1976, D&R 6, p. 141; ECRM 9 december 1980, D&R 24, p. 213; EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 85.

⁶⁶⁸ Zie bijvoorbeeld ECRM 30 september 1974, D&R 1, p. 74 (mijn cursivering) en EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Öçalan/Turkije), § 86: “The Convention does not prevent cooperation between States, within the framework of extradition treaties or in matters of deportation, for the purpose of bringing fugitive offenders to justice, provided that it does not interfere with any specific rights recognised in the Convention (...)”.

⁶⁶⁹ Vgl. Berry 2006, p. 630-638, die onderscheidt tussen “(b)reaches of the ECHR effected solely by the removing State” en “(b)reaches of the ECHR effected in de receiving State”; Mus 1996, p. 155-167, die spreekt van “(s)chending van het EVRM in de verzochte staat zelf” en “(m)edeplichtigheid aan schending van het EVRM in de verzoekende staat”. Zie over de onjuistheid van de kwalificatie “medeplichtigheid” verderop.

⁶⁷⁰ Berry 2006, p. 630-631; Breitenmoser 2004, p. 212-217; Mus 1996, p. 157-158.

⁶⁷¹ ECRM 4 september 1995, D&R 82-B, p. 134 (Raidl/Oostenrijk); ECRM 8 december 1997, nr. 27279/95 (Launder/Verenigd Koninkrijk); EHRM 18 april 2002, nr. 72032/01 (Aronica/Bondsrepubliek Duitsland); EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk).

dan dient de uitlevering het legitieme doel van de “prevention of disorder or crime”.⁶⁷² Vervolgens moet worden onderzocht of er een “fair balance” bestaat tussen de inmenging en dat legitieme doel. Die inmenging mag niet disproportioneel zijn ten opzichte van dat doel. Bij die weging spelen de internationale verplichtingen van de aangezochte staat ten opzichte van de verzoekende staat een grote rol: “Mindful of the importance of extradition arrangements between States in the fight against crime (and in particular crime with an international or cross-border dimension), the Court considers that it will only be in exceptional circumstances that an applicant’s private or family life in a Contracting State will outweigh the legitimate aim pursued by his or her extradition”.⁶⁷³ Bij de beantwoording van de vraag of van dergelijke buitengewone omstandigheden sprake is, vormt de ernst van de strafbare feiten waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht, een belangrijke factor.⁶⁷⁴

Schending EVRM door uitlevering: tweede categorie

Voor de tweede - voor het onderwerp van dit proefschrift meer relevante - categorie van gevallen is van belang dat ingevolge art. 1 EVRM de verdragspartijen “shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”. Art. 1 EVRM bepaalt de reikwijdte van de verplichtingen van de lidstaten en dus hun aansprakelijkheid onder het EVRM. Die verplichtingen en aansprakelijkheid strekken zich slechts uit tot “everyone within their jurisdiction”. Volgens het Europees Hof is het begrip “jurisdiction” een “essentially territorial notion”. Dat betekent dat een verdragspartij in beginsel alleen aansprakelijk is voor haar handelen en nalaten op haar eigen grondgebied. Bijgevolg kunnen alleen in uitzonderlijke gevallen handelingen “performed, or producing effects, outside their territories” worden aangemerkt als de uitoefening van “jurisdiction” in de zin van art. 1 EVRM. Tot deze uitzonderlijke gevallen behoort de uitlevering van een persoon die zich op het grondgebied en dus binnen de “jurisdiction” van de aangezochte staat bevindt, terwijl de (mogelijke) nadelige gevolgen voor de rechten van de opgeëiste persoon zich buiten het grondgebied van de aangezochte staat verwezenlijken.⁶⁷⁵

Hierbij moet worden bedacht dat de “Convention does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States. Article 1 cannot be read as justifying a general principle to the effect that, notwithstanding its extradition obligations, a Contracting State may not surrender an individual unless satisfied that the conditions awaiting him in the country of destination are in *full* accord with *each* of the safeguards of the Convention”.⁶⁷⁶ Hieraan ligt kennelijk een afweging ten grondslag tussen aan de ene

⁶⁷² EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 29.

⁶⁷³ EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 29, met verwijzing naar ECRM 8 december 1997, nr. 27279/95 (Launder/Verenigd Koninkrijk). Zo ook EHRM 6 juli 2010, nrs. 24027/07, 11949/08 en 36742/08 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk), § 172. Vgl. Trechsel 1992, p. 649: “(...) it is hard to conceive of a case where the danger of disrupting family life might outweigh the interest of effectively combatting crime by granting extradition”.

⁶⁷⁴ In gevallen van *uitzetting* hanteert het Europees Hof een strengere proportionaliteitstoets. Uitzetting is namelijk een eenzijdige rechtshandeling die alleen in het belang is van de verwijderende staat, terwijl uitlevering de belangen van de beide betrokken staten dient en, in geval van transnationale misdaad, die van de gehele statengemeenschap.

⁶⁷⁵ Zie over deze gevallen verder Berry 2006.

⁶⁷⁶ EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 86 (mijn cursivering).

kant het belang van een bescherming van de rechten van de betrokken persoon die “practical and effective” is en aan de andere kant de belangen die zijn gemoeid met uitlevering.

Schending EVRM door uitlevering: art. 3 EVRM

Uit het in de vorige alinea gegeven citaat volgt dat de aansprakelijkheid van de aangezochte staat voor *sommige* van de voor hem voorzienbare gevolgen van uitlevering niet is uitgesloten. Daaronder vallen in de eerste plaats de gevolgen die een bij art. 3 EVRM verboden vorm van behandeling opleveren. In het *Soering*-arrest heeft het Europees Hof namelijk geoordeeld dat de aangezochte staat aansprakelijk is onder art. 3 EVRM “where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country”.⁶⁷⁷ Niet alleen in geval van gevaar voor foltering in de verzoekende staat, maar ook in geval van gevaar voor onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen in die staat kan de uitlevering dus in strijd met art. 3 EVRM zijn.⁶⁷⁸

Het Europees Hof stelt in het *Soering*-arrest voorop dat bij de uitleg van het EVRM rekening moet worden gehouden met het bijzondere karakter van dit verdrag. De bepalingen van het EVRM moeten zo worden uitgelegd en toegepast dat zij een “practical and effective” bescherming bieden. Die uitleg en toepassing moeten bovendien stroken met “the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society (...)”.⁶⁷⁹ Vervolgens wijst het Europees Hof erop dat art. 3 EVRM geen uitzonderingen toelaat. Ingevolge art. 15 lid 2 EVRM zijn bovendien geen afwijkingen van art. 3 EVRM toegestaan in tijd van oorlog of in geval van een algemene noodtoestand. Art. 3 EVRM behelst dus een absoluut verbod en is “one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe”. Met de vaststelling dat de verdragspartijen aansprakelijk zijn voor de naleving van dat absolute verbod binnen hun “jurisdiction” is nog niet de vraag beantwoord of zij aansprakelijk zijn voor mogelijke foltering dan wel onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing buiten hun “jurisdiction”, namelijk in de staat waaraan zij een opgeëiste persoon uitleveren. Aan de omstandigheid dat in het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en onterende behandeling of bestraffing een uitdrukkelijk verbod op uitlevering van de betrokken persoon is neergelegd “where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture” mag niet *a contrario* worden afgeleid dat een dergelijk verbod niet ook in de meer algemene bewoordingen van art. 3 EVRM besloten zou liggen. Zoals gezegd moeten de uitleg en toepassing stroken met de “general spirit” van het EVRM. Het Europees Hof concludeert dan ook dat “It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that “common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law” to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture,

⁶⁷⁷ EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 91. Zie over deze zaak onder meer Battjes 2008; Dugard & Van Den Wijngaert 1998, p. 187-212; Rozemond 2009, p. 14-17; Smeulders 2002, p. 59-66; Zühlke & Pastille 1999, p. 749-784.

⁶⁷⁸ EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk), § 121-123.

⁶⁷⁹ EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 87.

however heinous the crime allegedly committed. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3, would plainly be contrary to the spirit and intentment of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article".⁶⁸⁰

Handelen in strijd met de verplichtingen die voor de aangezochte staat uit de art. 1 en 3 EVRM voortvloeien, brengt zijn aansprakelijkheid onder die bepalingen mee. De aansprakelijkheid van de staat van bestemming is niet in het geding. Waar deze staat niet bij het EVRM is aangesloten, kan het Europees Hof immers niet over zijn handelen en nalaten oordelen. De aansprakelijkheid van de aangezochte staat voor de - mogelijke - gevolgen van uitlevering is dus niet gelegen in het meewerken aan een schending van het EVRM door een andere staat. Het EVRM geldt niet voor die andere staat, zodat die staat het EVRM niet kan schenden en van "medeplichtigheid" aan een schending *a fortiori* geen sprake kan zijn.⁶⁸¹ De kern van de aansprakelijkheid van de aangezochte staat is dat hij een persoon die zich in zijn "jurisdiction" bevindt daaruit verwijderd en daardoor blootstelt aan handelen of nalaten dat, indien begaan door een partij bij het EVRM, een schending daarvan zou opleveren.⁶⁸² Die aansprakelijkheid vloeit voort uit de *positieve* verplichting die art. 3 EVRM, in samenhang met art. 1 EVRM, aan de aangezochte staat oplegt. De aangezochte staat moet zich niet alleen onthouden van foltering etc. van een persoon die zich in zijn "jurisdiction" bevindt (de *negatieve* verplichting), maar moet die persoon ook *beschermen* tegen dergelijke "ill-treatment", ook al vindt deze buiten zijn "jurisdiction" en door een andere staat plaats.

Die aansprakelijkheid bestaat evenwel alleen voor zover het handelen of nalaten van de staat van bestemming voorzienbaar is voor de aangezochte staat.⁶⁸³ Of sprake is van een "real risk" moet dan ook worden beoordeeld "primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the extradition". Het Hof kan evenwel rekening houden met informatie die na de uitlevering voor de dag komt, omdat zulke informatie "may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party of the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears". Indien de aangezochte staat de klager nog niet heeft uitgeleverd, bijvoorbeeld omdat hij gevolg heeft gegeven aan een door het Europees Hof getroffen *interim measure*,⁶⁸⁴ is de stand van zaken ten tijde van de procedure voor het

⁶⁸⁰ EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 88.

⁶⁸¹ Lawson 1999, p. 242. Anders Mus 1996, p. 158 en Trechsel 1992, p. 658, die spreekt van "participation in the eventual violation of human rights in the requesting state". Zie over de aansprakelijkheid van de aangezochte staat, indien de verzoekende staat eveneens bij het EVRM is aangesloten paragraaf 2.1.2.

⁶⁸² EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 91.

⁶⁸³ EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 86 in fine, §88 en § 91.

⁶⁸⁴ Op grond van Rule 39 van de Rules of Court kan een kamer van het Hof of de President van die kamer "at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it". Een *interim measure* wordt in de praktijk alleen getroffen "if there is an imminent risk of irreparable damage": EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, NJ 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije), § 104. Indien het Hof een *interim measure* heeft genomen, inhoudende dat uitlevering niet wenselijk is voordat het Hof over de klacht heeft beslist, en de aangezochte staat desondanks tot uitlevering overgaat, schendt hij art. 34 EVRM: EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, NJ 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije), § 128.

Europees Hof beslissend.⁶⁸⁵ In beginsel rust op de klager de verplichting om bewijs aan te voeren “capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3”.⁶⁸⁶ Slaagt hij erin zulk bewijs aan te voeren, dan is het aan de aangezochte staat om dat bewijs te weerleggen.⁶⁸⁷

Bij de vaststelling of de gevreesde “ill-treatment” voldoet aan het vereiste “minimum level of severity” bestaat geen ruimte voor een afweging tussen enerzijds het risico op een behandeling in strijd met art. 3 EVRM dat de betrokkene loopt en anderzijds de redenen voor zijn uitzetting of uitlevering (zoals het gevaar dat de betrokken persoon door zijn gedragingen oplevert).⁶⁸⁸

De aansprakelijkheid van een verdragspartij onder art. 3 EVRM geldt niet alleen voor de gevolgen van uitlevering, maar ook voor die van uitzetting⁶⁸⁹ en meer in het algemeen voor die van “any other type of removal”.⁶⁹⁰

Schending EVRM door uitlevering: doodstraf

Ook in de artikelen 2 EVRM (recht op leven), 1 Protocol 6 EVRM en 1 Protocol 13 EVRM (verbod op oplegging en tenuitvoerlegging van de doodstraf), in samenhang met art. 1 EVRM, heeft het Europees Hof een impliciet verbod op uitlevering gelezen, voor zover de opgeëiste persoon na uitlevering het risico loopt om te worden onderworpen aan de doodstraf. Bovendien kan de angst voor oplegging en tenuitvoerlegging van de doodstraf

⁶⁸⁵ EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, NJ 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije), § 69.

⁶⁸⁶ Verwijzingen naar de - slechte - algemene mensenrechtensituatie in de staat van bestemming zijn in de regel onvoldoende. Zie bijvoorbeeld EHRM 10 februari 2011, nr. 12343/10 (Dzhakysbergenov alias Jaxybergenov/Oekraïne), § 38. Dat uitgangspunt lijdt uitzondering, indien die situatie zodanig slecht is, dat een bepaalde groep systematisch wordt onderworpen aan bij art. 3 EVRM verboden handelingen. In een dergelijk geval kan de klager ermee volstaan “serious reasons to believe in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned” aan te tonen: EHRM (Grote Kamer) 28 februari 2008, nr. 37201/06 (Saadi/Italië), § 132. Zijn er bijvoorbeeld ernstige redenen om aan te nemen dat in de staat van bestemming *iedere* gedetineerde verdachte het risico op foltering loopt, dan is uitlevering aan die staat in strijd met art. 3 EVRM: EHRM 23 oktober 2008, nr. 2440/07 (Soldatenko/Oekraïne), § 72.

⁶⁸⁷ EHRM (Grote Kamer) 28 februari 2008, nr. 37201/06 (Saadi/Italië), § 129. Zie over de wijze waarop het Europees Hof een gestelde schending van art. 3 EVRM beoordeelt verder Smeulders 2002, p. 112-135.

⁶⁸⁸ EHRM (Grote Kamer) 15 november 1996, NJ 1997, 301, m.nt. P.J. Boon (Chahal/Verenigd Koninkrijk), § 81 (uitzetting); EHRM (Grote Kamer) 26 februari 2008, nr. 37201/06 (Saadi/Italië), § 138 (uitzetting); EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk), § 124-125 (uitlevering). Het Europees Hof is dus teruggekomen op EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 89, waarin het Hof een dergelijke afweging wel van belang achtte in “extradition cases”.

⁶⁸⁹ EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89 (Cruz Varas e.a./Zweden), § 70.

⁶⁹⁰ EHRM 15 maart 2005, nr. 38704/03 (Veermäe/Finland), met betrekking tot de overbrenging van een gevonniste persoon onder het VOGP in samenhang met het Aanvullend Protocol VOGP. Het Europees Hof spreekt van “any other type of removal of a foreign national”. De klager was onderdaan van Estland en dus ten opzichte van Finland inderdaad een “foreign national”. Ook de uitlevering, uitzetting of “any type of removal” van *eigen onderdanen* kan vanzelfsprekend de aansprakelijkheid onder art. 3 EVRM in het leven roepen. Zie bijvoorbeeld EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), betreffende de uitlevering van een Britse onderdaan aan Australië. Zie ook EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk), § 120: “(...), the Court considers that the question whether there is a real risk of treatment contrary to Article 3 in another State cannot depend on the legal basis for removal to that State”.

zodanig psychisch lijden veroorzaken, dat sprake is van een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM.⁶⁹¹ De rechtspraak inzake de doodstraf zal ik in paragraaf 3.1 bespreken.

De door het Hof uit de art. 2 en 3 EVRM en de art. 1 Protocol 6 EVRM en 1 Protocol 13 EVRM afgeleide uitleveringsverboden berusten op “the fundamental importance of these provisions, whose guarantees it is imperative to render effective in practice (...). *Such compelling considerations do not automatically apply under the other provisions of the Convention. On a purely pragmatic basis, it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention*”.⁶⁹²

Schending EVRM door uitlevering: art. 6 EVRM

Desalniettemin sloot het Europees Hof in het *Soering*-arrest niet uit dat “an issue might exceptionally be raised under Article 6 by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country”, omdat het recht op een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM “a prominent place in a democratic society” inneemt.⁶⁹³ Hetzelfde geldt voor een beslissing tot uitzetting⁶⁹⁴ en voor een beslissing tot overlevering.⁶⁹⁵

Duidelijk is dat niet elke voltooide of toekomstige schending van het recht op een eerlijk proces meebrengt dat de uitlevering art. 6 EVRM zou schenden.⁶⁹⁶ Het Europees Hof spreekt immers van een “flagrant denial of a fair trial” - in de Franse versie “un déni de justice flagrant”; vanaf het arrest *Drozd*⁶⁹⁷ gebruikt het Hof ook wel het begrip “a flagrant denial of justice” als synoniem - hetgeen, volgens de rechters Bratza, Bonello en Hedigan

⁶⁹¹ EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rapo/Albanië, §70; EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08 (Al-Saadoon en Mufdhi/Verenigd Koninkrijk), § 137 en § 144.

⁶⁹² EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03 (F./Verenigd Koninkrijk) (mijn cursivering); EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05 (Z. en T./Verenigd Koninkrijk). Lawson merkt op dat de rechtsbasis van de *Soering*-rechtspraak, art. 1 EVRM, juist meebrengt dat in beginsel *elk* in het EVRM gegarandeerd recht de aansprakelijkheid van de verwijderende staat in het leven kan roepen: Lawson 1999, p. 245. Zo kennelijk ook Breitenmoser 2004, p. 200: “(...) müssen die Vertragsstaaten in allen Fallen der Ausweisung oder Auslieferung (...) grundsätzlich den Schutz sämtlicher Konventionsgarantien, insbesondere ihre Kernbereiche, gewährleisten”.

⁶⁹³ EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 113.

⁶⁹⁴ EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03 (Tomic/Verenigd Koninkrijk); EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05 (Z. en T./Verenigd Koninkrijk); EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk).

⁶⁹⁵ EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland); EHRM 1 februari 2011, nr. 360/10 (Mann/Verenigd Koninkrijk en Portugal).

⁶⁹⁶ Volgens Van Hoek en Luchtman laat het *flagrant denial*-criterium zich door twee omstandigheden verklaren, namelijk de omstandigheid dat het arrest *Soering* betrekking had op “future potential breaches” (in plaats van “breaches which have already occurred”) en de omstandigheid dat in die zaak de staat van bestemming een “non-Convention state” was: Van Hoek & Luchtman 2005, p. 8-9 en p. 20. Het is juist dat *Soering* klaagde over mogelijke toekomstige gebeurtenissen, maar deze omstandigheid kan het criterium niet verklaren, nu het Hof in *Soering* spreekt van gevallen waarin de opgeëiste persoon “has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial” (mijn cursivering). Trechsel wijst erop dat aldus een “prior violation” van art. 6 EVRM, bijvoorbeeld in geval van een uitlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een “in gross violation of article 6” opgelegde straf, kan leiden tot een verbod op uitlevering: Trechsel 1992, p. 654. In paragraaf 2.1.2 zal blijken dat het *flagrant denial*-criterium evenmin verband houdt met de tweede omstandigheid.

⁶⁹⁷ EHRM 26 juni 1992, NJ 1995, 258, m.nt. Kn (Drozd en Janousek/Frankrijk en Spanje), § 110.

meer lijkt te eisen dan “mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself”, maar “a breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article”.⁶⁹⁸ De rechtspraak van het Europees Hof bevestigt inderdaad dat een enkele schending van het recht op een eerlijk proces onvoldoende is. Die schending moet flagrant zijn, wil zij de aansprakelijkheid van de aangezochte staat onder art. 6 EVRM in het leven roepen.⁶⁹⁹

Dat uitlevering alleen in uitzonderlijke gevallen strijd met art. 6 EVRM kan opleveren en dan nog alleen, indien sprake is van een “flagrant denial of a fair trial”, houdt kennelijk verband met de aard van de rechten die art. 6 EVRM waarborgt. Art. 3 EVRM is één van de fundamentele rechten van het EVRM, dat geen beperkingsgronden kent en waarvan ook in oorlogstijd of algemene noodtoestand niet mag worden afgeweken. Art. 6 EVRM neemt daarentegen slechts een “prominent place” in. Hoewel art. 6 EVRM geen beperkingsgronden kent,⁷⁰⁰ volgt uit de rechtspraak van het Europees Hof wel dat de in art. 6 EVRM gegeven rechten niet absoluut zijn en dat van geval tot geval moet worden bepaald of een proces *als geheel* eerlijk is geweest.⁷⁰¹ De bepaling hoort evenmin tot die rechten en vrijheden van het EVRM die *Notstandsfest* zijn. Het Europees Hof lijkt dus met betrekking tot uitlevering, uitzetting en overlevering een rangorde te hanteren, waarin het recht op een eerlijk proces duidelijk een lagere plaats inneemt dan het recht om gevrijwaard te blijven

⁶⁹⁸ Punt 14 van hun joint partly dissenting opinion bij EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, NJ 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije). In vergelijkbare zin House of Lords 17 juni 2004, R (Ullah) v Special Adjudicator [2004] 2 AC 323, paragraaf 69, *per* Carswell LJ: “(...) the right in question would be completely denied or nullified in the destination country”. Anders Smeulers, die van mening is dat bij de invulling van het begrip moet worden aangesloten bij de rechtspraak in “gewone strafzaken” waarin het Europees Hof onderzoekt of het proces in zijn geheel genomen eerlijk is geweest. Een lichte overtreding van een deelaspect van art. 6 EVRM is onvoldoende, zolang de kern van het recht op een eerlijk proces niet is aangetast: Smeulers 2002, p. 62-63; Smeulers 2004, p. 80. Deze invulling lijkt mij onaannemelijk, nu het Europees Hof juist het begrip “flagrant denial” hanteert in plaats van bijvoorbeeld “violation of Article 6 § 1” of “breach of Article 6”. Vgl. EHRM 26 januari 2010, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 23: “(...) the Court considers that the present applicant has failed to demonstrate that his trial in Australia would give rise to a breach of Article 6, still less that it would amount to a flagrant denial of justice of the kind contemplated by the Court in *Soering* and *Mamatkulov*”.

⁶⁹⁹ Zie bijv. EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03 (Tomic/Verenigd Koninkrijk): “(...) the Court does not find that the risk of (...) unfair procedures reaches the flagrant level necessary for the threatened expulsion to raise issues under (...) Article 6”; EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, NJ 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije), § 91: “Although, in the light of the information available, there may have been reasons for doubting at the time that they would receive a fair trial in the State of destination, there is not sufficient evidence to show that any possible irregularities in the trial were liable to constitute a flagrant denial of justice within the meaning of paragraph 113 of *Soering*, cited above”; EHRM 15 december 2009, nr. 43212/05 (Kaplan/Duitsland): “(...) la Cour estime que la décision des autorités allemandes d'éloigner le requérant du territoire allemand en dépit des circonstances permettant de croire que le procès pénal dont il allait faire l'objet ne respecterait pas tous les droits du requérant tel que consacrés par l'article 6 de la Convention, n'a pas emporté violation de cette disposition”. Zie verder Bosch 2010, p. 718-721.

⁷⁰⁰ Vgl. Mus 1996, p. 168, die het criterium verklaart uit het ontbreken van een beperkingsclausule in art. 6 EVRM op grond waarvan een afweging zou kunnen worden gemaakt tussen de belangen bij uitlevering en de belangen van de opgeëiste persoon. Het onderscheid tussen “lichte” en flagrante schendingen stelt volgens hem het Hof in de gelegenheid op flexibele wijze toch de betrokken belangen af te wegen. In vergelijkbare zin ook Vermeulen 1990, p. 331.

⁷⁰¹ Zie Trechsel 2005, p. 86-89 en daar genoemde rechtspraak.

van foltering en anderszins onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing. Het criterium “flagrant denial” vormt de uitdrukking van een afweging tussen aan de ene kant de niet absolute aard van het recht op een eerlijk proces en aan de andere kant het belang van de internationale samenleving bij bestrijding van criminaliteit door middel van uitlevering.⁷⁰²

Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof zijn criterium “flagrant denial of justice” als een “stringent test of unfairness” ziet. Het Hof heeft zich op dit punt aangesloten bij de hiervoor genoemde *partly dissenting opinion* van de rechters Bratza, Bonello en Hedigan bij het arrest *Mamatkulov en Askarov*. Er is meer nodig dan “mere irregularities or lack of safeguards in the trial proceedings such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself”. Een “flagrant denial of justice” is een “breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article”.⁷⁰³ Het Hof heeft tot op heden maar in één geval daadwerkelijk een schending van art. 6 EVRM door de verwijderende staat geconstateerd en heeft daarnaast een aantal bijzondere gevallen omschreven die een “flagrant denial of a fair trial” of een “flagrant denial of justice” zouden opleveren. In de zaak *Othman (Abu Qatada)* stelde het Hof vast dat het Verenigd Koninkrijk art. 6 EVRM zou schenden in geval van uitzetting van de betrokkene. De uitzetting van Othman naar Jordanië zou hem namelijk blootstellen aan een “flagrant denial of justice” vanwege het reële risico dat bij zijn berechting in Jordanië gebruik zou worden gemaakt van door foltering van derden verkregen verklaringen. Gebruik van door foltering verkregen bewijs zou niet alleen immoreel en onrechtmatig zijn, maar zou bovendien tot een volslagen onbetrouwbare uitkomst leiden.⁷⁰⁴ In de zaak *Einhorn* kwam het Hof tot het oordeel dat “a denial of justice undoubtedly occurs where a person convicted *in absentia* is unable subsequently to obtain from a court which has heard him a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact, where it has not been unequivocally established that he has waived his right to appear and to defend himself”. De uitlevering van een opgeëiste persoon aan de staat van veroordeling zou dan ook een schending van art. 6 EVRM opleveren “if there were substantial grounds for believing that he would be unable to obtain a retrial in that country and would be imprisoned there in order to serve the sentence passed on him *in absentia*”.⁷⁰⁵ In de zaak *Al-Moayad* overwoog het Europees Hof dat “a flagrant denial of a fair trial, and thereby a denial of justice, undoubtedly occurs where a person is detained because of suspicions that he has been planning or has committed a criminal offence without having any access to an independent and impartial tribunal to have the legality of his or her detention reviewed and, if the suspicions do not prove to be well-founded, to obtain release (...). Likewise, a deliberate and systematic refusal of access to a lawyer to defend oneself, especially when

⁷⁰² In deze zin ook Lawson 1999, p. 246, die spreekt van “pragmatische overwegingen” (het tegengaan van belemmering van het rechtsverkeer met derde staten).

⁷⁰³ EHRM 27 oktober 2011, nr. 37075/09 (Ahorugeze/Zweden), § 115; EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk), § 260.

⁷⁰⁴ EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk), § 267.

⁷⁰⁵ EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk). Zie over deze zaak Rozemond 2009, p. 18-23. Al in 1992 was Trechsel, destijds tweede vice-president van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, van mening dat een dergelijk geval een “flagrant denial of a fair trial” zou opleveren: Trechsel 1992, p. 641.

the person concerned is detained in a foreign country, must be considered to amount to a flagrant denial of a fair trial within the meaning of Article 6 §§ 1 and 3 (c)".⁷⁰⁶

Met betrekking tot de beoordeling van het risico op een "flagrant denial of a fair trial" hanteert het Europees Hof dezelfde uitgangspunten als met betrekking tot het risico op schending van art. 3 EVRM: primair wordt acht geslagen op de feiten waarvan de aangezochte staat ten tijde van de uitlevering kennis droeg of had kunnen dragen, maar is de aangezochte staat nog niet tot uitlevering overgegaan, dan moet dat risico ook worden beoordeeld in het licht van de voor het Hof beschikbare informatie ten tijde van zijn beslissing.⁷⁰⁷ Bovendien geldt dezelfde bewijslast als met betrekking tot een schending van art. 3 EVRM: de klager moet bewijs aandragen dat een reëel risico van een "flagrant denial of justice" kan aantonen. Slaagt hij daarin, dan is het aan de aangezochte staat om dat bewijs te weerleggen.⁷⁰⁸

Schending EVRM door uitlevering: art. 5 EVRM

Het Europees Hof heeft niet uitgesloten dat een staat door uitlevering of uitzetting onder omstandigheden ook art. 5 EVRM zou kunnen schenden, wanneer de opgeëiste persoon in de staat van bestemming aan "arbitrary detention" zou worden onderworpen. In de zaak *Tomic* is het Hof op dit punt zeer terughoudend. Na het "flagrant denial of justice"-criterium te hebben gememoreerd, merkt het namelijk op dat "Whether an issue could be raised by the prospect of arbitrary detention contrary to Article 5 is even less clear".⁷⁰⁹ In een latere beslissing neemt het Hof aan dat zich "possibly" een probleem onder art. 5 EVRM voordoet, "if the prospect of arbitrary detention was sufficiently flagrant".⁷¹⁰ In het arrest

⁷⁰⁶ EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03 (Al-Moayad/Duitsland). Zie over deze zaak Rozemond 2009, p. 26-29.

⁷⁰⁷ EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, NJ 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije), § 90.

⁷⁰⁸ EHRM 27 oktober 2011, nr. 37075/09 (Ahorugeze/Zweden), § 116; EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk), § 261. In eerdere beslissingen overwoog het Hof dat het aan de klager is "to prove the "flagrant" nature of the denial of justice which he fears": EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk), § 34; EHRM 26 mei 2005, nr. 45097/04 (Parlanti/Duitsland); EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem/Portugal). Zie ook EHRM 26 januari 2010, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 23: "(...) the Court considers that the present applicant has failed to demonstrate that his trial in Australia would give rise to a breach of Article 6, still less that it would amount to a flagrant denial of justice of the kind contemplated by the Court in *Soering* and *Mamatkulov*". Verwijzing naar de slechte algemene mensenrechtensituatie in de staat van bestemming, zonder de opgave van individuele omstandigheden die de vrees voor een "flagrant denial" kunnen bevestigen, is onvoldoende: EHRM 10 februari 2011, nr. 12343/10 (Dzhakysybergenov alias Jaxybergenov/Oekraïne), § 44-45.

⁷⁰⁹ EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03 (Tomic/Verenigd Koninkrijk), mijn cursivering.

⁷¹⁰ EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05 (Z. en T./Verenigd Koninkrijk). Zie ook EHRM 15 maart 2005, nr. 38704/03 (Veermäe/Finland): "The Court does not exclude the possibility that a flagrantly longer *de facto* sentence in the administering State could give rise to an issue under Article 5, and hence engage the responsibility of the sentencing State under that Article. For this to be the case, however, substantial grounds would have to be shown to exist for believing that the time to be served in the administering State would be flagrantly disproportionate to the time which would have had to be served in the sentencing State (...)". Evenmin heeft het Europees Hof geheel uitgesloten dat het verbod op slavernij (art. 4 EVRM; EHRM 19 januari 1999, nr. 42367/98 (Ould Barar/Zweden) en de vrijheid van godsdienst (art. 9 EVRM; EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05 (Z. en T./Verenigd Koninkrijk) relevant zouden kunnen zijn. In het eerste geval zou uitzetting overigens al een schending van art. 3 EVRM kunnen opleveren. In het tweede geval zou dan sprake moeten zijn van een "flagrant violation of that Article in the receiving State", maar "it would be

Othman (Abu Qatada) erkent het Hof ten slotte volmondig dat een staat art. 5 EVRM zou schenden, indien hij een persoon naar een staat zou verwijderen “where he or she was at real risk of a flagrant breach of that Article”.⁷¹¹

V.2.1.2 Uitlevering en overlevering aan EVRM-partijen

Inleiding

Maakt het voor de toepasselijkheid van de in de vorige subparagraaf besproken rechtspraak uit of de staat van bestemming al dan niet partij is bij het EVRM? Aan de ene kant zou men kunnen betogen dat de aangezochte staat mag en moet eisen dat “conditions awaiting [de opgeëiste persoon] in the country of destination are in full accord with each of the safeguards of the Convention”. Op de staat van bestemming rust immers de verplichting de rechten en vrijheden van de opgeëiste persoon te verzekeren, zodra deze zich binnen zijn “jurisdiction” bevindt. Van het opleggen van de EVRM-maatstaven aan een staat die daaraan niet is gebonden, is bij uitlevering en overlevering aan een EVRM-partij dan ook geen sprake.⁷¹² Men zou aan de andere kant ook kunnen aanvoeren dat aansprakelijkheid van de aangezochte staat voor de gevolgen van uitlevering en overlevering aan een EVRM-partij uitgesloten zou moeten zijn, juist omdat bedoelde plicht op de verzoekende staat rust, met de mogelijkheid van controle op de naleving daarvan door het Europees Hof. In deze opvatting zijn een onderzoek door de aangezochte staat naar de gevolgen van uitlevering en de eventuele aansprakelijkheid voor die gevolgen overbodig.

Benadering van het Europees Hof

Het Europees Hof vaart een middenkoers tussen deze twee uitersten. Het past zijn *Soering*-criteria ook toe op uitlevering en overlevering aan EVRM-partijen, maar houdt bij de beoordeling of in het concrete geval sprake is van een “real risk” op handelingen in strijd met art. 3 EVRM dan wel van een voltooid of toekomstige “flagrant denial of a fair trial” in meerdere of mindere mate - al naar gelang de aard van het betrokken EVRM-recht - rekening met de verplichtingen die voor de verzoekende staat uit het EVRM voortvloeien. Aldus maakt het Hof uitlevering en overlevering tussen EVRM-partijen niet moeilijker dan uitlevering tussen een EVRM-partij en een derde staat en houdt het rekening met de omstandigheid dat ook partijen bij het EVRM zich, ondanks de verplichtingen die zij uit hoofde van het EVRM op zich hebben genomen, schuldig kunnen maken aan (flagrante) schendingen van bijvoorbeeld de artikelen 3 en 6 EVRM.

difficult to visualise a case in which a sufficiently flagrant violation of Article 9 would not also involve treatment in violation of Article 3 of the Convention”. Zie over schending van andere artikelen dan de artikelen 3, 5, 6 en 8 EVRM verder Berry 2006 en de overzichten van 's Hof's rechtspraak in House of Lords 17 juni 2004, *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] 2 AC 323. In deze zaak trok Lord Steyn uit de rechtspraak van het Europees Hof de conclusie dat “It will be necessary to establish at least a real risk of a flagrant violation of the very essence of the right before other articles [dan art. 3 EVRM] could become engaged”.

⁷¹¹ EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (*Othman (Abu Qatada)*/Verenigd Koninkrijk), § 233.

⁷¹² Vgl. EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1990, 158, m.nt. EAA (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), § 86: “(...) Furthermore, the Convention does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States. (...)”.

Art. 2 en 3 EVRM

De enkele omstandigheid dat de staat van bestemming ook bij het EVRM is aangesloten, staat op zichzelf niet in de weg aan aansprakelijkheid van de verwijderende staat onder de art. 2 en 3 EVRM. Het Europees Hof past het *Soering*-criterium van een “real risk” toe op zulke gevallen. Het Europees Hof onderzoekt steeds of uit de feiten en omstandigheden van het geval een “real risk” als bedoeld in de *Soering*-uitspraak blijkt. Komt het Hof hierbij tot een negatief antwoord, dan pleegt het nog te overwegen dat het belang hecht aan de omstandigheid dat de staat van bestemming partij is bij het EVRM.⁷¹³ Komt het Europees Hof daarentegen tot de conclusie dat de feiten en omstandigheden van het geval wel getuigen van een dergelijke “real risk”, dan speelt de omstandigheid dat de staat van bestemming ook bij het EVRM is aangesloten geen rol.⁷¹⁴ Een dergelijke conclusie is ook bij verwijdering naar een lidstaat van de Europese Unie zeker niet uitgesloten.⁷¹⁵

Art. 6 EVRM

Dat de staat van bestemming staat partij is bij het EVRM staat evenmin in de weg aan aansprakelijkheid van de verwijderende staat onder art. 6 EVRM. Het Europees Hof past het *Soering*-criterium van een “flagrant denial of a fair trial” toe op dergelijke gevallen.⁷¹⁶ In de zijn beslissing in de zaak *Cenaj* had het Europees Hof te oordelen over de klacht dat uitlevering door Griekenland aan Albanië Cenaj’s recht op een eerlijk proces zou schenden, omdat hij in Albanië bij verstek was veroordeeld en wel tot een hogere straf dan die ten tijde van het begaan van de misdrijven daarop stond. Na het *Soering*-criterium van een “d’eni de justice flagrant” te hebben gememoreerd en na te hebben verwezen naar gevallen waarin van een dergelijk “d’eni de justice” sprake zou zijn (*Einhorn, Al-Moayad*), constateert het Hof dat het “doit donc rechercher si l’extradition du requérant vers l’Albanie serait susceptible de soulever un problème sous l’angle de l’article 6 de la Convention s’il existait

⁷¹³ In EHRM 15 december 2009, nr. 43212/05 (Kaplan/Duitsland) geeft het Hof een overzicht van zaken waarin in geval van uitlevering aan of uitzetting naar een EVRM/partij over schending van art. 3 EVRM werd geklaagd.

⁷¹⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02 (Shamayev e.a./Georgië en Rusland), § 356-368 (uitlevering aan Rusland).

⁷¹⁵ Zie EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S./België en Griekenland), § 341-360 en § 362-368, waarin het Hof tot het oordeel kwam dat België art. 3 EVRM had geschonden door het overbrengen van een asielzoeker op grond van de zogenaamde Dublin-verordening naar Griekenland.

⁷¹⁶ EHRM 31 augustus 1999, nr. 39912/98 (Di Giovine/Portugal), uitlevering verzocht door Italië; EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03 (Tomic/Verenigd Koninkrijk), uitzetting naar Kroatië; EHRM 29 maart 2007, nr. 229432/02 (Lemos/Frankrijk), uitlevering verzocht door Griekenland; EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (Cenaj/Griekenland en Albanië), uitlevering verzocht door Albanië; EHRM 15 december 2009, nr. 43212/05 (Kaplan/Duitsland), uitzetting naar Turkije; EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland), EAB uitgevaardigd door het Verenigd Koninkrijk. Voordien paste ook de Europese Commissie het *flagrant denial* criterium al toe op uitlevering aan EVRM-partijen: ECRM 6 september 1994, nr. 24698/94 (H.G./Zwitserland), uitlevering aan Turkije; ECRM 5 juli 1994, nr. 24132/94 (H.P.L./Oostenrijk), uitlevering verzocht door de Bondsrepubliek Duitsland; ECRM 11 januari 1995, nr. 22722/93 (R.D./Griekenland en Italië), uitlevering verzocht door Griekenland; ECRM 17 januari 1996, nr. 25336/94 (Sommer/Italië), uitlevering verzocht door de Bondsrepubliek Duitsland. De opmerking van Klip dat “De gehele rechtspraak inzake het “flagrant denial”-criterium gaat over zaken waarbij uitlevering werd gevraagd door een staat die geen EVRM-staat was” (punt 7 van zijn noot bij HR 22 mei 2004, *NJ* 2005, 243) is dus voor betwisting vatbaar. Zo ook de mededeling dat “de rechtspraak van het EHRM het gebruik van ‘flagrant denial of justice’ beperkt tot absolute EVRM-rechten in situaties waarin geen rechtshulp aan staten mag worden gegeven die geen partij zijn bij het EVRM” (punt 20 van de noot van A.H. Klip bij HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 489).

des motifs sérieux et avérés de croire qu'il risquerait de subir un déni de justice flagrant". Het Europees

Hof acht dus het *Soering*-criterium van toepassing op uitlevering aan een EVRM-partij, maar maakt vervolgens een onderscheid tussen uitlevering aan een derde staat en uitlevering aan een EVRM-partij:

“La Cour relève que le retour en Albanie du requérant ne donnerait pas lieu à une privation de sa liberté arbitraire et sans fondement légal, mais à un emprisonnement suite à une condamnation. Le fait que cette peine ait été prononcée *in absentia* ou en méconnaissance des exigences des articles 6 ou 7 de la Convention ne saurait engager la responsabilité de la Grèce, l'Albanie étant Partie contractante à la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Tomić c. Royaume-Uni* (déc.), n° 17837/03, 14 octobre 2003).

A la différence des affaires précitées, où les requérants risquaient d'être extradés vers un Etat tiers, dont les actes échappaient à un contrôle européen ultérieur et où le dommage allégué aurait été irréparable, en l'espèce, le requérant sera extradé vers l'Albanie, Etat qui assume l'obligation de prévoir des garanties procédurales et d'établir des voies de recours efficaces à l'égard des violations de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, même s'il ne ressort pas de manière claire si le droit albanais prévoit le droit de toute personne condamnée *in absentia* à la réouverture de son procès (voir, ci-dessus, *Droit et pratique pertinents*), le requérant, une fois extradé vers l'Albanie, pourrait demander une telle réouverture. En cas de rejet de sa demande, le requérant pourra toujours saisir la Cour d'une requête contre l'Albanie (voir, notamment *Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-...).

In deze overwegingen, met name in de eerste alinea daarvan, lijkt besloten te liggen dat de aangezochte EVRM-partij onder art. 6 EVRM in het geheel geen aansprakelijkheid draagt voor het strafproces in de verzoekende staat, omdat die laatste staat partij is bij het EVRM. Eventuele schendingen van art. 6 EVRM in de verzoekende staat zijn niet onherstelbaar, omdat die staat de waarborgen van art. 6 EVRM moet garanderen en tegen eventuele schending van die waarborgen moet voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM. Die eventuele schendingen kunnen bovendien, na uitputting van de nationale rechtsmiddelen, aan het oordeel van het Europees Hof worden onderworpen. Indien echter de strekking van *Cenaj* is dat de aangezochte staat door uitlevering aan een andere EVRM-partij nooit aansprakelijk is voor het blootstellen van de opgeëiste persoon aan een “déni de justice flagrant”,⁷¹⁷ dan is het naar mijn mening onbegrijpelijk waarom het Hof het *Soering*-criterium toepast, dat de mogelijkheid van een dergelijke aansprakelijkheid juist openlaat. Het Hof had de klacht tegen Griekenland in dat geval niet-ontvankelijk

⁷¹⁷ In deze zin Rozemond 2009, p. 67, die het met de benadering van het Europees Hof niet eens is; Bosch 2010, p. 723 en p. 726, die op p. 740 deze lezing weer nuanceert door uit *Cenaj* te concluderen dat “niet snel sprake kan zijn van een flagrante schending van art. 6 EVRM”. In deze laatste zin reeds Glerum & Rozemond 2008a, p. 225.

moeten verklaren *ratione personae*.⁷¹⁸ In plaats daarvan concludeert het Hof dat “les faits de la cause ne révèlent pas que le requérant aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant”, zodat de klacht tegen Griekenland kennelijk ongegrond is.

De beslissing in de zaak *Kaplan* bevestigt deze lezing.⁷¹⁹ Kaplan klaagde dat hij door uitzetting naar Turkije zou worden blootgesteld aan een daar tegen hem aanhangige strafvervolgning die “a porté atteinte à l’essence même du droit à un proces équitable”. Bij de bespreking van deze klacht overweegt het Europees Hof dat de Straatsburgse organen weinig gelegenheid hebben gehad om zich uit te laten over de vraag of, en zo ja, in welke mate de omstandigheid dat de staat van bestemming partij is bij het EVRM van invloed is op de beoordeling van uitlevering of uitzetting.⁷²⁰ Het Hof verwijst vervolgens naar *Cenaj*: “En particulier, la Cour a estimé que l’on ne pouvait qualifier d’insignifiant le fait que l’Etat de destination avait accepté l’obligation de pourvoir des garanties procédurales et des voies de recours effectives (*Tomic précitée, sub 3., et Cenaj c. Grèce et Albanie* (déc.), n° 12049/06, 4 octobre 2007)”. Dat de staat van bestemming als EVRM-partij zich ertoe heeft verplicht het recht op een eerlijk proces te garanderen en om tegen eventuele schendingen van dat recht een effectief rechtsmiddel te bieden, is, hoewel niet onbelangrijk, op zichzelf niet bepalend voor de aansprakelijkheid van de uitzettende staat: de enkele omstandigheid dat “l’Etat de destination soit un Etat contractant à la Convention ne saurait à lui seul faire obstacle à une protection judiciaire contre le renvoi d’un étranger”.⁷²¹ Het EVRM heeft immers betrekking op concrete en effectieve rechten. Aan de andere kant zijn de EVRM-verplichtingen van de staat van bestemming niet irrelevant voor de eventuele aansprakelijkheid van de uitzettende staat onder art. 6 EVRM. Bij de beoordeling van het risico dat de betrokken persoon na uitzetting loopt om te worden onderworpen aan een “déni de justice flagrant” betreft het Hof dan ook, overeenkomstig *Cenaj*, “la question de savoir si et dans quelle mesure ces violations pourraient être corrigées dans l’Etat de renvoi, en particulier par la possibilité pour l’intéressé de saisir la Cour de ce chef”.

In de zaak *Stapleton* stelde de klager zich op het standpunt dat de rechter in de uitvoerende lidstaat (Ierland) een “full review” had moeten uitvoeren naar de naleving van art. 6 EVRM in de uitvaardigende lidstaat (het Verenigd Koninkrijk), omdat hij recht zou hebben op bescherming van zijn EVRM-rechten “on the first occasion on which it becomes relevant (in this case before the Irish courts)”. De Ierse rechter had zich met andere

⁷¹⁸ Vgl. ECRM 2 december 1986, *D&R* 51, p. 272 (K. en F./Nederland), uitlevering aan het Verenigd Koninkrijk: “(...) as far as Article 6 of the Convention is concerned, the United Kingdom Government are exclusively responsible under the Convention for the applicants’ trial in the United Kingdom and that the extradition can in no way engage the responsibility of the Netherlands Government under Article 6 of the Convention. (...) It follows that this part of the application is incompatible with the Convention *ratione personae* (...)”. (Voor de goede orde merk ik op dat de Europese Commissie na het arrest *Soering* haar standpunt over de aansprakelijkheid onder art. 6 EVRM voor de gevolgen van uitlevering heeft aangepast aan het standpunt van het Europees Hof.)

⁷¹⁹ EHRM 15 december 2009, nr. 43212/05 (Kaplan/Duitsland).

⁷²⁰ Het Hof verwijst naar ECRM 2 december 1986, *D&R* 51, p. 272 (K. en F./Nederland); ECRM 12 december 1991, nr. 15564/89 (R.A./Nederland); ECRM 5 juli 1994, nr. 24132/94 (H.P.L./Oostenrijk) en ECRM 17 januari 1996, nr. 25336/94 (Sommer/Italië).

⁷²¹ Mijn cursivering. Vgl. High Court of Justice 28 november 2006, *Lisowski v Regional Court of Bialystok (Poland)* [2006] EWHC 3227 (Admin), paragraph 26, *per Keene LJ*: “The fact that the requesting state is a signatory to the ECHR is a relevant factor but I do not myself see it as being determinative of this issue in the absence of other evidence about the legal processes in that state. After all, states do not always comply with their Convention obligations in every case. It is a matter of record that many signatory states have been found to have breached Article 6 of that convention from time to time”.

woorden niet mogen beperken tot een onderzoek naar een “flagrant denial of a fair trial” in het Verenigd Koninkrijk, maar had moeten onderzoeken of sprake was van een “real risk of unfairness in the criminal proceedings in the issuing State”. Het Europees Hof past evenwel het *Soering*-criterium toe en verwerpt dus het standpunt van de klager. Het Europees Hof voert daartoe drie argumenten aan. In de eerste plaats zou navolging van het standpunt van Stapleton leiden tot afwijking van de met het arrest *Soering* gevestigde rechtspraak. Een sterk argument is dit niet, omdat het standpunt van klager nu juist inhoudt dat van die rechtspraak moet worden afgeweken. Het tweede argument van het Europees Hof is dat de specifieke klachten van Stapleton - het in het Verenigd Koninkrijk te voeren proces zal niet eerlijk zijn vanwege het grote tijdsverloop vanaf het begaan van de feiten (in de periode tussen 1978 en 1982) - zich beter lenen voor beoordeling door de rechter in de uitvaardigende lidstaat dan door de rechter in de uitvoerende lidstaat. Het gaat hier namelijk om “complex factual and legal matters which are specific to the UK” en “as a general rule, domestic courts are considered better placed to assess issues of fact and of admissibility of witnesses” dan een “foreign court”. Ten slotte wijst het Europees Hof op de “status of the UK as a Contracting party to the Convention”. Klager kan in het Verenigd Koninkrijk gebruik maken van een rechtsgang om de strafvervolgning te beëindigen wegens “unfairness on the grounds of abuse of process”. Mocht een verzoek om een dergelijke “stay of proceedings” worden afgewezen, dan kan de klager zich vervolgens tot het Europees Hof wenden.

Naar mijn mening kan uit de beslissingen *Cenaj*, *Kaplan* en *Stapleton* worden afgeleid dat de enkele omstandigheid dat de staat van bestemming partij is bij het EVRM niet zonder meer de aansprakelijkheid van de uitleverende, uitzettende of overleverende staat onder art. 6 EVRM uitsluit.⁷²² Het Europees Hof acht namelijk ook dan het in het arrest *Soering* geïntroduceerde criterium van een “flagrant denial of justice”/“flagrant denial of a fair trial” van toepassing. De verwijderende staat is dus alleen onder art. 6 EVRM aansprakelijk voor de verwijdering van een persoon van zijn grondgebied, indien een dergelijke “flagrant denial” voor hem voorzienbaar is. Zet deze staat de verwijdering desondanks door en verwezenlijkt zich in de staat van bestemming inderdaad een “flagrant denial of a fair trial”, dan is de staat van bestemming daarvoor vanzelfsprekend - ook - aansprakelijk. Voorzienbare schendingen van art. 6 EVRM die niet een “flagrant denial of a fair trial” opleveren, regaderen niet de staat die de betrokken persoon van zijn grondgebied wil verwijderen. Vinden dergelijke schendingen na de verwijdering inderdaad plaats, dan is daarvoor alleen de staat van bestemming aansprakelijk.

De omstandigheid dat de staat van bestemming partij is bij het EVRM, vormt, zo blijkt uit de beslissingen *Cenaj*, *Kaplan* en *Stapleton*, wel een zwaarwegende factor bij de beoordeling van het risico dat de betrokken persoon na verwijdering loopt. In de zaak *Kaplan* verwees het Hof naar de vaststelling van de Duitse rechters dat eventuele schendingen van Kaplan’s recht op een eerlijk proces in ongeveer vier à vijf jaar zouden kunnen worden hersteld. Het Hof was het dan ook eens met de conclusie van de Duitse rechters dat “eventuelles violations des droits du requérant par les autorités turques ne

⁷²² Tot een vergelijkbare conclusie komt Van Bergen 2011 (punt 6). Zo kennelijk ook Klip 2012, p. 391-392 en p. 426-428, die opmerkt dat het Europees Hof met betrekking tot andere rechten dan “non-derogable rights” de aansprakelijkheid van de aangezochte staat voor het gedrag van een andere staat heeft beperkt. Ten aanzien van andere rechten dan “non-derogable rights”, zoals het recht op een eerlijk proces, gaat het Hof uit van de veronderstelling dat de verzoekende staat zijn EVRM-verplichtingen zal naleven.

revêtaient ni un caractère irréparable ni un gravité et une intensité tels que les autorités allemandes seraient tenues de ne pas renvoyer le requérant en Turquie, et que le requérant pouvait faire valoir ses griefs à cet égard devant les juridictions de recours turques et, le cas échéant, devant la Cour”. In de zaak *Stapleton* kwam het Hof tot de conclusie “that the facts of the case [do not] disclose substantial grounds for believing that there would be a real risk that the applicant would be exposed to such a “flagrant denial” of Article 6 rights in the UK. The Court notes, in this regard, that the UK is a Contracting Party and that, as such, it has undertaken to abide by its Convention obligations and to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein, including those guaranteed by Article 6. It has incorporated the Convention’s provisions into domestic law by virtue of the Human Rights Act, 1998”. In beide zaken moest de betrokken persoon nog worden berecht en had de (straf)rechter in de staat van bestemming zich dus nog niet over de strafzaak gebogen. ’s Hof’s beslissingen getuigen van - een zekere mate van - vertrouwen in de (rechterlijke) autoriteiten van de staat van bestemming. Dat vertrouwen houdt in dat de gestelde (dreigende) schendingen ten overstaan van de rechterlijke autoriteiten van de staat van bestemming kunnen worden aangevoerd en dat dezen zich bij de beoordeling daarvan aan het EVRM zullen houden.⁷²³ Dat vertrouwen is evenwel niet onbegrensd.⁷²⁴ Mochten de autoriteiten van de staat van bestemming nalaten om een schending van art. 6 EVRM te voorkomen of te herstellen, dan kan de betrokken persoon altijd nog het Europees Hof adieren. Waar de berechting nog moet plaatsvinden (of nog moet worden afgerond), lijkt het Hof aldus weinig ruimte te laten voor het oordeel dat sprake is van een “flagrant denial of a fair trial”, indien de staat van bestemming partij is bij het EVRM.⁷²⁵

Maar ook indien de betrokken persoon al onherroepelijk veroordeeld is, ziet het Hof nog plaats voor het op de verdragsverplichtingen van de staat van bestemming gebaseerde vertrouwen dat zijn (autoriteiten) schendingen van het EVRM zullen herstellen, zo blijkt uit de zaak *Cenaj*. In de zaak *Cenaj* zag het Europees Hof ondersteuning voor dat vertrouwen in voorzieningen die *Cenaj* naar het recht van Albanië nog tot zijn beschikking had en die *mogelijk* tot een nieuw proces konden leiden.⁷²⁶ Het Hof vond niet nodig dat die voorzieningen *Cenaj* daadwerkelijk een recht op een nieuw proces garandeerden. De achterliggende gedachte is kennelijk ook hier dat, wanneer *Cenaj* van die voorzieningen gebruik zou maken, de bevoegde Albanese autoriteiten overeenkomstig het EVRM zouden oordelen.

⁷²³ In deze zin ook Klip 2012, 426.

⁷²⁴ In deze zin ook Van Bergen 2011 (punt 6).

⁷²⁵ Vgl. EHRM 14 september 2010, nrs. 21022/08 en 51946/08 (*Chentiev en Ibragimov/Slowakije*). De stelling van klagers dat zij in Rusland niet een eerlijk proces zouden krijgen, omdat de beschuldiging slechts was gebaseerd op één, door foltering verkregen, getuigenverklaring “does not justify the conclusion that they risk suffering a flagrant denial of a fair trial in case of their extradition to Russia”. De Russische autoriteiten hadden namelijk uitdrukkelijk gegarandeerd dat klagers een eerlijk proces zou krijgen, terwijl er geen aanwijzingen waren dat klagers een dergelijk proces zou worden onthouden. Bovendien hadden de Russische autoriteiten uitdrukkelijk gegarandeerd dat de klagers zich desnoods met een klacht over de strafprocedure zouden kunnen wenden tot het Europees Hof.

⁷²⁶ De mogelijkheid om, na het verstrijken van de termijn, een rechtsmiddel aan te wenden, indien de betrokkene aantoont dat het verstekvonnis hem niet “dûment notifiée” was en de mogelijkheid om herziening van het onherroepelijke (verstek)vonnis te vragen.

V.2.1.3 Toezeggingen of garanties

Specifieke toezeggingen of garanties van de zijde van de staat van bestemming kunnen van invloed zijn op de beoordeling van het “real risk” dat de opgeëiste persoon loopt. Onder omstandigheden kunnen zij zelfs een dergelijk risico wegnemen.⁷²⁷ Sommige uitleveringsverdragen voorzien bovendien uitdrukkelijk in de mogelijkheid om de uitlevering afhankelijk te maken van een door de aangezochte staat genoegzame geachte garantie dat de verzoekende staat specifieke mensenrechten van de opgeëiste persoon zal waarborgen.⁷²⁸ Die toezeggingen of garanties worden veelal neergelegd in een diplomatieke notawisseling. Over de aard van deze toezeggingen of garanties bestaat in de literatuur veel discussie. Aan de ene kant wordt verdedigd dat zij, mits voldoende nauwkeurig en specifiek, volkenrechtelijk verbindend zijn voor de staat van bestemming ten opzichte van de aangezochte staat, zodat deze aanspraak kan maken op naleving daarvan. Aan de andere kant wordt verdedigd dat zij niets meer dan politieke beloften zijn, die de staat van bestemming op geen enkele wijze binden.⁷²⁹ Waar het Europees Hof in een concrete zaak aanneemt dat een toezegging of garantie het uit de feiten en omstandigheden blijkende “real risk” op een behandeling in strijd met het EVRM opheft, is het evenwel kennelijk van oordeel dat die toezegging of garantie verbindend is voor de staat van bestemming.⁷³⁰ Een andere opvatting zou ook moeilijk verdedigbaar zijn: hoe zou bijvoorbeeld een niet bindende toezegging het risico op foltering kunnen wegnemen? Het Hof eist dan ook dat, indien een dergelijk “real risk” aanwezig is, de aangezochte staat een “binding assurance” ter vermindering van dat risico verkrijgt.⁷³¹

De bindendheid van de toezegging of garantie is volgens het Europees Hof wel een noodzakelijke, maar op zichzelf nog niet voldoende voorwaarde voor het oordeel dat zij een “real risk” vermijdt. In de zaak *Babar Ahmad e.a.* heeft het Europees Hof zich uitvoerig uitgelaten over de betekenis van diplomatieke garanties in het uitleveringsverkeer voor de beoordeling van het risico dat de opgeëiste persoon loopt. Het Hof erkent dat:

“in extradition matters, Diplomatic Notes are a standard means for the requesting State to provide any assurances which the requested State considers necessary for its consent to extradition. It also recognises that, in international relations,

⁷²⁷ Volgens Bosch heft een genoegzame garantie het flagrante karakter van de gestelde schending op: Bosch 2010, p. 722-723. Dat lijkt mij onjuist. Mijns inziens is bij een genoegzame garantie geen sprake meer van een “real risk” op een flagrante schending. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 16 september 2009, nr. 246/07 (Ben Khemais/Italië), § 57: “ (...) la Cour estime qu'en l'espèce, des faits sérieux et avérés justifient de conclure à un risque réel de voir le requérant subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en Tunisie (voir, mutatis mutandis, Saadi, précité, § 146). *Il reste à vérifier si les assurances diplomatiques fournies par les autorités tunisiennes suffisent à écarter ce risque (...)*”, (mijn cursivering).

⁷²⁸ Zie Hoofdstuk VI inzake verstekvonnissen.

⁷²⁹ Zie voor een overzicht van de verschillende argumenten onder anderen Johnston 2011, p. 18-28; Larsaeus 2006, p. 9-12; Noll 2006.

⁷³⁰ In de zaak *Al-Moayad* merkte het Europees Hof een door de ambassade van de Verenigde Staten gedane toezegging dat Al-Moayad “would not be prosecuted by a military tribunal pursuant to the Presidential Military Order of 13 November 2001 or by any other extraordinary court” - waarin volgens de Duitse autoriteiten een “undertaking not to detain the applicant in a facility outside the USA” besloten lag - aan als “binding under public international law”: EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03 (*Al-Moayad/Duitsland*), § 69.

⁷³¹ Vgl. EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/98 (*Al-Saadoon en Mufdhi/Verenigd Koninkrijk*), § 142-143; EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (*Rrapo/Albanië*), § 70 en § 73.

Diplomatic Notes carry a presumption of good faith. The Court considers that, in extradition cases, it is appropriate that that presumption be applied to a requesting State which has a long history of respect for democracy, human rights and the rule of law, and which has longstanding extradition arrangements with Contracting States”.⁷³²

Daarom was het passend dat de Britse rechter aan de regering van de Verenigde Staten, die aan de regering van het Verenigd Koninkrijk de - naar het oordeel van de Britse rechter bindende - toezegging had gedaan dat Babar Ahmad niet als een “enemy combatant” zou worden behandeld of aangemerkt, een “presumption of good faith” had toegekend. Die “presumption” ontslaat de aangezochte staat naar vaste rechtspraak van het Europees Hof evenwel niet van de verplichting om te onderzoeken of “such assurances provided, in their practical application, a sufficient guarantee that the applicant would be protected against the risk of treatment prohibited by the Convention (...)”.⁷³³ Indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat sprake is van een “real risk” in de zin van de *Soering*-rechtspraak, is de enkele mededeling dat de verzoekende staat het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing heeft geratificeerd of dat zijn nationale wetgeving de eerbiediging van fundamentele rechten waarborgt in elk geval onvoldoende om dat risico weg te nemen.⁷³⁴

Bij de beoordeling van de effectiviteit van de toezegging speelt de bevoegdheid van de toezeggende autoriteit om namens de staat van bestemming op te treden vanzelfsprekend een rol.⁷³⁵ Waar de toezeggingen het domein van de rechterlijke macht raken, bijvoorbeeld de toezegging dat de doodstraf of een levenslange vrijheidsstraf niet zal worden opgelegd, moet rekening worden gehouden met de taakverdeling tussen bestuur en rechter.⁷³⁶

Dat een diplomatieke toezegging of garantie zich alleen richt tot de aangezochte staat en niet tot de opgeëiste persoon, dat met andere woorden de opgeëiste persoon middelen tot naleving door de verzoekende staat mist, doet op zichzelf nog niet af aan de effectiviteit daarvan. Het gebrek aan een nalevingmechanisme is volgens het Europees Hof alleen relevant, indien er redenen zijn om aan te nemen dat de verzoekende staat de toezegging niet gestand zal doen. Bij de beoordeling van dat risico spelen de uitleveringsrelatie tussen de beide landen en de daarbij betrokken belangen een rol. Zo betoogden de klagers in de zaak *Babar Ahmad e.a.* dat zij, ondanks de gedane toezeggingen, door de autoriteiten van de

⁷³² EHRM 6 juli 2010, nrs. 24027/07, 11949/08 en 36742/08 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk), § 105. Zie ook EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk), § 85; EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië), § 72.

⁷³³ Zie bijvoorbeeld EHRM (Grote Kamer) 29 januari 2008, nr. 37201/06 (Saadi/Italië), § 148; EHRM 11 december 2008, nr. 42502/06 (Muminov/Rusland), § 97; EHRM 24 februari 2009, nr. 246/07 (Ben Khemais/Italië), § 56.

⁷³⁴ EHRM (Grote Kamer) 29 januari 2008, nr. 37201/06 (Saadi/Italië), § 147.

⁷³⁵ EHRM (Grote Kamer) 23 oktober 2008, nr. 2440/07 (Soldatenko/Oekraïne), § 73.

⁷³⁶ Vgl. EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem/Portugal): de vice-premier van India had de - voor de uitvoerende macht bindende - toezegging gedaan dat de opgeëiste persoon niet aan de doodstraf of aan een levenslange vrijheidsstraf van meer dan 25 jaren zou worden onderworpen. De Portugese rechter had overwogen dat “même si les tribunaux indiens pouvaient, en tant que juridictions indépendantes, condamner le requérant à une peine plus lourde, l’exécutif devrait à ce moment là faire usage de ses compétences en matière de grâce et de remise de peine afin de ramener la peine en cause sous la limite des 25 ans en question” (mijn cursivering). Het Hof concludeerde dat de Portugese autoriteiten terecht tot het oordeel waren gekomen dat deze toezegging het risico van blootstelling aan de doodstraf of aan een levenslange vrijheidsstraf uitsloot.

Verenigde Staten als “enemy combatant” zouden worden aangemerkt, met alle nadelige gevolgen van dien. Het Hof overwoog dat de President van de Verenigde Staten van Amerika verantwoordelijk is voor een dergelijke aanduiding, onderzocht vervolgens of de President zou handelen in strijd met de door de Verenigde Staten gedane toezeggingen en kwam tot een ontkennend antwoord:“(…) the Court is unable to accept that he, or any of his successors, would commit such a serious breach of his Government’s assurances to a extradition partner such as the United Kingdom; *the United States’ long-term interest in honouring its extradition commitments alone would provide sufficient dissuasion from doing so*”.⁷³⁷ Dergelijke overwegingen spelen *a fortiori* een rol wanneer de toezeggingen afkomstig zijn van een partij bij het EVRM.⁷³⁸

Voor zover van toepassing, kunnen de voor de staat van bestemming uit het specialiteitsbeginsel⁷³⁹ voortvloeiende verplichtingen ook van belang zijn voor de beoordeling van de effectiviteit van een toezegging. Zo hadden de Verenigde Staten in de zaak *Einhorn* de toezegging gedaan dat Einhorn na zijn uitlevering recht had op een nieuwe berechting. De Franse autoriteiten mochten aannemen dat het specialiteitsbeginsel, “the principle that a person may only be tried for the offence for which he was extradited”, aan de tenuitvoerlegging van de bij verstek opgelegde straf in de weg zou staan, indien de Amerikaanse rechter Einhorn ondanks de toezegging een nieuw proces zou weigeren, “seeing that what is in issue is compliance with international law by the United States of America, which cannot be said not to be a State based on the rule of law”.⁷⁴⁰

V.2.2 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond van uitlevering

V.2.2.1 Inleiding

De - Europese - uitleveringsverdragen noch de Uitleveringswet bevatten een algemene⁷⁴¹ grond tot weigering wegens schending van de mensenrechten van de opgeëiste persoon. Onder die omstandigheid brengt de in de vorige subparagraaf besproken rechtspraak van het Europees Hof mee, dat voor de aangezochte staat een conflict kan ontstaan tussen de uit het uitleveringsverdrag voortvloeiende verplichting tot uitlevering en de uit het EVRM voortvloeiende verplichting om aan een ieder binnen zijn “jurisdiction” de rechten en vrijheden van het EVRM te verzekeren.

Of de voorrang van EVRM-verplichtingen op uitleveringsverplichtingen uit de *Soering*-rechtspraak zelf volgt en, zo niet, op welke andere wijze conflicten tussen het uitleveringsverdrag en het EVRM kunnen worden opgelost - vragen waaraan Smeulders en,

⁷³⁷ EHRM 6 juli 2010, nrs. 24027/07, 11949/08 en 36742/08 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk), § 108 (mijn cursivering). Zie ook EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanie), § 73.

⁷³⁸ Vgl. EHRM 14 september 2010, nrs. 21022/08 en 51496/08 (Chentiev en Ibragimov/Slowakije): “It also finds relevant the argument that the assurances protecting the applicants from treatment contrary to Article 3 if extradited were given by authorities of a member State of the Council of Europe and a Contracting Party to the Convention [Rusland], and that a possible failure to respect such assurances would seriously undermine that State’s credibility”.

⁷³⁹ Zie over dit beginsel Hoofdstuk II.2.2.5, Hoofdstuk III.2.3.2.6 en Hoofdstuk XVII.

⁷⁴⁰ EHRM 16 oktober 2001, nr. 71551/01 (Einhorn/Frankrijk), § 24. In vergelijkbare zin EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem/Portugal); EHRM 30 maart 2010, nr. 22142/07 (Cipriani/Italië)

⁷⁴¹ Wel bevatten het Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV, art. 3 TAP EUV en art. 5 lid 3 UW bijzondere, op art. 6 EVRM gebaseerde weigeringsgronden in verband met uitlevering ter fine van tenuitvoerlegging van bij verstek gewezen vonnissen. Zie Hoofdstuk VI.3.

recentelijk, Van der Wilt uitgebreid aandacht hebben besteed -⁷⁴² kan naar mijn mening in het midden blijven. De Nederlandse rechtspraak heeft namelijk aanvaard dat, in wat ik korthedshalve de *Soering*-gevallen noem, de verplichting tot uitlevering moet wijken voor de verplichting om aan een ieder binnen Nederland de rechten en vrijheden van het EVRM te verzekeren. Dit op zichzelf heldere beeld wordt echter vertroebeld door de bevoegdheidsverdeling tussen de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie.⁷⁴³ Als gevolg van die bevoegdheidsverdeling kunnen twee categorieën van rechters te maken krijgen met een conflict tussen het toepasselijke uitleveringsverdrag en het EVRM: de uitleveringsrechter (de rechtbanken en de Hoge Raad, in de eigenlijke uitleveringsprocedure) en de burgerlijke rechter (de rechtbank 's-Gravenhage, het gerechtshof 's-Gravenhage en de civiele kamer van de Hoge Raad, in een kort geding tegen de beslissing van de Minister van Justitie tot uitlevering).

V.2.2.2 De uitleveringsrechter

Uitgangspunt: vertrouwen op naleving EVRM

De uitleveringsrechter stelt als uitgangspunt voorop dat, waar ook de verzoekende staat partij is bij het EVRM, hij in het algemeen niet bevoegd is om “te beslissen over de vraag of (...) enig in het EVRM gegarandeerd recht van de opgeëiste persoon is of dreigt te worden geschonden, omdat in beginsel moet worden uitgegaan van het vertrouwen dat de verzoekende Staat de bepalingen van dit verdrag zal eerbiedigen”.⁷⁴⁴ Dat vertrouwen lijdt echter in twee door de uitleveringsrechter te beslissen gevallen uitzondering.

Eerste uitzondering: eerdere foltering in verband met uitleveringszaak

Het eerste geval is dat komt vast te staan “dat de opgeëiste persoon in verband met de zaak waarvoor zijn uitlevering is gevraagd door functionarissen van de verzoekende staat is gefolterd”. Dan moet de uitleveringsrechter de verzochte uitlevering “zonder meer” ontoelaatbaar verklaren.⁷⁴⁵ Hetzelfde geldt, indien de functionarissen van de verzoekende staat niet zelf de opgeëiste persoon hebben gefolterd, maar die foltering wel hebben

⁷⁴² Smeulers 2002, p. 73-107; Van der Wilt 2012.

⁷⁴³ Zie daarover Hoofdstuk II.4.4.

⁷⁴⁴ HR 11 maart 2003, *NJ* 2004, 42, r.o. 3.3.

⁷⁴⁵ HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 533, m.nt. Sch; HR 17 december 1996, *NJ* 1997, 534, m.nt. Sch; HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 540, m.nt. Sch; HR 26 juni 2007, *LJN* BA0875; HR 26 april 2011, *NJ* 2011, 206; HR 17 april 2012, *LJN* BW2489. In HR 20 mei 2003, *NJ* 2004, 41, m.nt. YB, r.o. 6.5, leek de Hoge Raad reeds voltooide folteringen in verband met de zaak waarvoor de uitlevering is gevraagd onder de werking van art. 6 EVRM te brengen, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de enkele vaststelling dat de opgeëiste persoon al in verband met de zaak is gefolterd niet meer tot ontoelaatbaarheid zou kunnen leiden, omdat het dubbele art. 6 EVRM criterium (risico van een flagrante inbreuk en geen daadwerkelijk rechtsmiddel ter zake van die inbreuk) van toepassing zou zijn. In HR 26 juni 2007, *LJN* BA0857 heeft de Hoge Raad overwogen dat hij in het arrest *NJ* 2004, 41 niet is teruggekomen op zijn eerdere rechtspraak en heeft hij het criterium uit de eerdere arresten weer toegepast. De opmerking van A.H. Klip in punt 5 van zijn noot bij HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277 dat de Hoge Raad in het civiele arrest *Kesbir* “afscheid heeft genomen” van de hier besproken rechtspraak van de Hoge Raad is naar mijn mening betwistbaar. Het civiele arrest *Kesbir* heeft betrekking op een geval waarin ná uitlevering een bij art. 3 EVRM verboden behandeling dreigde, niet op een geval waarin de opgeëiste persoon al was gefolterd in verband met de zaak waarvoor de uitlevering werd gevraagd. Uit het al genoemde arrest *LJN* BA0875 blijkt dat de (strafkamer van de) Hoge Raad ten aanzien van eerdere foltering nog steeds de eis stelt van verband met de zaak waarvoor de uitlevering is gevraagd.

uitgelokt of bewerkstelligd.⁷⁴⁶ De Hoge Raad heeft deze plicht afgeleid uit art. 3 lid 1 van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en ontorende behandeling of bestraffing. Volgens deze bepaling mogen de verdragspartijen niet “expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”. Gelet op het doel en de strekking van dit verdrag, te weten de bestrijding van onder meer foltering in de hele wereld, ligt naar het oordeel van de Hoge Raad in deze bepaling *a fortiori* een verbod op uitlevering besloten, indien de opgeëiste persoon al door de verzoekende staat is gefolterd in verband met de zaak zelf.⁷⁴⁷ Ondanks het vertrouwensbeginsel, moet de uitleveringsrechter de uitlevering in een dergelijk geval ontoelaatbaar verklaren. De uit het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en ontorende behandeling of bestraffing afgeleide verplichting tot het achterwege van uitlevering gaat met andere woorden voor op de in het uitleveringsverdrag neergelegde conflicterende verplichting tot uitlevering.

De Hoge Raad heeft aan art. 3 van het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en ontorende behandeling of bestraffing een ruimere uitleg gegeven dan uit de tekst van die bepaling volgt. Smeulers heeft er evenwel op gewezen dat volgens de rechtspraak van het Comité tegen foltering in het verleden ondergane foltering een belangrijke - maar niet zonder meer beslissende - indicatie is voor het risico dat de klager loopt om opnieuw gefolterd te worden,⁷⁴⁸ zodat het verbod op uitlevering in geval van reeds ondergane foltering naar haar mening in wezen in die rechtspraak besloten ligt.⁷⁴⁹ De uitleg van de Hoge Raad is bovendien ruimer dan de rechtspraak van het Europees Hof ten aanzien van art. 3 EVRM. Het Europees Hof leest immers in art. 3 EVRM alleen een verbod tot uitlevering, indien en voor zover foltering of onmenselijke dan wel vernederende behandeling of bestraffing *dreigt*. Daarbij dient dan wel te worden aangetekend dat, evenals in de rechtspraak van het Comité tegen foltering, het feit dat de betrokken persoon in de staat van bestemming eerder is gefolterd van belang is bij de beoordeling van het risico dat hij, na uitlevering, opnieuw zal worden gefolterd.⁷⁵⁰ Een dergelijk feit is voor het Europees Hof op zichzelf nog niet beslissend, indien bijvoorbeeld

⁷⁴⁶ HR 17 april 2012, L/JN BW2489.

⁷⁴⁷ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533, m.nt. Sch, r.o. 5.5.2.

⁷⁴⁸ Smeulers 2002, p. 159-160.

⁷⁴⁹ Smeulers 2002, p. 211. In vergelijkbare zin Keijzer 2005b, p. 189, volgens wie eerdere foltering (in een andere zaak) “makes it probable that the requested person will again be subjected to torture”. Volgens Trechsel is niet uitgesloten dat het vooruitzicht van uitlevering aan een staat waar de opgeëiste persoon eerder is gefolterd dusdanige gevoelens van angst en wanhoop kan oproepen, dat daadwerkelijke uitvoering van de uitlevering zou neerkomen op “ill-treatment” in de zin van art. 3 EVRM: Trechsel 1992, p. 650.

⁷⁵⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98 (T.I./Verenigd Koninkrijk). Vgl. EHRM (Grote Kamer) 12 april 2005, nr. 36378/02 (Shamayev e.a./Georgië en Rusland), § 352: “Thus, in the absence of other specific information, the evidence submitted to the Court by the applicants’ representatives concerning the general context of the conflict in the Chechen Republic does not establish that the applicants’ personal situation was likely to expose them to the risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention. The Court does not rule out the possibility that the applicants ran the risk of ill-treatment, although they submitted no evidence of previous experience in this connection (contrast *Hilal v. the United Kingdom*, no. 45276/99, § 64, ECHR 2001-II, and *Vilvarajah and Others*, cited above, pp. 8, 11 and 13, §§ 10, 22 and 33) (...)” (mijn onderstreping).

de foltering ver in het verleden heeft plaatsgevonden of indien na de foltering het regime van de staat van bestemming is gewijzigd.⁷⁵¹

Van het oordeel dat een reeds ondergane foltering tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering leidt, kan men met enige goede wil nog wel zeggen dat het niet onverenigbaar is met de rechtspraak van het Comité tegen foltering en van het Europees Hof, ook al dwingt die rechtspraak daartoe niet zonder meer. De beperking tot gevallen van foltering in verband met de zaak waarvoor de uitlevering is verzocht, valt daarentegen moeilijk binnen het kader van die rechtspraak te plaatsen.⁷⁵² Naar mijn mening gaat het evenwel te ver om elke in het verleden in de staat van bestemming ondergane foltering - of voor wat betreft de toepassing van art. 3 EVRM elke in het verleden ondergane onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing -, ongeacht of een en ander verband houdt met de zaak waarvoor de uitlevering is verzocht, zonder meer aan uitlevering in de weg te laten staan. Het is mijns inziens daarom verkieslijker reeds ondergane foltering dan wel onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing uitsluitend te betrekken bij de vraag of de betrokken persoon in geval van uitlevering een "real risk" loopt om opnieuw aan dergelijke "ill-treatment" te worden onderworpen.⁷⁵³ Bij deze benadering ontstaat bovendien ruimte voor garanties ter vermindering van "ill-treatment" van de zijde van de staat van bestemming.

Deze benadering zou er overigens wel toe leiden dat de uitleveringsrechter ter zake van dergelijke verweren niet meer bevoegd zou zijn. Over verweren aangaande toekomstige schendingen van art. 3 EVRM is namelijk niet de uitleveringsrechter, maar de Minister van Justitie bevoegd om te oordelen. Daartoe voert de Hoge Raad twee argumenten aan. Allereerst het - ook aan de art. 8 en 10 UW ten grondslag liggende - argument dat de regering beschikt over informatiebronnen over de politieke situatie en de strafrechtspleging in de verzoekende staat, die voor de uitleveringsrechter ontoegankelijk zijn. Het tweede door de Hoge Raad gehanteerde argument luidt dat de uitleveringsrechter, anders dan de regering, de middelen ontbeert om van de verzoekende staat garanties te vragen teneinde schending van de mensenrechten van de opgeëiste persoon te voorkomen.⁷⁵⁴ Waar de opgeëiste persoon aanvoert dat hem na uitlevering een behandeling in strijd met art. 3 EVRM te wachten staat, acht de uitleveringsrechter zich om de genoemde redenen niet bevoegd. In een dergelijk geval moet de Minister van Justitie beslissen. Die redenen gaan echter niet op, indien de opgeëiste persoon al is gefolterd in verband met de zaak waarvoor zijn uitlevering wordt verzocht. Het verschil is dat in dat geval de schending van het recht om niet te worden gefolterd "niet meer kan worden afgewend".⁷⁵⁵

⁷⁵¹ Vgl. EHRM 20 maart 1991, NJ 1995, 742 (Cruz Varas e.a./Zweden). Zie verder Smeulers 2002, p. 128-129.

⁷⁵² Smeulers 2002, p. 211-212.

⁷⁵³ Ook Rozemond lijkt een minder "categorische benadering" voor te staan: Rozemond 2009, p. 49. Volgens is hem is "weigeren, tenzij" verdedigbaar in geval van eerder ondergane foltering: reeds ondergane foltering is in het algemeen een reden om de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren, maar bijzondere omstandigheden kunnen afwijking van dat uitgangspunt rechtvaardigen.

⁷⁵⁴ De A-G Keizer heeft vergeefs getracht de Hoge Raad te bewegen van deze lijn af te wijken: HR 25 mei 2004, NJ 2005, 243, m.nt. A.H. Klip.

⁷⁵⁵ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 533, m.nt. Sch, r.o. 5.5.2. Dat zou anders worden wanneer de Hoge Raad mijn eerdere suggestie zou volgen en de uitlevering niet zonder meer ontoelaatbaar zou verklaren bij voltooide foltering, in verband met de mogelijkheid om garanties te vragen ter voorkoming van toekomstige foltering. Dan zou, zoals gezegd, bij de huidige bevoegdheidsverdeling de Minister van Justitie bevoegd worden, omdat voltooide foltering alleen een rol zou kunnen spelen bij de beoordeling van het verweer dat de opgeëiste persoon *opnieuw* zou worden gefolterd. Hier zij voor de duidelijkheid alvast opgemerkt dat

Tweede uitzondering: risico flagrante inbreuk art. 6 EVRM

Het tweede geval waarin de uitleveringsrechter, ondanks het vertrouwensbeginsel, over de naleving van de mensenrechten van de opgeëiste persoon heeft te oordelen, doet zich voor, “indien blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan zodanig risico van een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6, eerste lid, EVRM toekomend recht dat de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om dat recht te verzekeren in de weg staat aan nakoming van de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering”. Het criterium “flagrante inbreuk” is ontleend aan het arrest *Soering*. Het vormt de vertaling van het criterium “flagrant denial of justice”/“flagrant denial of a fair trial”.⁷⁵⁶

Bij de toepassing van het criterium “flagrante inbreuk” moet onderscheid worden gemaakt tussen vervolgings- en executie-uitlevering. In geval van een *vervolgings*uitlevering hanteert de Hoge Raad sinds 2003 het vertrouwensbeginsel aldus dat “het vertrouwen dat de verzoekende Staat de bepalingen van [het EVRM] zal eerbiedigen, mee[brengt] dat ervan moet worden uitgegaan dat de opgeëiste persoon in geval van schending van enig hem bij dat verdrag toegekend recht na zijn uitlevering ter (verdere) strafvervolgning het recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM voor een instantie van de verzoekende Staat”.⁷⁵⁷ Dat vertrouwen leidt ertoe dat voor ontoelaatbaarheid van de uitlevering is vereist, dat niet alleen blijkt van een (risico van een) flagrante inbreuk, maar ook dat “naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat hem na zijn uitlevering niet een rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste staat ter zake van die inbreuk”.⁷⁵⁸ Laat de verdediging na te stellen en voldoende te onderbouwen dat een dergelijk rechtsmiddel ontbreekt, dan moet het verweer worden verworpen.⁷⁵⁹

De Hoge Raad duidt de rechtsmiddeleis aan als een “precisering” ten opzichte van zijn eerdere rechtspraak. Hij maakt evenwel niet duidelijk waarom zijn eerdere rechtspraak een dergelijke “precisering” behoeft. Het is mogelijk dat daaraan de gedachte ten grondslag ligt dat in geval van *vervolgings*uitlevering een schending van art. 6 EVRM zich in het algemeen eerst bij de uitspraak van de rechter in de verzoekende staat zal realiseren, namelijk indien daarin de gevolgen van een schending niet worden weggenomen of gecompenseerd, zodat van een flagrante schending van art. 6 EVRM in het algemeen slechts sprake zal zijn, indien te dien aanzien na uitlevering geen daadwerkelijk rechtsmiddel ten dienste zal staan. Alleen wanneer de flagrante inbreuk onherstelbaar is, leidt zij dus tot ontoelaatbaarheid van de

niet alle - door garanties - nog af te wenden schendingen van het EVRM uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie staan. De rechtspraak van de Hoge Raad bevat op het punt van de bevoegdheidsverdeling ter zake van afwendbare en onafwendbare flagrante schendingen van art. 6 EVRM namelijk enkele inconsistenties. Zie daarover Glerum, par. 91.9.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel. Zo spelen garanties een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of een verstekveroordeling aan uitlevering in de weg moet staan. Die beantwoording is mede aan de uitleveringsrechter opgedragen. Zie Hoofdstuk VI.3.

⁷⁵⁶ Mus 1996, p. 178; Smeulders 2002, p. 201.

⁷⁵⁷ Art. 13 EVRM garandeert een “an effective remedy before a national authority” aan een ieder “whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated”.

⁷⁵⁸ HR 11 maart 2003, *NJ* 2004, 42, r.o. 3.4. Zo ook HR 20 mei 2003, *NJ* 2004, 41, m.nt. YB; HR 18 november 2003, *LJN* AH8601; HR 25 mei 2004, *NJ* 2005, 243, m.nt. A.H. Klip; HR 15 mei 2005, *LJN* AS6026; HR 16 oktober 2007, *LJN* BB5361; HR 27 mei 2008, *LJN* BD2468; HR 16 september 2008, *LJN* BF0843.

⁷⁵⁹ HR 15 mei 2005, *LJN* AS6026.

uitlevering.⁷⁶⁰ Indien dit inderdaad de achterliggende gedachte is, dan lijkt deze aan te sluiten bij de hiervoor gememoreerde bevoegdheidsverdeling tussen de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie.⁷⁶¹ over onherstelbare schendingen is de uitleveringsrechter bevoegd te oordelen; schendingen daarentegen die nog kunnen worden afgewend, bijvoorbeeld door het verkrijgen van garanties, of kunnen worden hersteld, staan uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie.⁷⁶²

Met betrekking tot vervolgingsuitleveringen hanteert de Hoge Raad dus een tweeledig, cumulatief criterium, terwijl het Europees Hof een enkelvoudig criterium hanteert. Betekent dit nu dat de Hoge Raad strenger is dan het Europees Hof? Naar mijn mening niet zonder meer. De benadering van de Hoge Raad komt erop neer dat alleen onherstelbare flagrante inbreuken op art. 6 EVRM tot ontoelaatbaarheid leiden. Een inbreuk is onherstelbaar, indien vast staat dat de opgeëiste persoon in de verzoekende staat geen daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM heeft ter zake van die inbreuk. Het is aan de opgeëiste persoon om op dit punt een voldoende onderbouwd verweer te voeren. De benadering van het Europees Hof houdt in dat van het risico op een “flagrant denial of a fair trial” geen sprake is, indien de gestelde schending nog herstelbaar is. Bij de vaststelling of schendingen van art. 6 EVRM nog herstelbaar zijn of niet, spelen een belangrijke rol dat (1) de verzoekende staat als partij bij het EVRM de verplichting op zich heeft genomen om de rechten van art. 6 EVRM te waarborgen en te voorzien in een effectief nationaal rechtsmiddel tegen eventuele schendingen van die rechten en dat (2) terzake van die eventuele schendingen na uitputting van de nationale rechtsmiddelen een gang naar het Europees Hof openstaat. Nu het aan de klager is om bewijs aan te dragen dat een reëel risico van een “flagrant denial of justice” kan aantonen,⁷⁶³ zal hij er niet aan kunnen ontkomen om daarbij aandacht te besteden aan het onherstelbare karakter van de schending. Wat de uitkomst betreft, ontlopen de beide benadering elkaar dus nauwelijks.

's Hogen Raads “precisering” ligt in het verlengde van de eerste uitzondering op het vertrouwensbeginsel (de opgeëiste persoon is al door functionarissen van de verzoekende

⁷⁶⁰ Wortel 2004, p. 364-365. Vgl. Verrest & Kraniotis 2005, p. 1205, die opmerken dat het waarborgen van een eerlijk proces aan de rechter in de uitvaardigende lidstaat wordt overgelaten, tenzij ter plaatse niets te ondernemen valt tegen een flagrante schending van art. 6 EVRM.

⁷⁶¹ Helemaal bevredigend is deze uitleg niet. De “precisering” is van later datum dan de bevoegdheidsverdeling tussen uitleveringsrechter en Minister van Justitie, terwijl de Hoge Raad niet een nadrukkelijk verband legt met de mogelijkheid om al dan niet garanties te vragen. Tegen de achtergrond van die bevoegdheidsverdeling lijkt de “precisering” bovendien niet geheel doordacht. Indien de uitleveringsrechter naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer tot de overtuiging zou komen dat de opgeëiste persoon in de verzoekende staat niet een daadwerkelijk rechtsmiddel ter zake van de flagrante schending van art. 6 EVRM ten dienste zou staan, zou hem geen andere mogelijkheid resten dan de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren, waardoor hij de Minister van Justitie de mogelijkheid zou ontnemen om ter zake een genoegzame garantie te vragen.

⁷⁶² Dat betekent dat de “precisering” niet relevant is voor de beoordeling door de civiele rechter van de door de Minister van Justitie genomen beslissing tot uitlevering: punt 9.6 van de conclusie van de A-G Jörg von HR 15 september 2006, NJ 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (Kesbir). De civiele rechter lijkt echter de tegenovergestelde opvatting te zijn toegedaan, nu hij bij de beoordeling van de beslissing van de Minister van Justitie wel de rechtsmiddelen stelt. Zie bijvoorbeeld Voorzieningsrechter Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2003, L/JN AL7543; Voorzieningsrechter Rb. 's-Gravenhage 16 augustus 2004, L/JN AQ6862; Voorzieningsrechter Rb. 's-Gravenhage 22 mei 2008, L/JN BD2301; Voorzieningsrechter Rb. 's-Gravenhage 8 december 2009, L/JN BK6047; Voorzieningsrechter Rb. 's-Gravenhage 22 april 2010, L/JN BM2047; Voorzieningsrechter Rb. 's-Gravenhage 18 juni 2010, L/JN BN3427.

⁷⁶³ EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (Othman (Abu Qatada)/ Verenigd Koninkrijk), § 261.

staat gefolterd in verband met de zaak waarvoor zijn uitlevering wordt gevraagd). Hiervoor is gebleken dat de Hoge Raad in dat kader een onderscheid maakt tussen enerzijds inbreuken die nog kunnen worden afgewend en die daarom uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie staan en anderzijds inbreuken die niet meer afgewend kunnen worden en daarom - mede - ter beoordeling van de uitleveringsrechter staan. Uitgangspunt is dat “omtrent de vraag of de gevraagde uitlevering moet worden geweigerd wegens een gegrond vermoeden dat bij inwilliging van het verzoek de opgeëiste persoon zal worden blootgesteld aan een inbreuk op zijn fundamentele rechten, het oordeel is voorbehouden aan de minister van Justitie”.⁷⁶⁴ Een dreigende schending kan nog worden afgewend, bijvoorbeeld door garanties van de verzoekende staat die het risico op een dergelijke schending kunnen voorkomen. Daardoor behoren dergelijke schendingen tot het exclusieve domein van de Minister van Justitie. Voor een schending die niet meer afgewend kan worden, gelden deze argumenten niet, zodat - ook - de uitleveringsrechter terzake bevoegd is.⁷⁶⁵

Ingeval van *executie*-uitlevering moet de uitleveringsrechter in beginsel uitgaan van de juistheid van de veroordeling, maar dit uitgangspunt kan uitzondering lijden, indien komt vast te staan dat bij de veroordeling *sprake is geweest* van een flagrante schending van art. 6 EVRM.⁷⁶⁶ De eis dat naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat de opgeëiste persoon na uitlevering geen daadwerkelijk rechtsmiddel ten dienste zal staan, wordt niet gesteld. Kennelijk is daarvan de achterliggende gedachte dat, anders dan in geval van vervolgingsuitlevering, de strafprocedure is afgesloten en dat de rechter in de verzoekende staat al onherroepelijk over de zaak heeft geoordeeld, zodat de flagrante inbreuk op art. 6 EVRM onherstelbaar is. Helemaal sluitend lijkt die mogelijke redenering niet, omdat ook na een onherroepelijk geworden veroordeling niet is uitgesloten dat het recht van de verzoekende staat voorziet in een - buiten de eigenlijke strafprocedure gelegen - daadwerkelijk rechtsmiddel tegen een flagrante inbreuk op art. 6 EVRM. In de beslissing *Cenaj* wees het Europees Hof bijvoorbeeld op de mogelijkheid om heropening van de strafprocedure te verzoeken.⁷⁶⁷

Zowel in geval van vervolgingsuitlevering (mits komt vast te staan dat in de verzoekende staat een daadwerkelijk rechtsmiddel ontbreekt) als in geval van executie-uitlevering geeft de uitleveringsrechter dus bij een flagrante inbreuk op art. 6 EVRM voorrang aan de uit het EVRM voortvloeiende verplichting tot het achterwege laten van uitlevering boven de uit het uitleveringsverdrag voortvloeiende verplichting tot uitlevering.

⁷⁶⁴ Zie bijv. HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 533, m.nt. Sch en HR 25 mei 2004, *NJ* 2005, 43, m.nt. A.H. Klip. Zie ook HR 10 mei 1994, *DD* 94.348: geen omstandigheden zijn komen vast te staan voor het oordeel dat Nederland door de opgeëiste persoon uit te leveren deze bloot stelt aan een flagrante schending van art. 6 EVRM; de beslissing of het risico bestaat op zodanige schending na uitlevering van de opgeëiste persoon komt niet toe aan de uitleveringsrechter maar aan de Minister van Justitie.

⁷⁶⁵ Hier zij nogmaals vermeld dat de rechtspraak van de Hoge Raad op het punt van de bevoegdheidsverdeling ter zake van afwendbare en onafwendbare flagrante schendingen van art. 6 EVRM enkele inconsistenties bevat die ik hier onbesproken laat. Zie daarover Glerum, par. 91.9.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

⁷⁶⁶ HR 31 januari 2006, *NJ* 2006, 125. Vgl. punt 4.5 van de conclusie van de A-G Bleichrodt vóór HR 16 oktober 2007, *LJN* BB5361. Zie ook HR 29 juni 1993, *NJ* 1995, 227 en HR 21 januari 2003, *LJN* AF1913, *NbSr* 2003, 48.

⁷⁶⁷ EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (*Cenaj*/Griekenland en Albanië). Zie paragraaf 2.1.2.

Andere gevallen dan de twee uitzonderingen

In andere dan de twee genoemde gevallen - kort gezegd een al plaatsgevonden foltering in verband met de zaak waarvoor de uitlevering wordt gezocht en een onherstelbare flagrante inbreuk op art. 6 EVRM - is niet de uitleveringsrechter, maar de Minister van Justitie de bevoegde instantie om te beslissen of een schending van het EVRM reden moet zijn tot weigering van de uitlevering. Beslist de Minister van Justitie in dergelijke gevallen dat het EVRM niet in de weg staat aan uitlevering, dan kan de opgeëiste persoon daartegen bij de burgerlijke rechter uit hoofde van een actie uit onrechtmatige daad opkomen. Voor zover de uitleveringsrechter zich ter zake van een gestelde schending van het EVRM wel bevoegd acht, is de Minister van Justitie niet aan het rechterlijk oordeel gebonden, tenzij dit de ontoelaatbaarheid van de uitlevering inhoudt.⁷⁶⁸ Ongeacht of de uitleveringsrechter de uitlevering toelaatbaar heeft geoordeeld, heeft de Minister van Justitie met betrekking tot de beslissing op het uitleveringsverzoek een eigen verantwoordelijkheid. De wijze waarop de Minister van Justitie daaraan invulling geeft, kan de opgeëiste persoon eveneens in kort geding aanvechten.

V.2.2.3 De burgerlijke rechter

Onder meer uit het arrest Short blijkt dat de burgerlijke rechter zich bevoegd acht om in kort geding over een conflict tussen EVRM-verplichtingen en verdragsrechtelijke uitleveringsverplichtingen te oordelen.⁷⁶⁹ In deze zaak kreeg de burgerlijke rechter te oordelen over de verhouding tussen de verplichting tot overlevering op grond van het Verdrag tussen de Staten die partij zijn bij het Noord-Atlantisch Verdrag nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (hierna NAVO-Statusverdrag) en de verplichting tot afschaffing van de doodstraf (in vreedetijd), zoals neergelegd in art. 1 Protocol 6 EVRM. Short, een in Nederland gelegerde Amerikaanse militair, werd ervan verdacht in Nederland zijn echtgenote te hebben vermoord, een feit waarop naar Amerikaans recht de doodstraf was gesteld. Het NAVO-Statusverdrag regelt onder meer de gevallen waarin de staat van herkomst, dat wil zeggen de verdragspartij waartoe de militair behoort, of de staat van verblijf, dat wil zeggen de staat op het grondgebied waarvan de militair is gelegerd, uitsluitend bevoegd is tot uitoefening van rechtsmacht over de militair en de gevallen van samenloop van rechtsmacht waarin één van beide staten voorrang heeft bij de uitoefening van rechtsmacht. Indien het vergrijp uitsluitend gericht is tegen een gezinslid, bijvoorbeeld een echtgenote, van een lid van de buitenlandse krijgsmacht (zoals in het geval van Short), heeft de staat van herkomst voorrang bij de uitoefening van rechtsmacht.⁷⁷⁰ De staat van herkomst en de staat van verblijf zijn over en weer verplicht om elkaar hulp te verlenen bij het arresteren van de betrokken militair en het overleveren aan de autoriteit van de staat die rechtsmacht zal uitoefenen.⁷⁷¹ Het verdrag voorziet niet in de mogelijkheid de overlevering afhankelijk te maken van het beding dat de doodstraf niet zal worden opgelegd dan wel niet

⁷⁶⁸ Art. 33 lid 2 UW (uitgezonderd de ontoelaatbaarheid wegens ongenoegzaamheid der stukken: art. 33 lid 3 UW). Zie Hoofdstuk II.4.4.

⁷⁶⁹ HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249, m.nt. AHJS (Short). Dat de rechter zich in het algemeen over verdragsconflicten mag uitlaten had de Hoge Raad al bepaald in HR 10 november 1989, NJ 1991, 248, m.nt. P.H. Kooijmans (Kruisraketten). Zie over dit arrest Mus 1996, p. 108-112; Smeulers 2002, p. 244-248.

⁷⁷⁰ Art. VII lid 3 onder a jo. art. I lid 1 onder c NAVO-Statusverdrag.

⁷⁷¹ Art. VII lid 5 onder a NAVO-Statusverdrag.

ten uitvoer zal worden gelegd.⁷⁷² Short beriep zich evenwel op art. 1 Protocol 6 EVRM, teneinde de overlevering aan de Verenigde Staten te voorkomen.

Onder verwijzing naar het arrest *Soering* overwoog de Hoge Raad dat Short zich onder de “jurisdiction” - als bedoeld in art. 1 EVRM - van Nederland bevond. Art. 1 Protocol 6 EVRM bracht dan ook mee dat Nederland “dientengevolge thans op grond van het EVRM verplicht [is] zich te onthouden van handelingen die tot gevolg kunnen hebben dat iemand die onder zijn rechtsmacht ressorteert aan de doodstraf wordt blootgesteld, ook als het vonnis elders wordt opgelegd of voltrokken”.⁷⁷³ Schending van die plicht zou - in beginsel - onrechtmatig zijn jegens Short, zodat zich een verdragsconflict voordeed. De Hoge Raad was van oordeel dat de civiele rechter bevoegd was om over dit conflict te beslissen: “niet kan worden aanvaard dat het enkele feit dat de Staat zich tot een bepaalde gedraging bij verdrag heeft verplicht, de Nederlandse rechter zou beletten te beoordelen of de Staat door die gedraging inbreuk maakt op een andere verdragsnorm waaraan de burgers rechtstreeks rechten kunnen ontlenuen, en aldus of de Staat jegens hen onrechtmatig handelt”.⁷⁷⁴ Nu uit de enkele status van het EVRM als mensenrechtenverdrag geen voorrang boven andere verdragen kon worden afgeleid, moest de oplossing van het conflict worden gevonden in een belangenafweging. De vraag moest worden beantwoord “of, gelet op alle omstandigheden van het geval, bij afweging van alle betrokken gevallen - waaronder de nationale en internationale belangen die bij de nakoming van beide verdragsverplichtingen betrokken zijn - de betreffende verdragsverplichting voor de Staat een zo zwaarwegend beletsel vormt om aan zijn verplichting jegens de betreffende burger te voldoen, dat nakoming van zijn verplichting jegens die burger van hem niet kan worden gevergd en dus niet kan worden bevolen”. Die vraag beantwoordde de Hoge Raad ontkennend. Gezien het “grote gewicht” van Short’s recht om niet aan de doodstraf te worden blootgesteld, wogen zijn belangen zwaarder dan de belangen van Nederland bij naleving van het NAVO-Statusverdrag.⁷⁷⁵ De Hoge Raad bekrachtigde het vonnis van de president van de Rechtbank ’s-Gravenhage waarin de overlevering van Short aan de Verenigde Staten werd verboden “indien en voor zover de mogelijkheid blijft bestaan dat S. de doodstraf zal ondergaan”.⁷⁷⁶

In het arrest *Kesbir* heeft de Hoge Raad bevestigd dat de burgerlijke rechter bevoegd is om te oordelen of de Staat door, in een conflict tussen de verplichting tot uitlevering en de verplichting om aan een ieder binnen de “jurisdiction” van Nederland de rechten en vrijheden van het EVRM te verzekeren, aan één van die verplichtingen voorrang te geven onrechtmatig zou handelen jegens de opgeëiste persoon.⁷⁷⁷

⁷⁷² Gaat de staat van herkomst op het grondgebied van de staat van verblijf over tot uitoefening van rechtsmacht over zijn militair, dan mag hij een daarbij eventueel opgelegde doodstraf niet op het grondgebied van de staat van verblijf ten uitvoer leggen, indien de wetgeving van deze staat de oplegging van de doodstraf in een dergelijk geval niet toelaat: art. VII lid 7 onder NAVO-Statusverdrag.

⁷⁷³ HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249, m.nt. AHJS (Short), r.o. 3.3. Zie over de doodstraf, uitlevering en overlevering (als bedoeld in het Kaderbesluit en in de Overleveringswet) verder paragraaf 3.

⁷⁷⁴ HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249, m.nt. AHJS (Short), r.o. 3.4.

⁷⁷⁵ HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249, m.nt. AHJS (Short), r.o. 3.4.

⁷⁷⁶ In punt 7 van zijn noot bij het arrest meldt A.H.J. Swart dat de Amerikaanse autoriteiten uiteindelijk hebben verzekerd dat Short zou worden berecht op de grondslag van een beschuldiging die oplegging van de doodstraf uitsloot, waarna Short alsnog werd overgeleverd.

⁷⁷⁷ HR 15 september 2006, NJ 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (*Kesbir*), r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249, m.nt. AHJS (Short).

Het arrest *Kesbir* is verder van belang voor de omvang van de toetsing door de burgerlijke rechter van de beslissing tot uitlevering. Indien de opgeëiste persoon tegen die beslissing opkomt met de stelling dat uitlevering strijdig is met art. 3 EVRM, moet de burgerlijke rechter die beslissing niet marginaal, maar *volledig* toetsen. Met de A-G Jörg leidt de Hoge Raad deze verplichting af uit het arrest *Chahal* van het Europees Hof.⁷⁷⁸ De aangezochte staat dient tegen een reëel gevaar van behandeling in strijd met art. 3 EVRM in de verzoekende staat een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM te bieden. Het Europees Hof heeft in het arrest *Chahal* erop gewezen dat, gezien de “irreversible nature of the harm that might occur if the risk of ill-treatment materialised” en het belang dat het Europees Hof aan art. 3 EVRM hecht, een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM een “independent scrutiny of the claim” vereist,⁷⁷⁹ waar het eerder in het arrest *Vilvarajah e.a.* nog genoegzaam had genomen met “limitations to the powers of the courts in judicial review proceedings”.⁷⁸⁰

Hoewel zulks in de zaak *Kesbir* niet aan de orde was, lijkt het waarschijnlijk dat een volledige toets, althans “independent scrutiny”, eveneens is vereist, indien de opgeëiste persoon zich op een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces beroept.⁷⁸¹ Waar de uitlevering is verzocht door een *derde* staat, gaat het Europees Hof er immers vanuit dat een dergelijke schending onherstelbaar zal zijn.⁷⁸² Waar de staat van bestemming eveneens bij het EVRM aangesloten is, neemt het Hof daarentegen aan dat een dergelijke schending juist niet onherstelbaar is. Het is echter niet uitgesloten - al zal het in de praktijk buitengewoon moeilijk zijn - dat de opgeëiste persoon aannemelijk weet te maken dat de schending niet zal worden hersteld in de verzoekende staat. In een dergelijk geval noopt mijns inziens de “irreversible nature” van de gestelde schending tot “independent scrutiny”.

Ten slotte is het civiele arrest *Kesbir* van belang voor de werking van het vertrouwensbeginsel bij de toetsing van de beslissing van de Minister van Justitie.⁷⁸³ Het Gerechtshof 's-Gravenhage had in hoger beroep geoordeeld dat *Kesbir* na uitlevering een reëel risico op marteling of een andere onmenselijke of vernederende behandeling zou lopen. Het Hof was het eens met de Staat dat *Kesbir* desondanks zou kunnen worden

⁷⁷⁸ HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (*Kesbir*), r.o. 3.4.4; punten 5.9-5.10 van de conclusie van de A-G Jörg.

⁷⁷⁹ EHRM 15 november 1996, *NJ* 1997, 301, m.nt. P.J. Boon (*Chahal/Verenigd Koninkrijk*), § 151.

⁷⁸⁰ EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1995, 743 (*Vilvarajah e.a./Verenigd Koninkrijk*), § 126. Met Rozemond ben ik van mening dat een volledige toetsing niet uit het arrest *Chahal* voortvloeit: Rozemond 2009, p. 55-56. In *Chahal* wees het Hof erop dat bij de beoordeling van het risico dat de opgeëiste persoon loopt niet mag worden betrokken dat de aanwezigheid van de opgeëiste persoon in de aangezochte staat vanwege zijn voor de nationale veiligheid gevaarlijke gedrag ongewenst is, omdat het in art. 3 EVRM neergelegde verbod absoluut is. Voor een afweging tussen het risico op behandeling in strijd met art. 3 EVRM en de redenen voor uitlevering of uitzetting is dan ook geen plaats (*Chahal*, § 79-81). In het verlengde hiervan kwam het Hof tot het oordeel dat bij de “independent scrutiny” het ongewenste gedrag van de opgeëiste persoon evenmin mocht worden betrokken (*Chahal*, § 150). Ook na het arrest *Chahal* heeft het Europees Hof “judicial review proceedings” waarin de beslissing tot uitlevering/uitzetting werd getoetst aan “reasonableness” en “perverseness”, als een “effective remedy” aangemerkt. Zie bijvoorbeeld EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99 (*Hilal/Verenigd Koninkrijk*), § 77-78, onder verwijzing naar *Vilvarajah e.a.* en *Soering*. Het lijkt erop dat een marginale toets (redelijkheidstoets) op zichzelf niet onvereenigbaar is met de door het Europees Hof geëiste “independent scrutiny”.

⁷⁸¹ Vgl. punt 5.10 van de conclusie van de A-G Jörg vóór HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (*Kesbir*).

⁷⁸² EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (*Cenaj/Griekenland en Albanië*). Zie paragraaf 2.1.2.

⁷⁸³ Zie Rozemond 2009, p. 54-55.

uitgeleverd, indien Turkije garanties zou verstrekken die dat risico zouden wegnemen. Het vertrouwensbeginsel bracht mee dat in beginsel op dergelijke garanties moest worden vertrouwd. Gezien de algemene situatie in Turkije en het reële risico dat Kesbir liep, waren de door de Turkse autoriteiten gedane toezeggingen naar het oordeel van het Hof onvoldoende, omdat zij niet op de omstandigheden van Kesbir waren toegespitst. De Hoge Raad verwierp de cassatieklacht dat het Hof onvoldoende betekenis had gehecht aan het vertrouwensbeginsel, onder verwijzing naar - onder meer - zijn overwegingen over een daadwerkelijk rechtsmiddel in de aangezochte staat. Ik begrijp dit oordeel zo, dat de notie van een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen het reële gevaar van behandeling in strijd met art. 3 EVRM meebrengt dat niet zonder meer vertrouwd kan worden op elke toezegging van de verzoekende staat, maar dat steeds moet worden beoordeeld of deze toezegging dat gevaar inderdaad wegneemt.⁷⁸⁴ Zulks strookt met de in paragraaf 2.1.3 uiteengezette wijze waarop het Europees Hof garanties en toezeggingen beoordeelt.

V.2.3 EVRM-schending als algemene weigeringsgrond van overlevering

V.2.3.1 Het Kaderbesluit

Inleiding

Eerder is gebleken dat de regeling van het EAB berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, zoals overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit ook mededeelt, en dat dit vertrouwen weer berust op de - in art. 6 lid 1 (oud) VEU bedoelde - beginselen die alle lidstaten gemeen hebben en waarop de Europese Unie is gegrondvest, te weten “de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat”.⁷⁸⁵ Die mate van vertrouwen is dermate hoog dat de *regeling* van het EAB alleen kan worden *opgeschort*,⁷⁸⁶ wanneer sprake is van “een ernstige en voortdurende schending door een lidstaat van de in artikel 6, lid 1, van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginselen”, zo blijkt uit het vervolg

⁷⁸⁴ In deze zin ook punt 9.1 van de conclusie van de A-G Jörg vóór HR 15 september 2006, NJ 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (Kesbir). Anders Rozemond 2009, p. 54, die deze overweging zo leest dat de bevoegdheid om zich over verdragsconflicten te buigen, meebrengt dat niet kan worden gezegd dat het Hof onvoldoende betekenis heeft gehecht aan het vertrouwensbeginsel. Deze lezing lijkt mij onjuist. De kwestie van de genoegzaamheid van de garantie en de rol van het vertrouwensbeginsel in dezen hebben betrekking op de vraag of Nederland art. 3 EVRM zou schenden in geval van uitlevering. De beantwoording van deze vraag gaat noodzakelijkerwijs vooraf aan de beantwoording van de vraag welke verdragsverplichting voorrang heeft. Immers, pas wanneer is vastgesteld dat de gegeven garantie ongenoegzaam is en dat uitlevering dus schending van art. 3 EVRM zou opleveren, is sprake van een verdragsconflict.

⁷⁸⁵ Zie Hoofdstuk III.2.3.2.7.

⁷⁸⁶ De overweging heeft alleen betrekking op opschorting van *het systeem* van overlevering, niet op weigering van de overlevering *in concrete gevallen*, zoals ook de vergelijking met de overwegingen 12 en 13 van de preambule leert. Zie Blekxtoon 2004b, p. 579, die opmerkt dat de rechter hooguit als “aangever” bemoeienis heeft met de regeling; Blekxtoon 2005, p. 224; Murschetz 2007a, p. 349. Italië heeft desondanks in haar implementatiewetgeving een dwingende weigeringsgrond opgenomen voor het geval dat de Europese Raad inderdaad een ernstige en voortdurende schending door de uitvaardigende lidstaat heeft vastgesteld: De Amicis 2009, p. 313, die opmerkt dat deze weigeringsgrond wel een loze letter zal blijken te zijn, nu men moet veronderstellen dat de bevoegde Unie-instanties in een dergelijk geval de regeling van het EAB zullen opschorten in de verhouding met de uitvaardigende lidstaat.

van overweging 10.⁷⁸⁷ Daaruit volgt dat de lidstaten kennelijk, ondanks die hoge mate van vertrouwen, schendingen, ja zelfs ernstige en voortdurende schendingen, van de in art. 6 lid 1 (oud) VEU bedoelde beginselen niet *a priori* uitgesloten achten.

Op andere plaatsen bevestigt het Kaderbesluit dat de hoge mate van vertrouwen van de lidstaten in elkander niet onbegrensd is,⁷⁸⁸ dat zij rekening houden met schendingen van de beginselen van art. 6 lid 1 (oud) VEU en dat dergelijke schendingen kunnen leiden tot *weigering van de tenuitvoerlegging* van EAB's in *individuele* gevallen.⁷⁸⁹ Zo poneert de aanhef van overweging 12 de stelling dat het Kaderbesluit de grondrechten eerbiedigt en aan de beginselen voldoet zoals “erkend bij artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en zijn weergegeven in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (...), met name in hoofdstuk VI”.⁷⁹⁰ Die grondrechten zijn de rechten zoals gewaarborgd door het EVRM en zij golden als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, thans als algemene beginselen van Unierecht.⁷⁹¹ Vervolgens formuleert deze overweging een grond tot weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB in geval van dreigende discriminatoire vervolging of bestraffing van de opgeëiste persoon (“Niets in dit kaderbesluit staat eraan in de weg dat de overlevering kan worden geweigerd van een persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd (...”).⁷⁹² Kennelijk zien de lidstaten de non-discriminatieclausule als een voortvloeiende van de in art. 6 (oud) VEU en in het Handvest

⁷⁸⁷ Die ernstige en voortdurende schending moet dan zijn geconstateerd overeenkomstig art. 7 lid 1 (oud) VEU, met toepassing van de procedure van art. 7 lid 2 (oud) VEU. Art. 7 (oud) VEU voorziet een procedure in twee fasen. In de eerste fase kan de Raad - “Op een met redenen omkleed voorstel van een derde van de lidstaten, het Europees Parlement of de Commissie”, na “instemming van het Europees Parlement” en “met een meerderheid van vier vijfden van zijn leden” - een duidelijk gevaar van een ernstige schending van de in art. 6 lid 1 (oud) VEU bedoelde beginselen door een lidstaat constateren en passende aanbevelingen aan die lidstaat doen. Op de Raad rust de plicht om “regelmatig na [te gaan] of de redenen die tot zijn constatering hebben geleid nog bestaan”. In de tweede fase kan de Raad - “in de samenstelling van staatshoofden en regeringsleiders”, “met eenparigheid van stemmen, op voorstel van een derde van de lidstaten of van de Commissie, en na instemming van het Europees Parlement” - daadwerkelijk een ernstige en voortdurende schending constateren. De Raad kan vervolgens met gekwalificeerde meerderheid besluiten dat die constatering leidt tot opschorting van Verdragsrechten van de schendende lidstaat, maar de Verdragsverplichtingen van die lidstaat blijven in stand (art. 7 lid 3 (oud) VEU). Het sanctieregime van art. 7 (oud) VEU is nooit toegepast. Zie daarover Lane 2007, p. 370-373, die dat regime - terecht - als zwak aanduidt vanwege de “fierce procedural hurdles”. Blekxtoon is kennelijk van mening dat deze horden niet genomen kunnen worden, nu hij spreekt van het optrekken van “een onneembaar fort”. Blekxtoon 2004b, p. 578. Zie over de - hier niet ter zake dienende - wijzigingen die de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft meegebracht Barents 2008, p. 151.

⁷⁸⁸ Vgl. HvJ EU 21 december 2011, zaken C-411/10 en C-493/10 (N.S. e.a.), § 78-81, waarin het Hof enerzijds op grond van de juridische instrumenten die het gemeenschappelijk Europees asielstelsel vormen, oordeelt dat moet worden aangenomen dat de behandeling van asielzoekers in elke lidstaat in overeenstemming is met de eisen van het Handvest, met het Verdrag van Genève en met het EVRM, maar waarin het Hof anderzijds niet kan uitsluiten dat een lidstaat een aan hem overgedragen asielzoeker behandelt op een manier die de grondrechten van die asielzoeker schendt. Het Hof neemt dus een weerlegbaar vermoeden van mensenrechtenconform handelen aan.

⁷⁸⁹ In deze zin ook Blekxtoon 2004b, p. 580 ten aanzien van overweging 12 van de preambule.

⁷⁹⁰ Hoofdstuk VI van het Handvest heeft als opschrift “Rechtspleging”.

⁷⁹¹ Volgens Blekxtoon is het EVRM van toepassing, omdat overweging 12 naar art. 6 (oud) VEU verwijst: Blekxtoon 2004a, p. 29. Ook zonder deze overweging zouden de lidstaten uit hoofde van art. 6 (oud) VEU gehouden zijn om bij de uitvoering van Unierecht het EVRM te eerbiedigen. De aanhef van overweging bevestigt dus slechts deze verplichting. In deze zin ook Blekxtoon 2005, p. 225.

⁷⁹² Zie verder paragraaf 5.

bedoelde grondrechten en beginselen.⁷⁹³ Ten slotte meldt overweging 12 nog dat het Kaderbesluit “de toepassing door de lidstaten van hun grondwettelijke bepalingen betreffende het recht op een eerlijke rechtsgang, de vrijheid van vereniging, de vrijheid van drukpers en de vrijheid van meningsuiting in andere media, onverlet [laat]”. Overweging 13 houdt naar haar formulering een dwingende weigeringsgrond in, in geval van dreigende onderwerping van de opgeëiste persoon aan de doodstraf, aan foltering of aan andere onmenselijke dan wel vernederende behandelingen of bestraffingen (“Niemand mag worden verwijderd of uitgezet naar dan wel uitgeleverd aan (...)”). Deze drie overwegingen maken geen deel uit van de eigenlijke bepalingen van het Kaderbesluit. Zij hebben dan ook als zodanig geen bindende rechtskracht.⁷⁹⁴ Wel kunnen deze overwegingen een rol spelen bij de uitleg van de eigenlijke bepalingen, nu zij uitsluitel geven over doel en strekking van het Kaderbesluit en nu zij de verhouding tot andere internationale instrumenten kunnen verduidelijken.⁷⁹⁵

Onder die eigenlijke bepalingen van het Kaderbesluit bevindt zich slechts één voorschrift waarin sprake is van de eerbiediging van grondrechten. Volgens art. 1 lid 3 Kaderbesluit kan het Kaderbesluit “niet tot gevolg hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast”. Deze bepaling is niet als grond tot weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB geformuleerd.⁷⁹⁶ Ondanks al deze directe en indirecte verwijzingen naar de eerbiediging van grondrechten, kan dus worden geconcludeerd dat het Kaderbesluit niet een *als zodanig* geformuleerde uitdrukkelijke - algemene - weigeringsgrond inzake schending van het EVRM (of van andere mensenrechtelijke instrumenten) kent.⁷⁹⁷ Volgens de Commissie was het ook niet de bedoeling van de Raad van de Europese Unie om in een dergelijk voorschrift te voorzien.⁷⁹⁸

⁷⁹³ De verwijzing naar de grondrechten en beginselen als bedoeld in art. 6 (oud) VEU en in het Handvest en de non-discriminatieclausule maken deel uit van één en dezelfde alinea, terwijl de - hierna te bespreken - verwijzing naar toepassing van grondwettelijke bepalingen is opgenomen in een aparte alinea. Zie ook *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2006)79, p. 5: “(...) the issues in these recitals [recitals 12 and 13] are covered by Article 6 TEU (...)”.

⁷⁹⁴ Zie HvJ EU 15 september 2011, zaken C-483/09 en C-1/10 (Gueye en Sánchez), r.o 46 (ten aanzien van overweging 8 van de preambule bij Kaderbesluit 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001, L 82/1). Ook volgens Apap en Carrera hebben de overwegingen van de preambule “a non-binding character”: Apap & Carrera 2004, p. 13. Zo ook Zeder 2003, p. 385.

⁷⁹⁵ Smeulers & De Vries 2003, p. 441.

⁷⁹⁶ Vergelijk de aanhef van de artikelen 3 en 4 Kaderbesluit: “De rechterlijke autoriteit (...) weigert de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel (...)” respectievelijk “De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel weigeren (...)”.

⁷⁹⁷ Alegre & Leaf 2004, p. 202; Fennelly 2007, p. 526; Flore 2004, p. 131; Glerum & Rozemond 2008a, p. 222; Konstadinides 2007, p. 190; Mackarel 2009, p. 143; Murschetz 2007a, p. 347; Rijken 2010, p. 1474; Schilling 2007, p. 117; Stessens 2002, p. 101 (ten aanzien van de non-discriminatieclausule van overweging 12); Stessens 2004-2005, p. 568; Zeder 2003, p. 385. In het licht van de genoemde overwegingen en van art. 1 lid 3 Kaderbesluit, lijkt mij het vermoeden van Alegre en Leaf dat de “Member States have not given serious consideration to the possibility of grave human rights abuses occurring in other Member States that would give rise to an obligation to refuse surrender” niet gegrond: Alegre & Leaf 2003, p. 15; Alegre & Leaf 2004, p. 203. Een vergelijkbaar vermoeden uit Alegre ook elders: Alegre 2005, p. 147.

⁷⁹⁸ *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*,

Mensenrechtenconforme uitleg en implementatie Kaderbesluit

De vraag rijst dan ook of de lidstaten bij de implementatie van het Kaderbesluit de vrijheid hebben om te voorzien in de verplichting tot of de mogelijkheid van weigering van de overlevering in die gevallen waarin overlevering voor de uitvoerende lidstaat een schending van het EVRM of van het Handvest zou opleveren. In Hoofdstuk IV.4.3.4.2 is gebleken dat het primaire Unierecht de Europese Unie en de lidstaten, voor zover de lidstaten het recht van de Unie uitvoeren, ertoe verplicht om de grondrechten zoals neergelegd in het EVRM en in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in acht te nemen. Voor de Unie en haar instellingen brengt deze verplichting onder meer mee dat secundair Unierecht, zoals een Kaderbesluit, niet in strijd met de grondrechten van het EVRM en van het Handvest mag komen. Een Kaderbesluit dat strijdig is met die verplichting, kan ongeldig worden verklaard.⁷⁹⁹ Voor zover mogelijk, moet dat secundaire Unierecht dan ook grondrechtenconform worden uitgelegd. Voor de lidstaten brengt de bewuste verplichting mee dat zij bij de omzetting van bijvoorbeeld een kaderbesluit in het nationale recht gebonden zijn aan de eisen die uit de grondrechten voortvloeien. Het implementeren van een kaderbesluit is immers het uitvoeren het recht van de Unie.⁸⁰⁰ Bovendien moeten ook hun nationale autoriteiten bij de uitleg en toepassing van dat omgezette recht die grondrechten in acht nemen.⁸⁰¹ Nu in paragraaf 2.1.2 is gebleken dat overlevering onder omstandigheden voor de uitvoerende lidstaat een schending van art. 3 EVRM kan opleveren en niet is uitgesloten dat, in een uitzonderlijk geval, overlevering voor de uitvoerende lidstaat in een schending van art. 6 EVRM kan resulteren, zal het Kaderbesluit dan ook - zo veel mogelijk - zo moeten worden uitgelegd, dat de in die bepalingen neergelegde rechten, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, worden geëerbiedigd.⁸⁰²

Hetzelfde geldt voor de in het Handvest neergelegde rechten. Van bijzonder belang is in dit verband art. 19 lid 2 Handvest, dat luidt: “Niemand mag worden verwijderd of uitgezet naar, dan wel worden uitgeleverd aan een staat waar een ernstig risico bestaat dat hij aan de

COM(2006)8 def., p. 8: “In tegenstelling tot wat bepaalde lidstaten hebben gedaan, was het niet de bedoeling van de Raad om van de schending van de algemene voorwaarde van het eerbiedigen van de grondrechten een uitdrukkelijke weigeringsgrond te maken”.

⁷⁹⁹ Art. 35 lid 1 (oud) VEU jo. art. 46 onder d (oud) VEU. Zie HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), waarin het Hof in het kader van de beantwoording van prejudiciële vragen de stelling onderzocht - en uiteindelijk verwierp - dat het Kaderbesluit ongeldig zou zijn wegens strijd met het legaliteitsbeginsel en met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Van het in art. 35 lid 6 (oud) VEU aan elke lidstaat en aan de Commissie toegekende recht om voor het Hof van Justitie de onwettigheid van een kaderbesluit in te roepen wegens onder meer schending van het Verdrag, kan ten aanzien van het Kaderbesluit geen gebruik meer worden gemaakt, nu de termijn waarbinnen een dergelijk beroep moet worden ingesteld - twee maanden na de bekendmaking van de betrokken maatregel - al is verstreken: Blekxtoon 2004b, p. 587; Feik 2007, p. 17.

⁸⁰⁰ Barents 2008, p. 548; Merli 2007, p. 126-127; Nauta 2012, p. 21 (ten aanzien van de implementatie van een richtlijn); Pahladsingh & Van Roosmalen 2011, p. 56 (ten aanzien van de implementatie van een richtlijn); Van Elsuwege 2012, p. 199 (ten aanzien van de implementatie van een richtlijn).

⁸⁰¹ Barents 2008, p. 548. Ook Frenz 2009, p. 77-78, Pahladsingh & Van Roosmalen 2011, p. 56 en Pahladsingh & Van Roosmalen 2012, p. 59, zijn van oordeel dat het begrip “ten uitvoer brengen” zowel de omzetting van Unierecht als de toepassing van het omgezette nationale recht betreft. Zie ook HvJ EU 15 september 2011, zaken C-483/09 en C-1/10 (Gueye en Sánchez), r.o. 69, waaruit men *a contrario* kan afleiden dat, wanneer (een nationale handeling ter uitvoering van) het nationale recht binnen de werkingssfeer van een kaderbesluit valt, voldaan is aan de uitvoeringsvoorwaarde van art. 51 lid 1 Handvest.

⁸⁰² Vgl. HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 59.

doodstraf, aan folteringen of andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen”. Volgens art. 6 lid 1 VEU moeten de in het Handvest opgenomen grondrechten “worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden”. Ook art. 52 lid 7 Handvest zegt dat de rechters van de Unie en van de lidstaten deze toelichtingen - “naar behoren” - in acht moeten nemen.⁸⁰³ Ingevolge art. 52 lid 3 Handvest, dat in Hoofdstuk VII voorkomt, zijn de inhoud en reikwijdte van in het Handvest voorkomende rechten “die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend”. De toelichting bij deze bepaling meldt dat de inhoud en reikwijdte van een recht niet alleen worden bepaald door de tekst, maar met name ook door de rechtspraak van het Europees Hof.⁸⁰⁴ Hoewel in de literatuur is betoogd dat het Hof niet verplicht is om de rechtspraak van het Europees Hof te volgen,⁸⁰⁵ acht het Hof zich op grond van art. 52 lid 3 Handvest kennelijk aan die rechtspraak gebonden bij de uitleg van een corresponderend Handvestrecht.⁸⁰⁶ Art. 19 lid 2 Handvest neemt, volgens de toelichting, “de relevante jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens over met betrekking tot artikel 3 van het EVRM (zie Ahmed tegen Oostenrijk, arrest van 17 december 1996, Jurispr.1996-VI, blz. 2206, en Soering, arrest van 7 juli 1989)”.⁸⁰⁷ De toelichting op art. 52 lid 3 Handvest meldt dan ook dat art. 19 lid 2 Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als het daarmee corresponderende art. 3 EVRM, “zoals het door het Europees Hof voor de rechten van de mens wordt geïnterpreteerd”.⁸⁰⁸

Nu spreekt art. 19 lid 2 Handvest van “uitgeleverd aan een staat” en niet - mede - van “overgeleverd aan een lidstaat”. Verder is in deze bepaling sprake van de doodstraf, die ingevolge art. 2 Handvest binnen de Europese Unie niet mag worden opgelegd en ten uitvoer gelegd. Men zou daarom kunnen veronderstellen dat zij uitsluitend betrekking heeft op handelingen die tot gevolg hebben dat de betrokken persoon over de grenzen van de Europese Unie wordt gevoerd en dus niet op overlevering tussen de lidstaten. Deze veronderstelling zou echter naar mijn mening onjuist zijn.⁸⁰⁹ Nu binnen de Europese Unie de rechtsfiguur uitlevering is vervangen door die van overlevering, valt te verdedigen dat art. 19 lid 2 Handvest voor wat betreft de verhoudingen binnen de Europese Unie dienovereenkomstig moet worden gelezen. Los daarvan geldt dat de *Soering*-rechtspraak van het Europees Hof van toepassing is op *elke* vorm van verwijdering van het grondgebied

⁸⁰³ Zie ook HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09 (DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH), r.o. 32.

⁸⁰⁴ *PbEU* 2007, C 303/33.

⁸⁰⁵ Lock 2009, p. 383-387.

⁸⁰⁶ HvJ EU 5 oktober 2010, zaak C-400/10 PPU (McB.), r.o. 53: “(...) moet worden vastgesteld dat dit artikel 7 rechten bevat die corresponderen met de door artikel 8, lid 1, van het EVRM gegarandeerde rechten. Bijgevolg dient aan artikel 7 van het handvest dezelfde inhoud en reikwijdte te worden toegekend als die welke aan artikel 8, lid 1, van het EVRM worden toegekend, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (...)”.

⁸⁰⁷ *PbEU* 2007, C 303/24.

⁸⁰⁸ *PbEU* 2007, C 303/34.

⁸⁰⁹ Het Handvest is plechtig geproclameerd op 7 december 2000, enige jaren vóór de aanname van het Kaderbesluit EAB. Zie *PbEG* 2000, C 364. Na de inwerkingtreding van het Kaderbesluit is een aantal bepalingen van het Handvest, maar niet art. 19 lid 2, gewijzigd in verband met de Europese Grondwet en is het Handvest opnieuw geproclameerd op 12 december 2007. Zie *PbEU* 2007, C 303.

van een verdragspartij, ongeacht of de staat bestemming al dan niet bij het EVRM of de Europese Unie is aangesloten,⁸¹⁰ zodat art. 19 lid 2 Handvest mijns inziens op overeenkomstige wijze moet worden uitgelegd. Die bepaling biedt daartoe tekstueel de ruimte, nu zij ook spreekt van “verwijderd (...) naar”. Overlevering brengt verwijdering van het grondgebied van de uitvoerende lidstaat naar het grondgebied van een andere lidstaat mee.⁸¹¹ De omstandigheid dat art. 19 lid 2 Handvest de doodstraf noemt, een straf die het Handvest binnen de Europese Unie in de ban heeft gedaan,⁸¹² toont niet aan dat de reikwijdte van deze bepaling beperkt is tot de verhouding tussen lidstaten en derde staten. Het Handvest verbiedt immers in art. 4 ook foltering en onmenselijke of vernederende behandeling en bestraffing, maar daaruit volgt nog niet dat lidstaten zich niet schuldig zouden maken aan zulke handelingen.⁸¹³ Bovendien maakt het verbod op foltering deel uit van *ius cogens*⁸¹⁴ en ligt het in de rede om aan het verbod op verwijdering in geval van dreigende foltering hetzelfde karakter toe te kennen,⁸¹⁵ hetgeen eveneens tot de toepasselijkheid van art. 19 lid 2 Handvest op de overlevering tussen de lidstaten dwingt.⁸¹⁶ Ook de lidstaten waren ten tijde van de aanneming van het Kaderbesluit kennelijk van oordeel dat art. 19 lid 2 Handvest wel relevant was voor de overlevering aan een lidstaat. Overweging 13 van de preambule bij het Kaderbesluit herhaalt namelijk - vrijwel - woordelijk de tekst van de bepaling.⁸¹⁷ Zou deze overweging niet op overlevering tussen lidstaten betrekking hebben, dan zou zij - nagenoeg - zinloos zijn, nu het Kaderbesluit juist die overlevering regelt.⁸¹⁸

⁸¹⁰ Zie paragraaf 2.1.

⁸¹¹ Zie Hoofdstuk III.2.1.

⁸¹² Zie echter paragraaf 3.

⁸¹³ Vgl. Blekxtoon 2005, p. 226; Bot 2009, p. 457; De Groot 2005, p. 95 noot 55. Zie bijvoorbeeld voor veroordelingen van Nederland (wegens het detentieregime in de EBI): EHRM 4 februari 2003, nr. 50901/99 (Van der Ven/Nederland); EHRM 4 februari 2003, nr. 52750/99 (Lorsé e.a./Nederland); EHRM 6 juli 2006, nr. 13600/02 (Baybaşın/Nederland); EHRM 6 juli 2006, nr. 8196/02 (Salah/Nederland); EHRM 6 juli 2006, nr. 14683/03 (Sylla/Nederland). Zie ook Smeulers & De Vries 2003.

⁸¹⁴ EHRM (Grote Kamer) 21 november 2001, nr. 35763/97 (Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk), r.o. 60 en EHRM 17 maart 2009, nr. 13113/03 (Ould Dah/Frankrijk). Het verbod op onmenselijke dan wel vernederende behandelingen of bestraffingen “is among the rules of general international law which are binding on States in all circumstances, even apart from any treaty commitments”: IGH 30 november 2010 (Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)), r.o. 87, beschikbaar op www.icj-cij.org. Zie ook Van der Wilt 2012, p. 151-157.

⁸¹⁵ Kapferer 2003, p. 43, para. 117, die ook het verbod op (uitlevering in geval van dreigende) *inhuman or degrading treatment* tot *ius cogens* rekent; Murschetz 2007a, p. 187; Punt 3 van de noot van E. Rieter bij EHRM 2 maart 2010, EHRC 2010, 50; Smeulers & De Vries 2003, p. 432. In haar proefschrift laat Smeulers de vraag onbeantwoord of het uitleveringsverbod bij dreigende foltering tot *ius cogens* behoort: Smeulers 2002, p. 87 (met in noot 301 verwijzing naar auteurs die deze vraag bevestigend beantwoorden).

⁸¹⁶ Vgl. Smeulers & De Vries 2003, p. 439: “(...) geen enkele internationaal rechtelijke verplichting kan afdoen aan de regels van het dwingend volkenrecht, dus ook het Europees Aanhoudingsbevel niet. Als dus (...) voor de opgeëiste persoon foltering dreigt, dan mag deze niet uit- of overgeleverd worden”.

⁸¹⁷ Overweging 13 spreekt van “waarin” in plaats van “waar”; in de overweging ontbreekt het woord “worden” vóór het woord “uitgeleverd”. Opmerkelijk is dat de Duitse, Engelse en Franse taalversies van het Kaderbesluit op een ander punt afwijken van het Handvest. Waar art. 19 lid 2 Handvest in die taalversies uitzetting, verwijdering en uitlevering onder de daar genoemde omstandigheden in absolute termen verbiedt (“Niemand darf (...)”, “No one may (...)”, “Nul ne peut (...)”), houdt overweging 13 in die taalversies een minder dwingende formulering in (“Niemand sollte (...)”, “No person should (...)”, “Nu ne devrait (...)”).

⁸¹⁸ De overweging zou dan uitsluitend van belang zijn voor de zogenaamde verderlevering aan een derde staat als bedoeld in art. 28 lid 4 Kaderbesluit. Zie De Groot 2005, p. 94. Blekxtoon is van mening dat het niet de bedoeling kan zijn geweest “to exclude surrender” in overweging 13 en dat het ontbreken van dat

Naast art. 19 lid 2 Handvest, is ook art. 4 Handvest - het verbod van foltering en van onmenselijke behandelingen en bestraffingen -, dat volgens de toelichting correspondeert met art. 3 EVRM⁸¹⁹ en dat dus ingevolge art. 52 lid 3 Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als die bepaling, van belang voor overlevering. Het Kaderbesluit dient in overeenstemming te zijn met deze bepaling en dus met de in paragraaf 2.1.1 besproken rechtspraak van het Europees Hof inzake uitlevering en uitzetting in geval van dreigende schending van art. 3 EVRM.⁸²⁰ Bij de implementatie van het Kaderbesluit en bij de toepassing van de implementatiewetgeving moeten de lidstaten dus ook op grond van art. 4 Handvest die rechtspraak in acht nemen.

Art. 1 lid 3 Kaderbesluit en de overwegingen 12 en 13 van de preambule, die alle direct of indirect naar het EVRM en naar het Handvest verwijzen, bieden goede aanknopingspunten voor een grondrechtenconforme uitleg van het Kaderbesluit.⁸²¹ Probleem is evenwel dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de gronden waarop de uitvoerende rechterlijke autoriteit de tenuitvoerlegging van een EAB moet of mag weigeren *limitatief* zijn neergelegd in het Kaderbesluit. In het arrest *Kozłowski* overwoog het Hof dat “de uitvoerende rechterlijke autoriteit zich slechts op grond van één van de in het kaderbesluit vastgestelde gronden tot weigering tegen de overlevering kan verzetten”.⁸²² Deze algemene formulering laat toe dat in art. 1 lid 3 Kaderbesluit en in de overwegingen van de preambule een grond tot weigering van de overlevering wordt gelezen. In latere arresten is het Hof meer specifiek: de uitvoerende rechterlijke autoriteiten “moeten of kunnen de tenuitvoerlegging van een dergelijk bevel slechts weigeren in de in de artikelen 3 en 4 van dat kaderbesluit genoemde gevallen”.⁸²³ In het arrest *West* betreft het Hof ook de

begrip “is to be regarded as a slip of the pen”: Blekxtoon 2005, p. 226. Elders merkt hij op dat, nu een lidstaat van de Europese Unie ook een “staat” is, aangenomen moet worden dat de overweging (hij spreekt abusievelijk van “bepaling”) van toepassing is op overlevering tussen lidstaten: Blekxtoon 2004b, p. 581. Ook Rozemond acht op grond van art. 19 lid 2 Handvest en van overweging 13 het “Soering-paradigma” inzake art. 3 EVRM onverkort van toepassing op overlevering: Rozemond 2009, p. 71.

⁸¹⁹ *PbEU* 2007, C 303/18.

⁸²⁰ Vgl. HvJ EU 21 december 2011, zaken C-411/10 en C-493/10 (N.S. e.a.). In dit arrest oordeelde het Hof dat art. 4 Handvest zo moet worden verstaan dat de lidstaten een asielzoeker niet aan een andere lidstaat mogen overdragen (op grond van de zogenaamde Dublin-verordening), “wanneer zij niet onkundig kunnen zijn van het feit dat de fundamentele tekortkomingen van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen voor asielzoekers in deze lidstaat ernstige, op feiten berustende gronden vormen om aan te nemen dat de asielzoeker een reëel risico zal lopen op onmenselijke of vernederende behandelingen in de zin van deze bepaling”.

⁸²¹ In deze zin ook Winkler 2007, p. 25. Vgl. de wijze waarop het Hof Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (*PbEU* 2004, L 304, p. 12) uitlegt. Punt 10 van de considerans van deze richtlijn verklaart dat de richtlijn de grondrechten eerbiedigt en de beginselen in acht neemt die met name zijn erkend in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Volgens het Hof moet de uitleg “zoals uit punt 10 van de considerans van de richtlijn volgt, [geschieden] met eerbiediging van de grondrechten en met inachtneming van de beginselen die met name zijn erkend in het Handvest van de grondrechten (...)”: HvJ EU 2 maart 2010, zaken C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08 (*Abdulla* e.a.), r.o. 53. Zo ook HvJ EU 17 juni 2010, nr. C/31/09 (*Bolbol*), r.o. 38 en HvJ EU 9 november 2010, zaken C-57/09 en C-101/09 (*B. en D.*), r.o. 78.

⁸²² HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 43.

⁸²³ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (*Leymann en Pustovarov*), r.o. 51. In dezelfde zin HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (*Mantello*), r.o. 37.

facultatieve weigeringsgrond van art. 4 bis Kaderbesluit en de facultatieve garanties van art. 5 Kaderbesluit bij de limitatieve opsomming: de lidstaten mogen “aan de tenuitvoerlegging slechts voorwaarden verbinden in de gevallen die in de artikelen 3 tot en met 5 van dit kaderbesluit zijn opgesomd”.⁸²⁴ Deze formuleringen lijken weigering op grond van mensenrechtelijke overwegingen uit te sluiten.

Op ‘s Hof’s stellige beperking van de weigeringsgronden tot de artikelen 3 tot en met 5 Kaderbesluit valt echter het nodige af te dingen. Indien weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB alleen zou zijn toegestaan op één van de in de artikelen 3 tot en met 5 Kaderbesluit genoemde gronden, zou een uitvoerende rechterlijke autoriteit dus een EAB ten uitvoer moeten leggen, ook al zou het niet aan de in art. 8 Kaderbesluit neergelegde eisen voldoen. Hiervoor heb ik betoogd dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit in een dergelijk geval wel van tenuitvoerlegging mag afzien.⁸²⁵ Daarbij komt dat in de bedoelde arresten niet de vraag aan de orde was of weigering op grond van mensenrechtelijke overwegingen toegestaan is. ‘s Hof’s overwegingen over het limitatieve karakter van de weigeringsgronden dwingen daarom niet zonder meer tot de opvatting dat weigering op mensenrechtelijke gronden uitgesloten zou zijn. Mijns inziens moeten deze overwegingen worden verstaan als een aanwijzing aan de lidstaten dat het hen niet vrijstaat om buiten de in de artikelen 3 tot en met 5 genoemde gevallen weigeringsgronden in te voeren die *aan hun nationale recht* zijn ontleend. Dat ligt anders met betrekking tot weigeringsgronden die aan het *primaire Unierecht* zijn ontleend. Als maatregel van secundair Unierecht moet het Kaderbesluit immers voldoen aan het primaire Unierecht, waarvan de verplichting tot eerbiediging van de in het EVRM en in het Handvest neergelegde grondrechten deel uitmaakt, en moet het Kaderbesluit derhalve zo worden uitgelegd dat het daarmee accordeert.⁸²⁶ Ondanks de overwegingen in de arresten *Leymann en Pustovarov*, *Wolzenburg*, *Mantello* en *West*, zie ik dus ruimte voor een uitleg van het Kaderbesluit die weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB mogelijk maakt in die gevallen waarin naar de rechtspraak van het Europees Hof overlevering een schending van het EVRM zou opleveren.⁸²⁷ Een lidstaat handelt dan ook niet in strijd met het Kaderbesluit, indien hij daartoe in de implementatiewetgeving een voorziening treft.

Sommige auteurs erkennen weliswaar dat het Kaderbesluit geen afbreuk mag doen aan internationale en Unierechtelijke verplichtingen tot eerbiediging van de mensenrechten, maar zijn van mening dat een expliciete mensenrechtelijke weigeringsgrond niet valt te

⁸²⁴ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/PPU (*West*), r.o. 55.

⁸²⁵ Zie Hoofdstuk IV.4.3.4.5.

⁸²⁶ Ook Peers 2011, p. 709 wijst op het onderscheid tussen primair en secundair Unierecht.

⁸²⁷ Tot vergelijkbare conclusies komen Bot 2009, p. 414-415; De Groot 2005, p. 91-92; Garlick 2005, p. 169 en p. 171-175; Keijzer 2005b, p. 193; Keijzer 2009a, p. 48-49; Morgan 2005, p. 197-198; Murschetz 2007a, p. 350; Ouwerkerk 2012b, p. 737; Panzavolta 2009, p. 206; Peers 2011, p. 709; Rozemond 2009, p. 67-68; Schilling 2007, p. 116-117; Smeulders 2003, p. 240-241; Smeulders & De Vries 2003, p. 441; Smeulders 2004, p. 71-73; Vennemann 2003, p. 115-116; Wouters & Naert 2004, p. 925. Zo ook de A-G Sharpston in de punten 63-97 van haar conclusie in de zaak C-396/11 (*Radu*) (zij het dat zij een minder streng criterium dan het criterium van een “flagrant denial of a fair trial” voorstelt). Stessens acht de mogelijkheid van een beroep op het EVRM ter weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB een theoretische: Stessens 2002, p. 103. De lidstaten hebben namelijk de doodstraf afgeschaft en een flagrante schending van art. 6 EVRM door een uitvoerende lidstaat lijkt hem moeilijk voorstelbaar. Bovendien is het volgens Stessens maar de vraag of het Europees Hof bereid zou zijn om een schending door de uitvoerende lidstaat te constateren, wanneer deze niet meer doet dan het uitvoeren van secundair Gemeenschapsrecht. Zie evenwel Hoofdstuk IV.4.3.4.2.

verenigen met de hoge mate van vertrouwen waarop het Kaderbesluit berust.⁸²⁸ Dit standpunt lijkt naar mijn mening aan innerlijke tegenstrijdigheid. De erkenning dat het Kaderbesluit geen afbreuk mag doen aan die verplichtingen houdt immers de erkenning in dat die verplichtingen in geval van conflict voorrang hebben op de verplichting tot tenuitvoerlegging van een EAB. Zij stellen daardoor een grens aan dat vertrouwen.⁸²⁹ Die voorrang en begrenzing gelden ongeacht de explicitering daarvan. Daaruit volgt dat de -correcte - explicitering als zodanig niet onverenigbaar kan zijn met de hoge mate van vertrouwen waarop het systeem van het EAB berust.

Geén verplichting tot opname mensenrechtelijke weigeringsgrond

Overigens is een lidstaat naar mijn mening niet *verplicht* om in de wetgeving ter uitvoering van het Kaderbesluit een *uitdrukkelijke weigeringsgrond* inzake schending van het EVRM op te nemen. De verplichting om - bij de uitvoering van Unierecht - de grondrechten van het EVRM en van het Handvest te eerbiedigen vloeit immers rechtstreeks voort uit art. 6 VEU⁸³⁰ en is dus niet afhankelijk van uitwerking in een maatregel van secundair recht of van omzetting daarvan in het nationale recht. Dat is kennelijk ook het standpunt van de Commissie. Hoewel het naar haar oordeel niet de bedoeling was van de Raad om een uitdrukkelijke weigeringsgrond in het Kaderbesluit op te nemen, kan in een concreet geval de tenuitvoerlegging van een EAB worden geweigerd met een beroep op art. 6 (oud) VEU: "Het behoeft echter geen betoog dat een rechterlijke autoriteit steeds gegronde redenen heeft om de tenuitvoerlegging van een aanhoudingsbevel te weigeren wanneer zij vaststelt dat de procedure artikel 6 van het VEU en de gemeenschappelijke grondwetbeginselen van de lidstaten schendt", maar in een op wederzijds vertrouwen gebaseerd systeem zou een dergelijke weigering alleen in uitzonderlijke gevallen mogen voorkomen.⁸³¹ Bovendien zijn al de lidstaten aangesloten bij het EVRM en zijn zij ook uit dien hoofde gehouden om bij overlevering de rechten en vrijheden van een ieder die zich binnen hun "jurisdiction" bevindt te verzekeren.

De hier voorgestane grondrechtenconforme uitleg brengt mee dat het Kaderbesluit de (bevoegde autoriteiten van de) lidstaten niet verplicht tot overlevering, indien overlevering het EVRM zou schenden. Het Kaderbesluit legt dus geen "strict international obligations" aan de lidstaten op in de zin van de in Hoofdstuk IV.4.3.4.2 besproken *Bosphorus*-rechtspraak, zodat het *Bosphorus*-vermoeden - het vermoeden dat handelingen van de lidstaten ter uitvoering van Unieregelingen in overeenstemming met het EVRM zijn - niet

⁸²⁸ Stessens 2004-2005, p. 568, linkerkolom; Van Ballegooij 2009, p. 94. In deze zin ook *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties. "De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten". Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/2/08 REV 2 van 2 december 2008, p. 47: een dergelijke weigeringsgrond is "de uitdrukking van een gebrek aan vertrouwen in de strafrechtsstelsels van de andere lidstaten".*

⁸²⁹ Zo ook Ouwerkerk 2012b, p. 737, die opmerkt dat van blind vertrouwen nooit en te nimmer sprake kan en mag zijn.

⁸³⁰ Vgl. Schilling 2007, p. 105, die art. 1 lid 3 Kaderbesluit aanmerkt als een "zusätzliche Betonung der ohnehin bestehenden Verpflichtung zur menschenrechtskonformen Auslegung des Rahmenbeschlusses über den EUHb (...)".

⁸³¹ *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*, COM(2006)8 def., p. 7. Zie ook *Groenboek over de toepassing van EU-strafwetgeving op het gebied van detentie*, COM(2011)327 def., p. 5. In vergelijkbare zin de A-G Bot in zijn conclusie in de zaak Wolzenburg, C-123/08, punten 148-149 (ten aanzien van toepassing van de non-discriminatieclausule van overweging 12 van de preambule).

van toepassing is.⁸³² De lidstaten blijven dan ook onder het EVRM volledig verantwoordelijk voor eventuele schendingen van het EVRM die zij door overlevering veroorzaken. Op de lidstaten rust dus een “dual duty” tot eerbiediging van het EVRM bij overlevering.⁸³³

Ontbreken expliciete mensenrechtelijke weigeringsgrond in Kaderbesluit onwenselijk

Of de lidstaten een dergelijke bepaling nu overbodig achten vanwege het EVRM waarbij zij alle partij zijn,⁸³⁴ of dat zij het, ondanks hun in de preambule uitgedrukte gehechtheid aan het beginsel van eerbiediging van de grondrechten, niet aandurfden om een bindende weigeringsgrond aan het Kaderbesluit toe te voegen, omdat zulks tegen de “core principle of mutual confidence” zou indruisen,⁸³⁵ het ontbreken van een uitdrukkelijke en bindende voorziening in het Kaderbesluit is wel onwenselijk.⁸³⁶ De afwezigheid van een bindende weigeringsgrond zou bijvoorbeeld de - onjuiste - opvatting kunnen doen postvatten, dat het Kaderbesluit berust op een *onweerlegbaar* vermoeden - de hoge mate van vertrouwen van overweging 10 - dat alle lidstaten de grondrechten van de opgeëiste persoon steeds (zullen) eerbiedigen.⁸³⁷ Hoewel ik het niet eens ben met het standpunt dat de lidstaten “total discretion” hebben bij de implementatie van de overwegingen en van art. 1 lid 3 Kaderbesluit⁸³⁸ - de lidstaten zijn immers gehouden tot een grondrechtenconforme uitvoering van het Kaderbesluit -, kan het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling wel leiden tot onduidelijkheid over de reikwijdte van de grondrechtenbescherming in het kader van de tenuitvoerlegging van een EAB,⁸³⁹ hetgeen aanleiding kan geven tot divergerende nationale implementaties.

Eerder is gebleken dat uiteenlopende nationale implementaties van het Kaderbesluit niet steeds een probleem vormen.⁸⁴⁰ Waar bijvoorbeeld de in een bepaling gehanteerde begrippen geen uniform uit te leggen autonome begrippen van Unierecht zijn, mogen de lidstaten daaraan hun eigen invulling geven.⁸⁴¹ Ook indien de facultatieve weigeringsgronden van het Kaderbesluit wel autonome begrippen bevatten, is het de

⁸³² Vgl. EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S./België en Griekenland), § 339-340. De Grote Kamer achtte het *Bosphorus*-vermoeden niet van toepassing op de overdracht van een asielzoeker op grond van de zogenaamde Dublin-verordening door België aan Griekenland. Art. 3 lid 2 van deze verordening stond toe dat België zelf de asielaanvraag zou behandelen, ook al was een andere lidstaat (Griekenland) daarvoor verantwoordelijk. Geconcludeerd werd dan ook “that, under the Regulation, the Belgian authorities could have refrained from transferring the applicant if they had considered that the receiving country, namely Greece, was not fulfilling its obligations under the Convention”, zodat van “strict legal obligations” geen sprake was.

⁸³³ Morgan 2005, p. 198.

⁸³⁴ Murschetz 2007a, 348; Peers 2011, p. 709; Smeulders & De Vries 2003, p. 434; Zeder 2003, p. 385.

⁸³⁵ Aldus Stessens 2002, p. 101.

⁸³⁶ Zo ook Bot 2009, p. 414; Ouwerkerk 2012b, p. 737; Peers 2011, p. 709, die wijst op het belang van “legal certainty”.

⁸³⁷ Murschetz 2007a, p. 348. De hier bedoelde opvatting lijkt te worden aangehangen door Stessens: Stessens 2002, p. 101. Zeder is minder stellig, waar hij spreekt van “quasi unwiderleglich”: Zeder 2003, p. 386.

⁸³⁸ Zo Apap & Carrera 2004, p. 13.

⁸³⁹ Zo ook Fichera & Janssens 2007, p. 185.

⁸⁴⁰ Hoofdstuk III.2.3.2.5.

⁸⁴¹ Zie HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), ten aanzien van de strafbare feiten als bedoeld in art. 2 lid 2 Kaderbesluit, de zogenaamde “lijstfeiten”.

lidstaten toegestaan de reikwijdte daarvan te beperken.⁸⁴² Bij deze invullingen en beperkingen zullen de lidstaten het Unierecht in acht moeten nemen.⁸⁴³ Dat geldt vanzelfsprekend ook bij implementatie van de grondrechtelijke overwegingen van de preambule en van art. 1 lid 3 Kaderbesluit, maar de aard van de materie maakt dat een incorrecte implementatie ernstige gevolgen kan hebben voor de opgeëiste persoon.

Het gevaar bestaat immers - en in de volgende subparagraaf zal blijken dat dit gevaar geenszins denkbeeldig is - dat de nationale implementaties aan de opgeëiste persoon minder grondrechtenbescherming bieden dan uit een grondrechtenconforme uitleg van het Kaderbesluit voortvloeit. Een dergelijke implementatie zou de betrokken lidstaat in strijd met het EVRM kunnen brengen. Voor zover het een EVRM-recht betreft, dat zijn tegenhanger in het Handvest heeft gevonden, zou een dergelijke implementatie ook in strijd met het Unierecht kunnen zijn. Op grond van art. 52 lid 3 Handvest heeft immers een in het Handvest opgenomen recht dezelfde inhoud en strekking als het daarmee corresponderende EVRM-recht, zoals dat door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt uitgelegd. In samenhang met art. 53 Handvest, dat kort gezegd bepaalt dat het Handvest niet zodanig mag worden uitgelegd dat het de in een in verdrag waarbij alle lidstaten partij zijn neergelegde rechten en vrijheden beperkt of schendt,⁸⁴⁴ legt deze bepaling dus een *grundrechtelijke Mindeststandard* vast: de Unie en de lidstaten, de laatste voor zover zij het recht van de Unie uitvoeren, mogen daarvan niet *naar beneden* afwijken, dat wil zeggen *minder* bescherming bieden.

Mogen de Unie en lidstaten ruimere mensenrechtenbescherming bieden?

Uit art. 52 lid 3 Handvest volgt dat de Unie van de grondrechtelijke Mindeststandard *naar boven* mag afwijken, dat wil zeggen een *ruimere* bescherming mag bieden.⁸⁴⁵ Dat is in overeenstemming met het EVRM, dat een dergelijke opwaartse afwijking toelaat. Art. 53 EVRM zegt immers dat “Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party”.

Betekent het voorgaande nu dat ook een lidstaat bij de omzetting van het Kaderbesluit en bij de uitvoering van de omzettingswetgeving een ruimere grondrechtenbescherming mag bieden? Voor zover van die ruimere grondrechtenbescherming gezegd kan worden dat zij deel uitmaakt van de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, valt zij onder het bereik van art. 6 lid 2 (oud) VEU en van art. 6 lid 3 VEU, zodat sprake is van

⁸⁴² Zie HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), ten aanzien van de facultatieve weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), *idem*.

⁸⁴³ Zoals het Unierechtelijke discriminatieverbod, neergelegd in art. 18 VWEU: HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge).

⁸⁴⁴ Art. 53 Handvest luidt: “Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten”.

⁸⁴⁵ Ehlers 2009, p. 451; Frenz 2009, p. 26; Klein 2010, p. 1280, Rnr. 13; Kober 2008, p. 216.

een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht/Unierecht.⁸⁴⁶ Bij de uitvoering van het Unierecht is de lidstaat dan niet alleen gerechtigd, maar ook gehouden om die bescherming te bieden. Overweging 12, tweede alinea, van de preambule, die verwijst naar de grondwettelijke bepalingen van de lidstaten “betreffende het recht op een eerlijke rechtsgang, de vrijheid van vereniging, de vrijheid van drukpers en de vrijheid van meningsuiting in andere media”, zou als een explicitering van die gemeenschappelijke tradities kunnen worden gezien.⁸⁴⁷ Voor zover een nationale grondrechtenbepaling - die geen deel uitmaakt van de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben - een ruimere bescherming biedt dan uit het Handvest voortvloeit, regelt art. 53 Handvest de verhouding met het Handvest: de bepalingen van het Handvest mogen niet zo worden uitgelegd dat zij “een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend (...) door de grondwetten van de lidstaten”. In gevallen die *buiten het toepassingsgebied van het Unierecht* liggen (dat wil zeggen in gevallen die “binnen hun respectieve toepassingsgebieden” liggen), volgt uit art. 53 Handvest dat de lidstaten niet verplicht zijn tot verlaging van hun grondwettelijke niveau van mensenrechtenbescherming.⁸⁴⁸ Uit art. 53 Handvest volgt daarentegen dat *bij de uitvoering van Unierecht* dergelijke door de grondwetten van de lidstaten erkende rechten en vrijheden géén voorrang hebben op bepalingen van het Handvest die minder bescherming bieden. Het Unierecht heeft namelijk voorrang op het nationale recht, ook op nationale grondwettelijke bepalingen.⁸⁴⁹ De toepassing van ruimere grondwettelijke bepalingen bij de uitvoering van Unierecht is dus afhankelijk van de speelruimte die het Unierecht daarvoor biedt. Steeds is een lidstaat bij de uitvoering van het Unierecht gebonden aan het Handvest, maar alleen indien het Unierecht daarvoor ruimte biedt, kunnen nationale grondwettelijke bepalingen toepassing vinden.⁸⁵⁰ De tweede alinea van overweging 12 van de preambule zou zo kunnen worden gelezen, dat deze de toepassing van verdergaande grondrechtenbescherming op grond van nationale bepalingen toelaat.⁸⁵¹ Daar staat evenwel tegenover dat deze overweging, nu zij geen deel uitmaakt van de eigenlijke bepalingen van het Kaderbesluit, als zodanig geen bindende rechtskracht heeft⁸⁵² en dus als

⁸⁴⁶ Het recht om zich door een advocaat te doen verdedigen is bijvoorbeeld een fundamenteel recht dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten: HvJ EG 28 maart 2000, nr. C-7/98, *Jur.* 2000, p. I-1935, r.o. 38 (Krombach en Bamberski). Zie over deze bron van grondrechten verder Winkler 2006, p. 71-73.

⁸⁴⁷ Vgl. *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2006)79, p. 6: “IE and IT in addition to referring to the ECHR, require refusal where surrender would breach their national constitutions. Although this may cover situations arising under both Article 6 TEU and Recital 12 (such as rules on due process), it may nevertheless go beyond the Framework Decision, in particular as Art 6 TEU refers only to those constitutional principles common to Member States”.

⁸⁴⁸ Punt 134 van de conclusie van de A-G Y. Bot in zaak C-399/11 (Melloni).

⁸⁴⁹ Barents 2008, p. 555-556, die verwijst naar de aan de Slotakte van de Intergouvernementele Conferentie gehechte Verklaring betreffende de voorrang; Frenz 2009, p. 28, Rnr. 78; Kober 2009, p. 253-254. Zo ook punt 135 van de conclusie van de A-G Y. Bot in zaak C-399/11 (Melloni).

⁸⁵⁰ Kober 2009, p. 254; Frenz 2009, p. 48, Rnr. 143.

⁸⁵¹ Vgl. Bot 2009, p. 415.

⁸⁵² Zie HvJ EU 15 september 2011, zaken C-483/09 en C-1/10 (Gueye en Sánchez), r.o 46 (ten aanzien van overweging 8 van de preambule bij Kaderbesluit 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001, L 82/1).

zodanig geen Unierechtelijke grondslag bevat voor zo een verdergaande grondrechtenbescherming.⁸⁵³

Conclusie mensenrechtenschending als weigeringsgrond

Geconcludeerd kan worden dat, hoewel het Kaderbesluit niet een uitdrukkelijke weigeringsgrond inzake (dreigende) schending van het EVRM - of van het Handvest - bevat, een grondrechtenconforme uitleg van het Kaderbesluit meebrengt dat de lidstaten een weigeringsgrond mogen invoeren voor die gevallen waarin overlevering voor de uitvoerende lidstaat een schending van het EVRM - en van de overeenkomstige bepalingen van het Handvest - zou opleveren. Ook zonder de invoering van een zodanige weigeringsgrond zijn de (uitvoerende autoriteiten van de) lidstaten overigens - uit hoofde van het Unierecht én van het EVRM - gehouden om de tenuitvoerlegging van een EAB in dergelijke gevallen te weigeren.

Uit voorgaande volgt voorts dat in het overleveringsrecht geen sprake is van een conflict tussen de verplichting tot overlevering en de verplichting tot eerbiediging van grondrechten.⁸⁵⁴ In dit opzicht wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht.⁸⁵⁵

V.2.3.2 De Overleveringswet

Inleiding

De Nederlandse wetgever heeft voorzien in een dwingende weigeringsgrond inzake mensenrechtenschendingen. Op grond van art. 11 OLW moet de overlevering worden geweigerd, “in gevallen, waarin naar het oordeel van de rechtbank een op feiten en omstandigheden gebaseerd geground vermoeden bestaat, dat inwilliging van het verzoek zou leiden tot flagrante schending van de fundamentele rechten van de betrokken persoon, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome tot stand gekomen Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”.

Aanvankelijk voorzag het wetsvoorstel ter implementatie van het Kaderbesluit niet in een dergelijke algemene weigeringsgrond. In art. 11 van het voorstel was slechts uitvoering gegeven aan de non-discriminatieclausule van overweging 12.⁸⁵⁶ In zijn advies bij het voorstel kwam de Raad van State met kritiek op de opname van deze bepaling.⁸⁵⁷ De Raad begon met een schets van de verplichting tot eerbiediging van het EVRM die bij de uitvoering van het Kaderbesluit op Nederland rustte. Als uitvloeisel van art. 6 (oud) VEU moet het Kaderbesluit de eisen van het EVRM respecteren en kan het daarvan dus niet afwijken. De effectieve waarborging van de fundamentele rechten en vrijheden van het EVRM is een noodzakelijke voorwaarde en veronderstelling voor de wederzijdse erkenning waarin het Kaderbesluit voorziet. Gezien het arrest *Soering* moet de betrokkene

⁸⁵³ Zie ook punt 123 van de conclusie van de A-G Y. Bot in zaak C-399/11 (Melloni).

⁸⁵⁴ Zo ook Van der Wilt 2007, p. 516.

⁸⁵⁵ In deze zin ook Keijzer 2005b, p. 193; Smeulers 2004, p. 72-73.

⁸⁵⁶ De voorgestelde bepaling luidde: “Overlevering wordt niet toegestaan in gevallen, waarin naar het oordeel van de rechtbank een geground vermoeden bestaat, dat bij inwilliging van het verzoek de opgeëiste persoon zal worden vervolgd, gestraft of op andere wijze getroffen in verband met zijn godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging, zijn nationaliteit, zijn ras of de groep van de bevolking waartoe hij behoort”.

⁸⁵⁷ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, B, p. 2-3.*

aan elke bevoegde rechter binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid kunnen vragen de uitvoering van het Kaderbesluit aan het EVRM - en aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie - te toetsen, zij het dat de uitvoerende justitiële autoriteit in beginsel niet hoeft te anticiperen op schendingen van het EVRM. Alleen in uitzonderingsgevallen zal zij namelijk de overlevering zelf wegens de voorzienbare gevolgen daarvan moeten aanmerken als een schending van het EVRM. In wezen ligt aan het advies van de Raad van State de in de vorige subparagraaf uiteengezette grondrechtenconforme, primairrechtelijke uitleg van het Kaderbesluit ten grondslag. De Raad van State concludeerde dat het voorgestelde art. 11 “niet meer betekenen [kan] dan een partiële wettelijke vastlegging van een taak die ook zonder deze bepaling op de rechter rust”. Die partiële vastlegging stuitte naar het oordeel van de Raad op twee bezwaren. De Raad was ervoor beducht dat aan de bepaling zowel een te ruime als een te beperkte strekking zou kunnen worden gegeven: “Enerzijds suggereert de opneming van deze bepaling dat de grondgedachte van rechtstreekse uitvoerbaarheid van justitiële beslissingen binnen de Europese rechtsruimte, namelijk dat alle lidstaten effectieve bescherming van fundamentele rechten verzekeren, in concreto nog eens door de Nederlandse rechter moet worden getoetst. Anderzijds wekt zij de indruk dat wanneer – in afwijking hiervan gegronde redenen bestaan om voor een schending van deze waarborgen te vrezen, het alleen zal kunnen gaan om discriminatoire behandeling zoals in artikel 11 omschreven”. Daarom diende naar zijn mening art. 11 te worden geschrapt.

De Minister van Justitie volgde dit advies niet op.⁸⁵⁸ Hoewel hij het eens was met het standpunt van de Raad van State dat het niet aan de uitvoerende justitiële autoriteit is om bij de tenuitvoerlegging van een EAB het rechtstelsel van de uitvaardigende lidstaat te toetsen, maar dat dit verplichting van de rechter tot weigering van de overlevering onverlet laat, indien een concrete overlevering een schending van rechtstreeks toepasselijke grondrechten zou opleveren, kon hij zich niet vinden in de tegen het voorgestelde art. 11 gerichte bezwaren. De formulering van de bepaling sloot naar zijn mening de door de Raad gevreesde toetsing van het rechtstelsel van de uitvaardigende lidstaat uit. De Minister van Justitie was evenmin bezorgd dat een partiële implementatie van de op de Nederlandse rechter rustende verplichting om de grondrechten van de opgeëiste persoon te waarborgen zou kunnen leiden tot verwarring over de volle omvang van die verplichting. Ook de Uitleveringswet bevatte in art. 10 lid 1 een non-discriminatieclausule, hetgeen de uitleverings- en de voorzieningenrechter er niet van weerhield om te oordelen over “verweren inzake potentiële schending van andere rechtstreeks toepasselijke grondrechten”.

Welhaast onvermijdelijk leidde het ontbreken van een algemene weigeringsgrond inzake mensenrechtenschendingen tot kritische vragen van de zijde van de Tweede Kamer. De Minister van Justitie bracht daartegen in dat een dergelijke weigeringsgrond “geen toegevoegde waarde [zou hebben] in ons rechtssysteem. Immers, ook zonder opneming van een mensenrechten-exceptieclausule in de Overleveringswet is de Nederlandse rechter op grond van artikel 94 van de Grondwet verplicht te toetsen aan het EVRM”.⁸⁵⁹ Met deze op zichzelf juiste opmerking nam de Kamer echter geen genoegen. Twee amendementen werden ingediend om het wetsvoorstel alsnog van een mensenrechtenexceptie te voorzien. De kamerleden De Wit en Vos dienden een amendement in volgens hetwelk de overlevering zou moeten worden geweigerd, “indien naar het oordeel van de rechtbank een

⁸⁵⁸ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, B, p. 3.*

⁸⁵⁹ *Kamerstukken II 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 22.*

gegrond vermoeden bestaat dat in de uitvaardigende lidstaat de artikelen 3, 5 en 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Trb. 1951, 154) niet of onvoldoende worden nageleefd”.⁸⁶⁰ Ingevolge deze bepaling zou de overleveringsrechter dus moeten toetsen of de uitvaardigende lidstaat *in abstracto* het EVRM voldoende naleeft. De Raad van State had in zijn advies bij het oorspronkelijke wetsvoorstel al gewezen op het onwenselijke van een dergelijke toets in de Europese rechtsruimte. De Minister van Justitie was dan ook van mening dat een dergelijk algemeen oordeel over de mensenrechtensituatie in de uitvaardigende lidstaat niet van de rechter in de uitvoerende lidstaat gevraagd kon worden.⁸⁶¹ Ook het amendement van het lid Van der Laan, dat voorzag in weigering van de overlevering, “indien zij in strijd komt met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”,⁸⁶² leed naar de mening van de Minister van Justitie aan dit euvel.⁸⁶³ Als de Tweede Kamer dan toch de opname van een mensenrechtelijke weigeringsgrond noodzakelijk vond, dan zou de bepaling naar zijn mening betrekking moeten hebben op de vrees “voor een flagrante schending van de fundamentele rechten in dat concrete geval”.⁸⁶⁴ Uiteindelijk zegde de Minister van Justitie de Kamer toe met een Nota van Wijziging te komen als reactie op de beide genoemde amendementen. Die Nota bevatte art. 11 in de versie waarin het uiteindelijk tot wet werd verheven.⁸⁶⁵

Volgens de toelichting op art. 11 OLW legt deze bepaling vast dat de uit te voeren toetsing niet de algemene mensenrechtensituatie van een lidstaat, maar alleen het individuele geval van de opgeëiste persoon mag betreffen. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de zorgen van de Raad van State. Het criterium “flagrante schending” heet te zijn “ontleend aan vaste rechtspraak van de Hoge Raad en het Europese Hof voor de rechten van de mens (zie o.a. HR 20 mei 2003, Nieuwsbrief Strafrecht nr. 251 en EHRM 7 juli 1989 inzake Soering)”.⁸⁶⁶ De bedoeling van de wetgever was om die rechtspraak te handhaven door deze in de Overleveringswet te codificeren.⁸⁶⁷

De betekenis van het begrip “flagrante schending”

Strikt genomen brengt de in art. 11 OLW neergelegde eis van een “flagrante schending” mee dat de *enkele* schending van een bepaling van het EVRM of van de Protocollen niet tot weigering van de overlevering zou kunnen leiden. Een schending van art. 3 EVRM zou bijvoorbeeld alleen dan tot weigering van de overlevering leiden, indien de foltering dan wel onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing “flagrant” zou zijn. In de rechtspraak van het Europees Hof figureert het begrip “flagrant” niet ten aanzien van schendingen van art. 3 EVRM.⁸⁶⁸ Evenmin in de rechtspraak van de Hoge Raad.⁸⁶⁹ Het in art. 11 OLW opgenomen criterium “flagrante schending” lijkt dus ten aanzien van

⁸⁶⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 9.

⁸⁶¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 21.

⁸⁶² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 16.

⁸⁶³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 21. Zie over de beide amendementen ook *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, C, p. 13.

⁸⁶⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 22.

⁸⁶⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 21.

⁸⁶⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 21, p. 3. Het arrest van de Hoge Raad is nadien gepubliceerd in *NJ* 2004, 41, m.nt. YB.

⁸⁶⁷ *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, C, p. 14.

⁸⁶⁸ Zie paragraaf 2.1.

⁸⁶⁹ Zie paragraaf 2.2.

schendingen van art. 3 EVRM een extra eis te stellen,⁸⁷⁰ met als gevolg dat deze bepaling minder bescherming lijkt te bieden dan uit bedoelde rechtspraak voortvloeit.

De Minister van Justitie heeft steeds ontkend dat dit begrip de door de rechter aan te leggen toets zou inperken ten opzichte van de rechtspraak van het Europees Hof en van de Hoge Raad. Die toets betreft namelijk schendingen van het EVRM in de uitvaardigende lidstaat, waarvoor die lidstaat *primaire* verantwoordelijk is. Op Nederland als uitvoerende lidstaat rust alleen een *subsidiare* (of rest)verantwoordelijkheid, namelijk voor zover overlevering zou leiden tot een *flagrante* schending in de uitvaardigende lidstaat. Zonder het woord “flagrant” zou Nederland als uitvoerende lidstaat verantwoordelijk zijn voor *elke* schending van het EVRM in de uitvaardigende lidstaat en zou Nederland dus *elke* mogelijke schending moeten onderzoeken.⁸⁷¹ Flagrant betekende volgens de Minister van Justitie in dit verband “kennelijk, maar ook: apert”.⁸⁷² Door schrapping van het begrip “flagrante” in het voorgestelde art. 11 OLW zou de weigeringsgrond ruimer worden dan het Kaderbesluit toelaat en zou Nederland dus handelen in strijd met de verplichtingen die voor Nederland uit het Unierecht voortvloeien.⁸⁷³

Duidelijk is dat de Minister van Justitie niet wenste af te wijken van de rechtspraak van het Europees Hof en van de Hoge Raad en dat hij niet een weigeringsgrond wenste met een ruimere reikwijdte dan waartoe het Unierecht en het EVRM verplichtten.⁸⁷⁴ Maar duidelijk is evenzeer dat art. 11 OLW - door de eis van een flagrante schending - wel afwijkt van die rechtspraak. Aan deze tegenstelling tussen wens en resultaat ligt een misverstand over de omvang van de verantwoordelijkheid van de uitvoerende lidstaat onder het EVRM ten grondslag. Het is juist dat - naar de rechtspraak van het Europees Hof - de uitvoerende lidstaat niet verantwoordelijk is voor *elke* - voorzienbare - schending van het EVRM in de uitvaardigende lidstaat waaraan hij de opgeëiste persoon door overlevering zou blootstellen. Het Europees Hof houdt de uitvoerende lidstaat - vooralsnog - alleen verantwoordelijk voor schendingen van rechten die van “fundamental importance” zijn (de artikelen 2 en 3 EVRM, art. 1 Protocol 6 EVRM, art. 1 Protocol 13 EVRM) en van rechten

⁸⁷⁰ Glerum, par. 21.20.7 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Glerum & Rozemond 2006, p. 163; Glerum & Rozemond 2008a, p. 225-226. Vgl. ook Sjöcrona 2009, p. 1014-1015, volgens wie uit het Kaderbesluit noch uit het Verdrag betreffende de Europese Unie blijkt dat bij de “internationale wetgever(s)” de wens van beperking tot flagrante schendingen heeft voorgezeten, en Smeulders 2004, p. 75, die opmerkt dat de beperking tot flagrante schendingen niet is terug te vinden in het Kaderbesluit noch in art. 94 Gw.

⁸⁷¹ *Handelingen II* 27 november 2003, p. 30-2157, rechterkolom.

⁸⁷² *Handelingen II* 27 november 2003, p. 30-2157-2158.

⁸⁷³ *Handelingen II* 27 november 2003, p. 30-2157, middenkolom; p. 30-2158, linkerkolom.

⁸⁷⁴ Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 545, p. 5: “Uit de Nederlandse wetgeschiedenis blijkt, dat over de wijze van implementatie van artikel 1, lid 3, van het kaderbesluit zeer uitvoerig overleg is geweest tussen regering en parlement. Centraal in dat overleg stond de reikwijdte van een mensenrechtenbepaling, waarbij sommige kamerleden elke schending door een lidstaat van het EVRM voldoende leken te vinden voor een weigering van de uitvoering van een EAB. Een en ander heeft het geresulteerd in artikel 11, waarin de bij overlevering passende en zeer nauwkeurig bepaalde weigeringsgrond, waarin ook de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt werd verdisconteerd, is opgenomen (...). Aan de Commissie en nu ook aan het team is een en ander uitgelegd en er op gewezen dat artikel 11 juist voorkomt dat overlevering te ruimhartig zou worden geweigerd”. Het in het citaat genoemde team is het team dat de Nederlandse overleveringspraktijk heeft geëvalueerd en dat - vergeefs - heeft aanbevolen om art. 11 Olw te schrappen. Zie *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties. "De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten". Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/2/08 REV 2 van 2 december 2008.

die “a prominent place in democratic society” (in uitzonderlijke gevallen art. 6 EVRM en art. 5 EVRM) innemen. Alleen ten aanzien van de tweede categorie eist het Hof meer dan de enkele schending van een EVRM-recht.⁸⁷⁵ In het licht van die rechtspraak is de vrees dat Nederland zonder de opname van het begrip “flagrant” in art. 11 OLW verantwoordelijk zou zijn voor *elke* - voorzienbare - schending van het EVRM in de uitvaardigende lidstaat dan ook onterecht.⁸⁷⁶ Hetzelfde geldt voor de vrees dat de Nederlandse rechter *elke* mogelijke schending van het EVRM in de uitvaardigende lidstaat zou moeten onderzoeken. De onderzoeksplicht kan immers alleen betrekking hebben op die schendingen van het EVRM die de verantwoordelijkheid van de uitvoerende lidstaat in het leven kunnen roepen. Bovendien is het aan de opgeëiste persoon, zoals in de parlementaire stukken wordt opgemerkt,⁸⁷⁷ om een eventuele schending aan te voeren en te onderbouwen. Het streven om een uitbreiding van de verantwoordelijkheid van Nederland voor schendingen van het EVRM in de uitvaardigende lidstaat te voorkomen heeft dus - naar de letter van de wet - geleid tot een verkorting van die verantwoordelijkheid.

Mensenrechtenconforme uitleg van het begrip “flagrante schending”

Die verkorting van de verantwoordelijkheid van Nederland voor schendingen van het EVRM bestaat alleen naar de letter van de wet, omdat Nederland - op grond van het Unierecht - verplicht is om bij de uitvoering van het Kaderbesluit de grondrechten als bedoeld in art. 6 lid 3 VEU en in het Handvest te eerbiedigen. Art. 11 OLW zal dus grondrechtenconform moeten worden uitgelegd en toegepast. Voor wat betreft art. 3 EVRM zou bijvoorbeeld kunnen worden geoordeeld dat een schending van die bepaling per definitie een flagrante schending in de zin van art. 11 OLW oplevert.⁸⁷⁸ Daarbij komt dat, nu de overleveringsrechter in eerste en laatste instantie beslist over de tenuitvoerlegging van het EAB, de overleveringsprocedure het daadwerkelijke rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM moet bieden aan de opgeëiste persoon die een “arguable claim” heeft dat zijn overlevering het EVRM zou schenden. Een beperking van de rechterlijke toetsingsruimte tot flagrante schendingen van art. 3 EVRM lijkt niet te rijmen met de opvatting van (de civiele kamer van) de Hoge Raad dat art. 13 EVRM een volledige toetsing aan art. 3 EVRM eist.⁸⁷⁹ Zou een dergelijke grondrechtenconforme uitleg en toepassing niet mogelijk worden geacht, dan zou de Nederlandse rechter art. 11 OLW - uit hoofde van art. 94 Gw - buiten toepassing moeten laten, voor zover deze bepaling strijdt met een ieder verbindende bepaling van het EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof.⁸⁸⁰

⁸⁷⁵ Zie paragraaf 2.1.

⁸⁷⁶ Wellicht hield de Minister van Justitie het voor mogelijk dat de overleveringsrechter art. 11 Olw zonder het begrip “flagrante” niet zou uitleggen overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof, maar de aansluiting bij die rechtspraak ligt naar mijn mening wel voor de hand.

⁸⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 29 (ten aanzien van de toen nog in art. 11 vervatte non-discriminatieclausule).

⁸⁷⁸ Keijzer 2005b, p. 194. In vergelijkbare zin Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN* BO1448: de rechtbank is van oordeel dat, wanneer er sprake is van schending van art. 3 EVRM, “dit in zijn algemeenheid kan worden beschouwd als een naar zijn aard flagrante inbreuk op een absoluut recht”.

⁸⁷⁹ HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.4. Zie paragraaf 2.2.3.

⁸⁸⁰ Glerum, par. 91.20.7 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Sjöcrona 2009, p. 1015; Smeulders 2004, p. 80.

V.2.3.3 *De rechtspraak*⁸⁸¹*Uitgangspunt: vertrouwen op naleving EVRM*

De overleveringsrechter pleegt bij de beoordeling van mensenrechtenververen het vertrouwensbeginsel voorop te stellen: nu alle lidstaten van de Europese Unie partij zijn bij het EVRM, dient erop te worden vertrouwd dat de uitvaardigende lidstaat de bepalingen van dat verdrag zal naleven.⁸⁸² Dit uitgangspunt strookt met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het Kaderbesluit is gebaseerd, maar opmerkelijk is dat de overleveringsrechter ter onderbouwing van het vertrouwen zelden naar het Kaderbesluit (overweging 10 van de preambule) of naar art. 6 VEU verwijst.

Het vooropgestelde vertrouwen is niet onbegrensd. De Nederlandse wetgever heeft die begrenzing neergelegd in art. 11 OLW. Wanneer de opgeëiste persoon zich op art. 11 OLW beroept en dat beroep staft met specifiek de opgeëiste persoon betreffende feiten en omstandigheden,⁸⁸³ onderzoekt de overleveringsrechter dan ook of dat vertrouwen uitzondering moet lijden bijvoorbeeld vanwege een gestelde (flagrante) schending van art. 3 EVRM of van art. 6 EVRM. Zulks strookt met de in paragraaf 2.3.1 uiteengezette primairrechtelijke verplichting tot grondrechtenconforme uitvoering van het Kaderbesluit en van de wetgeving ter implementatie daarvan.

Schending van art. 3 EVRM

In het bijzonder ten aanzien van gestelde schendingen van art. 3 EVRM rijst de vraag of de overleveringsrechter het begrip “flagrante schending” in art. 11 Olw heeft opgevat als een beperking van zijn toetsingbevoegdheid. Tot nog toe heeft de overleveringsrechter in geen enkel geval een dergelijk verweer gehonoreerd. Het verweer stuit namelijk veelal af op de eis dat de opgeëiste persoon zijn beroep op art. 11 Olw staft met concrete, op zijn positie betrekking hebbende feiten en omstandigheden. De overleveringsrechter hoeft zich dan niet te buigen over de vraag of het begrip “flagrante schending” meer eist dan een risico op een schending van art. 3 EVRM, omdat reeds het risico op een schending van art. 3 EVRM niet aannemelijk is geworden.⁸⁸⁴ In een uitspraak waarin de opgeëiste persoon zich beriep

⁸⁸¹ Zie ook Kraniotis 2005.

⁸⁸² Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 12 mei 2006, *LJN* AX1622; Rb. Amsterdam 15 juni 2010, *LJN* BM8538; Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN* BO1448; Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9773; Rb. Amsterdam 3 januari 2012, *LJN* BV1112.

⁸⁸³ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN7964; Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, *LJN* BO7692; Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BQ5966; Rb. Amsterdam 15 maart 2011, *LJN* BP7630; Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9773.

⁸⁸⁴ Vgl. Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN7964. Ten aanzien van schendingen van art. 8 EVRM doet zich hetzelfde voor als ten aanzien van schendingen van art. 3 EVRM. Gesteld wordt dat overlevering een flagrante schending van art. 8 EVRM zou opleveren; die stelling wordt verworpen, omdat van een schending van die bepaling niet is gebleken: Rb. Amsterdam 8 juni 2007, *LJN* BA9965; Rb. Amsterdam 15 augustus 2008, *LJN* BF1887; Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6606; Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8104. De overleveringsrechter hoeft daardoor niet te beslissen of voor een weigering op grond van art. 11 OLW meer dan een “gewone” schending van art. 8 EVRM vereist is. Een beroep op art. 8 EVRM lijkt overigens weinig kans van slagen te hebben. De overleveringsrechter ziet overlevering als een op grond van art. 8 lid 2 EVRM met het oog op het belang van het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten - en in geval van drugsdelicten op het belang van de bescherming van de gezondheid van anderen - gerechtvaardigde inbreuk op het familie- en gezinsleven. Bij de beoordeling van de proportionaliteit tussen de nagestreefde belangen en de inmenging in het recht op familie- en gezinsleven betreft de overleveringsrechter de ernst van de feiten waarvan de opgeëiste persoon wordt

op de slechte detentieomstandigheden in Polen waaraan hij na overlevering zou worden onderworpen (systematische overbevolking van cellen) - omstandigheden waarvan het Europees Hof in de zaak *Orchowski* had geoordeeld dat zij in dat geval in strijd waren met art. 3 EVRM⁸⁸⁵, heeft de overleveringsrechter zich wel uitgelaten over de betekenis van het begrip “flagrante schending”. De rechtbank somt de relevante internationaal- en europaesrechtelijke bepalingen op (art. 3 EVRM, art. 6 VEU, art. 4 Handvest, art. 19 lid 2 Handvest, overweging 13 van de preambule bij het Kaderbesluit) en stelt vast dat art. 19 lid 2 Handvest beoogt de rechtspraak van het Europees Hof met betrekking tot art. 3 EVRM over te nemen. Verder wijst zij erop dat uit de wetgeschiedenis van art. 11 Olw blijkt dat deze bepaling in feite overbodig is. Vervolgens deelt de rechtbank mee dat zij - aan de hand van de rechtspraak van het Europees Hof - zal beoordelen of een dreigende schending van art. 3 EVRM⁸⁸⁶ aan de orde is, waarbij zij opmerkt dat een dergelijke schending “in z’n algemeenheid kan worden beschouwd als een naar zijn aard flagrante inbreuk op een absoluut recht”.⁸⁸⁷ Hoewel de overleveringsrechter dit niet met zoveel woorden heeft overwogen, heeft hij in deze uitspraak in wezen art. 11 Olw aan de in de vorige subparagraaf voorgestane grondrechtenconforme interpretatie onderworpen.⁸⁸⁸

Flagrante schending van art. 6 EVRM

Met betrekking tot flagrante schendingen van art. 6 EVRM past de overleveringsrechter - kennelijk in navolging van de wetgeschiedenis van art. 11 Olw⁸⁸⁹ de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad toe. In geval van een vervolgingsoverlevering eist de

verdacht en de tijdelijke aard van de inmenging. Tot nog toe is deze beoordeling steeds in het voordeel van de overlevering uitgevallen. Opmerkelijk is dat de rechtspraak van het Europees Hof inzake de proportionaliteitstoets bij uitlevering de overleveringsrechter kennelijk is ontgaan. Volgens het Europees Hof “it will only be in exceptional circumstances that an applicant’s private or family life in a Contracting State will outweigh the legitimate aim pursued by his or her extradition”, gezien het belang dat het uitleveringsverkeer heeft bij de bestrijding van - transnationale - misdaad: EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 29. Zie verder paragraaf 2.1. In de rechtspraak van het Europees Hof is de proportionaliteitstoets soepeler ten aanzien van uitlevering dan ten aanzien van uitzetting.

⁸⁸⁵ EHRM 22 oktober 2009, nr. 17885/04 (*Orchowski/Polen*).

⁸⁸⁶ In Rb. Amsterdam 6 juli 2011, *LJN BR4144* oordeelde de rechtbank dat een schending van art. 3 EVRM in het verleden relevant kan zijn, “maar slechts voor zover daarmee het risico voor een nieuwe schending wordt onderbouwd”. Uit deze uitspraak blijkt niet of de eerdere schending van art. 3 EVRM had plaatsgevonden in verband met de zaak waarvoor de overlevering werd gevraagd. Het is dan ook niet duidelijk of de rechtbank op dit punt afwijkt van de rechtspraak van de Hoge Raad, die inhoudt dat alleen een foltering in het verleden in verband met de zaak waarvoor de uitlevering wordt gevraagd tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering leidt (zie paragraaf 2.2.2).

⁸⁸⁷ Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN BO1448*. Zo ook Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, *LJN BO7692*. Uiteindelijk verwierp de rechtbank in *LJN BO1448* het verweer, omdat eind 2009 ongeveer 2,5 % van in Polen gedetineerden terecht kwam in een overbevolkte cel en aldus geen sprake was van een reëel risico op behandeling in strijd met art. 3 EVRM. Buitenlandse rechters hebben een beroep op het arrest *Orchowski* verworpen, in hoofdzaak omdat dit arrest betrekking heeft op “historical matters” en zich sindsdien aanzienlijke verbeteringen hebben voorgedaan. Zie bijvoorbeeld High Court of Justice 23 maart 2010, *Pisarek v Regional Court In Elblag 11* [2010] EWHC 877 (Admin); Scottish High Court of Judiciary 31 mei 2010, *Bielecki v HM Advocate* [2010] ScotHC HCJAC_66.

⁸⁸⁸ Al is het onbevredigend dat niet geheel is uitgesloten dat een schending van art. 3 EVRM toch geen “flagrante schending” oplevert, getuige de woorden “in z’n algemeenheid”.

⁸⁸⁹ In de parlementaire stukken wordt onder meer verwezen naar het arrest HR 20 mei 2003, NJ 2004, 41, m.nt. YB. Zie de vorige subparagraaf.

rechtbank dus dat komt vast te staan dat de opgeëiste persoon na zijn overlevering in de uitvaardigende lidstaat geen daadwerkelijk rechtsmiddel zal kunnen aanwenden tegen de flagrante schending.⁸⁹⁰ Smeulers brengt tegen deze rechtspraak in dat de rechtsmiddeleis verband houdt met de bevoegdheidsverdeling tussen de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie. Nu de Minister van Justitie in overleveringszaken geen rol speelt bij de beslissing op het EAB en de overleveringsrechter dus het laatste woord heeft, dient deze beperking in het systeem van het overleveringsrecht volgens haar geen enkel doel.⁸⁹¹ Aangezien de rechtsmiddeleis niet uit de rechtspraak van het Europees Hof volgt, pleit ook een grondrechtenconforme uitleg van art. 11 Olw - waarin die eis evenmin wordt genoemd -⁸⁹² voor het buiten toepassing laten daarvan. Aan de andere kant moet daarbij wel worden aangetekend dat de benadering van het Europees Hof en de benadering van de Hoge Raad elkaar voor wat betreft de uitkomst daarvan niet veel ontlopen, zoals in paragraaf 2.2.2 is gebleken.

De overleveringsrechter heeft zich een tijd lang op het standpunt gesteld dat zich een flagrante schending van art. 6 EVRM voordoet, indien sprake is van een dusdanig lange duur van de vervolging dat deze - naar *Nederlandse maatstaven* - niet gecompenseerd kan worden in de strafmaat en dat geen andere consequentie dan verval van het recht op vervolging kan volgen.⁸⁹³ In een dergelijk geval nam de rechtbank een *onomkeerbare* schending van het recht op de berechting binnen een redelijke termijn aan, die bovendien zou worden voortgezet door verdere vervolging, zodat de eventuele rechtsmiddelen die de opgeëiste persoon daartegen naar het recht van de uitvaardigende lidstaat zou kunnen aanwenden niet meer daadwerkelijk in de zin van art. 13 EVRM zouden kunnen zijn.⁸⁹⁴ Deze rechtspraak week af van die van de Hoge Raad⁸⁹⁵ en leidde ertoe dat ten aanzien van overleveringen aan lidstaten van de Europese Unie strengere maatstaven werden aangelegd dan ten aanzien van uitleveringen aan derde staten.⁸⁹⁶

⁸⁹⁰ Onbevredigend - en verontrustend - is dat de overleveringsrechter de rechtsmiddeleis soms ook stelt, indien de opgeëiste persoon zich beroept op een schending van art. 3 EVRM. Zie Rb. Amsterdam 17 mei 2005, *LJN* AT5635; Rb. Amsterdam 8 juni 2007, *LJN* BF0221. Deze eis is noch in de rechtspraak van het Europees Hof noch in die van de Hoge Raad (*Kesbir*) terug te vinden en verdraagt zich niet met de "irreversible nature" van een schending van art. 3 EVRM. Zie ook Verrest & Kraniotis 2005, p. 1208.

⁸⁹¹ Smeulers 2004, p. 78-79. Kritisch ook Kurtovic & Langbroek 2010, p. 854, volgens wie mensenrechtenargumenten in de overleveringsprocedure niet baten en de huidige jurisprudentie weigering wegens mensenrechtenschendingen niet toestaat. De Hoge Raad legt overigens niet een uitdrukkelijk verband tussen de rechtsmiddeleis en de bevoegdheidsverdeling. Zie paragraaf 2.2.2.

⁸⁹² Daarop wijzen ook Verrest & Kraniotis 2005, p. 1205, die op zichzelf niet tegen toepassing van deze eis lijken te zijn. Volgens hen kan het waarborgen van een eerlijk proces aan de rechter in de uitvaardigende lidstaat worden overgelaten, tenzij ter plaatse niets te ondernemen valt tegen een flagrante schending van art. 6 EVRM.

⁸⁹³ Verrest en Kraniotis wijzen er - terecht - op dat dit niet binnen de Nederlandse rechtspraak lijkt te passen, gelet op de terughoudendheid van de Hoge Raad met het verbinden van de sanctie van niet-ontvankelijkheid aan schending van de redelijke termijn: Verrest & Kraniotis 2005, p. 1205.

⁸⁹⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 1 juli 2005, *NJ* 2005, 341 (meer dan zeven jaar inactiviteit); Rb. Amsterdam 4 januari 2006, *LJN* AU7667 (meer dan 14 jaar inactiviteit); Rb. Amsterdam 12 september 2006, *LJN* AY8670 (bijna 15 jaar inactiviteit).

⁸⁹⁵ Glerum & Rozemond 2006, p. 167; Glerum & Rozemond 2008a, p. 225; Rozemond 2009, p. 45, noot 72.

⁸⁹⁶ Kritisch ook Verrest & Kraniotis 2005, p. 1205-1206, die concluderen dat de Rechtbank Amsterdam op de stoel van de rechter in de uitvaardigende lidstaat is gaan zitten en dat zeker binnen de Europese Unie voor een dergelijke toets geen plaats is. Zo ook A.H. Klip in punt 20 van zijn noot bij HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 489. Klip meldt in deze noot dat na de arresten van 28 november 2006 geen plaats meer is

Nadat de Hoge Raad had geoordeeld dat overschrijding van de redelijke termijn in een *Nederlandse* strafzaak niet meer tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie kon leiden, ook niet in uitzonderlijke gevallen,⁸⁹⁷ heeft de overleveringsrechter zijn standpunt inzake schendingen van het recht op berechting binnen een redelijke termijn gewijzigd. In geval van vervolgingsoverlevering zal de opgeëiste persoon een eventuele schending van de redelijke termijn aan de orde kunnen stellen bij de berechting in de uitvaardigende lidstaat. Nu de uitvaardigende lidstaat partij is bij het EVRM moet, behoudens door de opgeëiste persoon aan te voeren bewijs voor het tegendeel, worden aangenomen dat in de uitvaardigende lidstaat tegen een eventuele overschrijding van de redelijke termijn een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in artikel 13 EVRM zal openstaan.⁸⁹⁸ Kennelijk neemt de rechtbank thans aan dat schendingen van het recht op berechting binnen een redelijke termijn - in beginsel - niet meer onomkeerbaar zijn. Deze opvatting strookt beter met de in paragraaf 2.1.2 besproken beslissingen *Cenaj*, *Kaplan* en *Stapleton*, waarin het Europees Hof sterk de nadruk legt op de verplichtingen die uit hoofde van de artikelen 6 en 13 EVRM op de *staat van bestemming* rusten en op de mogelijkheid om tegen die staat een klacht bij het Europees Hof aanhangig te maken. In de lijn van de beslissing in de zaak *Stapleton* zou bovendien kunnen worden betoogd dat kwesties als schending van de redelijke termijn het beste door de rechter in de uitvaardigende lidstaat kunnen worden beoordeeld, omdat deze een beoordeling vergen van “complex factual and legal matters” die specifiek op de uitvaardigende lidstaat betrekking hebben.⁸⁹⁹

V.3. Oplegging en tenuitvoerlegging doodstraf

V.3.1 De doodstraf en het EVRM

Art. 2 lid 1, eerste volzin, EVRM garandeert het recht op leven van een ieder: “Everyone’s right to life shall be protected by law”. De tweede volzin van deze bepaling maakt evenwel een uitzondering op dit recht: “No one shall be deprived of his life intentionally *save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law*”.⁹⁰⁰ Nederland heeft echter de Protocolen 6 en 13 bij het EVRM geratificeerd. Art. 1 Protocol 6 en art. 1 Protocol 13 luiden: “The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed”. Beide bepalingen zijn *Notstandsfeest*. Waar art. 2 Protocol 6 de partijen nog de bevoegdheid geeft om de doodstraf in hun strafwetgevingen te handhaven of in te voeren “in respect of acts committed in time of war or of imminent threat of war”, beoogt Protocol 13 de doodstraf af te schaffen “in all circumstances”. De verdragspartijen waarvoor Protocol 13 in werking is getreden, kunnen

voor de beoordeling van de redelijke termijn en suggereert daardoor naar mijn mening ten onrechte de relevantie van die arresten voor deze materie. Ook volgens Bosch 2010, p. 737-740, werpen de arresten een ander licht op de redelijke termijn-rechtspraak van de rechtbank Amsterdam. ’s Hogen Raads arresten van 28 november 2006 betreffen echter uitsluitend de toepassing van art. 13 Olw. Niets in de overwegingen van de Hoge Raad wijst naar mijn mening op een mogelijke toepasselijkheid op art. 11 Olw.

⁸⁹⁷ HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358, m.nt. P.A.M. Mevis.

⁸⁹⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 17 oktober 2008, *LJN* BG6051; Rb. Amsterdam 14 november 2008, *LJN* BG6622; Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6606; Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810; Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BL1598; Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364; Rb. Amsterdam 19 oktober 2011, *LJN* BU2954.

⁸⁹⁹ In deze zin Rb. Amsterdam 19 oktober 2011, *LJN* BU2954.

⁹⁰⁰ Mijn cursivering.

zich vanzelfsprekend niet meer beroepen op de in de tweede volzin van art. 2 lid 1 EVRM voorziene uitzondering voor de doodstraf.

Het Europese Hof heeft uit art. 1 Protocol 13, in samenhang met de art. 1, 2 en 3 EVRM, een tot de aangezochte staat gericht verbod op uitlevering van de opgeëiste persoon aan de verzoekende staat afgeleid, “where substantial grounds have been shown for believing that he or she would face a real risk of being subjected to the death penalty there”.⁹⁰¹ Het gaat bij dat risico niet alleen om de tenuitvoerlegging van de doodstraf, maar ook - reeds - om de oplegging daarvan.⁹⁰² Protocol 6 en Protocol 13 verbieden immers niet alleen de tenuitvoerlegging, maar ook de oplegging van de doodstraf.⁹⁰³ Bij de beoordeling of sprake is van een dergelijk risico kunnen door de verzoekende staat verstrekte garanties een rol spelen. Indien een garantie zodanig is geformuleerd dat zij het risico van een veroordeling tot de doodstraf afwendt, is van een “real risk of being subjected to the death penalty” geen sprake meer.⁹⁰⁴

V.3.2 De doodstraf en uitlevering

Art. 11 EUV geeft de aangezochte staat de *bevoegdheid* om de uitlevering te weigeren, indien in de verzoekende staat op het feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht de doodstraf staat én de aangezochte staat dat feit niet met de doodstraf bedreigt of met betrekking tot dat feit de doodstraf niet toepast, “unless the requesting Party gives such assurance as the requested Party considers sufficient that the death-penalty will not be carried out”. Van een conflict tussen verdragsverplichtingen zoals in paragraaf 2.2 besproken, is hier dus geen sprake. De bepaling stelt immers de aangezochte staat in de gelegenheid om zijn uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen na te komen, zonder daarbij in strijd te geraken met de uit het toepasselijke uitleveringsverdrag voortvloeiende verplichtingen.

⁹⁰¹ EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië), § 70, onder verwijzing naar EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/98 (Al-Saadoon en Mufdhi/Verenigd Koninkrijk), § 137. Zie ook EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem/Portugal); EHRM 11 september 2012, nrs. 37286/09 en 2352/11 (Gökalp en Cardona Giraldo/Polen), § 52. Vgl. ten aanzien van art. 1 Protocol 6: EHRM 15 maart 2001, nr. 58128/00 (Ismaili/Duitsland); EHRM 5 juli 2005, nr. 57/03 (Al-Shari e.a./Italië) (uitzetting); EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04 (Bader en Kanbor/Zweden) (uitzetting); EHRM 18 september 2006, nr. 22871/06 (Saoudi/Spanje); EHRM 30 maart 2010, nr. 22142/07 (Cipriani/Italië). Trechsel was er in 1992 al van overtuigd dat uitlevering van personen “to a State where they run the risk of such a penalty being executed” in strijd zou zijn met art. 1 Protocol 6 in samenhang met art. 1 EVRM: Trechsel 1992, p. 657. Zo ook de Hoge Raad in 1990. Op grond van art. 1 EVRM in samenhang met art. 1 Protocol 6 is Nederland “verplicht zich te onthouden van handelingen die tot gevolg kunnen hebben dat iemand die onder zijn rechtsmacht ressorteert”, dat wil zeggen die zich onder zijn feitelijke macht en verantwoordelijkheid bevindt, “aan de doodstraf wordt blootgesteld, ook als die straf elders wordt opgelegd of voltrokken”: HR 30 maart 1990, *NJ* 1991, 249, m.nt. AHJS (Short). Dit arrest betreft de overlevering van een in Nederland gestationeerde Amerikaanse militair op grond van het NAVO-Statusverdrag (zie paragraaf 2.2.3).

⁹⁰² EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië), § 70: “(...) [the Respondent State] should not detain individuals with a view to extraditing them *to stand trial on capital charges* or in any other way subjecting individuals within its jurisdiction *to a real risk of being sentenced to the death penalty* and executed (...)” (mijn cursivering).

⁹⁰³ EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/98 (Al-Saadoon en Mufdhi/Verenigd Koninkrijk), § 137.

⁹⁰⁴ ECRM 20 januari 1994, nr. 22742/93 (Aylor-Davis/Frankrijk); EHRM 15 maart 2001, nr. 58128/00 (Ismaili/Duitsland); EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem/Portugal); EHRM 18 september 2006, nr. 22871/06 (Saoudi/Spanje); EHRM 30 maart 2010, nr. 22142/07 (Cipriani/Italië); EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië).

Art. 8 UW maakt van de in art. 11 EUV gegeven bevoegdheid een *verplichting*: is op het feit de doodstraf gesteld, dan wordt de opgeëiste persoon niet uitgeleverd, “tenzij naar het oordeel van Onze Minister voldoende is gewaarborgd dat die straf, zo een veroordeling daartoe mocht volgen, niet ten uitvoer zal worden gelegd”.⁹⁰⁵ Getuige de woorden “sufficient” en “voldoende”, vereisen de beide bepalingen niet een onvoorwaardelijke verbintenis dat de doodstraf niet ten uitvoer zal worden gelegd.⁹⁰⁶ Volgens de Memorie van Toelichting volstaat in beginsel de onvoorwaardelijke ministeriële toezegging dat, in geval van oplegging van de doodstraf, aan het staatshoofd van de verzoekende staat een *aanbeveling* tot gratie zal worden gedaan.⁹⁰⁷ In het licht van de hiervoor besproken rechtspraak moet ernstig worden betwijfeld of een zodanige toezegging nog als afdoende mag worden beschouwd. De Minister van Justitie zal immers bij de toepassing van de artikelen 11 EUV en 8 UW de voor Nederland uit art. 1 Protocol 13 voortvloeiende verplichting in acht moeten nemen.⁹⁰⁸

V.3.3 De doodstraf en overlevering

Volgens art. 2 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verbindende kracht heeft verkregen, wordt niemand tot de doodstraf veroordeeld of terecht gesteld. Men zou kunnen denken dat daarmee de doodstraf binnen de Europese Unie *de iure* en *de facto* is afgeschaft, maar dat zou niet geheel juist zijn. Hoewel de afschaffing van de doodstraf één van de voorwaarden voor lidmaatschap van de Europese Unie is, verbiedt art. 2 lid 2 Handvest de lidstaten “uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen” iemand tot de doodstraf te veroordelen en deze straf te voltrekken. Op grond van art. 51 lid 1 Handvest zijn de bepalingen van het Handvest immers alleen in dat geval mede tot de lidstaten gericht.

Alle lidstaten van de Europese Unie hebben Protocol 6 geratificeerd en op één na alle lidstaten Protocol 13.⁹⁰⁹ Die ene lidstaat heeft de doodstraf wel geheel afgeschaft.⁹¹⁰ Voor

⁹⁰⁵ Uit de formulering van art. 8 UW volgt dat deze bepaling alleen van toepassing is op *vervolgings*uitlevering. Aan uitlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een reeds opgelegde doodstraf staat volgens de Memorie van Toelichting art. 5 UW in de weg, welke bepaling executie-uitlevering alleen toestaat ter fine van tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf: *Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr. 3, p. 14*. Deze opmerking miskent dat bij de beoordeling van een uitleveringsverzoek art. 5 UW alleen kan worden toegepast, voor zover het toepasselijke verdrag daarvoor de ruimte biedt. Art. 1 Protocol 13 brengt echter mee dat Nederland de opgeëiste persoon niet mag blootstellen aan de tenuitvoerlegging van een reeds opgelegde doodstraf.

⁹⁰⁶ Swart 1986, p. 333, die erop wijst dat art. 8 UW rekening houdt met omstandigheid dat de autoriteit van de verzoekende staat die bevoegd is om gratie van de doodstraf te verlenen mogelijk een andere is dan de autoriteit van de verzoekende staat die om uitlevering heeft verzocht.

⁹⁰⁷ *Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr. 3, p. 14*.

⁹⁰⁸ Glerum & Rozemond 2008a, p. 237. Nicholls, Montgomery & Knowles 2007, p. 136 betogen mijns inziens terecht dat de garantie dat een opgelegde doodstraf niet ten uitvoer zal worden gelegd onvoldoende is, nu art. 1 Protocol 6 ook de *oplegging* van die straf verbiedt. De garantie moet dan ook inhouden dat de doodstraf niet zal worden opgelegd. Bovendien zal de dreigende oplegging van de doodstraf, ook indien gegarandeerd is dat deze niet ten uitvoer zal worden gelegd, dusdanige “mental suffering” veroorzaken, dat de uitlevering art. 3 EVRM zou schenden. Vgl. de anonieme commentator in *European Human Rights Law Review* 2010, p. 424-428, op p. 428: het arrest *Al-Saadoon en Mufdhi* (EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08) “is likely to have the effect of prohibiting such transfers [transfer of an individual to a state where he might face the death penalty] in any event because of the inevitable mental suffering involved”.

⁹⁰⁹ Polen.

⁹¹⁰ Zie de opsomming van “Abolitionist States” in *The Death Penalty in the OSCE Area: Background Paper 2011*, OSCE’s Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw 2011, p. 1. Tot 1 mei 2012

zover de lidstaten niet het recht van de Unie uitvoeren, is de doodstraf binnen de Unie dus *de iure* en *de facto* afgeschaft voor alle strafbare feiten, ongeacht of alle lidstaten Protocol 13 hebben geratificeerd. Ongeacht of een lidstaat is gebonden aan Protocol 13, geldt bovendien ten aanzien van strafbare feiten begaan in - kort gezegd - oorlogstijd, dat de doodstraf als een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing in de zin van art. 3 EVRM kan worden beschouwd, zoals in paragraaf 3.1 is gebleken.

Bij deze stand van zaken lijkt een weigeringsgrond inzake de doodstraf overbodig.⁹¹¹ Wat daarvan ook zij, overweging 13 van de preambule bij het Kaderbesluit zegt dat niemand mag worden “*uitgeleverd* aan een staat waarin een ernstig risico bestaat dat hij aan de doodstraf (...) wordt onderworpen”,⁹¹² een overweging die - vrijwel - letterlijk aan art. 19 lid 2 Handvest is ontleend. In paragraaf 2.3.1 is gebleken dat deze bepaling ook van toepassing is op overlevering. Hetzelfde geldt voor art. 4 Handvest. Bij de uitvoering van Unierecht, dus bij de omzetting van het Kaderbesluit in nationaal recht en bij de toepassing van dat recht, zijn de lidstaten daaraan gebonden, zoals zij ook uit hoofde van art. 6 lid 3 VEU én uit hoofde van het EVRM zelf gebonden zijn aan de artikelen 2 en 3 EVRM en art. 1 Protocol 6 - en voor wat betreft de lidstaten die Protocol 13 hebben geratificeerd: aan art. 1 van dat Protocol -, zodat zij op die drievoudige grondslag gehouden zijn om overlevering achterwege te laten, indien de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat aan de doodstraf dreigt te worden onderworpen.⁹¹³

V.4 Oplegging en tenuitvoerlegging levenslange vrijheidssanctie

V.4.1 Levenslange vrijheidssanctie en het EVRM

De oplegging van een “grossly disproportionate sentence” kan strijd met art. 3 EVRM opleveren, maar de maatstaf “grossly disproportionate” is een strenge maatstaf, zodat alleen in “rare and unique occasions” sprake zal zijn van een dergelijke grovelijk

gold Protocol 13 evenmin voor Letland. Het recht van Letland stond oplegging van de doodstraf nog toe in geval van “murder with aggravating circumstances, and only when committed in wartime”: *The Death Penalty in the OSCE Area: Background Paper 2011*, OSCE’s Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw 2011, p. 3. Vgl. Rb. Amsterdam 19 februari 2010, *LJN* BM8106, waarin uit de mededelingen van de Letse autoriteiten over de doodstraf ten onrechte de conclusie werd getrokken dat de doodstraf in Letland - geheel - was afgeschaft.

⁹¹¹ Vgl. Blekxtoon 2005, p. 226: “(...) the death penalty is non-existent in the EU”; Bot 2009, p. 457: “(...) la peine de mort est abolie dans l’ensemble des États Membres, ou du moins n’est-elle plus appliquée”; Caeiro & Fidalgo 2009, p. 448: “The death penalty has been abolished in all MS (...)”; Glerum 2005, p. 45 (“(...) alle lidstaten hebben de doodstraf afgeschaft en nieuwe lidstaten moeten vóór toetreding tot de EU de doodstraf alsnog afschaffen; Murschetz 2007a, p. 355: “Innerhalb der EU sollte einer solchen Ablehnung kaum praktische Relevanz zukommen, da alle Mitgliedstaaten das 6. ZPMRK ratifiziert haben und die Todesstrafe de jure EU-weit abgeschafft ist”; Smeulders 2003, p. 245-246: “(...) dat alle Europese staten waarvoor het Europees Aanhoudingsbevel straks gaat gelden de doodstraf inmiddels hebben afgeschaft” en die erop wijst dat kandidaat-lidstaten voor toetreding tot Europese Unie de doodstraf moeten afschaffen; Tinkl 2008, p. 204: “(...) denn innerhalb der EU existiert sie [die Todesstrafe] nicht”.

⁹¹² Mijn cursivering.

⁹¹³ Vgl. Rb. Amsterdam 22 januari 2010, *LJN* BM8102 (tussenuitspraak), waarin de rechtbank het onderzoek heropende, teneinde vragen te stellen aan de Letse autoriteiten naar aanleiding van de mededeling in het EAB dat op het feit mede de doodstraf was gesteld. Uiteindelijk werd de overlevering toegestaan, nadat de Letse autoriteiten hadden bericht dat de doodstraf niet kon worden opgelegd aan de opgeëiste persoon voor het feit dat hem werd verweten: Rb. Amsterdam 19 februari 2010, *LJN* BM1806.

disproportionele sanctie.⁹¹⁴ De oplegging van een levenslange vrijheidsstraf die “grossly disproportionate” is, levert om die reden al strijd met art. 3 EVRM op. Ten aanzien van levenslange vrijheidsstraffen waarvan de oplegging niet “grossly disproportionate” is, onderscheidt het Europees Hof drie gevallen: (1) een levenslange vrijheidsstraf “with eligibility for release after a minimum period has been served”, (2) een discretionaire levenslange vrijheidsstraf - dat wil zeggen een levenslange straf die uit rechterlijke straffoetmetingsvrijheid voortvloeit - “without the possibility of parole” en (3) een verplichte levenslange vrijheidsstraf - dat wil zeggen een levenslange vrijheidsstraf die de rechter verplicht moet opleggen - “without the possibility of parole”.⁹¹⁵

In het eerste geval is de straf “clearly reducible”, zodat geen sprake kan zijn van strijd met art. 3 EVRM.⁹¹⁶ In eerdere beslissingen had het Europees Hof al overwogen dat, hoewel de oplegging van een levenslange vrijheidsstraf aan een volwassene op zichzelf niet in strijd is met art. 3 EVRM, de oplegging van een “irreducible life sentence” een probleem kan opleveren. Een levenslange vrijheidsstraf is volgens het Europees Hof “irreducible”, wanneer “any prospect of release” ontbreekt. Er moet dus enig zicht op verkorting van de duur van de straf zijn, maar de enkele omstandigheid dat in een concreet geval een levenslange vrijheidsstraf volledig ten uitvoer zal worden gelegd, maakt deze straf nog niet “irreducible”: “It is enough for the purposes of Article 3 that a life sentence is *de jure* and *de facto* reducible”.⁹¹⁷ Wanneer in de veroordelende staat “a system providing for consideration of the possibility of release” van kracht is, dan is dat “a factor to be taken into account when assessing the compatibility of a particular life sentence with Article 3”. De aanwezigheid van een dergelijk systeem is echter niet doorslaggevend - is immers maar “a factor”-, omdat de levenslange vrijheidsstraf niet alleen *de iure*, maar ook *de facto* “reducible” moet zijn. Indien bijvoorbeeld het staatshoofd krachtens de Grondwet “presidential clemency” kan verlenen, dan is de straf weliswaar *de iure* “reducible”, maar moet nog worden onderzocht of zij dat ook *de facto* is.⁹¹⁸

Met betrekking tot het tweede geval merkt het Europees Hof op dat zulke sancties *normaliter* voor de meest ernstige feiten worden opgelegd, zoals moord en doodslag. In elk rechtssysteem worden dergelijke strafbare feiten, zo al niet met levenslange vrijheidsstraf, dan toch met “substantial” tijdelijke vrijheidsstraf bedreigd. Degene die ter zake van zo een strafbaar feit is veroordeeld, moet er dus rekening mee houden dat hij een aanzienlijk aantal jaren in gevangenschap zal moeten doorbrengen, voordat er zicht is op vervroegde vrijlating. Indien de rechter bij de oplegging van de levenslange vrijheidsstraf al rekening heeft gehouden met strafverminderende en -verzwarende gronden, levert de oplegging van een levenslange vrijheidsstraf als bedoeld in het tweede geval geen strijd met art. 3 EVRM op.⁹¹⁹ De voortgezette tenuitvoerlegging van zo een straf kan strijd met art. 3 EVRM opleveren, indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: (a) de voortgezette tenuitvoerlegging “can no longer be justified on any legitimate penological grounds (such

⁹¹⁴ EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk), § 89.

⁹¹⁵ EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk), § 90.

⁹¹⁶ EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk), § 91.

⁹¹⁷ EHRM (Grote Kamer) 12 februari 2008, EHRC 2008, 52 (Kafkaris/Cyprus), § 97-98; HR 16 juni 2009, L/JN BF3741, r.o. 2.8.

⁹¹⁸ EHRM 2 september 2010, nr. 36295/02 (Iorgov (nr. 2)/Bulgarije), § 53. Daarbij is niet relevant dat de beslissing niet door een rechterlijke autoriteit wordt genomen en dat tegen een afwijzende beslissing geen voorziening is toegelaten.

⁹¹⁹ EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk), § 92.

as punishment, deterrence, public protection or rehabilitation)” én (b) de sanctie is “irreducible *de facto* and *de jure*”.⁹²⁰

Het Europees Hof heeft meer moeite met het derde geval. Aan een verplichte levenslange vrijheidssanctie zonder vervroegde invrijheidstelling kleeft het euvel dat de rechter bij de oplegging daarvan geen rekening heeft kunnen houden met strafverminderende of andere bijzondere omstandigheden. Omdat de rechter bij de oplegging van zo een sanctie omstandigheden moet negeren die op een “significantly lower level of culpability” wijzen, zal de oplegging van een vrijheidssanctie van het derde type eerder “grossly disproportionate” zijn dan de oplegging van vrijheidssancties van de andere twee types. Is de oplegging van een verplichte levenslange vrijheidssanctie “without the possibility of parole” niet “grossly disproportionate”, dan kan de voortgezette tenuitvoerlegging van zo een sanctie onder dezelfde voorwaarden strijd met art. 3 EVRM opleveren als de voortgezette tenuitvoerlegging van een discretionaire levenslange sanctie “without the possibility of parole”.⁹²¹

In het verlangde van deze rechtspraak neemt het Europese Hof aan dat de aangezochte staat door uit te leveren in strijd met art. 3 EVRM handelt, indien de opgeëiste persoon een “real risk of receiving a grossly disproportionate sentence in the receiving State” loopt.⁹²² Hetzelfde geldt voor een “real risk” op voortgezette tenuitvoerlegging van een discretionaire of verplichte levenslange vrijheidssanctie zonder “parole”, voor zover die tenuitvoerlegging geen redelijk strafdoel meer dient én de sanctie *de iure* en *de facto* “irreducible” is.⁹²³ Sluit een door de verzoekende staat gegeven garantie elk risico op de oplegging van een “irreducible” levenslange vrijheidssanctie uit, dan doet zich vanzelfsprekend geen probleem voor.⁹²⁴

⁹²⁰ EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk), § 92.

⁹²¹ EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk), § 93.

⁹²² EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk), § 134; EHRM 10 april 2012, nrs. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk), § 238.

⁹²³ EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk), § 135-138; EHRM 10 april 2012, nrs. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk), § 239-242; EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië), § 90. Zie over uitlevering en levenslange vrijheidssancties ook EHRM 3 juli 2001, nr. 44190/98 (Nivette/Frankrijk); EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk); EHRM 18 september 2006, nr. 22871/06 (Saoudi/Spanje); EHRM 17 februari 2009, nr. 48514/06 (Gasayev/Spanje); EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, *NJ* 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk). Zie ook Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2010, *LJN* BL1115.

⁹²⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 17 februari 2009, nr. 48514/06 (Gasayev/Spanje). De *Procureur Général de la Fédération de Russie* had desgevraagd de volgende garanties aan de Spaanse autoriteiten verstrekt: “Si cette peine était la réclusion à vie, elle serait susceptible de révision ou de mesures de grâce, dont la compétence appartiendrait au Président de la Fédération de Russie. Finalement, si [le requérant] était condamné à la réclusion à perpétuité, le juge [compétent] pourrait décider sa mise en liberté conditionnelle s’il [le requérant] avait déjà purgé vingt-cinq ans de privation de liberté”. Het Hof was van oordeel dat de Spaanse autoriteiten, die deze garanties “suffisantes et convaincantes” achtten, “à bon droit (...) ont considéré que de telles assurances écartaient tout danger de condamnation du requérant à la réclusion à perpétuité incompressible lors de son procès dans son pays d’origine”. De mogelijkheid van een *bestuurlijke* gratiemaatregel kan volstaan: EHRM 2 september 2010, nr. 36295/02 (Iorgov (nr. 2)/Bulgarije), § 50 en 53. Anders Klip, volgens wie de garantie moet inhouden dat de tot levenslang veroordeelde de noodzaak tot voortzetting van de tenuitvoerlegging aan een *rechterlijk* oordeel kan onderwerpen (punt 4 van zijn noot bij EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, *NJ* 2010, 449 (King/Verenigd Koninkrijk)). Indien de aangezochte staat op goede gronden meent dat de oplegging van een “irreducible” levenslange vrijheidsstraf hoogst

V.4.2 Levenslange vrijheidssanctie en uitlevering

De uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is noch de Uitleveringswet zien de dreigende oplegging en/of tenuitvoerlegging van een “grossly disproportionate sentence” of een levenslange vrijheidssanctie als grond tot weigering.⁹²⁵ Overeenkomstig de in de vorige subparagraaf besproken rechtspraak van het Europees Hof staan de voor Nederland uit de artikelen 1 en 3 EVRM voortvloeiende verplichtingen in de weg aan uitlevering van een persoon die het risico loopt te worden onderworpen aan de oplegging van een “grossly disproportionate sentence” of aan de voortgezette tenuitvoerlegging van een “irreducible” levenslange vrijheidssanctie die geen legitiem strafdoel dient. Teneinde dat risico uit te sluiten, kan de bevoegde autoriteit - de Minister van Justitie - aan de verzoekende staat om een daartoe strekkende garantie vragen.

V.4.3 Levenslange vrijheidssanctie en overlevering

Art. 5 onder 2 Kaderbesluit geeft de lidstaten de bevoegdheid om, indien het EAB betrekking heeft op een strafbaar feit dat met een levenslange vrijheidssanctie wordt bedreigd, de overlevering afhankelijk te stellen van de “voorwaarde dat in het rechtsstelsel van de uitvaardigende lidstaat de mogelijkheid van herziening van de opgelegde straf of maatregel - op verzoek of ten minste na 20 jaar - bestaat, dan wel van toepassing van gratiemaatregelen waarvoor de betrokkene krachtens de nationale wetgeving of praktijk van die lidstaat in aanmerking kan komen, strekkende tot niet-uitvoering van die straf of maatregel”.⁹²⁶ Deze bepaling - die naar verluidt is opgenomen op aandringen van Portugal, dat een grondwettelijk verbod op oplegging en tenuitvoerlegging van levenslange vrijheidssancties kent -⁹²⁷ beoogt kennelijk te voorkomen dat een lidstaat zou moeten meewerken aan overlevering, indien daarvan het gevolg zou zijn dat de opgeëiste persoon wordt onderworpen aan de *onverkorte* tenuitvoerlegging van een levenslange vrijheidssanctie.⁹²⁸ Het is de vraag of zij volledig aan dat doel beantwoordt. De juridische mogelijkheid van herziening en de juridische mogelijkheid van toepassing van gratiemaatregelen betekenen immers nog niet dat de opgelegde sanctie *de facto* verkort kan worden. In het licht van de in paragraaf 4.1 genoemde rechtspraak van het Europees Hof ligt het in de rede om het begrip “mogelijkheid” zo te verstaan dat herziening of gratiemaatregelen niet alleen *de iure*, maar ook *de facto* mogelijk zijn.

onwaarschijnlijk is, hoeft hij op dit punt niet een garantie van de verzoekende staat te vragen: EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 19.

⁹²⁵ Uit de omstandigheid dat art. 8 UW met vrijheidsstraffen van een langere duur dan een jaar gelijkstelt “vrijheidsstraffen - met inbegrip van maatregelen (...) - voor de duur van het leven” kan men afleiden dat de Uitleveringswet strafbedreiging met een levenslange vrijheidssanctie niet als problematisch ziet.

⁹²⁶ Waar zij spreken van de mogelijkheid van herziening na *ten minste* 20 jaren, wijken de Nederlandse en de Spaanse taalversies (“al menos”) af van de Deense (“senest”), Duitse (“spätestens”), Engelse (“at the latest”), Franse (“au plus tard”), Italiaanse (“al più tardi”), Portugese (“o mais tardar”) en Zweedse (“senast”) taalversies, die tot uitdrukking brengen dat ambtshalve herziening na *ten hoogste* 20 jaren dient plaats te vinden.

⁹²⁷ Panzavolta 2009, p. 194; Smeulers 2003, p. 244. In Duitsland spreekt men dan ook van de “Portugal-Paragraph”: Von Bubnoff 2005, p. 79. Ook Spanje kent een dergelijk verbod: Alegre 2005, p. 142.

⁹²⁸ Bot 2009, p. 469.

Nederland heeft aan art. 5 onder 2 Kaderbesluit alleen uitvoering gegeven voor zover Nederland als uitvaardigende lidstaat optreedt.⁹²⁹ Voor zover Nederland als uitvoerende lidstaat optreedt, voorziet de Overleveringswet dus niet in de mogelijkheid om de overlevering afhankelijk te maken van de in art. 5 onder 2 Kaderbesluit bedoelde voorwaarde.⁹³⁰ Uit de parlementaire stukken blijkt niet waarom deze bepaling niet is geïmplementeerd.⁹³¹ In Hoofdstuk III.2.3.2.5 is gebleken dat de lidstaten mogen afzien van implementatie van art. 5 Kaderbesluit, omdat zulks de overlevering bevordert en dus de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) begunstigt.

Daarbij dient dan wel de kanttkening te worden gemaakt dat de lidstaten gehouden zijn tot een grondrechtenconforme uitvoering van het Kaderbesluit, zoals in paragraaf 2.3.1 is geconstateerd. In dit verband zijn art. 19 lid 2 Handvest en art. 4 Handvest van belang, welke bepalingen zo moeten worden uitgelegd dat zij de overlevering van de opgeëiste persoon verbieden aan een lidstaat “waar een ernstig risico bestaat dat hij (...) aan folteringen of andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen” en die hetzelfde minimumniveau beogen te garanderen als art. 3 EVRM, zoals dit door het Europees Hof wordt uitgelegd. Indien komt vast te staan dat de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat een reëel risico loopt “of receiving a grossly disproportionate sentence” dan wel te worden onderworpen aan de voortgezette tenuitvoerlegging van een “life sentence” die geen legitiem strafdoel meer dient én die *de iure* en *de facto* “irreducible” is, staan art. 19 lid 2 Handvest, art. 4 Handvest en art. 3 EVRM eraan in de weg dat de opgeëiste persoon aan een dergelijk risico wordt blootgesteld. Het ligt dan op de weg van de uitvoerende justitiële autoriteit om van de zijde van de uitvaardigende lidstaat een garantie te verkrijgen die dat risico wegneemt.⁹³² Kan een dergelijke garantie niet worden verkregen, dan moet zij de overlevering weigeren.

⁹²⁹ Art. 45 lid 1 onder b OLW verplicht elke officier van justitie in geval van strafbedreiging met een levenslange vrijheidssanctie bij of in het door hem uitgevaardigde EAB de verklaring op te nemen dat “naar Nederlands recht de mogelijkheid bestaat van de toepassing van gratie op de opgelegde straf of maatregel”.

⁹³⁰ In Rb. Amsterdam 9 november 2007, *LJN* BB7956 werd de overlevering aan een Italiaanse justitiële autoriteit toegestaan ter tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf. Uit de uitspraak blijkt niet of op dit punt verweer was gevoerd. Volgens het Europees Hof kan men niet concluderen “qu’en Italie les peines perpétuelles sont incompressibles, sans aucune possibilité de libération ; au contraire, il apparaît qu’elles sont *de jure* et *de facto* compressibles”: EHRM 29 april 2008, nr. 33290/07 (Garagin/Italië). In Rb. Amsterdam 18 mei 2012, *LJN* BX3381 had het Britse EAB mede betrekking op een levenslange gevangenisstraf “met een minimum van 22 jaar”. De Rechtbank Amsterdam verwierp het verweer dat de overlevering in strijd met art. 11 OLW zou zijn, door erop te wijzen dat in elk geval na ommekomst van 22 jaar een toetsing van de sanctie zou plaatsvinden. Zij vertrouwde erop dat het Verenigd Koninkrijk zijn verdragsverplichtingen zou naleven. Ik merk op dat een levenslange vrijheidssanctie met een “tariff” van 22 jaren onder het eerste type van levenslange vrijheidsstraffen, als bedoeld in de arresten *Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk* en *Harkins en Edwards* valt en dus in elk geval geen probleem onder art. 3 EVRM oplevert.

⁹³¹ Mogelijk heeft de Nederlandse wetgever - evenals de Belgische: zie Sanders 2007, p. 69, noot 267 - gedacht dat alle lidstaten van de Europese Unie hetzij herziening van levenslange vrijheidsstraffen hetzij gratiemaatregelen kennen, zodat implementatie van deze bepaling voor de uitvoering van EAB’s niet nodig was.

⁹³² EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, *NJ* 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), § 19 (*a contrario*).

V.5 Discriminatoire vervolging of bestrafing

V.5.1 Discriminatoire vervolging of bestrafing en uitlevering

Het Nederlandse uitleveringsrecht kent de non-discriminatieclausule. Art. 3 lid 2 EUV bevat namelijk een dwingende weigeringsgrond inzake discriminatoire vervolging en bestrafing: de uitlevering wordt niet toegestaan, “if the requested Party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person’s position may be prejudiced for any of these reasons”. Art. 10 lid 1 UW bepaalt in wezen hetzelfde, zij het dat ook de levensbeschouwelijke overtuiging en de groep van de bevolking waartoe de opgeëiste persoon behoort als verboden discriminatiegronden worden genoemd.⁹³³

De bepaling hangt nauw samen met de exceptie van het politieke misdrijf van art. 3 lid 1 EUV. De non-discriminatieclausule beoogt te voorkomen dat een staat de uitlevering weet te verkrijgen voor een *commuun* misdrijf (“an ordinary offence”), terwijl het hem in wezen erom te doen is de opgeëiste persoon te vervolgen en te bestraffen voor een politiek misdrijf.⁹³⁴ De weigeringsgrond inzake het politieke misdrijf zal in Hoofdstuk XX aan de orde komen.⁹³⁵

Daarnaast bestaat een nauw verband tussen de non-discriminatieclausule en de bescherming van vluchtelingen.⁹³⁶ Volgens art. 1A onder 2 van het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen is een vluchteling in de zin van dat verdrag iemand die “owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it”.⁹³⁷ Afgezien van de categorie “membership of a particular social

⁹³³ Uit art. 10 lid 1 UW (“(...) in gevallen waarin naar het oordeel van Onze Minister (...)”) volgt dat de weigeringsgrond van art. 3 lid 2 EUV niet ter beoordeling van de uitleveringsrechter, maar van de Minister van Justitie staat. Vgl. HR 24 juni 1975, NJ 1976, 85.

⁹³⁴ Swart 1986, p. 306; Van der Wilt 1996, p. 180; Van Den Wijngaert 1979, p. 145-146.

⁹³⁵ Verdragen waarbij de exceptie wordt ingeperkt of waarbij bepaalde strafbare feiten worden “gedepolitiseerd”, laten de non-discriminatieclausule in stand. Zie art. 5 Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme en art. 5 lid 3 EU-uitleveringsovereenkomst.

⁹³⁶ Kapferer 2003, p. 85: “It is closely linked with international refugee law, in that it covers situations where the requested State considers that the extradition request has been made for the purpose of persecution, rather than prosecution (...)”; Murschetz 2007a, p. 196: “Dieses Verbot bildet einen Teil des umfassenderen und über den Bereich der Strafrechtspflege bzw Rechtshilfe hinausgehende **non-refoulement-Prinzips**”; Mus 1996, p. 142 en 143, die ten aanzien van art. 3 lid 2 EUV en art. 10 lid 1 UW spreekt van “refoulementexceptie”; Swart 1986, p. 303: “(...) geïnspireerd door het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen”; Swart 1992b, p. 194; Van der Wilt 1996, p. 180-181; Van Den Wijngaert 1979, p. 145-158.

⁹³⁷ Deze bepaling bevat een belangrijke temporele beperking: het moet gaan om een persoon die zich buiten zijn “country of origin” bevindt “as a result of events occurring before 1 January 1951”. Art 1B geeft aan de partijen de mogelijkheid om aan de temporele nog een geografische beperking toe te voegen. Zij moeten kiezen of zij bedoelde beperking toepassen ten aanzien van “events occurring in Europe (...)” of ten aanzien van “events occurring in Europe or elsewhere (...)”. Het Protocol betreffende de status van vluchtelingen schrappt evenwel de temporele en geografische beperkingen. Alle lidstaten van de Europese Unie zijn zowel

groep” die men zou kunnen scharen onder de categorieën “race” of “nationality”,⁹³⁸ komen de gronden van “persecution” overeen met die van art. 3 lid 2 EUV. Vervolging of bestraffing vanwege “race, religion, nationality or political opinion” of ongunstige beïnvloeding van iemands positie om die redenen in de zin van art. 3 lid 2 EUV komt neer op “persecution” in de zin van art. 1A Verdrag betreffende de status van vluchtelingen. Op grond van Art. 33 lid 1 van het verdrag mogen de verdagspartijen niet “expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”.⁹³⁹ Dit verbod lijkt niet alle vluchtelingen in de zin van art. 1A te omvatten, nu sprake dient te zijn van gevaar voor “life or freedom”, hetgeen een strengere eis impliceert dan het gevaar voor “persecution”. Uit de *travaux préparatoires* van het verdrag blijkt echter dat de personele reikwijdte van art. 33 lid 1 overeenkomt met die van art. 1A.⁹⁴⁰ Hoewel er verschillen bestaan tussen de reikwijdtes van beide bepalingen,⁹⁴¹ kan dus - met de Nederlandse wetgever - worden geconcludeerd dat het in art. 33 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen neergelegde beginsel van *non-refoulement* met zoveel woorden uitdrukking vindt in art. 3 lid 2 EUV.⁹⁴²

partij bij het verdrag als bij het protocol. Art. 1F sluit bepaalde groepen van personen uit van de personele reikwijdte van het verdrag:

“The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”.

Deze personen komen dus niet aanmerking voor verlening van de vluchtelingenstatus.

⁹³⁸ Swart 1986, p. 306. Zie ook Kapferer 2003, p. 85.

⁹³⁹ Art. 33 lid 2 sluit echter van de bescherming van het eerste lid uit “(...) a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country”.

⁹⁴⁰ Hathaway 2005, p. 304-305. De - niet ingetrokken - status van erkend vluchteling biedt dus immuniteit tegen uitlevering (aan “the country of his nationality” dan wel aan “the country of his former habitual residence”): Van der Wilt 1996, p. 181.

⁹⁴¹ Art. 3 lid 2 EUV kent geen uitzonderingsbepalingen als de artikelen 1F en 33 lid 2 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen. De uitleveringsexceptie geldt dus ongeacht of de opgeëiste persoon aanspraak kan maken op de vluchtelingenstatus of op naleving van het refoulementverbod: Kapferer 2003, p. 85, para. 252; Mus 1996, p. 145-146; Van Den Wijngaert 1979, p. 146.

⁹⁴² *Kamerstukken II* 1981/82, 15 971 (R 1133), nr. 10, p. 6. De vraag of art. 33 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen in de weg aan uitlevering moet staan, raakt niet de toelaatbaarheid van de uitlevering, staat met andere woorden niet ter beoordeling van de uitleveringsrechter: HR 13 januari 1987, *NJ* 1987, 835, m.nt. AHJS; HR 21 juni 1988, *NJ* 1989, 215; HR 29 mei 2012, *NJ* 2012, 368. Omdat de Minister van Justitie op grond van art. 10 lid 1 UW al oordeelt over dreigende discriminatoire vervolging of bestraffing, is aan hem eveneens de beoordeling van een beroep op art. 33 Vluchtelingenverdrag voorbehouden: HR 29 mei 2012, *NJ* 2012, 368.

V.5.2 Discriminatoire vervolging of bestraffing en het Kaderbesluit

Inleiding

Het Kaderbesluit bevat niet een uitdrukkelijke *bepaling* die weigering van de overlevering mogelijk maakt vanwege dreigende discriminatoire vervolging of bestraffing. Daarentegen zegt de eerste alinea van *overweging 12 van de preambule* dat niets in het Kaderbesluit eraan in de weg staat dat de overlevering kan worden geweigerd van een persoon tegen wie een EAB is uitgevaardigd, “indien er objectieve redenen bestaan om aan te nemen dat het Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd met het oog op vervolging of bestraffing van die persoon op grond van zijn geslacht, ras, godsdienst, etnische afstamming, nationaliteit, taal, politieke overtuiging of seksuele geaardheid of dat de positie van die persoon kan worden aangetast om een van deze redenen”. Anders dan art. 3 lid 2 EUV (“(...) a request for extradition for an ordinary criminal offence (...)”) bevat de overweging niet een beperking tot niet-politieke delicten. Dat vloeit noodzakelijkerwijs voort uit de omstandigheid dat het Kaderbesluit de weigeringsgrond inzake het politieke delict niet kent.⁹⁴³ Vergeleken met art. 3 lid 2 EUV valt verder op dat overweging 12 een ruimer toepassingsbereik heeft. In art. 3 lid 2 EUV ontbreken namelijk de verboden discriminatiegronden geslacht, etnische afstamming, taal en seksuele geaardheid.⁹⁴⁴ Ondanks deze verschillen kan worden geconcludeerd dat het aangehaalde deel van de overweging kennelijk is gebaseerd op art. 3 lid 2 EUV en dus mede op het verbod op *refoulement* van art. 33 lid 1 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen.⁹⁴⁵

Tinkl heeft gewezen op Protocol (Nr. 24) inzake asiel voor onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie als reden voor het ontbreken van een uitdrukkelijke non-discriminatie*bepaling* in het Kaderbesluit.⁹⁴⁶ Volgens dit Protocol erkennen de lidstaten elkaar als veilige landen van oorsprong “voor alle juridische en praktische doeleinden in verband met asielzaken”, gezien het “niveau van bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden in de lidstaten van de Europese Unie”. Daarom kan een asielaanvraag van de onderdaan van een lidstaat alleen “in aanmerking worden genomen of ontvankelijk worden verklaard” in vier in het Protocol omschreven gevallen. Naar mijn mening vloeit het achterwege laten van een non-discriminatie*bepaling* in het Kaderbesluit niet dwingend voort uit het Protocol. Het Protocol ziet alleen op de *asielaanvraag* van een onderdaan van een andere lidstaat en mist dus toepassing op de procedure waarin over de tenuitvoerlegging van een EAB wordt beslist. Bovendien is onder het Protocol het in aanmerking nemen of ontvankelijk verklaren van een asielvraag van een onderdaan van een andere lidstaat nog steeds mogelijk in vier gevallen: (1) indien de lidstaat waarvan de asielaanvrager onderdaan is, op grond van art. 15 EVRM afwijkt van zijn uit het EVRM

⁹⁴³ Zie Hoofdstuk XX.

⁹⁴⁴ Een ander verschil lijkt te zijn dat overweging 12 een facultatieve weigeringsgrond formuleert. Dat verschil is evenwel schijnbaar. De Duitse (“(...) dass sie es untersagt (...) abzulehnen (...)”), Engelse (“(...) as prohibiting refusal (...)”), Franse (“(...) comme une interdiction de refuser (...)”), Italiaanse (“(...) che non sia consentito rifiutare (...)”) en Portugese (“(...) como proibição de recusar (...)”) taalversies zijn op dit punt duidelijker dan de Nederlandse taalversie. Bedoeld is dat het Kaderbesluit niet zo mag worden uitgelegd, dat weigering op grond van de non-discriminatieclausule verboden is.

⁹⁴⁵ Vgl. Nicholls, Montgomery & Knowles 2007, p. 76: “Art. 13 [de Britse implementatie van overweging 12] reflects the grounds for claiming refugee status (...)”.

⁹⁴⁶ Tinkl 2008, p. 200-201. Volgens Smeulders is het waarschijnlijk dat de lidstaten een dergelijke *bepaling* binnen de Europese Unie overbodig achtten, een opvatting waarmee zij het overigens niet eens is: Smeulders 2003, p. 245.

voortvloeiende verplichtingen “In time of war or other public emergency threatening the life of the nation”; (2) indien de in art. 7 lid 1 VEU bedoelde procedure is opgestart teneinde vast te stellen dat een “duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending van in artikel 2, bedoelde waarden door een lidstaat”; (3) indien de Raad overeenkomstig art. 7 lid 1 VEU heeft vastgesteld dat inderdaad een dergelijk duidelijk gevaar bestaat of indien de Europese Raad overeenkomstig art. 7 lid 2 VEU een “ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 bedoelde waarden door een lidstaat” heeft vastgesteld⁹⁴⁷ en (4) indien een lidstaat daartoe eenzijdig besluit, in welk geval de aanvraag wordt behandeld “op basis van het vermoeden dat zij duidelijk ongegrond is zonder op enigerlei wijze, in welk geval dan ook, van invloed te zijn op de beslissingsbevoegdheid van de lidstaat”. Een *vermoeden*, ook een vermoeden van duidelijke ongegrondheid, is vatbaar voor weerlegging. In elk geval dient het Protocol te worden toegepast op een wijze die geen afbreuk doet aan de verplichting tot eerbiediging van grondrechten.⁹⁴⁸ Het is dus niet zo dat erkenning als vluchteling van een onderdaan van een andere lidstaat geheel is uitgesloten.⁹⁴⁹ Ten slotte laat het Protocol een reeds verleende erkenning als vluchteling, die nadien niet is ingetrokken, onverlet. Men kan dus zeggen dat de grondgedachte van het Protocol - de lidstaten bieden een dusdanig niveau van grondrechtenbescherming dat erop vertrouwd mag worden dat asiolverlening niet nodig is - strookt met die van het Kaderbesluit - de hoge mate van vertrouwen in de rechtsstelsels van de lidstaten en de deugdelijke toepassing daarvan in concrete gevallen -. Bovendien stroken beide instrumenten ook in een ander opzicht met elkaar. Het onderlinge vertrouwen is niet onbegrensd en voor gevallen waarin dat vertrouwen door een lidstaat wordt beschaamd of dreigt te worden beschaamd, hebben de lidstaten voorzieningen getroffen.

Mensenrechtenconforme uitleg en implementatie Kaderbesluit

Welke juridische betekenis komt dan aan de eerste alinea van overweging 12 van de preambule toe? Zoals in paragraaf 2.3.1 is vastgesteld, lijkt de indeling van de eerste alinea van die overweging erop te duiden dat de lidstaten de non-discriminatieclausule als uitvloeisel zagen van “de beginselen die worden erkend bij artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en zijn weergegeven in het Handvest van de grondrechten betreffende de Europese Unie”. Gezien de samenhang tussen overweging 12 en het *refoulement*verbod, is artikel 18 Handvest, dat het recht op asiel garandeert “met inachtneming van de voorschriften van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en het Protocol van 31 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen, en overeenkomstig het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (...)”, in dit verband een relevant voorschrift. Deze bepaling waarborgt de rechtspositie van de vluchteling in de lidstaat waar hij is toegelaten. Tot die rechtspositie behoort zijn aanspraak op naleving van art. 33 lid 1 Verdrag betreffende de status van

⁹⁴⁷ Zie paragraaf 2.3.1.

⁹⁴⁸ Nu het Protocol geen juridische gevolgen verbindt aan het vermoeden van ongegrondheid, concludeert Battjes: “We cannot, therefore, state that this labelling in itself adversely affects the legal position of applicants from the Member States. It is possible and, in the light of relevant treaty obligations, required to read the Sole Article of the Protocol as stating as “relevant generally known facts” that the Member States do in general not indulge in persecutory behaviour”: Battjes 2006, p. 357.

⁹⁴⁹ “While the likelihood of persecution by an EU State of its nationals on 1951 Convention grounds is relatively small, it cannot be discounted altogether”: Garlick 2006, p. 55.

vluchtelingen.⁹⁵⁰ Bij de uitvoering van het Kaderbesluit zijn de lidstaten dus aan het *refoulement*verbod gebonden. Art. 18 Handvest is ook van toepassing op onderdanen van lidstaten van de Europese Unie, nu deze bepaling hen daarvan niet uitsluit.⁹⁵¹ Wel is bij de uitoefening van het recht het al genoemde Protocol (Nr. 24) inzake asiel voor onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie van belang, zo volgt uit de verwijzing naar het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,⁹⁵² maar, zoals al gezegd, sluit het Protocol niet - helemaal - uit dat een onderdaan van een andere lidstaat als vluchteling wordt erkend. Daarbij komt dat art. 18 Handvest, in samenhang met art. 33 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ook *indirect refoulement* verbiedt,⁹⁵³ dat wil zeggen verwijdering een vluchteling naar een lidstaat wanneer het risico bestaat dat deze lidstaat de vluchteling vervolgens zal verwijderen naar zijn staat van herkomst waar hij voor zijn leven of vrijheid heeft te vrezen.⁹⁵⁴ Voor zover deze laatste staat niet een lidstaat van de Europese Unie is, ontbeert Protocol (Nr. 24) relevantie. De opgeëiste persoon is in een dergelijk geval immers niet een onderdaan van een lidstaat.⁹⁵⁵

Een grondrechtenforme uitleg van het Kaderbesluit brengt dan ook mee dat de opgeëiste persoon niet mag worden overgebracht naar de uitvaardigende lidstaat onder de in art. 33 lid 1 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen genoemde omstandigheden.⁹⁵⁶ In verschillende lidstaten hebben rechters geoordeeld dat deze bepaling inderdaad relevant is in geval van overlevering.⁹⁵⁷

⁹⁵⁰ Frenz 2009, p. 352, Rn. 1135. Zo ook Battjes 2006, p. 115: “Protection under Article 33 [Refugee Convention] is provided for by Article 18 Charter”.

⁹⁵¹ Battjes 2006, p. 112-113.

⁹⁵² Battjes 2006, p. 113.

⁹⁵³ Battjes 2006, p. 397.

⁹⁵⁴ Vgl. EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S./België en Griekenland), § 341-360, waarin de Grote Kamer vaststelde dat de “transferring State” (België) art. 3 EVRM had geschonden door de “indirect removal to an intermediary country” (Griekenland) van een afgewezen Afghaanse asielzoeker, omdat de Belgische autoriteiten ten tijde van de overdracht “knew or ought to have known that [de asielzoeker] had no guarantee that his asylum application would be seriously examined by the Greek authorities”, terwijl de asielzoeker “arguably could claim that his removal to Afghanistan [door Griekenland] would violate Article 2 or Article 3 of the Convention”.

⁹⁵⁵ Nu het Protocol spreekt van “onderdaan van een lidstaat” heeft het - anders dan overweging 12 van de preambule - bovendien geen betrekking op en dus geen relevantie voor staatlozen die vóór hun verblijf in de uitvoerende lidstaat hun gewone verblijfplaats in de uitvaardigende lidstaat hadden. De definitie van het begrip vluchteling in art. 1A van het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen ziet op personen die in hun staat van herkomst, dat wil zeggen de staat waarvan zij de nationaliteit hebben of, in geval van staatlozen, de staat waar zij hun gewone verblijfplaats hadden, voor “persecution” hebben te vrezen.

⁹⁵⁶ Aan deze conclusie doet niet af dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat “(...) het bestaan van een asielaanvraag of een verzoek tot verkrijging van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus niet staat vermeld bij de gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel, die zijn opgesomd in de artikelen 3 en 4 van dat kaderbesluit”, dat de lidstaten met betrekking tot een asielaanvraag van een staatsburger van een andere lidstaat elkaar overeenkomstig Protocol (Nr. 24) “(...) beschouwen als veilige landen van oorsprong voor alle juridische en praktische doeleinden in verband met asielzaken” en dat een dergelijke aanvraag niet valt onder de bij richtlijn neergelegde beschermingsregeling: HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 43-45. Op 's Hof's constatering valt niets af te dingen, maar zij laten onverlet dat een onderdaan van de uitvaardigende lidstaat - of een staatloze die voorafgaand aan zijn komst naar Nederland zijn gewone verblijfplaats in de uitvaardigende lidstaat had - en die in de uitvoerende lidstaat al de status van vluchteling geniet, niet mag worden overgebracht naar de uitvaardigende lidstaat, zolang deze status niet is ingetrokken. Een dergelijke

Art. 18 Handvest is niet het enige aanknopingspunt voor implementatie van de eerste alinea van overweging 12 van de preambule. De aanhef van deze overweging verwijst immers naar art. 6 (oud) VEU en dus indirect naar de grondrechten, zoals neergelegd in het EVRM en in het Handvest, die als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht - thans van Unierecht - gelden. Mits de discriminatoire “behandeling” waaraan de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat dreigt te worden onderworpen voldoende ernstig is, kunnen art. 3 EVRM, art. 4 Handvest en art. 19 lid 2 Handvest aan overlevering in de weg staan.⁹⁵⁸ Deze bepalingen hebben een ruimer toepassingsbereik dan art. 33 Verdrag

omstandigheid staat evenmin vermeld bij de in de artikelen 3 tot en met 5 Kaderbesluit opgesomde weigeringsgronden, maar volgt uit het *primaire* Unierecht.

⁹⁵⁷ Cour de cassation 7 februari 2007, *Bulletin criminel* 2007 N° 39, p. 248 (overlevering gevraagd door een Portugese justitiële autoriteit van een Iraniër die in Frankrijk als vluchteling was erkend): “Attendu que, pour répondre à l’argumentation du demandeur qui faisait valoir dans son mémoire qu’il craignait d’être renvoyé en Iran après avoir exécuté sa peine au Portugal, l’arrêt se borne à rappeler dans son dispositif que Gharman X... bénéficie en France du statut de réfugié; Mais attendu qu’en se déterminant ainsi, sans faire application des dispositions de l’article 695-33 du code de procédure pénale qui permettait aux juges de demander à l’Etat d’émission les informations complémentaires nécessaires sur le sort qui serait réservé à l’intéressé à l’issue de sa peine au regard notamment des dispositions tant de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme que de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 auxquels la France et le Portugal sont parties, la chambre de l’instruction n’a pas donné de base légale à sa décision”. High Court of Justice (Verenigd Koninkrijk) 28 april 2009, *District Court in Ostroleka, Second Criminal Division (A Polish Judicial Authority) v. Dytlow* [2009] EWHC 1009 (Admin) (betreffende een Roma met de Poolse nationaliteit die in het Verenigd Koninkrijk als vluchteling was erkend): “15. (...) the position generally is that Article 33.1 would prevent the extradition of a person to his home territory (or indeed any other territory) where his life or freedom would be threatened on account of his race or other factor there referred to (essentially the Refugee Convention grounds). 16. To sum up the legal position so far, it appears to me that once refugee status has been granted to a person, and so long as it persists, that person cannot be extradited to his country of nationality, of whose protection he, by definition, cannot avail himself”. High Court of Ireland 19 mei 2010, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Pollak* [2010] IEHC 209 (betreffende een Roma met de Tsjechische nationaliteit die in Ierland de vluchtelingenstatus genoot): “In so far as it might be argued that the obligation to surrender a person under a European arrest warrant is in conflict with the non-refoulement principle, I would have no hesitation in concluding that the former must yield”. De Rechtbank Amsterdam heeft geoordeeld dat “het verbod van refoulement in beginsel niet meebrengt dat, nu nog niet onherroepelijk op het [afgewezen] asielverzoek is beslist, de beslissing op de gevraagde overlevering dient te worden aangehouden, dan wel de overlevering dient te worden geweigerd”. De Nederlandse overleveringsrechter houdt rekening met de omstandigheid dat op de aanvraag en verlening van de vluchtelingenstatus de vreemdelingenwetgeving van toepassing is, zodat de overleveringsrechter niet bevoegd is om zelfstandig te beoordelen of de opgeëiste persoon de status van vluchteling toekomt. Voor zover het asielrelaas overeenkomt met verwerpen die in de overleveringsprocedure kunnen worden gevoerd, moet de rechtbank deze zelf aan de wet (art. 11 Olw) en het toepasselijke verdrag (EVRM) toetsen: Rb. Amsterdam 15 juni 2010, *LJN* BM8538.

⁹⁵⁸ De Europese Commissie en het Europees Hof hebben niet uitgesloten dat de verwijdering van een persoon naar een andere staat, terwijl in die staat vervolging of bestraffing vanwege de politieke overtuiging van de betrokken persoon dreigt, strijd met art. 3 EVRM kan opleveren: ECRM 3 mei 1983, nr. 10308/83, *D&R* 36, p. 209 (Altun/Duitsland) (uitlevering); ECRM 14 april 1986, nr. 11933/86, *D&R* 46, p. 265 (A./Zwitserland) (uitzetting); ECRM 17 mei 1985, nr. 10760/84, *D&R* 38, p. 224 (C./Nederland) (uitzetting); ECRM 13 november 1987, nr. 13292/87 (S.N./Nederland) (uitzetting); EHRM 16 oktober 2006, nr. 1101/04 (Burga Ortiz/Duitsland) (uitlevering). Het enkele risico op “political persecution” kan echter nog niet gelijkgesteld worden met de in art. 3 EVRM verboden gedragingen, maar indien die politieke vervolging bijvoorbeeld zou kunnen leiden tot “an arbitrary sentence or inhuman detention conditions” (ECRM 17 mei 1985, nr. 10760/84, *D&R* 38, p. 224 (C./Nederland); ECRM 13 november 1987, nr. 13292/87 (S.N./Nederland)), tot een “unjustified or disproportionate sentence” (ECRM 3 mei

betreffende de status van vluchtelingen, omdat zij, anders dan laatstgenoemde bepaling,⁹⁵⁹ geen uitzondering toelaten.⁹⁶⁰

De aanhef van overweging 12 verwijst verder via art. 6 (oud) VEU indirect naar de grondrechten, zoals deze voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en die als algemene beginselen van Unierecht gelden. Weliswaar kan niet worden gezegd dat in *alle* lidstaten de non-discriminatieclausule een grondwettelijke positie inneemt - Nederland is hiervan een voorbeeld -, maar deze eis wordt niet gesteld.⁹⁶¹ Een aantal lidstaten - zoals Duitsland,⁹⁶² Griekenland,⁹⁶³ Italië⁹⁶⁴ en Portugal⁹⁶⁵ - kent grondwettelijke verboden die geheel of ten dele dezelfde strekking hebben als de non-discriminatieclausule van overweging 12. Een verdere aanwijzing dat de non-discriminatieclausule deel uitmaakt van de gemeenschappelijke constitutionele tradities zou kunnen worden gezien in de omstandigheid dat de lidstaten als partijen bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering vóór de inwerkingtreding van het Kaderbesluit in hun onderlinge verhoudingen gebonden waren aan de non-discriminatiebepaling van art. 3 lid 2 EUV, zoals zij daaraan ook thans nog zijn gebonden in hun verhoudingen met die verdragpartijen die niet tot de Europese Unie behoren. De eerste alinea van overweging 12 zou dan ook kunnen worden gezien als een bevestiging dat de non-discriminatieclausule een grondrecht betreft, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en dat derhalve als algemeen beginsel van Unierecht geldt. Op grond van art. 6 lid 3 VEU zijn de Europese Unie én de lidstaten, voor zover zij Unierecht uitvoeren, aan een dergelijk beginsel gebonden.

Conclusie discriminatoire vervolging of bestraffing als weigeringsgrond

Geconcludeerd kan worden dat bij een grondrechtenconforme uitleg van het Kaderbesluit het de lidstaten vrijstaat om de in de eerste alinea van overweging 12 van de preambule bij het Kaderbesluit neergelegde non-discriminatieclausule om te zetten in een weigeringsgrond in de implementatiewetgeving. Art. 1 lid 3 Kaderbesluit en de eerste

1983, nr. 10308/83, *D&R* 36, p. 209 (Altun/Duitsland)) of tot een “long and severe sentence” (ECRM 14 april 1986, nr. 11933/86, *D&R* 46, p. 265 (A./Zwitserland)), zouden die gevolgen van voldoende gewicht kunnen zijn om onder de reikwijdte van die bepaling te vallen. Tinkl lijkt van mening te zijn dat bescherming “in dem theoretisch möglichen Fall drohender politische Verfolgung” direct uit art. 3 EVRM volgt: Tinkl 2008, p. 201.

⁹⁵⁹ Art. 33 lid 2 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen.

⁹⁶⁰ EHRM (Grote Kamer) 15 november 1996, nr. 22414/93 (Chahal/Verenigd Koninkrijk), § 80; EHRM 17 december 1996, nr. 25964/94 (Ahmed/Oostenrijk), § 41; EHRM 19 juni 2008, nr. 8320/04 (Ryabikin/Rusland), § 118.

⁹⁶¹ Winkler 2006, p. 72.

⁹⁶² Tinkl 2008, p. 201.

⁹⁶³ Mitsilegas 2009b, p. 182.

⁹⁶⁴ Italië heeft de non-discriminatieclausule partieel geïmplementeerd: de politieke overtuiging van de opgeëiste persoon ontbreekt in de opsomming. De Italiaanse Grondwet verbiedt evenwel de uitlevering voor politieke misdrijven. Hoewel het Kaderbesluit het politieke misdrijf niet erkent als grond tot weigering, heeft de Italiaanse wetgever in de implementatiewetgeving uitvoering gegeven aan het grondwettelijke verbod: Impalà 2005, p. 67; Marin 2008, p. 261. Kennelijk werd om die reden opname van de politieke overtuiging in de non-discriminatieclausule niet nodig geacht. Marin maakt ter aangehaalde plaats in noot 35 melding van de Italiaanse literatuur, volgens welke de mogelijkheid van weigering ter zake van politieke misdrijven impliciet besloten ligt in de non-discriminatieclausule.

⁹⁶⁵ Caeiro & Fidalgo 2009, p. 448: het verbod op overlevering “when the issuance of the EAW is determined by ‘political motives’” heeft “constitutional rank”; dit verbod kan bij analogie ook op andere discriminatiegronden worden toegepast.

alinea van overweging 12 van de preambule bieden voldoende aanknopingspunten voor een dergelijke uitleg. Het limitatieve karakter van de in de artikelen 3 tot en met 5 Kaderbesluit opgesomde weigeringsgronden doet daaraan niet af, omdat de non-discriminatieclausule behoort tot het primaire Unierecht waaraan het secundaire Unierecht dient te voldoen. Nodig is een dergelijke implementatie niet, aangezien de lidstaten bij de uitvoering van de implementatiewetgeving ook zonder een dergelijke bepaling gebonden zijn aan de verplichting tot weigering die uit het primaire Unierecht voortvloeit.⁹⁶⁶

V.5.3 Discriminatoire vervolging of bestraffing en de Overleveringswet

Anders dan het wetsvoorstel dat tot de Overleveringswet heeft geleid, bevat de uiteindelijk door de Staten-Generaal aangenomen Overleveringswet niet een weigeringsgrond inzake discriminatoire vervolging of bestraffing. Art. 11 van het wetsvoorstel verbood overlevering “in gevallen, waarin naar het oordeel van de rechtbank een gegrond vermoeden bestaat, dat bij inwilliging van het verzoek de opgeëiste persoon zal worden vervolgd, gestraft of op andere wijze getroffen in verband met zijn godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging, zijn seksuele geaardheid, zijn nationaliteit, zijn ras of de groep van de bevolking waartoe hij behoort”,⁹⁶⁷ een bepaling die volgens de Minister van Justitie uit art. 1 lid 3 Kaderbesluit voortvloeide.⁹⁶⁸ Deze voorgestelde weigeringsgrond heeft tijdens de behandeling van het wetsvoorstel plaatsgemaakt voor een algemene mensenrechtenexceptie, die op aandringen van de Tweede Kamer is opgenomen, zoals in paragraaf 2.3.2 is gebleken. Door deze algemene weigeringsgrond, die naar het EVRM verwijst, is volgens de toelichting de bijzondere weigeringsgrond inzake discriminatoire vervolging of bestraffing overbodig geworden.⁹⁶⁹ Uit deze opmerking kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste de conclusie dat in de opvatting van de wetgever een gegrond vermoeden dat de opgeëiste persoon na overlevering discriminatoir zal worden vervolgd of bestraft steeds tot weigering van de overlevering moet leiden.⁹⁷⁰ En ten tweede de conclusie dat de wetgever kennelijk van mening is dat overlevering in een dergelijk geval in flagrante strijd zou zijn met het EVRM. Op die mening van de wetgever valt echter het nodige af te dingen, daar art. 3 EVRM - noch enige andere bepaling van het EVRM - *zonder meer* een verbod tot overlevering inhoudt ingeval

⁹⁶⁶ Ik ben het dan ook niet eens met de stelling van Stessens dat, bij gebreke van een expliciete weigeringsgrond, het erop lijkt dat “the presumption of mutual confidence has become irrefutable”: Stessens 2002, p. 101. Zie ook de punten 148-149 van de conclusie van de A-G Bot in zaak C-123/08 (Wolzenburg) die, onder verwijzing naar art. 1 lid 3 Kaderbesluit en art 6 (oud) VEU, opmerkt dat de uitvoerende justitiële autoriteit “(...) in een bijzonder geval en bij uitzondering [zou] kunnen weigeren om een Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen, indien, zoals in punt 12 van de considerans van het kaderbesluit is aangegeven, er „objectieve redenen bestaan om aan te nemen dat het Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd met het oog op vervolging of bestraffing van die persoon op grond van zijn geslacht, ras, godsdienst, etnische afstamming, nationaliteit, taal, politieke overtuiging of seksuele geaardheid of dat de positie van die persoon kan worden aangetast om een van deze redenen”.

⁹⁶⁷ Aanvankelijk ontbrak in deze opsomming de seksuele geaardheid. Deze discriminatiegrond is bij Nota van Wijziging toegevoegd, teneinde de voorgestelde weigeringsgrond in overeenstemming te brengen met overweging 12 van de preambule: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 13, p. 2.

⁹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15.

⁹⁶⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 21, p. 3.

⁹⁷⁰ In België hangt de wetgever een vergelijkbare opvatting aan. Zie Sanders 2007, p. 64, noot 248 en de *Circulaire ministérielle relative au Mandat d'arrêt européen du 8 août 2005*, p. 11, aangehaald in Weyembergh & Santamaria 2009, p. 75.

van dreigende discriminatoire vervolging of bestraffing, zoals in paragraaf 5.2 is gebleken. Wat er ook zij van het daaraan door het nationale recht gegeven etiket (flagrante schending van het EVRM of niet), een weigering van de overlevering vanwege een gegrond vermoeden van discriminatoire vervolging of bestraffing zou niet in strijd zijn met het Unierecht, sterker nog: zou worden voorgeschreven door dat recht, zoals ik in paragraaf 5.2 heb betoogd.⁹⁷¹

V.6 Conclusie

In paragraaf 2.1 is gebleken dat uitlevering respectievelijk overlevering onder omstandigheden voor de aangezochte staat respectievelijk voor de uitvoerende lidstaat een schending van het EVRM kan opleveren. Ongeacht of die voorrang al besloten ligt in de rechtspraak van het Europees Hof, is in de Nederlandse rechtspraak uitgemaakt dat, in wat ik kortheidshalve de *Soering*-gevallen noem, de verplichting uit het EVRM voorgaat op de verplichting tot uitlevering uit het uitleveringsverdrag, zoals in paragraaf 2.2 is gebleken.

Het Kaderbesluit bevat geen uitdrukkelijke weigeringsgrond inzake schending van het EVRM. De wel in het Kaderbesluit opgenomen weigeringsgronden zijn volgens het Hof van Justitie limitatief. Nu de preambule van het Kaderbesluit verkondigt dat het Kaderbesluit berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten en nu de lidstaten op een dubbele grondslag gehouden zijn om de mensenrechten van verdachten en veroordeelden te verzekeren (Unierecht en EVRM), zou dan ook kunnen worden betoogd dat mensenrechtenverweren de rechter in de uitvoerende lidstaat niet regarderan. In paragraaf 2.3.1 heb ik echter betoogd dat het vertrouwen, ook in de ogen van de opstellers van het Kaderbesluit, niet onbegrensd is en dat een *primair*rechtelijke, grondrechtenconforme uitleg van het Kaderbesluit meebrengt dat de lidstaten bevoegd zijn om een weigeringsgrond in te voeren voor de *Soering*-gevallen en dat, ook indien een dergelijke implementatie niet heeft plaatsgevonden, de rechter in de uitvoerende lidstaat in dergelijke gevallen verplicht is om de overlevering te weigeren.

Ten gevolge van een dergelijke uitleg openbaart zich een belangrijk *verschil* met het Nederlandse uitleveringsrecht. In het overleveringsrecht is geen sprake van een conflict van plichten. Het grondrechtenconforme uitgelegde Kaderbesluit verleent voorrang aan de verplichting om in *Soering*-gevallen de overlevering achterwege te laten. De Nederlandse wetgever heeft in art. 11 OLW die voorrang verplicht gesteld, maar lijkt daarbij helaas de reikwijdte van de door de overleveringsrechter aan te leggen toets te hebben ingeperkt,

⁹⁷¹ De Nederlandse overleveringsrechter heeft zich nog niet over een beroep op de non-discriminatieclausule hoeven te buigen. Zoals blijkt uit High Court of Justice 19 februari 2009, *Szombathely City Court & Ors v Fenyvesi & Anor* [2009] 4 All ER 324, [2009] EWHC 231 (Admin), was de Engelse District Judge in die zaak “persuaded however that, if the respondents [twee Hongaren van Roma origine] were extradited, they might be prejudiced at their trial or punished, detained or restricted in their personal liberty by reason of their race”. Verder werd een “real risk” op een schending van art. 3 EVRM en een “very real risk of a flagrant denial of the fair trial” geconstateerd. Een beroep op de non-discriminatieclausule zal in de regel niet snel slagen; op de opgeëiste persoon rust de last “to show a causal link between the issue of the warrant, his detention, prosecution, punishment or the prejudice which he asserts he will suffer and the fact of his race or his religion. He does not have to prove on the balance of probabilities that the events described in s.13 (b) will take place, but he must show that there is a ‘reasonable chance’ or ‘reasonable grounds for thinking’ or a ‘serious possibility’ that such events will occur (...)”: High Court of Justice 26 mei 2006, *Hilali v The National Court, Madrid & Anor* [2006] EWHC 1239 (Admin). Vgl. het bij Weyembergh & Santamaria 2009, p. 76, noot 98 aangehaalde arrest van de Kamer van Inbeschuldigingstelling Brussel.

waardoor sommige *Soering*-gevallen buiten de boot zouden kunnen vallen. Bij een grondrechtenconforme uitleg van deze bepaling - een uitleg die de overleveringsrechter met betrekking tot schendingen van art. 3 EVRM inderdaad aan art. 11 OLW lijkt te hebben gegeven - openbaart zich echter een *overeenkomst* met het uitleveringsrecht: in *Soering*-gevallen wordt niet overgeleverd.

Anders dan het Nederlandse uitleveringsrecht bevat het Kaderbesluit noch de Overleveringswet de uitdrukkelijke bevoegdheid dan wel de verplichting om de overlevering afhankelijk te stellen van het beding dat de doodstraf niet zal worden opgelegd dan wel niet ten uitvoer zal worden gelegd. In zoverre is dus sprake van een *verschil* met het uitleveringsrecht. Een dergelijk beding is binnen de Unie in wezen overbodig, omdat alle lidstaten de doodstraf geheel hebben afgeschaft. Los daarvan brengt een grondrechtenconforme uitleg van het Kaderbesluit al mee dat overlevering zou zijn uitgesloten, indien een ernstig risico zou bestaan dat de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat aan de doodstraf zou worden onderworpen. Overigens zou ook zonder een uitdrukkelijke voorziening in het uitleveringsrecht een uitlevering onder vergelijkbare omstandigheden in strijd komen met het EVRM. In zoverre is dus weer sprake van een *overeenkomst* tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht.

Anders dan het Kaderbesluit bevat het Nederlandse uitleveringsrecht niet de uitdrukkelijke bevoegdheid om de uitlevering afhankelijk te stellen van het beding dat, ingeval van oplegging van een levenslange vrijheidsstraf, de veroordeelde mogelijkheden ten dienste zullen staan om de duur van die sanctie te verkorten. Dat levert een *verschil* op. Zowel onder het uitleveringsrecht als onder het overleveringsrecht zou art. 3 EVRM echter aan uit- of overlevering in de weg staan, indien de opgeëiste persoon na uit- of overlevering zou worden onderworpen aan de voortgezette tenuitvoerlegging van een levenslange vrijheidssanctie die geen legitiem strafdoel meer dient én die *de iure* en *de facto* "irreducible" is. Doet zich in het uitleveringsrecht een dergelijk geval voor, dan *moet* de Minister van Justitie ter vermijding van een dergelijke situatie garanties vragen van de verzoekende staat, tenzij hij besluit de uitlevering te weigeren. Mocht zich onder het Nederlandse overleveringsrecht, dat de regeling uit het Kaderbesluit niet heeft overgenomen, een vergelijkbaar geval voordoen, dan zou op de overleveringsrechter een vergelijkbare verplichting rusten. In zoverre bestaat er dus *overeenkomst* tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht.

Ten slotte *verschilt* het overleveringsrecht van het Nederlandse uitleveringsrecht, doordat het niet een non-discriminatiebepaling bevat. Bij een grondrechtenconforme uitleg rust echter op de overleveringsrechter de verplichting om de overlevering te weigeren in geval van dreigende discriminatoire vervolging of bestraffing. In zoverre *komt* het overleveringsrecht weer *overeen* met het Nederlandse uitleveringsrecht, waarin een vergelijkbare verplichting op de Minister van Justitie rust.

Per saldo kan ten aanzien van de bescherming van mensenrechten worden geconcludeerd dat het overleveringsrecht overeenkomt het uitleveringsrecht. Deze overeenkomst is naar mijn mening niet problematisch in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. De belangrijkste conclusie van dit hoofdstuk is namelijk dat, ondanks de dubbelzinnigheid van het Kaderbesluit - wel vermelding van de mensenrechten in de preambule en in art. 1 lid 3, maar niet in de weigeringsgronden -, de verplichting tot weigering van de overlevering, indien de uitvoerende lidstaat door overlevering de mensenrechten van de opgeëiste persoon zou schenden, verankerd is in het - primaire - Unierecht. Het beginsel van wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop dat beginsel rust, zijn aan die verplichting onderworpen, lijden met

andere woorden uitzondering, indien zich een dergelijk verplicht geval van weigering voordoet. Gezien de inbedding van het EAB in het recht van de Unie, de beginselen waaraan de Unie en de lidstaten op grond van dat recht gebonden zijn, de idealen die zij nastreven en het vertrouwen tussen de lidstaten dat van een en ander de uitdrukking vormt, zullen zulke weigeringen hoogstwaarschijnlijk uitzonderlijk zijn, maar dat doet aan de verplichting niet af. Noch de verplichting tot weigering noch de - correcte - explicitering daarvan in een uitdrukkelijke weigeringsgrond ondermijnt naar mijn mening die hoge mate van vertrouwen. Het vertrouwen in de deugdelijkheid van het rechtsstelsel van de uitvaardigende lidstaat en in de correcte en mensenrechtenconforme toepassing daarvan in het concrete geval is namelijk niet onbegrensd. Het is weliswaar een belangrijk, maar een weerlegbaar vermoeden, dat moet wijken voor de toepassing van beginselen van hogere orde. De - correcte - weigering van de overlevering op grond van mensenrechtelijke overwegingen doet *in algemene zin* evenmin afbreuk dat vertrouwen. Een dergelijke weigering betekent immers op zichzelf niet meer dan dat het vermoeden *in dit concrete geval* onterecht bleek te zijn.

HOOFDSTUK VI Verstekvonnissen

VI.1 Inleiding

VI.2 EVRM en verstekvonnissen

VI.2.1 Inleiding

VI.2.2 De nationale dimensie

VI.2.2.1 Inleiding

VI.2.2.2 Ondubbelzinnige afstand

VI.2.2.3 Onttrekking aan de berechting

VI.2.2.4 Gelegenheid van een “fresh determination”

VI.2.3 De transnationale dimensie

VI.2.3.1 Algemeen

VI.2.3.2 Onderscheid derde staten en EVRM-partijen

VI.2.4 Conclusie

VI.3 Uitlevering en verstekvonnissen

VI.3.1 Het Nederlandse voorbehoud en art. 5 lid 3 UW

VI.3.1.1 Inleiding

VI.3.1.2 Toepassing

VI.3.2 Art. 3 Tweede Aanvullend Protocol

VI.3.2.1 Inleiding

VI.3.2.2 Toepassing

VI.3.2.2.1 Verstekvonnis en verdedigingsrechten

VI.3.2.2.2 Verzekering nieuw proces

VI.3.3 Conclusie

VI.4 Overlevering en verstekvonnissen

VI.4.1 Inleiding

VI.4.2 Art. 5 onder 1 Kaderbesluit en art. 12 (oud) OLW

VI.4.2.1 Art. 5 onder 1 Kaderbesluit

VI.4.2.1.1 Inleiding

VI.4.2.1.2 Implementatie verplicht?

VI.4.2.1.3 Inhoud garantie

VI.4.2.1.4 Bindendheid garantie

VI.4.2.2 Art. 12 (oud) OLW

VI.4.2.2.1 Inleiding

VI.4.2.2.2 Inhoud garantie

VI.4.2.2.3 Gevolgen dwingende formulering

VI.4.3 Art. 4 bis Kaderbesluit en art. 12 (nieuw) OLW

VI.4.3.1 Art. 4 bis Kaderbesluit

VI.4.3.1.1 Algemeen

VI.4.3.1.2 De uitzonderingen

VI.4.3.2 Art. 12 (nieuw) OLW

VI.4.4 Conclusie

VI.5 Conclusie

VI.1 Inleiding

Berechting bij verstek, dat wil zeggen berechting buiten de persoonlijke aanwezigheid van de verdachte,⁹⁷² raakt aan het in art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces en aan het in art. 6 lid 3 onder c EVRM gegarandeerde recht om zichzelf in persoon te verdedigen. Onder omstandigheden kan een veroordeling na een dergelijke berechting een schending van art. 6 EVRM opleveren. Het Nederlandse uitleveringsrecht bevat regelingen, op grond waarvan de uitlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een verstekvonnis in sommige gevallen moet worden geweigerd. Deze regelingen zijn overduidelijk gebaseerd op art. 6 EVRM en verwijzen - ten dele - ook rechtstreeks naar deze bepaling. Het Kaderbesluit EAB en de Overleveringswet bevatten regelingen inzake weigering van de overlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een beslissing, die is genomen naar aanleiding van een terechtzitting waarop de verdachte niet persoonlijk aanwezig was. Deze regelingen zijn eveneens op art. 6 EVRM gebaseerd.

In Hoofdstuk IV is gebleken dat de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning wordt begrensd door de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van grondrechten, in het bijzonder van de fundamentele rechten en vrijheden van het EVRM. In aansluiting daarop is in het vorige hoofdstuk gebleken, dat die Unierechtelijke verplichting weigering van de overlevering meebrengt, indien de opgeëiste persoon “has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial” in de uitvaardigende lidstaat.⁹⁷³ Overlevering levert in een dergelijk geval voor de uitvoerende lidstaat een schending van art. 6 EVRM op. Tegen de achtergrond van deze verplichting zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre het overleveringsrecht op het punt van verstekvonnissen afwijkt van het uitleveringsrecht. Van eventuele overeenkomsten of verschillen die bij dit onderzoek naar boven komen, zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, meer in het bijzonder van de begrenzing van dat beginsel door fundamentele rechten.

Daartoe zal ik in paragraaf 2 de hoofdlijnen van de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek weergeven en zal ik, tegen de achtergrond van Hoofdstuk V.2.1, bespreken welke gevolgen de berechting bij verstek heeft voor de aansprakelijkheid onder het EVRM van de aangezochte staat en van de uitvoerende lidstaat. In paragraaf 3 zullen vervolgens de uitleveringsrechtelijke regelingen inzake verstekvonnissen aan de orde komen. De overleveringsrechtelijke regelingen zal ik daarna in paragraaf 4 bespreken. In paragraaf 5 zal ik de conclusies trekken en de hierboven opgeworpen vragen beantwoorden.

⁹⁷² Zie paragraaf 2.2.1.

⁹⁷³ Het Europees Hof heeft dit criterium geïntroduceerd in EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 113 en bevestigd in EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, *NJ* 2005, 321, m.nt. EAA (Mamatkulov en Askarov/Turkije), § 88. Beide arresten betreffen uitlevering. Het Hof acht het criterium ook van toepassing op overlevering, zoals blijkt uit EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland) en EHRM 1 februari 2011, nr. 360/10 (Mann/Portugal en het Verenigd Koninkrijk).

VI.2 EVRM en verstekvonnissen

VI.2.1 Inleiding

De rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek heeft een nationale en een transnationale dimensie. De *nationale* dimensie betreft de verantwoordelijkheid onder art. 6 EVRM van de staat waarvan de rechterlijke instanties de betrokken persoon bij verstek hebben veroordeeld. De *transnationale* dimensie raakt de verantwoordelijkheid onder art. 6 EVRM van de staat die de staat van veroordeling helpt bij de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, bijvoorbeeld door de uit- of overlevering van de veroordeelde persoon. De nationale dimensie zal worden besproken in paragraaf 2.2, de transnationale in paragraaf 2.3.

VI.2.2 De nationale dimensie

VI.2.2.1 Inleiding

Art. 6 EVRM verleent aan een persoon die “charged” is “with a criminal offence” niet een uitdrukkelijk recht op aanwezigheid bij de behandeling ter terechtzitting.⁹⁷⁴ In het arrest *Colozza* heeft het Europees Hof echter een dergelijk recht wel uit art. 6 EVRM afgeleid.⁹⁷⁵ Allereerst brengen volgens het Hof onderwerp en doel van deze bepaling mee dat de beschuldigde dat recht inderdaad heeft. De specifieke aan hem in art. 6 lid 3 EVRM toegekende deelrechten - het recht “to defend himself in person”, het recht “to examine or have examined witnesses” en het recht op bijstand door een tolk “if he cannot understand or speak the language used in court” - bevestigen bovendien het recht op aanwezigheid, omdat moeilijk valt in te zien hoe de beschuldigde die deelrechten zou kunnen uitoefenen zonder aanwezig te zijn.⁹⁷⁶

Dat de beschuldigde recht heeft op aanwezigheid bij en deelname aan de terechtzitting, betekent nog niet dat een berechting buiten zijn persoonlijke aanwezigheid - dat wil zeggen een berechting bij verstek -⁹⁷⁷ zonder meer in strijd is met art. 6 EVRM. Het Europees Hof acht berechting bij verstek in het algemeen aanvaardbaar, omdat het ontbreken van de mogelijkheid van een verstekbehandeling het strafproces zou kunnen lamleggen, “in that it may lead, for example, to dispersal of the evidence, expiry of the time-limit for prosecution

⁹⁷⁴ Anders art. 14 lid 3 onder d IVBPR, dat luidt: “In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (d) To be tried in his presence (...)”.

⁹⁷⁵ EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge. Plaisier 1999, p. 57-66 beschrijft de jurisprudentiële weg naar de erkenning van dat recht.

⁹⁷⁶ EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge (*Colozza/Italië*), § 27. Sindsdien vaste rechtspraak. Het tweede deelrecht - het recht “to examine or have examined witnesses” - zou de beschuldigde ook via een raadsman kunnen uitoefenen.

⁹⁷⁷ In de rechtspraak van het Europees Hof heeft het begrip “verstek” een *autonome* betekenis. Het Hof spreekt van “convicted *in absentia*”/ “condamnée *in absentia*”, wanneer die veroordeling is gevolgd na “proceedings that take place in the accused’s absence”/ “une procédure se déroulant en l’absence du prévenu”: zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*), § 26 (in de nummering van het Hof § 82). Een veroordeling na een berechting waarbij de verdachte zelf niet, maar zijn gemachtigde raadsman wel aanwezig was, levert naar Nederlands recht een vonnis op tegenspraak (art. 279 Sv) op, maar naar de maatstaven van het Hof dus een verstekvonnis.

or a miscarriage of justice”.⁹⁷⁸ Uit de rechtspraak van het Europees Hof blijkt dat berechting bij verstek in elk geval in grofweg drie gevallen niet onverenigbaar is met art. 6 EVRM: (1) de betrokken persoon heeft op ondubbelzinnige wijze afstand gedaan van zijn recht om aanwezig te zijn en zichzelf te verdedigen, (2) de betrokken persoon heeft de bedoeling gehad om zich aan zijn berechting onttrekken en (3) de bij verstek veroordeelde persoon heeft de gelegenheid om een nieuwe berechting in zijn aanwezigheid te verkrijgen.

VI.2.2.2 Ondubbelzinnige afstand

Van het recht op aanwezigheid bij en deelname aan de berechting kan de verdachte uit vrije wil afstand doen. Die afstand kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden gedaan, maar moet in elk geval ondubbelzinnig (“unequivocal”) zijn.⁹⁷⁹ Tussen de uitoefening van het recht op aanwezigheid bij en deelname aan de berechting en de wijze waarop de verdachte in kennis wordt gesteld van de beschuldiging en van de terechtzitting waarop deze zal worden behandeld, bestaat een nauw verband. Zonder deze kennis kan de verdachte dat recht immers niet uitoefenen.⁹⁸⁰ Daaruit volgt dat eenzelfde verband bestaat tussen de ondubbelzinnige afstand van het recht en de informatieverzorging aan de verdachte. Men kan geen afstand doen van een recht waarvan men niet op de hoogte is.⁹⁸¹ Het is dan ook vaste rechtspraak van het Europees Hof dat “to inform someone of a prosecution brought against him is a legal act of such importance that it must be carried out in accordance with procedural and substantive requirements capable of guaranteeing the effective exercise of the accused's rights”. De omstandigheid dat de verdachte, die niet daadwerkelijk officieel in kennis is gesteld van de tegen hem aanhangige strafvervolging, daarvan desondanks indirect kennis draagt, is onvoldoende: “Vague and informal knowledge cannot suffice”.⁹⁸² In het arrest *F.C.B.* liet het Europees Hof in het midden of indirecte kennis van de zittingsdatum wel voldoende was om aan te nemen dat de verdachte in de gelegenheid was geweest om deel te nemen aan de berechting, omdat in elk geval niet was gebleken dat de verdachte “expressly, or at least in an unequivocal manner, intended to waive his right to appear at the trial and to defend himself”.⁹⁸³ Is de verdachte daarentegen in persoon op de hoogte gebracht van de beschuldiging en van de zittingsdatum, dan mag bij zijn afwezigheid op de terechtzitting in beginsel worden aangenomen dat hij ondubbelzinnig, zij het stilzwijgend, afstand heeft gedaan van zijn recht.⁹⁸⁴

Toch is het niet zo dat ondubbelzinnige afstand alleen mogelijk is, indien de verdachte officieel en daadwerkelijk op de hoogte is gebracht van de beschuldiging en van de datum

⁹⁷⁸ EHRM 12 februari 1985, NJ 1986, 685, m.nt. Knigge (Colozza/Italië), § 29. Trechsel wijst erop dat in sommige landen - hij noemt Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland; Nederland kan hieraan worden toegevoegd - de termijn voor verjaring van het recht tot vervolging korter is dan de termijn voor verjaring van het recht tot tenuitvoerlegging: Trechsel 2005, p. 253.

⁹⁷⁹ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 30 (in de nummering van het Hof: § 86).

⁹⁸⁰ Laméris-Tebbenhof Rijnenberg 1998, p. 11; Plaisier 1999, p. 79.

⁹⁸¹ Plaisier 1999, p. 84 en p. 87.

⁹⁸² EHRM 12 oktober 1992, nr. 14104/88 (T./Italië), § 28.

⁹⁸³ EHRM 28 augustus 1991, NJ 1994, 27, m.nt. EAA (F.C.B./Italië), § 33.

⁹⁸⁴ Laméris-Tebbenhof Rijnenberg 1998, p. 17; Murschetz 2007a, p. 201. Laméris-Tebbenhof Rijnenberg maakt een uitzondering voor bijzondere situaties “waarin de verdachte bijvoorbeeld plotseling ziek is geworden of op weg naar de terechtzitting in een file is terechtgekomen”. Zie voor een geval van uitdrukkelijke ondubbelzinnige afstand na kennisgeving in persoon: EHRM 23 november 1993, NJ 1994, 393, m.nt. Kn (Poitrimol/Frankrijk), § 32.

en plaats van de terechtzitting.⁹⁸⁵ In het arrest *Sejdivic* heeft het Europees Hof namelijk niet uitgesloten dat “certain established facts might provide an unequivocal indication that the accused is aware of the existence of the criminal proceedings against him and of the nature and the cause of the accusation and does not intend to take part in the trial or wishes to escape prosecution”.⁹⁸⁶ In dergelijke gevallen kan bijvoorbeeld - uitdrukkelijke respectievelijk stilzwijgende - afstand worden aangenomen “where the accused states publicly or in writing that he does not intend to respond to summonses of which he has become aware through sources other than the authorities, or succeeds in evading an attempted arrest (...), or when materials are brought to the attention of the authorities which unequivocally show that he is aware of the proceedings pending against him and of the charges he faces”.⁹⁸⁷ Zo mag stilzwijgende ondubbelzinnige afstand worden aangenomen, indien de verdachte in brieven aan de vervolgende instantie advocaten aanwijst om hem te vertegenwoordigen in de aanhangige procedure en hen machtigt een rechtsmiddel aan te wenden tegen een uitspraak - waaruit blijkt dat de verdachte op de hoogte is van de beschuldigingen en van het verloop van de tegen hem aanhangige procedure -, terwijl hij ervoor kiest niet deel te nemen aan de procedure.⁹⁸⁸ Indien

⁹⁸⁵ Anders Murschetz 2007a, p. 203. Volgens haar moet de betrokkene “vielmehr über Ort und Zeit der HV [Hauptverhandlung] aufgrund einer amtlichen Mitteilung Bescheid wissen (...)”. Kennis die de verdachte uit andere bron heeft verkregen, wijst zij “strikt” af: van ondubbelzinnige afstand kan alleen sprake zijn, indien de betrokkene “offiziell informiert wurde, also eine förmliche gerichtliche Ladung vorliegt”. Opmerkelijk is dat Murschetz in haar betoog niet verwijst naar het arrest van de Grote Kamer van het Europees Hof in de zaak *Sejdivic*.

⁹⁸⁶ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdivic/Italië*), § 43 (in de nummering van het Hof: § 99). Dat oordeel lijkt een reactie op het verweer van Italië en de opmerkingen van Slowakije dat het vasthouden aan officiële kennisgeving in gevallen waarin de verdachte uit anderen hoofde kennis draagt van de beschuldiging en van de zittingsdatum, de verdachte die wel in persoon op de hoogte was gebracht in een ongunstiger positie zou brengen dan de verdachte die erin slaagde zich onvindbaar te maken. Deze laatste zou dan immers, ondanks zijn kennis van de beschuldiging en van de zittingsdatum, steeds een recht hebben op een nieuw proces (zie paragraaf 2.2.4).

⁹⁸⁷ In punt 3 van zijn noot bij *Sejdivic* heeft T.M. Schalken erop gewezen dat het Europees Hof al eerder de mogelijkheid van afstand had aangenomen in gevallen waarin geen “notification in person” had plaatsgevonden, te weten in EHRM 27 mei 2004, nr. 46549/99 (*Yavuz/Oostenrijk*). In deze zaak was uitsluitend de advocaat van de verdachte op de hoogte gesteld van de zittingsdatum. Naar Oostenrijks recht was de advocaat verplicht zijn cliënt over de zittingsdatum in te lichten. Een dergelijke gang van zaken achtte het Europees Hof op zichzelf niet in strijd met art. 6 EVRM, maar het voegde daaraan toe: “However, in circumstances where an accused has not been notified in person of a hearing, particular diligence is required in assessing whether the accused has waived his right to be present”. Van ondubbelzinnige afstand was in dit geval geen sprake, omdat, toen de advocaat noch de verdachte op de terechtzitting verscheen, het gerecht niet had nagegaan of de verdachte op de hoogte was van de zittingsdatum, één van de gehoorde getuigen verklaarde dat de verdachte zich in het buitenland bevond en de advocaat na kennisneming van het proces-verbaal van de zitting het gerecht alsnog had verzocht om de verdachte te horen.

⁹⁸⁸ EHRM 12 december 2006, nr. 28796/05 (*Battisti/Frankrijk*). In vergelijkbare zin EHRM 19 juni 2012, nr. 16114/10 (*Sulejmani/Albanië*): de betrokkene had een “power of attorney” ondertekend, waarin hij “the start of the proceedings against him” erkende en twee raadslieden machtigde om hem in die “proceedings” te vertegenwoordigen. Door zijn keuze om vervolgens het land te verlaten, had de betrokkene welbewust en ondubbelzinnig afstand gedaan. Stilzwijgende ondubbelzinnige afstand nam het Europees Hof ook aan in de volgende gevallen. EHRM 2 september 2004, nr. 32823/02 (*Kimmel/Italië*); EHRM 14 september 2006, nr. 12648/06 (*Booker/Italië*); EHRM 23 november 2006, nr. 33104/06 (*Zaratin/Italië*); EHRM 22 mei 2007, nr. 35666/05 (*Böheim/Italië*); EHRM 25 november 2008, nr. 31338/04 (*Boyarchenko/Oekraïne*).

stilzwijgende ondubbelzinnige afstand wordt afgeleid uit het gedrag van de verdachte, moet wel vaststaan dat hij redelijkerwijs de gevolgen van zijn gedrag kon voorzien.⁹⁸⁹ Daarbij is van belang of de verdachte al dan niet werd bijgestaan door een raadsman.⁹⁹⁰ Dat de verdachte kon veronderstellen dat een strafvervolging tegen hem aanhangig zou worden gemaakt, is onvoldoende om te kunnen concluderen dat hij ondubbelzinnig afstand heeft gedaan dan wel dat hij zich aan de berechting heeft onttrokken, indien de verdachte niet beschikte over nauwkeurige kennis inzake de beschuldiging.⁹⁹¹

Gezien het belang van de officiële kennisgeving, rust op de staat een inspanningsverplichting om de verdachte op de hoogte brengen. Op de verdachte rust onder omstandigheden evenwel een eigen verantwoordelijkheid voor zijn bereikbaarheid. Van de verdachte die op de hoogte is van de strafvervolging en de beschuldiging en die dus redelijkerwijs kan verwachten dat hij zal worden gedagvaard, mag namelijk wel worden verwacht dat hij de nodige stappen onderneemt, teneinde de voor hem bestemde post te ontvangen.⁹⁹² Betoont hij op dit punt niet de vereiste zorgvuldigheid, dan kan het de staat van veroordeling niet worden aangerekend dat de dagvaarding hem niet heeft bereikt. Deze redenering is ook van belang, indien de verdachte zelf hoger beroep instelt en vervolgens onvoldoende zorgvuldig is, waardoor de dagvaarding in hoger beroep hem niet bereikt.⁹⁹³

VI.2.2.3 *Onttrekking aan de berechting*

Indien de beschuldigde zich aan zijn berechting heeft onttrokken - het Europees Hof spreekt van “intended to escape trial”, “sought to evade trial” of “avait cherché à se soustraire à la justice” -, is geen sprake van schending van zijn recht op aanwezigheid bij en deelname aan de behandeling op de terechtzitting.⁹⁹⁴ Hij heeft dat recht dan door zijn gedrag verspeeld.⁹⁹⁵ Voordat een dergelijk geval mag worden aangenomen, dient wel vast te staan dat de beschuldigde “had sufficient knowledge of his prosecution and of the charges against him”.⁹⁹⁶ Van onttrekking aan de berechting is bijvoorbeeld sprake, indien de

⁹⁸⁹ EHRM 9 september 2003, nr. 30900/02 (Jones/Verenigd Koninkrijk). Vast stond dat Jones “was aware of the date set for the start of his trial, and deliberately chose not to attend”. Omdat ten tijde van de berechting nog niet duidelijk was of het naar Engels recht was toegestaan “to try an accused in his absence throughout”, kon van Jones “as a layman” niet worden verwacht dat hij de gevolgen van zijn handelen kon overzien. Van een ondubbelzinnige en bewuste afstand kon dan ook geen sprake zijn. Zie ook EHRM (Grote Kamer) 22 mei 2012, nr. 5826/03 (Idalov/Rusland), § 178.

⁹⁹⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 november 2008, nr. 31338/04 (Boyarchenko/Oekraïne): “Being represented by a lawyer of his choice, he could anticipate the consequences of his absence from the further court hearings”.

⁹⁹¹ EHRM 23 mei 2006, nr. 24379/02 (Kounov/Bulgarije), § 49. Zie ook Murschetz 2007a, p. 203: “Der bloße Umstand, das der Betroffene ein Strafverfahren möglicherweise erwartete oder erwarten musste, und er sich diesem schon im Voraus durch Flucht entzieht, kann für sich alleine nicht zu seinem Nachteil ins Gewicht fallen”.

⁹⁹² Vgl. EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (Hennings/Duitsland), § 26.

⁹⁹³ Laméris-Tebbenhof Rijnenberg 1998, p. 19-21, met betrekking tot lichte misdrijven; Plaisier 1999, p. 141 en p. 148-149.

⁹⁹⁴ EHRM 14 juni 2001, nr. 20491/92 (Medenica/Zwitserland), § 55. Het verschil met ondubbelzinnige afstand is dat “there is no express or implied acceptance that the trial may proceed in the accused’s absence”: Harris, O’Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 248.

⁹⁹⁵ Zo ook Murschetz 2007a, p. 203.

⁹⁹⁶ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 45 (in de nummering van het Hof § 101). Zie ook EHRM 28 september 2006, nr. 5941/04 (Hu/Italië), § 56; EHRM 14 december 2006, nr. 24691/04 (Ay Ali/Italië), § 45; EHRM 21 december 2006, nr. 14405/05

beschuldigde met die wetenschap en door zijn “culpable conduct”⁹⁹⁷ de situatie in het leven heeft geroepen dat hij niet aan de terechtzitting kan deelnemen⁹⁹⁸ of daarvan niet op de hoogte kan worden gebracht.⁹⁹⁹ Een ander, in het arrest *Sejdovic* gegeven voorbeeld betreft het geval dat de verdachte “succeeds in evading an attempted arrest”.¹⁰⁰⁰

VI.2.2.4 Gelegenheid van een “fresh determination”

Staat niet vast dat de verdachte ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn recht op aanwezigheid bij en deelname aan de behandeling ter terechtzitting noch dat hij zich aan de berechting heeft onttrokken, dan levert een veroordeling bij verstek een “denial of justice” op, voor zover hij “is unable subsequently to obtain from a court which has heard him a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact”.¹⁰⁰¹ Vereist is dus een procedure waarin een gerecht de veroordeelde hoort - dat wil zeggen een procedure waarin de veroordeelde aanwezig mag zijn en zijn verdediging mag voeren - en waarin dat gerecht de gegrondheid van de beschuldiging onderwerpt aan een nieuwe feitelijke en juridische beoordeling. Een procedure waarin alleen rechtsvragen aan de orde kunnen worden gesteld, zoals de Nederlandse cassatieprocedure, levert niet een dergelijke “fresh determination” op.¹⁰⁰²

Is geen sprake van ondubbelzinnige afstand of van onttrekking aan de berechting en staat tegen het verstekvonnis een rechtsmiddel open, dan moet dat rechtsmiddel met voldoende mate van zekerheid de gelegenheid bieden van een “fresh determination”.¹⁰⁰³ In dit verband is van belang dat de rechter in de staat van veroordeling mag onderzoeken “whether the accused showed good cause for his absence or whether there was anything in

(*Zunic/Italië*), § 61; EHRM 6 februari 2007, nr. 25701/03 (*Kollcaku/Italië*), § 53; EHRM 12 juni 2007, nr. 19321/03 (*Pititto/Italië*), § 70; EHRM 31 januari 2012, nr. 39206/07 (*Stoyanov/Bulgarije*), § 34.

⁹⁹⁷ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*), § 42 (in de nummering van het Hof § 98).

⁹⁹⁸ EHRM 14 juni 2001, nr. 20491/92 (*Medenica/Zwitserland*). De betrokkene had door misleiding een rechterlijk verbod op het verlaten van de Verenigde Staten uitgelokt, waardoor hij niet op de terechtzitting in Zwitserland kon verschijnen.

⁹⁹⁹ EHRM 28 februari 2008, nr. 68020/01 (*Dembukov/Bulgarije*). Aan de betrokkene was het verbod opgelegd om zijn woonplaats te verlaten zonder toestemming van de aanklager, maar hij vertrok toch en gaf zijn nieuwe adres niet door aan de aanklager.

¹⁰⁰⁰ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*), § 43 (in de nummering van het Hof § 99), onder verwijzing naar EHRM 4 december 2001, nr. 50489/99 (*Iavarazzo/Italië*).

¹⁰⁰¹ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*), § 26 (in de nummering van het Hof § 82). In het arrest *Poitrinol* liet het Europees Hof de vraag onbeantwoord of de eis van een “fresh determination” ook geldt, indien de verdachte ondubbelzinnig afstand heeft gedaan: EHRM 23 november 1993, *NJ* 1994, 393, m.nt. Kn (*Poitrinol/Frankrijk*), § 31. Zo ook EHRM 9 september 2003, nr. 30900/02 (*Jones/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 2 september 2004, nr. 32823/02 (*Kimmel/Italië*); EHRM 22 december 2009, nr. 5962/03 (*Makarenko/Rusland*). In de beslissingen EHRM 14 september 2006, nr. 12648/06 (*Booker/Italië*), EHRM 23 november 2006, nr. 33104/06 (*Zaratin/Italië*) en EHRM 22 mei 2007, nr. 35666/05 (*Böheim/Italië*) daarentegen constateerde het Hof dat de klagers ondubbelzinnig, zij het stilzwijgend, afstand hadden gedaan en verbond het daaraan telkens de conclusie dat de klager “n’avait donc pas droit à obtenir ultérieurement qu’une juridiction statue à nouveau, après l’avoir entendu, sur le bien-fondé de l’accusation en fait comme en droit”.

¹⁰⁰² Laméris-Tebbenhof Rijnenberg 1998, p. 23.

¹⁰⁰³ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*), § 48 (in de nummering van het Hof § 104).

the case file to warrant finding that he had been absent for reasons beyond his control". Hij mag daarbij echter niet aan de bij verstek veroordeelde persoon de verplichting opleggen aan te tonen dat hij zich niet aan de berechting trachtte te onttrekken dan wel dat zijn afwezigheid aan overmacht te wijten was.¹⁰⁰⁴ Een dergelijk onderzoek kan van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of het door de veroordeelde tegen het verstekvonnis ingestelde rechtsmiddel tot een "fresh determination" dient te leiden. Komt de rechter namelijk bij dat onderzoek - op goede gronden - tot de conclusie dat de bij verstek veroordeelde persoon ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht of dat hij zich aan de berechting heeft onttrokken, dan zijn de berechting bij verstek en de weigering van een "fresh determination" niet in strijd met art. 6 EVRM. Verder is de duur van de termijn voor het indienen van het rechtsmiddel van belang. Deze mag niet te kort zijn, zeker niet indien de veroordeelde in het buitenland gedetineerd is.¹⁰⁰⁵

Indien tegen een verstekveroordeling voor de veroordeelde een rechtsmiddel openstaat dat met voldoende mate van zekerheid tot een "fresh determination" leidt, mag van hem - in beginsel - worden verwacht dat hij de formaliteiten voor het aanwenden daarvan (termijnen, vorm, wijze van indienen e.d.) in acht neemt, omdat dergelijke formaliteiten het belang van de rechtszekerheid dienen. In beginsel, omdat volgens het Europees Hof de regels inzake die formaliteiten of de toepassing daarvan in het concrete geval niet zo mogen uitpakken dat zij de justitiabele verhinderen gebruik te maken van een beschikbaar rechtsmiddel.¹⁰⁰⁶ De sanctie van niet-ontvankelijkheid van het verzet wegens het overschrijden van de termijn of het niet in acht nemen van vormen levert een schending van het in art. 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot een rechter op, wanneer het bij verstek gewezen arrest weliswaar in persoon aan de veroordeelde is betekend, maar wanneer aan hem daarbij niet de termijn van en de vormen voor de aanwending daarvan zijn meegedeeld.¹⁰⁰⁷

Sommige verdragspartijen kennen de voorziening van heropening van een verstreken rechtsmiddelstermijn op verzoek van de veroordeelde.¹⁰⁰⁸ Heeft de rechter zo een verzoek ingewilligd, is de veroordeelde persoon vervolgens aanwezig geweest bij de behandeling van het hoger beroep en heeft hij daar de *mogelijkheid* gehad - maar onbenut gelaten - om de toelating van nieuw bewijsmateriaal te verzoeken, dan heeft de *mogelijkheid* van een "fresh factual and legal determination of the criminal charge" bestaan. Volgens het Hof is in een dergelijk geval de procedure als geheel eerlijk, niettegenstaande de berechting bij verstek in eerste aanleg.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁴ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 32 (in de nummering van het Hof § 88), onder verwijzing naar EHRM 12 februari 1985, NJ 1986, 685, m.nt. Knigge (Colozza/Italië), § 30 en EHRM 14 juni 2001, nr. 20491/92 (Medenica/Zwitserland), § 57.

¹⁰⁰⁵ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 47 (in de nummering van het Hof § 103).

¹⁰⁰⁶ EHRM 28 oktober 1998, nr. 28090/95 (Pérez de Rada Cavanilles/Spanje), § 44-45.

¹⁰⁰⁷ EHRM 24 mei 2007, nr. 50049/99 (Da Luz Domingues Fereirra/België); EHRM 29 juni 2010, nr. 665/08 (Hakimi/België); EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08 (Faniel/België).

¹⁰⁰⁸ "reopening of the time allowed for appealing against a conviction", "la réouverture du délai d'appel contre la condamnation".

¹⁰⁰⁹ EHRM 9 september 2003, nr. 30900/02 (Jones/Verenigd Koninkrijk); EHRM 22 juni 2010, nr. 38511/03 (Boroancă/Roemenië), § 69-70; EHRM 22 december 2009, nr. 5962/03 (Makarenko/Rusland), § 138-140. In EHRM 8 februari 2011, nr. 5450/02 (Antonescu/Roemenië) legde het Hof de nadruk op de omstandigheid dat het beroep van rechtswege "a review of entire case on questions of fact and law" meebracht. Mag in de procedure in hoger beroep geen "re-examination" van het bewijs of "cross-

Indien de veroordeelde die op de hoogte is geraakt van de verstekveroordeling en van de mogelijkheden om een “fresh determination” te verkrijgen van die mogelijkheden geen gebruik maakt, mag worden aangenomen dat hij daarvan afstand heeft gedaan.¹⁰¹⁰

VI.2.3 De transnationale dimensie

VI.2.3.1 Algemeen

De in de vorige subparagraaf besproken rechtspraak betreft de verantwoordelijkheid onder het EVRM van de staat waarvan de rechterlijke instanties de betrokken persoon bij verstek hebben veroordeeld. Zoals gezegd in paragraaf 2.1, heeft berechting bij verstek ook een dimensie - de transnationale dimensie -, die de verantwoordelijkheid van de staat raakt die de veroordelende staat helpt bij de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, bijvoorbeeld door de uit- of overlevering van de veroordeelde persoon.

In Hoofdstuk V.2.1 is gebleken dat een staat art. 6 EVRM schendt, indien hij de opgeëiste persoon door uit- of overlevering blootstelt aan een “flagrant denial of justice”. Een “denial of justice” doet zich, zo blijkt uit de beslissing in de zaak *Einhorn*, “undoubtedly” voor “where a person convicted *in absentia* is unable subsequently to obtain from a court which has heard him a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact, where it has not been unequivocally established that he has waived his right to appear and to defend himself”. Het Hof verwijst in dit verband naar het arrest *Poitrimol*,¹⁰¹¹ een arrest met betrekking tot de nationale dimensie van berechting bij verstek, welk arrest op zijn beurt naar het arrest *Colozza* verwijst.¹⁰¹² De uitlevering ter tenuitvoerlegging van een bij verstek opgelegde vrijheidsbenemende sanctie, terwijl de opgeëiste persoon niet uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van zijn recht op aanwezigheid bij en deelname aan de behandeling ter terechtzitting, maar in de verzoekende staat niet het recht heeft op een “retrial”, “would therefore be likely to raise an issue under Article 6 of the Convention”.¹⁰¹³ De beslissing in de zaak *Einhorn* legt dus een verband tussen de nationale en de transnationale dimensies van berechting bij verstek. Wat in de nationale dimensie een “denial of justice” oplevert, kán in de transnationale dimensie een “flagrant denial of justice” opleveren.

Let wel: in *Einhorn* zegt het Hof (nog) niet dat een “denial of justice” hetzelfde is als een “flagrant denial of justice”. Eerst in het arrest *Stoichkov*, een arrest dat de nationale dimensie van berechting van verstek betreft via de “omweg” van art. 5 lid 1 onder a

examination” van de belastende getuigen plaatsvinden, dan heelt die procedure niet de gebreken van het proces in eerste aanleg: EHRM (Grote Kamer) 22 mei 2012, nr. 5826/03 (Idalov/Rusland), § 180.

¹⁰¹⁰ Trechsel 2005, p. 255. In de procedure voor het Europees Hof zal een dergelijke afstand betekenen dat de klager de nationale rechtsmiddelen niet heeft uitgeput, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van de klacht leidt (art. 35 lid 1 EVRM). Vgl. EHRM 21 oktober 2008, nr. 11033/08 (Thiebaux/Frankrijk): de advocaat van de veroordeelde was op de hoogte van de datum van de uitspraak en had binnen een week na de uitspraak van het bij verstek gewezen vonnis een afschrift daarvan verzocht; het Europees Hof concludeerde dat “le requérant a pu être informé directement ou par l’intermédiaire de ses avocats des procédures menées à son encontre en France” en dat niets eraan in de weg stond dat de klager tegen dat vonnis verzet zou doen, maar dat, nu hij dit had nagelaten, de nationale rechtsmiddelen niet waren uitgeput.

¹⁰¹¹ EHRM 23 november 1993, NJ 1994, 393, m.nt. Kn (Poitrimol/Frankrijk), § 31.

¹⁰¹² EHRM 12 februari 1985, NJ 1986, 685, m.nt. Knigge (Colozza/Italië), § 29.

¹⁰¹³ EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk), § 33. Bevestigd in EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (Cenaj/Griekenland en Albanië).

EVRM,¹⁰¹⁴ benoemt het Hof een dergelijke “denial of justice” als “flagrant”. Stoichkov was in 2000 zijn vrijheid benomen ter tenuitvoerlegging van een in 1989 bij verstek opgelegde gevangenisstraf voor de duur van 10 jaren. Er waren geen aanwijzingen - en de staat van veroordeling had niet aangevoerd - dat Stoichkov ondubbelzinnig afstand had gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht. Een verzoek om heropening van de zaak werd in 2001 afgewezen, omdat het dossier van de oorspronkelijke strafzaak was vernietigd, waardoor een nieuwe behandeling van de zaak onmogelijk zou zijn. Stoichkov klaagde dat de tenuitvoerlegging van de hem bij verstek opgelegde straf niet “lawful” in de zin van art. 5 lid 1 onder a EVRM was. Het Europees Hof bracht eerst in herinnering dat het begrip “lawful detention” na “conviction by a competent court” niet betekende dat “the Court has to subject the proceedings leading to that conviction to a comprehensive scrutiny and verify whether they have fully complied with all the requirements of Article 6 of the Convention”, maar wanneer die “conviction” het gevolg is van een procedure waarin een “flagrant denial of justice” heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen wanneer die procedure “manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein” was, is de uit de “conviction” voortvloeiende vrijheidsbeneming niet “lawful” en dus in strijd met art. 5 lid 1 onder a EVRM. Onder verwijzing naar zijn gevestigde rechtspraak over het recht op aanwezigheid bij en deelname aan de behandeling ter terechtzitting, waaronder *Einhorn*, concludeerde het Hof dat “the duty to guarantee the right of a criminal defendant to be present in the courtroom – either during the original proceedings or in a retrial after he or she emerges – ranks as one of the essential requirements of Article 6 and is deeply entrenched in that provision. Therefore, criminal proceedings which have been held *in absentia* and whose reopening has been subsequently refused, without any indication that the accused has waived his or her right to be present during the trial, may fairly be described as “manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein”.¹⁰¹⁵ In een dergelijk geval is dan ook sprake van een “flagrant denial of justice”.¹⁰¹⁶

Van een “flagrant denial of justice” is dus sprake, indien de bij verstek veroordeelde persoon, die niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht, na zijn uitlevering niet een nieuw proces kan verkrijgen. Twee van de hiervoor besproken elementen van de nationale dimensie komen terug: de mogelijkheid van ondubbelzinnige afstand en het recht op een “fresh determination”.

Heeft de opgeëiste persoon op ondubbelzinnige wijze afstand gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht, dan stelt zijn uit- of overlevering de opgeëiste persoon niet bloot aan een “flagrant denial of justice”. De uitleveringsautoriteiten van de aangezochte staat mogen dan ook onderzoeken of de opgeëiste persoon al dan niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁴ Deze bepaling luidt: “Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court”.

¹⁰¹⁵ EHRM 24 maart 2005, nr. 9808/02 (Stoichkov/Bulgarije), § 55-56.

¹⁰¹⁶ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 28 (in de nummering van het Hof § 84).

¹⁰¹⁷ Zie voor een dergelijk geval EHRM 12 december 2006, nr. 28796/05 (Battisti/Frankrijk). De klacht richtte zich tegen de door Frankrijk voorgenomen uitlevering aan Italië ter tenuitvoerlegging van een onherroepelijk verstekvonnis. Zonder te verwijzen naar *Soering* en *Einhorn*, oordeelde het Hof dat de Franse autoriteiten mochten concluderen dat Battisti “avait renoncé d’une manière non équivoque à son droit de comparaître personnellement et d’être jugé en sa présence”. De klacht was dan ook kennelijk ongegrond. Zie ook paragraaf 2.2.2.

Indien de opgeëiste persoon die niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht na zijn uitlevering een nieuw, in zijn aanwezigheid te voeren proces - een “retrial” - kan verkrijgen, levert de uitlevering ter tenuitvoerlegging van een verstekvonnis evenmin een probleem onder art. 6 EVRM, zo blijkt uit de beslissing *Einhorn*.¹⁰¹⁸ De Franse uitleveringsrechter had in eerste instantie vastgesteld dat Einhorn niet ondubbelzinnig afstand had gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht en dat Einhorn niet een “fresh determination” had kunnen verkrijgen - het *Pennsylvania Superior Court* en het *Pennsylvania Supreme Court* hadden de tegen het verstekvonnis aangewende rechtsmiddelen niet ontvankelijk verklaard - en verklaarde de uitlevering aan de Verenigde Staten van Amerika om die reden ontoelaatbaar.¹⁰¹⁹ Nadien voerde de deelstaat Pennsylvania een wet in die het mogelijk maakte na een veroordeling bij verstek een nieuwe berechting te verkrijgen, in gevallen waarin de verdachte uit de Verenigde Staten was gevlucht en zijn uitlevering aan de Verenigde Staten werd toegestaan onder de garantie van een nieuw proces. De Verenigde Staten van Amerika dienden daarop weer een uitleveringsverzoek in en zegden toe dat Einhorn na zijn uitlevering op zijn verzoek opnieuw berecht zou worden. Op grond van deze toezegging stonden de Franse autoriteiten de uitlevering van Einhorn nu toe, onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat Einhorn “was given a new and fair trial if he so requested on returning to Pennsylvania”. Het Europees Hof oordeelde dat Frankrijk aan zijn verplichtingen onder art. 6 EVRM had voldaan, nu Frankrijk op grond van de toezegging te goeder trouw had mogen aannemen dat Einhorn na zijn uitlevering desgevraagd een nieuw proces zou krijgen. Bovendien had Frankrijk mogen aannemen dat de Verenigde Staten op grond van het specialiteitsbeginsel - een beginsel van internationaal recht - de bij verstek opgelegde gevangenisstraf niet ten uitvoer zouden leggen, indien Einhorn’s verzoek om een nieuw proces onverhoopt zou worden afgewezen.¹⁰²⁰ De uitlevering was immers toegestaan onder de uitdrukkelijke voorwaarde van een nieuw proces.

¹⁰¹⁸ EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk), § 33. Zie over deze zaak ook Rozemond 2009, p. 18-23.

¹⁰¹⁹ Het oordeel dat Einhorn niet ondubbelzinnig afstand had gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht is niet zonder bedenkingen. Einhorn verliet de Verenigde Staten, nadat hij op borgtocht was vrijgelaten en nadat hij in staat van beschuldiging was gesteld. Zoals Rozemond heeft opgemerkt, is het niet onwaarschijnlijk dat bij de borgtocht de voorwaarde is gesteld dat Einhorn op de terechtzitting zou verschijnen. Aangenomen dat de Franse uitleveringsrechter met deze omstandigheden bekend was, had hij kunnen onderzoeken of Einhorn door zijn gedrag stilzwijgend ondubbelzinnig afstand had gedaan of dat hij zich aan zijn berechting had onttrokken. Uit de beslissing *Einhorn* blijkt niet of deze omstandigheden een rol hebben gespeeld bij de beslissing van de Franse uitleveringsrechter. Zie Rozemond 2009, p. 21-22.

¹⁰²⁰ Einhorn had bij de Franse autoriteiten en bij het Hof aangevoerd dat de wet in strijd zou zijn met de grondwet van Pennsylvania. De *Conseil d’État* had dit verweer gepasseerd met het argument dat het niet aan de Franse rechter is om te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van een wet van de aangezochte staat. Zulks zou alleen anders kunnen zijn, indien die wet in de aangezochte staat al bij onherroepelijke beslissing ongrondwettig was verklaard of indien bij de totstandkoming van die wet zodanig ernstige onregelmatigheden hadden plaatsgevonden, dat zij als ongeldig moest worden beschouwd. Het Europees Hof was het in grote lijnen eens met de *Conseil d’État*. Hoewel kon worden getwijfeld of de bedoelde wet in overeenstemming was met de grondwet van Pennsylvania, toonde het door Einhorn overgelegde materiaal niet aan dat deze wet inderdaad ongrondwettig was, bij gebreke van een daartoe strekkende beslissing van de bevoegde rechter van de deelstaat Pennsylvania. Omdat zonder diepgaand onderzoek niet kon worden beslist over de grondwettigheid van de gelaakte wet - een beslissing die aan de aangezochte staat is en waartoe het EVRM niet dwingt -, waren er geen “substantial grounds” om aan te nemen dat Einhorn “will be unable to obtain a retrial in Pennsylvania or that the denial of justice he fears is “flagrant””. Zie voor

Opmerkelijk is dat het derde element van de nationale dimensie - berechting bij verstek is in elk geval niet in strijd met art. 6 EVRM, indien de beschuldigde zich aan zijn berechting heeft onttrokken - niet wordt genoemd in *Einhorn* en *Stoichkov*. Voor een onderscheid op dit punt tussen de nationale en de transnationale dimensie van de berechting bij verstek bestaat naar mijn mening geen goede reden. Stellen de autoriteiten van de aangezochte staat - op goede gronden - vast dat de opgeëiste persoon zich in de staat van veroordeling aan zijn berechting heeft onttrokken, dan lijkt uitlevering ter tenuitvoerlegging van het verstekvonnis niet problematisch onder art. 6 EVRM te zijn, ook al staat niet vast dat de opgeëiste persoon ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht noch dat hij na uitlevering recht heeft op een “retrial”.¹⁰²¹

VI.2.3.2 Onderscheid derde staten en EVRM-partijen

Binnen de transnationale dimensie van berechting bij verstek maakt het Europees Hof onderscheid tussen uitlevering aan een staat die niet bij het EVRM is aangesloten en uit- en overlevering aan een verdragspartij. Zoals in Hoofdstuk V.2.1.2 is gebleken, komt namelijk bij de toepassing van het “flagrant denial”-criterium in geval van uit- en overlevering aan een verdragspartij veel gewicht toe aan de omstandigheid dat de verzoekende staat partij is bij het EVRM, met als gevolg dat van een “flagrant denial” niet licht sprake zal zijn.

Illustratief is in dit verband de beslissing *Cenaj*.¹⁰²² De klager was onherroepelijk bij verstek veroordeeld, naar eigen zeggen tot een hogere straf dan ten tijde van het begaan op de feiten daarop was gesteld. Het Hof wees erop dat, anders dan bij uitlevering aan een derde staat, Europese controle op de berechting in de verzoekende staat mogelijk is en dat gestelde schade niet onherstelbaar is. De verzoekende staat heeft immers de verplichting op zich genomen te voorzien in de procedurele waarborgen van artikel 6 EVRM en in daadwerkelijke rechtsmiddelen tegen schendingen van het EVRM. Bovendien kan de veroordeelde zich altijd nog wenden tot het Hof, indien die nationale rechtsmiddelen geen soelaas bieden. Kennelijk in verband met de verplichting van de verzoekende staat om tegen een schending van art. 6 EVRM een daadwerkelijk rechtsmiddel te bieden, achtte het Europees Hof niet van belang dat niet duidelijk was of *Cenaj* naar het recht van Albanië *recht* had op “réouverture de son procès”. Naar het recht van Albanië kon hij immers wel om die heropening *verzoeken* en bij afwijzing van een dergelijk verzoek zou hij bij het Europees Hof een klacht tegen Albanië kunnen indienen. Daarom was niet gebleken dat *Cenaj* al een “déli de justice flagrant” had ondergaan of nog zou ondergaan. Van belang is dat het Hof kennelijk niet van de autoriteiten van de aangezochte staat verwachtte dat zij hadden onderzocht of *Cenaj* na uitlevering een nieuw proces zou kunnen verkrijgen van de Albanese autoriteiten of dat zij op dat punt een garantie aan de verzoekende staat hadden gevraagd.¹⁰²³ De Griekse autoriteiten hadden namelijk op deze punten in het geheel geen onderzoek gedaan, hoewel *Cenaj* zich bij de Griekse uitleveringsrechter had verzet tegen

kritiek Murschert 2007a, p. 210-211. Men mag aannemen dat *Einhorn* na zijn uitlevering aan de Verenigde Staten zijn constitutionele scrupules wel zal hebben laten varen.

¹⁰²¹ In deze zin ook Rozemond 2009, p. 23.

¹⁰²² EHRM 16 oktober 2007, nr. 12049/06 (*Cenaj*/Griekenland en Albanië).

¹⁰²³ Als zij dat al hadden gewild, konden de Griekse autoriteiten niet de in art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol EUV bedoelde garantie inhoudende “the right to a retrial which safeguards the rights of defence” vragen, nu Griekenland, anders dan Albanië, dit protocol niet had geratificeerd. Zie over deze garantie paragraaf 3.2.

uitlevering aan Albanië met een beroep op “le caractère inéquitable de la procédure devant les juridictions albanaises”. De Griekse uitleveringsrechter had dit verweer afgedaan met de lapidaire overweging dat het hem niet vrijstond “le bien-fondé de sa condamnation ou la peine qui lui avait été infligée par les juridictions albanaises” te onderzoeken.

Het verschil met het arrest *Sejdovic*, een arrest inzake de nationale dimensie van berechting bij verstek, is opvallend. Aan de hand van de feiten in deze zaak kon niet worden geconcludeerd dat Sejdovic “sought to evade trial or unequivocally waived his right to appear in court”. Daarom onderzocht het Hof vervolgens “whether the domestic legislation afforded him *with sufficient certainty* the opportunity of appearing at a new trial”.¹⁰²⁴ Richt de klacht zich tegen de staat van veroordeling, dan moet de gelegenheid van een “fresh determination” dus met voldoende mate van zekerheid vaststaan. Richt de klacht zich evenwel tegen de aangezochte staat en is de verzoekende staat partij bij het EVRM, dan is niet nodig dat de gelegenheid van een nieuwe feitelijke en juridische beoordeling van de aanklacht “de manière claire” blijkt. Die gelegenheid van een “fresh determination” hoeft kennelijk niet met voldoende mate van zekerheid vast te staan. Het Europees Hof wijst in dit verband op de mogelijkheid om heropening van de procedure te *verzoeken*.¹⁰²⁵ Hoewel het Hof uitdrukkelijk constateert dat naar Albanees recht de enkele omstandigheid dat een veroordelend vonnis bij verstek is geweest “ne donne pas *eo facto* le droit à la réouverture de la procédure pénale en question”, heeft het Hof niet onderzocht hoe het Albanese *Cour suprême* omgaat met dergelijke verzoeken, in het bijzonder met verzoeken waaraan een verstekveroordeling ten grondslag ligt. Dat het Hof een zekere mate van zekerheid omtrent de heropening van het proces niet van belang acht, blijkt ook daaruit dat het Hof al rekening houdt met een eventuele afwijzing van een daartoe strekkend verzoek. Overwogen wordt immers dat de opgeëiste persoon zich bij afwijzing van zijn verzoek om heropening van de procedure nog tot het Hof kan wenden met een klacht tegen Albanië. In dat verband verwijst het Hof naar het arrest *Sejdovic*, kennelijk ten bewijze dat een bij verstek veroordeelde met succes kan klagen over schending van art. 6 EVRM door de staat van veroordeling.¹⁰²⁶

Bij de nadruk die het Europees Hof in *Cenaj* legt op de verplichtingen van de verzoekende staat past de in de beslissing *Stapleton* gehuldigde opvatting van het Hof dat de rechter in de verzoekende staat beter in staat is dan de rechter in de aangezochte staat de feitelijke en juridische aspecten te beoordelen van het verweer dat de in die staat gevoerde procedure in strijd is met art. 6 EVRM.¹⁰²⁷ Zoals in de paragrafen 2.2.2-2.2.4 is gebleken, vergt de beantwoording van de vraag of de veroordeling na een berechting bij verstek inderdaad strijd met art. 6 EVRM oplevert gedetailleerde feitelijke en juridische kennis over de wijze waarop de betrokken persoon op de hoogte is gebracht van de beschuldiging

¹⁰²⁴ *Sejdovic*, § 45 (in de nummering van het Hof § 101) (mijn cursivering).

¹⁰²⁵ “demander la réouverture d’un procès pénal achevé par un arrêt irrévocable”. De bewuste bepaling van het Albanese Wetboek van Strafvordering “stipule que, dans les conditions définies par la loi, une telle réouverture est envisageable à tout moment, même dans le cas où la peine imposée a déjà été exécutée”. Tot de gevallen die tot heropening van de procedure aanleiding geven, behoren “l’urgence de nouveaux faits, la prise en considération de faux documents et la contradiction de l’arrêt en cause avec un autre jugement irrévocable”.

¹⁰²⁶ Pikant detail is dat Italië aan Duitsland om de uitlevering van Sejdovic had verzocht, maar dat Duitsland de uitlevering had *afgewezen* “on the ground that the requesting country’s domestic legislation did not guarantee with sufficient certainty that the applicant would have the opportunity of having his trial reopened”.

¹⁰²⁷ EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (*Stapleton/Ierland*), § 29.

en van de terechtzitting, over de wetenschap van de opgeëiste persoon dienaangaande, over hetgeen hij met die wetenschap heeft gedaan en over de mogelijkheden om een “fresh determination” te verkrijgen. Anders dan de rechter in de verzoekende staat, die met zijn kennis van het recht van die staat de verklaringen van de opgeëiste persoon aangaande de berechting bij verstek kan toetsen aan de inhoud van het dossier en *vice versa*, beschikt de rechter in de aangezochte staat niet over dat dossier noch over die juridische kennis, zodat hij eventuele verweren van de opgeëiste persoon met betrekking tot de berechting bij verstek moeilijk kan toetsen.¹⁰²⁸

In *Cenaj* wijkt de toepassing van het “flagrant denial”-criterium dus af van de toepassing van dat criterium in geval van uitlevering aan een derde staat (*Einhorn*) en van de toepassing in de nationale dimensie (*Sejdovic*). Men kan zich afvragen of die afwijking zou kunnen worden verklaard door de bijzondere omstandigheden van het geval.¹⁰²⁹ Zo ja, dan zouden ’s Hofs overwegingen over het verschil tussen uitlevering aan een derde staat en uitlevering aan een verdragspartij geen algemene betekenis hebben.

Rozemond heeft in dit verband als mogelijk relevante omstandigheden geopperd, dat *Cenaj* door middel van het uitleveringsverzoek op de hoogte was gekomen van de strafprocedure in Albanië en dat hij in die strafprocedure werd vertegenwoordigd door een raadsman. Inderdaad kan het niet anders dan dat *Cenaj* in de verschillende uitleveringsprocedures kennis heeft gekregen van de strafprocedure in Albanië en vervolgens van de veroordeling bij verstek. Voldoende kennis van de strafprocedure en van het verstekvonnis is een bouwsteen voor het oordeel dat de betrokken persoon ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht, zoals in de paragrafen 2.2.2 en 2.2.4 is gebleken. Ook de omstandigheid dat de betrokken persoon door een raadsman werd vertegenwoordigd kan aan de totstandkoming van een dergelijk oordeel bijdragen. Het Hof benoemt deze omstandigheden evenwel niet als relevant voor zijn oordeel dat van een - risico op een - “*déni de justice flagrant*” niet is gebleken.¹⁰³⁰ Als deze omstandigheden desondanks hebben meegewogen, dan is het vreemd dat het Hof zijn algemene, stellige en principiële overwegingen¹⁰³¹ juist heeft toegespitst op de mogelijkheden om - rechtstreeks dan wel na tussenkomst van het Hof - heropening van het proces te verkrijgen.

Een andere door Rozemond geopperde omstandigheid die mogelijk een rol bij de beoordeling van de klacht tegen Griekenland zou kunnen hebben gespeeld, is dat *Cenaj*'s

¹⁰²⁸ De zaak *Sulejmani* illustreert dit punt (EHRM 9 juni 2012, nr. 16114/10 (Sulejmani/Albanië)). Duitsland had de bij verstek veroordeelde Sulejmani uitgeleverd aan Albanië, nadat Albanië een verzekering als bedoeld in art. 3 lid 2 Tweede Aanvullende Protocol EUV had gegeven. Die verzekering hield in dat Sulejmani in Albanië daadwerkelijk het recht kon uitoefenen “to request an appeal out of time in accordance with Article 147 § 3 of the Code of Criminal Procedure (...)”. Na zijn uitlevering aan Albanië diende hij tijdig een dergelijk verzoek in, dat de Albanese rechter afwees. Het beroep tegen die beslissing werd vervolgens in drie instanties verworpen. Het Europees Hof verklaarde Sulejmani's klacht tegen Albanië niet ontvankelijk, omdat deze “manifestly ill-founded” was. Albanië wees namelijk op door de klager ondertekende “power of attorney”, waarin klager de aanvang van de “proceedings” erkende en waarin hij twee raadsliden machtigde om hem in die “proceedings” te vertegenwoordigen. Door vervolgens het land te verlaten, had Sulejmani naar het oordeel van het Europees Hof welbewust en ondubbelzinnig afstand gedaan van zijn art. 6 EVRM-rechten.

¹⁰²⁹ In dit verband is wellicht ook van belang dat de beslissing *Einhorn* in HUDOC *importance level 1* heeft (dat wil zeggen *high*), terwijl de beslissing *Cenaj* slechts *importance level 3* heeft (*low*). Vgl. Myjer 2011, p. 7: “Een schijnbaar omgaan in een arrest met *importance level 3* is niet meer dan een onzorgvuldigheid”.

¹⁰³⁰ Zoals Rozemond ook opmerkt: Rozemond 2009, p. 33.

¹⁰³¹ Aangehaald in Hoofdstuk V.2.1.2.

klacht tegen *Albanië* niet-ontvankelijk was.¹⁰³² Cenaj had zijn klacht tegen Albanië te laat ingediend: hij had al uiterlijk in januari 2005 kennis gekregen van de onherroepelijke Albanese verstekveroordeling, maar had pas op 29 maart 2006 - en dus niet binnen zes maanden na de definitieve nationale beslissing -¹⁰³³ zijn klacht ingediend. Rozemond duidt niet aan op welke wijze de niet-ontvankelijke klacht tegen Albanië van invloed zou kunnen zijn geweest op de beoordeling van de klacht tegen Griekenland. Trechsel heeft evenwel over deze materie een stellig standpunt ingenomen. Indien de opgeëiste persoon gelijktijdig klachten over schending van art. 6 EVRM tegen de verzoekende staat en de aangezochte staat heeft ingediend, terwijl de klacht tegen de verzoekende staat buiten de termijn van zes maanden valt, mag de klacht tegen de aangezochte staat evenmin worden ontvangen.¹⁰³⁴ Hij verwijst daartoe naar de zaak *Kolompar*. Kolompar was in Italië onherroepelijk bij verstek veroordeeld tot een vrijheidsstraf, ter tenuitvoerlegging waarvan Italië aan België zijn uitlevering had verzocht. Had de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens de tegen België gerichte klacht over schending van art. 6 EVRM ontvankelijk verklaard, dan zou dat een uitnodiging zijn geweest om de ontvankelijkheidseisen te omzeilen, aldus Trechsel.¹⁰³⁵ Uit de ontvankelijkheidsbeslissing van de Europese Commissie, waaraan Trechsel als lid van de Commissie heeft meegewerkt, blijkt echter dat de klacht tegen België over schending van art. 6 EVRM door uitlevering aan Italië niet-ontvankelijk is verklaard, niet vanwege overschrijding van de termijn van zes maanden, maar vanwege niet-uitputting van de nationale Belgische rechtsmiddelen tegen de beslissing tot uitlevering.¹⁰³⁶ Een verband met de niet-ontvankelijk verklaarde klacht tegen Italië blijkt uit deze beslissing niet.¹⁰³⁷ Zo is het, *mutatis mutandis*, ook met de beslissing in de zaak *Cenaj*. In 's Hof's overwegingen met betrekking tot de tegen Griekenland gerichte klacht wordt niet over de klacht tegen Albanië gerept.¹⁰³⁸ Mede gezien de algemene, stellige en principiële toon van die overwegingen,¹⁰³⁹ lijkt het mij onwaarschijnlijk dat de niet-ontvankelijkheid van de klacht tegen Albanië van invloed is geweest op de beoordeling van de klacht tegen Griekenland. De uit die overwegingen sprekende opvatting - schendingen van art. 6 EVRM door de staat van bestemming zijn herstelbaar, nu deze staat partij is bij het EVRM, zodat geen sprake is van een "déni de justice flagrant" - heeft het Hof bovendien in latere beslissingen bevestigd.¹⁰⁴⁰

¹⁰³² Rozemond 2009, p. 33.

¹⁰³³ Art. 35 lid 1 EVRM: "The Court may only deal with the matter (...) within a period of six months from the date on which the final decision was taken".

¹⁰³⁴ Trechsel 1992, p. 641.

¹⁰³⁵ Trechsel 1992, p. 642.

¹⁰³⁶ ECRM 16 mei 1990, nr. 11613/85 (Kolompar/België).

¹⁰³⁷ Zie ook EHRM 1 februari 2011, nr. 360/10 (Mann/Portugal en het Verenigd Koninkrijk). Mann had een klacht ingediend tegen Portugal over schending van art. 6 EVRM, die niet-ontvankelijk werd verklaard wegens overschrijding van de termijn van zes maanden. Daarna diende Mann nogmaals een klacht in tegen Portugal over onder meer schending van art. 6 EVRM en een klacht tegen het Verenigd Koninkrijk, dat op het punt stond Mann aan Portugal over te leveren, over schending van onder meer art. 6 EVRM. Het Hof verklaarde de klacht tegen Portugal over schending van art. 6 EVRM niet-ontvankelijk, omdat deze "substantially the same" was als de eerdere, niet-ontvankelijk verklaarde klacht tegen Portugal. Deze niet-ontvankelijkheid belette het Hof niet om de klacht tegen het Verenigd Koninkrijk over schending van art. 6 EVRM te onderzoeken en kennelijk ongegrond te verklaren.

¹⁰³⁸ Zoals Rozemond ook zelf opmerkt: Rozemond 2009, p. 33.

¹⁰³⁹ Aangehaald in Hoofdstuk V.2.1.2.

¹⁰⁴⁰ EHRM 15 december 2009, nr. 43212/05 (Kaplan/Duitsland) en EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland). Zie verder Hoofdstuk V.2.1.2.

VI.2.4 Conclusie

De rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek kent een nationale en een transnationale dimensie. De nationale dimensie heeft betrekking op de verantwoordelijkheid van de staat van veroordeling, de transnationale op de verantwoordelijkheid van de staat die de staat van veroordeling behulpzaam is bij de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis.

Voor wat betreft de nationale dimensie geldt dat berechting bij verstek als zodanig niet onverenigbaar is met art. 6 EVRM. Van strijd met art. 6 EVRM is in elk geval geen sprake: (1) indien de betrokken persoon ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht, (2) indien de betrokken persoon zich heeft onttrokken aan de berechting en (3) indien de betrokken persoon, die niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan en zich niet aan de berechting heeft onttrokken, met voldoende mate van zekerheid een nieuw proces kan verkrijgen. Voor het aannemen van ondubbelzinnige afstand en van onttrekking aan de berechting is vereist, dat de betrokken persoon over - voldoende - kennis beschikt van de beschuldiging en van (het verloop van) de procedure. Die kennis kan ook op andere wijze worden verkregen dan door een in persoon betekende officiële kennisgeving. De verplichting om het recht op aanwezigheid bij de behandeling ter terechtzitting te garanderen is één van de essentiële vereisten van art. 6 EVRM. Daarom levert de weigering om een bij verstek gevoerd proces te heropenen, zonder enige aanwijzing dat de betrokken persoon ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van dat recht - of zich aan de berechting heeft onttrokken -, niet alleen een schending van art. 6 EVRM op, maar ook een “flagrant denial of justice”.

In het arrest *Soering* sloot het Europees Hof niet uit, dat de aangezochte staat door uitlevering art. 6 EVRM zou kunnen schenden, wanneer de opgeëiste persoon in de verzoekende staat “has suffered of risks suffering a flagrant denial of a fair trial”. Het begrip “flagrant denial of justice” figureert in de rechtspraak van na het arrest *Soering* als synoniem van het begrip “flagrant denial of a fair trial”. Daarmee is het verband tussen de nationale en de transnationale dimensie van berechting bij verstek gelegd. Een “flagrant denial of justice” doet zich in de nationale dimensie voor, indien de bij verstek veroordeelde persoon die niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht - en die zich niet aan zijn berechting heeft onttrokken, in de staat van veroordeling niet een nieuw proces kan verkrijgen. In de transnationale dimensie is sprake van een “flagrant denial of justice”, indien de aangezochte staat de opgeëiste persoon uit- of overlevert ter fine van tenuitvoerlegging van een bij verstek opgelegde vrijheidsstraf, terwijl de opgeëiste persoon niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht - en zich niet aan zijn berechting heeft onttrokken -, maar die na zijn uit- of overlevering niet de gelegenheid heeft om een nieuw proces te verkrijgen.

Bij de toepassing van het criterium “flagrant denial of a fair trial” (“flagrant denial of justice”) maakt het Europees Hof onderscheid tussen gevallen waarin de staat van bestemming partij is bij het EVRM en gevallen waarin de staat van bestemming een derde staat is. In het eerste geval is vanwege de EVRM-verplichtingen van de staat van bestemming - op de naleving waarvan het Hof bovendien controle kan uitoefenen - een eventuele schending van art. 6 EVRM niet onherstelbaar. In het tweede geval is dat anders, omdat de staat van bestemming niet aan het EVRM gebonden is en zijn handelen of nalaten dan ook niet door het Hof aan een beoordeling kan worden onderworpen. In beide gevallen mogen de autoriteiten van de aangezochte staat onderzoeken of de opgeëiste persoon

ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht dan wel zich aan zijn berechting heeft onttrokken. Komen zij daarbij - op goede gronden - tot een bevestigend antwoord, dan kunnen zij zonder art. 6 EVRM te schenden overgaan tot zijn uit- of overlevering. Constateren zij daarentegen dat van ondubbelzinnige afstand of onttrekking aan de berechting géén sprake is, dan maakt het verschil of de staat van bestemming een derde staat is of partij bij het EVRM. Indien de staat van bestemming een derde staat is, zal moeten vaststaan dat de opgeëiste persoon na zijn uitlevering in de gelegenheid zal zijn om een nieuw proces te verkrijgen. Het rechtsmiddel dat de opgeëiste daartoe zal kunnen aanwenden, zal met voldoende mate van zekerheid tot een “fresh determination” van de “charge” moeten leiden. Is de staat van bestemming een partij bij het EVRM, dan moet worden vertrouwd op de naleving van de EVRM-verplichtingen door de staat van bestemming, eventueel na tussenkomst door het Hof. Het Hof lijkt dan ook niet te eisen dat de autoriteiten van de aangezochte staat in een concreet geval onderzoek doen naar de vraag of de gestelde schending van art. 6 EVRM inderdaad herstelbaar is, in het bijzonder naar de vraag of de opgeëiste persoon na uitlevering met voldoende mate van zekerheid een “fresh determination” kan verkrijgen. Een daartoe strekkende garantie van de zijde van de autoriteiten van de staat van bestemming is niet vereist. Een en ander laat overigens onverlet, dat de autoriteiten van de aangezochte staat toch onderzoeken of sprake is van ondubbelzinnige afstand, van onttrekking aan de berechting of van de gelegenheid van een “fresh determination” na uitlevering, en dat zij ter zake van die gelegenheid een toereikende garantie van de verzoekende staat vragen.

VI.3 Uitlevering en verstekvonnissen

VI.3.1 *Het Nederlandse voorbehoud en art. 5 lid 3 UW*

VI.3.1.1 *Inleiding*

Het - oorspronkelijke -¹⁰⁴¹ Europees Verdrag betreffende uitlevering bevat niet een weigeringsgrond inzake de uitlevering ter fine van tenuitvoerlegging van verstekvonnissen. Omdat art. 1 EUV aan de verdragspartijen de verplichting tot uitlevering oplegt “subject to the provisions and conditions laid down in this Convention”, zou het ontbreken van een dergelijke bepaling betekenen dat de aangezochte staat in de omstandigheid dat de opgeëiste persoon bij verstek is veroordeeld geen aanleiding zou mogen zien tot weigering van de uitlevering.¹⁰⁴² Nederland heeft evenwel bij de bekrachtiging van het Europees Verdrag betreffende uitlevering gebruik gemaakt van de in art. 26 lid 1 EUV gegeven bevoegdheid en heeft een voorbehoud gemaakt met betrekking tot de uitlevering ter tenuitvoerlegging van verstekvonnissen. Dat voorbehoud bij art. 1 EUV luidde toen en luidt ook thans nog: “The Netherlands Government reserves the right not to grant extradition requested for the purpose of executing a judgment pronounced by default against which no remedy remains open, if such extradition might have the effect of subjecting the person claimed to a penalty without his having been enabled to exercise the rights of defence prescribed in Article 6 (3) c of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

¹⁰⁴¹ Het Tweede Aanvullend Protocol heeft voor de partijen die dit protocol hebben geratificeerd het Europees Verdrag betreffende uitlevering aangevuld met een weigeringsgrond inzake verstekvonnissen. Zie paragraaf 3.2.

¹⁰⁴² *Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr. 7, p. 28.*

signed at Rome on 4 November 1950". Art. 6 lid 3 onder c EVRM garandeert aan een ieder die "charged" is "with a criminal offence" het recht "to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require". Art. 5 lid 3 UW vult het facultatief geformuleerde voorbehoud dwingend in, door te bepalen dat executie-uitlevering ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een bij verstek opgelegde vrijheidsstraf "alleen kan worden toegestaan, indien de opgeëiste persoon in voldoende mate in de gelegenheid is geweest of alsnog zal worden gesteld om zijn verdediging te voeren". Het voorbehoud en art. 5 lid 3 UW leveren een door de uitleveringsrechter toe te passen weigeringsgrond op.¹⁰⁴³

Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Europees Verdrag betreffende uitlevering werd opgemerkt dat dit verdrag geen onderscheid maakte tussen op tegenspraak en bij verstek gewezen vonnissen. Hoewel de regering zich daarmee kon verenigen, was zij van mening dat "uitlevering voor de tenuitvoerlegging van verstekvonnissen minder bevredigend zou zijn in gevallen waarin de veroordeelde geen behoorlijke gelegenheid heeft gehad en ook niet alsnog zal ontvangen om zich te verdedigen". Zij achtte het dan ook "raadzaam dat krachtens artikel 26 wordt voorbehouden om uitlevering te weigeren voor de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat, indien zodanige uitlevering ertoe zou kunnen leiden dat iemand een straf zou moeten ondergaan zonder in de gelegenheid te zijn geweest het - in artikel 6, derde lid, sub c, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...) bedoelde - recht om zich te verdedigen uit te oefenen".¹⁰⁴⁴ Uit het woordgebruik - "minder bevredigend", "raadzaam" - valt af te leiden dat de regering het voorbehoud niet zag als uitvloeisel van een op Nederland als aangezochte staat uit hoofde van het EVRM rustende verplichting. Daarop wijst ook de facultatieve formulering van het voorbehoud ("reserves the right"). Daarbij dient te worden bedacht dat het Europees Hof eerst in 1989, in het arrest *Soering*,¹⁰⁴⁵ de mogelijkheid heeft erkend dat de aangezochte staat door uitlevering art. 6 EVRM zou kunnen schenden en dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens tot dan toe steeds had geoordeeld dat uitsluitend de verzoekende staat verantwoordelijk was voor het strafproces in de verzoekende staat.¹⁰⁴⁶ Veeleer lijken het voorbehoud en art. 5 lid 3 UW, zoals toegelicht in de parlementaire stukken, uiting te geven aan de gedachte dat moet worden vermeden dat Nederland zou moeten meewerken aan de tenuitvoerlegging van een buitenlandse vrijheidsstraf die is opgelegd na een procedure die niet strookt met de Nederlandse rechtsopvattingen inzake een eerlijke berechting. Niet art. 6 EVRM zelf, maar de Nederlandse rechtsopvattingen inzake berechting bij verstek - die althans in de ogen van de wetgever volledig overeenkwamen met het in art. 6 lid 3 onder c EVRM bepaalde -¹⁰⁴⁷ staan in de weg aan uitlevering. In zoverre vertonen het voorbehoud en art. 5 lid 3 UW overeenkomst met de eis van dubbele gekwalificeerde strafbaarheid.¹⁰⁴⁸ Bij de opmerking

¹⁰⁴³ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 7; HR 22 januari 1980, *NJ* 1980, 414; HR 21 juni 1983, *NJ* 1984, 348.

¹⁰⁴⁴ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 28.

¹⁰⁴⁵ EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1990, 158, m.nt. EAA (*Soering*/Verenigd Koninkrijk), § 113.

¹⁰⁴⁶ Zie Smeulers 2002, p. 54-59 over de pre-*Soering* rechtspraak van de Europese Commissie.

¹⁰⁴⁷ Vgl. Plaisier 1999, p. 253: "Een kleine dertig jaar na goedkeuring van het Europees Uitleveringsverdrag lijkt het door Nederland gemaakte voorbehoud te getuigen van een zekere misplaatste zelfgenoegzaamheid".

¹⁰⁴⁸ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 11: "Medewerking aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsancie misplaatst wordt geacht, is kwalijk

van Swart dat het voorbehoud en art. 5 lid 3 UW een voorbeeld vormen van de introductie van mensenrechten in het uitleveringsrecht,¹⁰⁴⁹ dient mijns inziens dan ook de kanttekening te worden geplaatst dat de Nederlandse wetgever die introductie kennelijk niet zag als een mensenrechtelijke verplichting, dat wil zeggen als een verplichting die rechtstreeks uit het EVRM voortvloeide.

Nu het voorbehoud en de parlementaire toelichting op het voorbehoud en op art. 5 lid 3 UW verwijzen naar de verdedigingsrechten van art. 6 lid 3 EVRM, is de veronderstelling gerechtvaardigd dat de nationale dimensie van de Straatsburgse rechtspraak inzake de berechting bij verstek van belang is voor de toepassing van het voorbehoud en van art. 5 lid 3 UW.¹⁰⁵⁰ In de volgende subparagraaf zal ik onderzoeken hoe de uitleveringsrechter het voorbehoud en art. 5 lid 3 UW toepast en of, en zo ja, welke invloed de rechtspraak van het Europees Hof daarop heeft.

VI.3.1.2 Toepassing

Het begrip “verstek” vat de Hoge Raad kennelijk niet op in de nationale, technisch-juridische betekenis van dat begrip. De in het Nederlandse strafprocesrecht geldende regel “tegenspraak blijft tegenspraak”¹⁰⁵¹ is daardoor niet van belang. Zijn de verdachte en zijn raadsman op de eerste zitting verschenen, maar verschijnt de verdachte op de volgende zitting(en) niet (terwijl zijn raadsman op die zittingen wel aanwezig is), dan is het vonnis dat naar aanleiding van al die zittingen wordt gewezen toch een “judgment pronounced by default” (“verstekvonnis”) in de zin van het voorbehoud, zodat moet worden vastgesteld of de verdachte in de gelegenheid is geweest het in art. 6 lid 3 onder c EVRM bedoelde verdedigingsrecht uit te oefenen.¹⁰⁵² Een en ander strookt met de benadering van het Europees Hof. In die benadering staat het recht van de verdachte op aanwezigheid bij en deelname aan de behandeling ter terechtzitting centraal. Dat de verdachte op één of meer

van een staat te vergen”. HR 16 januari 1973, *NJ* 1973, 281, m.nt. CB: “dat immers het in art. 2 Verdrag [Europees Verdrag betreffende uitlevering] neergelegde beginsel der dubbele strafbaarheid de strekking heeft te voorkomen, dat de aangezochte partij zou moeten medewerken aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsancie misplaatst wordt geacht (...)”.

¹⁰⁴⁹ Swart 1986, p. 320.

¹⁰⁵⁰ Zo volgt het Zwitserse *Bundesgericht* bij de beantwoording van de vraag of in het strafproces in de verzoekende staat de minimale verdedigingsrechten in acht zijn genomen de - nationale dimensie van de - rechtspraak van het Europees Hof: Heimgartner 2002, p. 139-140, die in de noten onder meer verwijst naar *Colozza, Lala en Poitrimol*; Zimmermann 2004, p. 487-488.

¹⁰⁵¹ HR 9 december 2003, *NJ* 2004, 167, m.nt. Sch.

¹⁰⁵² HR 3 april 1984, *NJ* 1984, 724. De opgeëiste persoon was op 32 zittingen van het Landgericht Münster (BRD) verschenen, bijgestaan door zijn raadslieden. Op de volgende 24 zittingen verscheen hij niet - hij zou op medische gronden niet in staat zijn de verdediging te voeren; het Landgericht besliste op basis van medische adviezen dat het strafproces kon worden voortgezet, welke beslissing tot in hoogste instantie standhield -, maar zijn raadslieden verschenen wel. Het oordeel van de Rechtbank Almelo dat de opgeëiste persoon in voldoende mate in de gelegenheid was geweest zijn verdediging te voeren, gaf naar het oordeel van de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, mede gezien de omstandigheid dat de rechtsmiddelen tegen de beslissing tot voortzetting van het strafproces tot in de hoogste rechterlijke instanties waren verworpen.

zittingen wél aanwezig is geweest, betekent niet zonder meer dat het aanwezigheids- en verdedigingsrecht niet is geschonden.¹⁰⁵³

Voor toepasselikheden van het voorbehoud is vereist dat tegen het “verstekvonnis” geen rechtsmiddel meer openstaat. Staat tegen het verstekvonnis nog wel een rechtsmiddel open of is daartegen al een rechtsmiddel ingesteld dat nog niet onherroepelijk is afgedaan, dan is geen sprake van uitlevering “requested for the purpose of executing a judgment pronounced by default against which no remedy remains open”, maar van uitlevering verzocht ten behoeve van strafvervolgung.¹⁰⁵⁴

De enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon onherroepelijk bij verstek is veroordeeld, leidt nog niet tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering. Vast moet staan dat de opgeëiste persoon in de procedure die tot het verstekvonnis heeft geleid niet in de gelegenheid is geweest de in art. 6 lid 3 onder c EVRM neergelegde verdedigingsrechten uit te oefenen. Daarvan is geen sprake, zo heeft de Hoge Raad in navolging van de wetsgeschiedenis¹⁰⁵⁵ geoordeeld, indien de opgeëiste persoon *werkelijk* in voldoende mate in de gelegenheid is geweest om zijn verdediging te voeren,¹⁰⁵⁶ hetzij in persoon, hetzij door zijn raadsman.¹⁰⁵⁷ Dat de wetgeving van de verzoekende staat in het algemeen aan een verdachte juridische mogelijkheden biedt voor het voeren van de verdediging, is dus niet voldoende. Is niet gebleken dat de opgeëiste persoon - tijdig - op de hoogte was van de dagvaarding, terwijl ook overigens niet is gebleken dat de opgeëiste persoon in voldoende mate in de gelegenheid is geweest om zijn verdediging te voeren, dan is geen sprake van een werkelijke gelegenheid.¹⁰⁵⁸

Voor het oordeel dat de opgeëiste persoon werkelijk in voldoende mate in de gelegenheid is geweest om zijn verdediging te voeren of te doen voeren, is kennis van de in de verzoekende staat gevoerde strafprocedure dus van belang. Ook indien de dagvaarding

¹⁰⁵³ Zie bijv. EHRM 25 november 2008, nr. 31338/04 (Boyarchenko/Oekraïne): stilzwijgende ondubbelzinnige afstand van het recht om op de vervolgzittingen te verschijnen; EHRM 22 december 2009, nr. 5962/03 (Makarenko/Rusland): uitdrukkelijke ondubbelzinnige afstand van het recht om op de nadere zittingen zichzelf te verdedigen of zich door zijn raadsman te doen verdedigen, bovendien de gelegenheid van een “fresh determination”.

¹⁰⁵⁴ HR 30 oktober 2001, *LJN AD4298*, r.o. 3.4: uitlevering verzocht ter zake van een Italiaans verstekvonnis, waartegen de opgeëiste persoon hoger beroep heeft ingesteld (dat nog niet is behandeld): het geval als bedoeld in het voorbehoud doet zich niet voor. Vgl. HR 3 mei 1983, *NJ* 1983, 634, r.o. 6.1-6.4. Ook in dit arrest werd de uitlevering verzocht ter zake van een Italiaans verstekvonnis, waartegen hoger beroep was ingesteld (in dit geval door het Openbaar Ministerie). De Hoge Raad oordeelde dat de Rechtbank Amsterdam had geoordeeld - en ook had kunnen oordelen - dat het uitleveringsverzoek strekte tot strafvervolgung (in hoger beroep) en dat zij kennelijk had aangenomen - en ook had kunnen aannemen - dat de opgeëiste persoon in hoger beroep alsnog in voldoende mate in de gelegenheid zou worden gesteld zijn verdediging te voeren. Swart leidt uit dit arrest af dat, indien tegen het verstekvonnis nog een rechtsmiddel openstaat, moet worden onderzocht of dit rechtsmiddel voldoende gelegenheid tot het voeren van de verdediging biedt: Swart 1986, p. 321, noot 11. In vergelijkbare zin R Emmelink 1990, p. 129. Naar mijn mening kan 's Raads overweging ook zo worden gelezen dat zij niet een algemene eis formuleert, maar dat zij slechts reageert op het middel dat de “uitlevering ertoe zou kunnen leiden dat [de opgeëiste persoon] de hem bij het vonnis van de Rb. Turijn van 3 maart 1982 bij verstek opgelegde vrijheidsstraf, *dan wel een hem in hoger beroep bij verstek op te leggen vrijheidsstraf*, zou moeten ondergaan zonder in de gelegenheid te zijn geweest tot uitoefening van zijn rechten tot verdediging” (mijn cursivering).

¹⁰⁵⁵ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 7.

¹⁰⁵⁶ Zie bijv. HR 5 maart 1968, *NJ* 1968, 238; HR 25 juni 1968, *NJ* 1969, 23; HR 22 januari 1980, *NJ* 1980, 414, m.nt. GEM.; HR 19 mei 1992, *NJ* 1992, 677.

¹⁰⁵⁷ HR 12 mei 1992, *DD* 92.324.

¹⁰⁵⁸ HR 5 maart 1968, *NJ* 1968, 238.

niet aan de opgeëiste persoon in persoon is uitgereikt, kan hij toch werkelijk in de gelegenheid zijn geweest om zijn verdediging te (doen) voeren. De Hoge Raad houdt namelijk rekening met de tijdige kennis omtrent de procedure die de opgeëiste persoon uit andere bronnen heeft verkregen.¹⁰⁵⁹ Laat hij naar aanleiding van die kennis na stappen te ondernemen ter effectuering van zijn verdedigingsrecht, dan is de opgeëiste persoon werkelijk in de gelegenheid geweest zijn verdediging te voeren.¹⁰⁶⁰ Uit de omstandigheden dat de opgeëiste persoon - die de dagvaardingen en berichtgevingen omtrent de veroordelingen niet heeft ontvangen - “zeer kort na” de strafbare feiten in Nederland is aangekomen, dat hij zich in Nederland onder een valse naam heeft gevestigd en dat hij tegen beter weten in deze valse naam handhaaft, kan niet worden geconcludeerd dat de opgeëiste persoon zich bewust aan zijn berechting heeft onttrokken en dat hij dus werkelijk in de gelegenheid is geweest zijn verdediging te voeren.¹⁰⁶¹

Bekendheid met het verstekvonnis is eveneens van belang. Is het verstekvonnis aan de opgeëiste persoon in persoon betekend, maar laat hij na daartegen - tijdig - een rechtsmiddel aan te wenden dat hem in staat zou stellen alsnog zijn verdediging te voeren, dan heeft de opgeëiste persoon werkelijk de gelegenheid gehad om zijn verdediging te voeren.¹⁰⁶² Hetzelfde geldt, indien namens de opgeëiste persoon, aan wie het verstekvonnis in persoon is betekend, hoger beroep is ingesteld, maar de opgeëiste persoon ervoor kiest in Nederland te blijven.¹⁰⁶³

Niet alleen de gelegenheid *zelf* de verdediging te voeren, maar ook de gelegenheid deze door een raadsman te *doen* voeren, maakt dat het voorbehoud toepassing mist.¹⁰⁶⁴ Verdediging buiten medeweten van de opgeëiste persoon door een ambtshalve aan hem toegevoegde raadsman is evenwel onvoldoende.¹⁰⁶⁵

In geen van de hier genoemde arresten heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk gerefereerd aan de Straatsburgse jurisprudentie. Zeker na het belangrijke arrest in de zaak *Colozza*,¹⁰⁶⁶ van 12 februari 1985, zou men evenwel mogen verwachten dat de rechtspraak van het Europees

¹⁰⁵⁹ Zo ook het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, dat eist dat de opgeëiste persoon “in irgendeine Weise unterrichtet war”. Zie bijvoorbeeld *Bundesverfassungsgericht* 3 maart 2004, 2 BvR 26/04, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de.

¹⁰⁶⁰ HR 25 juni 1968, *NJ* 1969, 23: de ambtshalve toegevoegde raadsman had de opgeëiste persoon bij brief meegedeeld dat verdachte was aangeklaagd en dat hij voor de rechtbank te Milaan moest verschijnen, alwaar de raadsman hem zou verdedigen (indien de opgeëiste persoon hem zou betalen) en had bij een latere brief aan de opgeëiste persoon bericht dat verdachte inmiddels bij verstek was veroordeeld, maar dat de raadsman in hoger beroep zou gaan (met verzoek om betaling). Het door de raadsman inderdaad ingestelde hoger beroep werd uiteindelijk niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van grieven. Zie ook HR 19 mei 1992, *NJ* 1992, 677. De opgeëiste persoon was in twee instanties in zijn aanwezigheid berecht. Tegen het arrest van het Hof van Beroep Milaan stelden de opgeëiste persoon en de P-G beroep in cassatie in. De opgeëiste persoon vertrok daarop naar Nederland, zonder achterlating van een adres. Het Hof van Cassatie vernietigde het arrest *a quo* en wees de zaak terug naar het Hof van Beroep Milaan, dat de opgeëiste persoon uiteindelijk bij verstek veroordeelde. Na zijn vertrek uit Italië had de opgeëiste persoon nooit naar de afloop van het beroep in cassatie geïnformeerd. In cassatie hield het oordeel van de rechtbank stand dat de opgeëiste persoon aldus de mogelijk had gehad, doch niet had benut, om aanwezig te zijn bij de behandeling van zijn berechting na terugwijzing.

¹⁰⁶¹ HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639.

¹⁰⁶² HR 3 mei 1983, *NJ* 1984, 349, m.nt. ThWvV.

¹⁰⁶³ HR 21 maart 1989, *NJ* 1989, 772.

¹⁰⁶⁴ HR 12 mei 1992, *DD* 92.324.

¹⁰⁶⁵ HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639.

¹⁰⁶⁶ EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge (*Colozza/Italië*).

Hof een uitdrukkelijke rol zou spelen bij de bespreking van cassatiemiddelen inzake de toepassing van het voorbehoud. Daarbij komt dat in sommige conclusies wel aandacht wordt besteed aan arresten van het Europees Hof.¹⁰⁶⁷ In één van de genoemde conclusies¹⁰⁶⁸ merkte de A-G Fokkens op dat het voorbehoud in overeenstemming is met het EVRM, omdat, zoals blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof,¹⁰⁶⁹ een verstekprocedure op zichzelf niet onverenigbaar is met art. 6 EVRM, indien de betrokken persoon nadien een “fresh determination” kan verkrijgen van een “court which has heard him” en dat, pas als die mogelijkheid niet bestaat, de vraag rijst of ondubbelzinnige afstand kan worden aangenomen.

Dat de Hoge Raad bij de toepassing van het voorbehoud niet uitdrukkelijk naar de rechtspraak van het Europees Hof verwijst, betekent niet zonder meer dat die toepassing niet voldoet aan de maatstaven van die rechtspraak. Naar mijn mening is die toepassing *grosso modo* in overeenstemming met de (nationale dimensie van de) rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek. De nadruk op de werkelijke gelegenheid zich te verdedigen en op de kennis van strafprocedure en van de beschuldiging dan wel van de verstekveroordeling die zulks vereist,¹⁰⁷⁰ lijkt te stroken met de rechtspraak van het Europees Hof. Voor uitoefening én afstand van het aanwezigheids- en verdedigingsrecht eist het Hof immers voldoende kennis van de strafprocedure en de beschuldiging.¹⁰⁷¹ Evenmin als het Hof,¹⁰⁷² sluit de Hoge Raad uit dat de betrokken persoon die kennis ontleent aan andere bronnen dan aan de “official notification”.¹⁰⁷³ Evenals het Hof,¹⁰⁷⁴ acht de Hoge Raad de omstandigheid dat de betrokken persoon, die niet officieel noch anderszins op de hoogte is van de strafprocedure en de beschuldiging, kort na het strafbare feit onvindbaar wordt, onvoldoende om aan te nemen dat de verdachte zich bewust aan zijn berechting heeft onttrokken.¹⁰⁷⁵ Verdediging van een dergelijke verdachte buiten zijn medeweten door een ambtshalve toegevoegde raadsman brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de opgeëiste persoon werkelijk de gelegenheid heeft gehad zijn verdediging te (doen) voeren,¹⁰⁷⁶ terwijl een dergelijke verdediging onder zulke omstandigheden volgens

¹⁰⁶⁷ Zie de conclusie van de A-G Fokkens vóór HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639 (*Colozza*); de conclusie van de A-G Leijten vóór 19 mei 1992, *NJ* 1992, 677 (*Colozza*); de conclusie van de A-G Fokkens vóór 10 februari 1998, *NJ* 1998, 574 (EHRM 23 november 1993, *NJ* 1994, 393, m.nt. Kn (Poitrimol/Frankrijk)); de conclusie van de A-G Machielse vóór HR 4 juli 2000, opgenomen in HR 13 februari 2001, *LJN* AA9957 (*Colozza*; EHRM 28 augustus 1991, *NJ* 1994, 27, m.nt. EAA (F.C.B./Italië); EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994, 25, m.nt. EAA (Brozicek/Italië); EHRM 25 maart 1998, nr. 23103/93 (Belziuk/Polen); EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641, m.nt. Kn (De Groot/Nederland)).

¹⁰⁶⁸ Conclusie vóór HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 574.

¹⁰⁶⁹ De A-G Fokkens verwees naar EHRM 23 november 1993, *NJ* 1994, 393, m.nt. Kn (Poitrimol/Frankrijk).

¹⁰⁷⁰ Zie HR 25 juni 1968, *NJ* 1969, 23; HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639.

¹⁰⁷¹ Zie bijvoorbeeld EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië). Zie verder paragraaf 2.2.2.

¹⁰⁷² EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië). Zie verder paragraaf 2.2.2.

¹⁰⁷³ HR 25 juni 1968, *NJ* 1968, 238.

¹⁰⁷⁴ EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge (*Colozza/Italië*); EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië). Zie verder paragraaf 2.2.2.

¹⁰⁷⁵ HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639.

¹⁰⁷⁶ HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639.

het Europees Hof niet betekent dat de verdedigingsrechten zijn gerespecteerd.¹⁰⁷⁷ Anders dan bij de Hoge Raad, ligt bij het Europees Hof de nadruk op de vraag of de verdachte al dan niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan. Tussen het oordeel dat de verdachte werkelijk in de gelegenheid is geweest zijn verdediging te (doen) voeren, maar van die gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt¹⁰⁷⁸ en aldus geacht moet worden zijn recht op aanwezigheid te hebben prijsgegeven¹⁰⁷⁹ en het oordeel dat de verdachte stilzwijgend ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht, zit naar mijn mening op zichzelf niet veel licht. Daarbij dient echter wel te worden bedacht dat het Europees Hof eist dat in geval van stilzwijgende afstand door het gedrag van de verdachte vaststaat dat de verdachte de gevolgen van dat gedrag redelijkerwijs heeft kunnen overzien,¹⁰⁸⁰ een eis die men in de rechtspraak van de Hoge Raad niet terugvindt. In het verlengde hiervan ligt de eis van het Europees Hof dat bij de mededeling van een verstekveroordeling aan de verdachte de termijn voor en de vormen van het doen van verzet aan hem ter kennis worden gebracht. Bij gebreke van dergelijke informatie, levert niet-ontvankelijkheid van het verzet wegens tardiviteit of verzuim van vormen een schending van art. 6 EVRM op.¹⁰⁸¹ In de rechtspraak van de Hoge Raad vindt men ook deze eis niet terug; ingeval van tardief verzet wordt de verdachte geacht werkelijk in de gelegenheid te zijn geweest zich te verdedigen.¹⁰⁸²

VI.3.2 Art. 3 Tweede Aanvullend Protocol EUV

VI.3.2.1 Inleiding

Hoofdstuk III van het Tweede Aanvullend Protocol vult het Europees Verdrag betreffende uitlevering aan met een bepaling over verstekvonnissen (art. 3). Lid 1 van de bepaling luidt, voor zover hier van belang: “When a Contracting Party requests from another Contracting Party the extradition of a person for the purpose of carrying out a sentence or detention order imposed by a decision rendered against him *in absentia*, the requested Party may refuse to extradite for this purpose if, in its opinion, the proceedings leading to the judgment did not satisfy the minimum rights of defence recognised as due to everyone charged with criminal offence. However, extradition shall be granted if the requesting Party gives an assurance considered sufficient to guarantee to the person claimed the right to a retrial which safeguards the rights of defence (...)”. Het *Explanatory report* meldt dat deze bepaling geïnspireerd is door het in de vorige paragraaf besproken Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV.¹⁰⁸³ In de verhouding met een verdragspartij die eveneens gebonden is aan het Tweede Aanvullend Protocol vindt niet het voorbehoud,¹⁰⁸⁴ maar art. 3 toepassing.¹⁰⁸⁵ Het

¹⁰⁷⁷ EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge (Colozza/Italië); EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië).

¹⁰⁷⁸ HR 19 mei 1992, *NJ* 1992, 677.

¹⁰⁷⁹ HR 13 februari 2001, *LJN* AA9957.

¹⁰⁸⁰ EHRM 9 september 2003, nr. 30900/02 (Jones/Verenigd Koninkrijk).

¹⁰⁸¹ EHRM 24 mei 2007, nr. 50049/99 (Da Luz Domingues Ferreira/België); EHRM 29 juni 2010, nr. 665/08 (Hakimi/België); EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08 (Faniel/België).

¹⁰⁸² HR 3 mei 1983, *NJ* 1984, 349, m.nt. ThWvV.

¹⁰⁸³ Extradition: European Standards 2006, p. 87, punt 24.

¹⁰⁸⁴ Op grond van art. 9 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol verliest het voorbehoud niet zijn kracht. Nederland heeft namelijk niet de in die bepaling bedoelde verklaring afgelegd.

voorbehoud is immers gemaakt, omdat het Europees Verdrag betreffende uitlevering toentertijd niet de mogelijkheid van weigering van de uitlevering ter zake van verstekvonnissen kende. Het Tweede Aanvullend Protocol vult dat verdrag juist aan met een dergelijke bepaling.¹⁰⁸⁶

Hoewel art. 3 lid 1 is geïnspireerd door het Nederlandse voorbehoud, heeft het een ruimer toepassingsbereik dan dat voorbehoud.¹⁰⁸⁷ Niet alleen schending van de in art. 6 lid 3 onder c EVRM neergelegde rechten, maar ook schending van de andere in lid 3 vervatte rechten kan tot weigering van de uitlevering leiden. De term “the rights of the defence recognised as due to everyone charged with a criminal offence” verwijst namelijk naar alle in art. 6 EVRM bedoelde rechten.¹⁰⁸⁸ Evenals het Nederlandse voorbehoud, is art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol facultatief geformuleerd: de aangezochte staat *mag* de uitlevering weigeren, indien naar zijn mening¹⁰⁸⁹ de rechten van de verdediging niet zijn gerespecteerd. In samenhang met art. 5 lid 3 UW, vormt art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol een dwingende, door de uitleveringsrechter toe te passen weigeringsgrond.¹⁰⁹⁰ Zoals volgt uit de tweede volzin van art. 3 lid 1, mag die weigeringsgrond evenwel niet worden toegepast, indien de verzoekende staat een verzekering geeft, die de aangezochte voldoende acht om aan de opgeëiste persoon het recht op een nieuw proces te waarborgen waarin de rechten van de verdediging worden gegarandeerd. Het *Explanatory report* meldt uitdrukkelijk dat de verzekering niet alleen de “availability” van een “remedy by way of retrial”, maar ook de “effectiveness of that remedy” moet betreffen.¹⁰⁹¹ De verzekering staat ter beoordeling van de uitleveringsrechter. Acht hij deze voldoende, dan mag hij de uitlevering niet ontoelaatbaar verklaren op grond van de eerste volzin van lid 1. Indien de verzekering naar zijn oordeel voldoende is, moet hij de uitlevering toelaatbaar verklaren.¹⁰⁹² De beslissing tot uitlevering onder de in art. 3 lid 1 tweede volzin bedoelde verzekering,¹⁰⁹³ biedt de verzoekende staat twee mogelijkheden, afhankelijk van het gedrag van de opgeëiste persoon. Berust de opgeëiste persoon in de verstekveroordeling, dan mag de verzoekende staat de opgelegde vrijheidsstraf ten uitvoer leggen. Stelt hij daarentegen

¹⁰⁸⁵ Vgl. HR 3 april 1984, *NJ* 1984, 724, r.o. 6.2, *a contrario*. Toepassing van art. 3 lijdt evenwel uitzondering, indien die verdragspartij overeenkomstig art. 9 lid 2 onder c Tweede Aanvullend Protocol zich het recht heeft voorbehouden om Hoofdstuk III niet te aanvaarden. Op grond van lid 4 in samenhang met art. 21 lid 1 onder b Weens verdrag inzake het verdragenrecht geldt art. 3 Tweede Aanvullend Protocol dan niet ten opzichte van die partij; HR 19 mei 1992, *DD* 92.324.

¹⁰⁸⁶ Het voorbehoud zal worden ingetrokken, zodra alle partijen bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering het Tweede Aanvullend Protocol zullen hebben goedgekeurd (en Hoofdstuk III daarvan zullen hebben aanvaard): *Kamerstukken II* 1979/80, 15 965, nr. 3, p. 9.

¹⁰⁸⁷ *Kamerstukken II* 1980/81, 15 965, nr. 5, p. 8. In de Memorie van Toelichting werd nog overwogen dat art. 3 lid 1 overeenkomt met het Nederlandse voorbehoud: *Kamerstukken II* 1979/80, 15 965, nr. 3, p. 9.

¹⁰⁸⁸ Extradition: European standards 2006, p. 87, punt 25 (*Explanatory report*).

¹⁰⁸⁹ Het *Explanatory report* zegt dat de woorden “in its opinion” onderstrepen dat deze beoordeling is opgedragen aan de aangezochte staat: Extradition: European standards 2006, p. 87, punt 27.

¹⁰⁹⁰ HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44, r.o. 3.3; HR 16 september 2008, *LJN* BF0843, r.o. 3.5.2. In geen van beide arresten wordt overigens het verband met art. 5 lid 3 UW gelegd. Zie evenwel punt 7 van de conclusie van de A-G Keijzer vóór HR 4 december 2001, *LJN* AD4291: “Hoewel de eerste volzin van het eerste lid van deze bepaling facultatief is geredigeerd dient ingevolge art. 5, derde lid, Uitleveringswet de uitleveringsrechter, indien de in die volzin bedoelde omstandigheid zich voordoet, de verzochte uitlevering ontoelaatbaar te verklaren”.

¹⁰⁹¹ Extradition: European standards 2006, p. 87, punt 28.

¹⁰⁹² HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44, r.o. 3.3 (tenzij zich een andere ontoelaatbaarheidsgrond voordoet).

¹⁰⁹³ Lagodny, § 73 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 72, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

het in de verzekering bedoelde rechtsmiddel in, dan is de verzoekende staat bevoegd om over te gaan tot (verdere) strafvervolging.¹⁰⁹⁴ Lid 2 van art. 3 bevat een verdere bepaling die ten voordele van de bij verstek veroordeelde opgeëiste persoon strekt. De mededeling door de autoriteiten van de aangezochte staat aan de opgeëiste persoon in het kader van de uitleveringsprocedure dat hij bij verstek is veroordeeld, mag de verzoekende staat niet beschouwen als “a formal notification for the purposes of the criminal procedure in that State”. Aldus wordt voorkomen dat de termijn voor het instellen van het rechtsmiddel al zou ingaan - en mogelijkerwijs zou verstrijken - vóór de daadwerkelijke uitlevering.¹⁰⁹⁵

Uit de facultatieve formulering mag men afleiden, dat de verdragspartijen, althans een deel daarvan, een dergelijke weigering niet als een mensenrechtelijke verplichting zagen. Evenals het Nederlandse voorbehoud, is het Tweede Aanvullend Protocol tot stand gekomen¹⁰⁹⁶ en in werking getreden¹⁰⁹⁷ vóór de erkenning door het Europees Hof dat de aangezochte staat onder omstandigheden art. 6 EVRM zou kunnen schenden door over te gaan tot uitlevering. Nu art. 3 Tweede Aanvullend Protocol is geïnspireerd door het Nederlandse voorbehoud inzake verstekvonnissen, is de veronderstelling gerechtvaardigd dat de nationale dimensie van de Straatsburgse rechtspraak inzake de berechting bij verstek van belang is voor de toepassing van die bepaling.¹⁰⁹⁸ In de volgende subparagraaf zal ik onderzoeken hoe de uitleveringsrechter art. 3 Tweede Aanvullend Protocol toepast en of, en zo ja, welke invloed de rechtspraak van het Europees Hof daarop heeft.

VI.3.2.2 Toepassing

VI.3.2.2.1 Verstekvonnis en verdedigingsrechten

Volgens het *Explanatory report* is een “judgment *in absentia*” een judgment “rendered after a hearing at which the sentenced person was not personally present”. Evenals onder het Nederlandse voorbehoud, maakt dus de enkele omstandigheid dat de verdachte op één of meer zittingen aanwezig is geweest en op andere niet, het naar aanleiding van al die zittingen gewezen vonnis nog niet tot een op tegenspraak gewezen vonnis.¹⁰⁹⁹ Uitspraken van de cassatierechter vallen niet onder art. 3 lid 1 Tweede Aanvullende Protocol, omdat in de cassatieprocedure niet wordt “geoordeeld over de gegrondheid van de tegen de opgeëiste persoon ingestelde strafvervolging”.¹¹⁰⁰ Uit deze, kennelijk op art. 6 lid 1 EVRM gebaseerde formulering blijkt dat de Hoge Raad een verband tussen art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol en art. 6 EVRM legt.¹¹⁰¹ Evenals onder het voorbehoud, is de enkele omstandigheid

¹⁰⁹⁴ Extradition: European standards 2006, p. 87, punt 28.

¹⁰⁹⁵ Extradition: European standards 2006, p. 87, punt 29.

¹⁰⁹⁶ Het Tweede Aanvullend Protocol is op 17 maart 1978 te Straatsburg tot stand gekomen.

¹⁰⁹⁷ Het Tweede Aanvullend Protocol is op 5 juni 1983 in werking getreden.

¹⁰⁹⁸ Zoals ook het Zwitserse *Bundesgericht* bij de beantwoording van de vraag of in het strafproces in de verzoekende staat de minimale verdedigingsrechten in acht zijn genomen de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof volgt: Heimgartner 2002, p. 139-140; Zimmermann 2004, p. 487-488.

¹⁰⁹⁹ Vgl. HR 22 mei 2001, NJ 2002, 28, m.nt. G. Strijards.

¹¹⁰⁰ HR 22 mei 2001, NJ 2002, 28, m.nt. G. Strijards, r.o. 3.6.

¹¹⁰¹ Overigens zij opgemerkt, dat naar de rechtspraak van het Europees Hof cassatieprocedures wel onder de “determination (...) of any criminal charge” als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM vallen, maar dat “(t)he way in which [art. 6 lid 1] applies must, however, clearly depend on the special features of such proceeding”: EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65 (Delcourt/België), § 26. Een procedure waarin uitsluitend rechtsvragen ter beantwoording staan, “may comply with the requirements of Article 6, even though the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal court or court of cassation, provided that a public hearing was held at first instance and that the higher courts did not have the task of

dat de opgeëiste persoon bij verstek is veroordeeld niet voldoende voor toepassing van de weigeringsgrond. Daarvoor is vereist dat in de strafprocedure die tot het verstekvonnis heeft geleid de minimumrechten van de verdediging niet in acht zijn genomen. Men mag veronderstellen dat bij de beoordeling of aan die voorwaarde is voldaan, kennis van de opgeëiste persoon over de strafprocedure en de beschuldiging relevant zijn, nu een verdachte die minimumrechten redelijkerwijs niet kan uitoefenen of daarvan afstand kan doen zonder die kennis.

Een arrest uit 2001 lijkt de juistheid van deze veronderstelling aan te tonen. Het kennelijke oordeel van de rechtbank dat het vonnis van de zwarestrafrechtbank Bogazliyan (Turkije) "niet kan worden aangemerkt als een "judgement rendered in absentia" waarvan gezegd kan worden dat "the proceedings leading to the judgement did not satisfy the minimum rights of defence recognised as due to everyone charged with criminal offence"" gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was niet onbegrijpelijk.¹¹⁰² Daarbij was van belang, dat uit de stukken bleek dat de opgeëiste persoon ten tijde van de aanvang van de behandeling van de strafzaak gedetineerd was, dat hij vóór de aanvang van de behandeling ten minste éénmaal met zijn raadsman een zitting van de Turkse rechtbank had bijgewoond, dat de opgeëiste persoon na zijn ontslag uit voorarrest naar Nederland was vertrokken en dat zijn raadsman ook bij de latere zittingen namens de opgeëiste persoon de verdediging had gevoerd.¹¹⁰³ Uit deze omstandigheden kan inderdaad worden afgeleid dat de opgeëiste persoon wist dat er tegen hem een strafzaak liep, toen hij naar Nederland vertrok en dat de raadsman met zijn medeweten zijn verdediging heeft gevoerd.¹¹⁰⁴

Een later arrest uit 2001 lijkt echter afbreuk te doen aan de veronderstelling dat kennis van de strafprocedure vereist is voor de uitoefening van de minimumrechten van de verdediging.¹¹⁰⁵ Bij de Rechtbank Utrecht had de raadsman van de opgeëiste persoon aangevoerd dat zijn cliënt niet op de hoogte was van zijn strafzaak, geen contact had gehad met de aan zijn strafzaak toegevoegde raadsman en geen rechtsmiddel meer kon aanwenden, zodat hij niet in voldoende mate in de gelegenheid was geweest om zijn verdediging te voeren en hij die gelegenheid niet alsnog zou krijgen. De Rechtbank Utrecht was evenwel van oordeel dat, hoewel de opgeëiste persoon inderdaad bij verstek was veroordeeld, hij in voldoende mate in de gelegenheid was geweest om de verdediging te voeren. De opgeëiste persoon was in eerste instantie bij verstek veroordeeld door de Districtsrechtbank te Bruntál (Tsjechië). Tijdens die procedure werd de opgeëiste persoon bijgestaan door een advocaat die aan de strafzaak was toegewezen. Die advocaat stelde hoger beroep in tegen de verstekveroordeling, maar dat beroep werd ongegrond verklaard. De opgeëiste persoon was onvindbaar voor de Tsjechische autoriteiten, omdat hij zich niet ophield op de bekende adressen en omdat hij die autoriteiten nooit in kennis had gesteld van zijn werkelijke woon- of verblijfplaats. Het enkele feit dat de opgeëiste persoon zich voor de Tsjechische autoriteiten schuil hield, bracht niet mee dat hij niet in de gelegenheid was gesteld zich te verdedigen, zo overwoog de rechtbank. Van de hem geboden mogelijkheid maakte hij echter geen gebruik.

establishing the facts of the case, but only of interpreting the legal rules involved": zie (bijvoorbeeld) EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 18114/02 (Hermi/Italië), § 61.

¹¹⁰² HR 22 mei 2001, NJ 2002, 28, m.nt. G. Strijards, r.o. 3.7.

¹¹⁰³ HR 22 mei 2001, NJ 2002, 28, m.nt. G. Strijards, r.o. 3.5.

¹¹⁰⁴ Zo ook de A-G Jörg in punt 16 van zijn conclusie vóór HR 22 mei 2001, NJ 2002, 28, m.nt. G. Strijards.

¹¹⁰⁵ HR 4 december 2001, L/JN AD4291.

Bovendien was naar het oordeel van de rechtbank niet gebleken dat de behandeling van de strafzaak op onzorgvuldige wijze had plaatsgevonden.

Opmerkelijk is dat, hoewel de raadsman had aangevoerd dat de opgeëiste persoon niet op de hoogte was van de strafzaak en geen contact had gehad met de toegevoegde raadsman, de rechtbank niet had vastgesteld dat de opgeëiste persoon wél voldoende kennis droeg van de tegen hem aanhangige strafprocedure om zijn minimumrechten te kunnen (doen) uitoefenen. In zijn conclusie wees de A-G Keijzer erop dat het recht om zichzelf te verdedigen of daarbij de bijstand van een raadsman naar eigen keuze te hebben, behoort tot de “minimum rights of the defence”. De verdachte kan afstand doen van dat recht, maar dan moet hij in persoon in kennis zijn gesteld van de terechtzitting en die afstand moet dan ondubbelzinnig zijn.¹¹⁰⁶ Uit de rechtspraak van het Europees Hof blijkt dat ook de verdachte stappen dient te ondernemen, teneinde de ontvangst van post te verzekeren, indien hij door de autoriteiten ervan op de hoogte is gesteld dat een vervolging tegen hem aanhangig is.¹¹⁰⁷ Nu de rechtbank niet had vastgesteld dat de opgeëiste persoon weet had van de aanhangige strafprocedure noch dat de Tsjechische autoriteiten al het redelijke hadden gedaan om hem daarvan in kennis te stellen, was het oordeel van de rechtbank dat aan de opgeëiste persoon de gelegenheid tot verdediging was geboden op het eerste gezicht niet zonder meer begrijpelijk. De enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon zich schuil hield voor de Tsjechische autoriteiten bracht immers niet mee dat de opgeëiste persoon in de gelegenheid was gesteld om zich te verdedigen.¹¹⁰⁸ Toch hoefde dat niet tot cassatie te leiden. Omdat het Tsjechische vonnis een ernstig door de opgeëiste persoon veroorzaakt ongeval betrof met een voor één van de slachtoffers dodelijk gevolg - het veroorzaken van welk ongeval de opgeëiste persoon bij de Rechtbank Utrecht had toegegeven -, moest hij er rekening mee houden dat hij waarschijnlijk strafrechtelijk zou worden vervolgd. Tegen die achtergrond leverde de vaststelling dat de opgeëiste persoon zich niet ophield op de bekende adressen en nooit zijn werkelijke woon- of verblijfplaats aan de Tsjechische autoriteiten had doorgegeven naar de mening van de A-G voldoende grond op voor het oordeel dat de opgeëiste persoon op ondubbelzinnige wijze afstand had gedaan van zijn in art. 6 lid 3 onder c EVRM neergelegde recht. Aldus beschouwd, was de overweging van de rechtbank toch niet onbegrijpelijk.¹¹⁰⁹

De Hoge Raad las in de overwegingen van de rechtbank het kennelijke oordeel dat de Tsjechische beslissing niet kon worden aangemerkt als een “judgment *in absentia*” waarvan kon worden gezegd dat de daaraan voorafgegane procedure niet voldeed aan “the minimum rights of defence”. Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat het met waarderingen van feitelijke aard verweven oordeel van de rechtbank niet getuigde van een onjuiste rechtsopvatting noch onbegrijpelijk was en verwierp vervolgens het cassatiemiddel.

Met de A-G Keijzer ben ik van mening dat het oordeel van de rechtbank niet zonder meer begrijpelijk is. Van een verstekvonnis dat de minimumrechten van de verdediging respecteert, kan naar mijn mening alleen sprake zijn, indien de verdachte die rechten heeft kunnen (doen) uitoefenen. Daarvoor is vereist dat de verdachte voldoende op de hoogte is van de tegen hem aanhangige strafprocedure. In de uitleveringsprocedure heeft de

¹¹⁰⁶ De A-G verwees naar EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685 (Colozza/Italië) en EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641, m.nt. Kn (De Groot/Nederland).

¹¹⁰⁷ De A-G verwees naar EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (Hennings/Duitsland).

¹¹⁰⁸ De A-G verwees naar HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639.

¹¹⁰⁹ Punten 8-14 van de conclusie van de A-G Keijzer vóór HR 4 december 2001, *LJN* AD4291.

raadsman van de opgeëiste persoon aangevoerd dat de opgeëiste persoon niet over die kennis beschikte, maar de rechtbank heeft dienaangaande niets vastgesteld. Voor zover de rechtbank met haar overweging dat de opgeëiste persoon zich heeft schuilgehouden voor de Tsjechische autoriteiten heeft bedoeld te zeggen dat hij zich aan zijn berechting heeft getracht te onttrekken, lijdt deze overweging aan hetzelfde euvel. De enkele omstandigheid dat de verdachte zich kort na het vermoedelijke begaan van het feit niet ophoudt op zijn bekende adressen, rechtvaardigt bovendien niet de - met de onschuldpresumptie strijdende - conclusie dat de verdachte zich aan zijn berechting heeft getracht te onttrekken, zoals blijkt uit het arrest *Sejdovic*.¹¹¹⁰ De omstandigheid dat de opgeëiste persoon *in de uitleveringsprocedure* de veroorzaking van het ongeval heeft toegegeven, maakt dit naar mijn mening niet anders. Daaruit kan toch niet worden afgeleid dat hij *ten tijde van het verlaten van Tsjechië* ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht. Ook indien men rekening houdt met de beperkte mogelijkheid om in cassatie een met feitelijke vaststellingen verweven oordeel op zijn begrijpelijkheid te toetsen, is het arrest problematisch in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof in nationale gevallen.

In een arrest uit 2008 onderzocht de Hoge Raad - na cassatie van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam - als feitenrechter of het vonnis ter tenuitvoerlegging waarvan het verzoek tot uitlevering strekte, een verstekvonnis als bedoeld in art. 3 Tweede Aanvullend Protocol was.¹¹¹¹ De in de vorige alinea bedoelde cassatietechnische beperking speelde bij dit onderzoek dus geen rol. Toch lijkt dit arrest blijk te geven van eenzelfde minimale opvatting over respect voor de minimumrechten van de verdediging.

De opgeëiste persoon was een onderdaan van Kroatië, die door het *Municipal Court* te Cakovec (Kroatië) bij verstek was veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien maanden. Het Kroatische Ministerie van Justitie had meegedeeld dat de “Republic of Croatia is a state to the Second Additional Protocol to the European 1957 Convention on extradition and guarantees to the person claimed the right to trial (in sense of Article 3 of the Second Add. Protocol.)”, dat het Tweede Aanvullend Protocol inderdaad van toepassing was en dat de termijn van één jaar waarbinnen de opgeëiste persoon om een nieuw proces zou kunnen vragen, zou aanvangen op de dag na die van de overdracht van de opgeëiste persoon aan de Kroatische autoriteiten. Om die reden had de Rechtbank Amsterdam de uitlevering toegestaan ter fine van vervolging van de opgeëiste persoon.¹¹¹²

De Hoge Raad casseerde de uitspraak van de rechtbank, omdat het oordeel van de rechtbank dat de verjaring naar Kroatisch recht niet was ingetreden niet begrijpelijk was.¹¹¹³ In het eindarrest stelde de Hoge Raad vast dat het Kroatische uitleveringsverzoek strekte tot tenuitvoerlegging van de bij het verstekvonnis opgelegde straf. Na het verweer te hebben verworpen dat het recht tot strafvordering was verjaard naar het recht van Kroatië en van Nederland, ging de Hoge Raad over tot de bespreking van een op art. 3 Tweede Aanvullend Protocol gestoeld verweer. In eerste instantie had de raadsman van de opgeëiste persoon aangevoerd, dat de in de vorige alinea bedoelde garantie van het Kroatische Ministerie van

¹¹¹⁰ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*), § 44 (in de nummering van het Hof § 100). Vgl. ook EHRM 23 mei 2006, nr. 24379/02 (*Kounov/Bulgarije*), § 49: “(...) le requérant pouvait seulement supposer que des poursuites allaient être engagées mais ne pouvait en aucun cas avoir une connaissance précise des charges qui allaient être retenues”. Zie paragraaf 2.2.2.

¹¹¹¹ HR 11 november 2008, L/JN BC9546.

¹¹¹² Zie punt 4 van de conclusie van de A-G Vellinga ten behoeve van de zitting van 15 april 2008, opgenomen achter HR 11 november 2008, L/JN BC9546.

¹¹¹³ Tussenarrest van 3 juni 2008, opgenomen achter HR 11 november 2008, L/JN BC9546.

Justitie niet kon gelden als een garantie in de zin van art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol. Hangende de uitleveringsprocedure bij de Hoge Raad had de opgeëiste persoon evenwel via een Kroatische raadsman verzocht om heropening van de strafprocedure, welk verzoek, aldus de raadsman, was afgewezen, omdat de opgeëiste persoon niet op de zitting was verschenen waar het verzoek werd behandeld. De opgeëiste persoon had zijn paspoort moeten inleveren in het kader van de schorsing van de uitleveringsdetentie, zodat hij zijn recht op heropening niet had kunnen effectueren. De Hoge Raad overwoog dat uit het verstekvonnis bleek dat de zaak in eerste aanleg was behandeld in tegenwoordigheid van Želimir Breslauer, “court appointed defence lawyer”. Deze raadsman had vervolgens hoger beroep ingesteld en had gronden van beroep opgegeven, welk beroep uiteindelijk werd verworpen. Uit informatie van de President van het *County Court* te Cakovec bleek verder “(1) dat art. 412 van het Kroatische Wetboek van Strafvordering in geval een vonnis bij verstek is geweest, voorziet in een nieuwe behandeling van de zaak, mits de verdachte of zijn raadsman daartoe tijdig een verzoek heeft gedaan, (2) dat de verdachte gebruik heeft gemaakt van deze bevoegdheid doordat zijn raadsman Sewer Branko bedoeld verzoek heeft ingediend, en (3) dat dit verzoek op 20 augustus 2008 is afgewezen door het Municipal Court te Cakovec”. Uit een en ander trok de Hoge Raad de conclusie dat “bij het in Kroatië gevoerde strafproces, in zijn geheel beschouwd, de rechten van de verdediging als bedoeld in art. 3 van het Tweede Aanvullend Protocol bij het EUV in acht zijn genomen” en verwierp daarom het verweer.¹¹¹⁴

's Raads oordeel dat in de strafprocedure, bezien als geheel, de minimumrechten van de verdediging in acht zijn genomen, impliceert dat de door de Kroatische autoriteiten geboden garantie niet relevant was voor de toelaatbaarheid van de uitlevering. Die garantie speelt immers alleen een rol, indien naar het oordeel van de autoriteiten van de aangezochte staat wél sprake is van een “judgment *in absentia*” waarbij “the proceedings leading to the judgment did not satisfy the minimum rights of defence”. Indien in de procedure die tot de verstekveroordeling heeft geleid de minimumrechten van de verdediging gerespecteerd zijn, is er geen reden voor een garantie op een nieuw proces waarin die rechten alsnog gegarandeerd zullen worden. Uit het arrest blijkt echter niet of de opgeëiste persoon kennis had van de tegen hem in Kroatië aanhangige strafprocedure. Bij gebreke van die kennis kan, zoals al eerder gezegd, naar mijn mening geen sprake zijn van het effectueren van de minimumrechten van de verdediging. Dat de opgeëiste persoon in twee instanties is bijgestaan door een “court appointed lawyer” maakt dit niet anders. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad, evenals de raadsman, melding maakt van het afgewezen verzoek om heropening, maar dat hij, anders dan de raadsman, de reden voor de afwijzing van dat verzoek niet noemt. Dat suggereert mogelijk dat de reden van die afwijzing niet relevant is voor het oordeel dat in de procedure als geheel de minimumrechten van de verdediging in acht zijn genomen. Begrijpelijk lijkt mij dat niet, tenzij men aanneemt dat de opgeëiste persoon wel voldoende kennis had van de tegen hem aanhangige strafprocedure, maar zoals gezegd laat het arrest zich daarover niet uit.

¹¹¹⁴ HR 11 november 2008, *LJN* BC9546, r.o. 3.6.1-3.6.3.

Evenmin als bij de toepassing van het Nederlandse voorbehoud inzake verstekvonnissen, refereert de Hoge Raad bij de toepassing van art. 3 Tweede Aanvullend Protocol aan de rechtspraak van het Europees Hof, anders dan sommige van zijn A-G's.¹¹¹⁵

Anders dan bij de toepassing van het voorbehoud, lijkt de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met art. 3 lid 1 eerste volzin Tweede Aanvullend Protocol moeilijk te rijmen met de (nationale dimensie van de) rechtspraak van het Europees Hof. Het oordeel dat bij het strafproces dat tot het verstekvonnis heeft geleid de minimumrechten van de verdediging - zoals bedoeld in art. 6 lid 3 EVRM - in acht zijn genomen, veronderstelt dat de verdachte voldoende kennis had van de tegen hem aanhangige strafvervolging en van de tegen hem gerichte beschuldiging. Alleen die kennis stelt de verdachte immers in staat zijn verdedigingsrechten uit te oefenen of daarvan ondubbelzinnig afstand te doen. Juist op dit punt schieten enkele van de besproken arresten naar mijn mening te kort.

VI.3.2.2.2 Verzekering nieuw proces

Ook al wordt de uitlevering naar het oordeel van de uitleveringsrechter gevraagd ter tenuitvoerlegging van een “judgment *in absentia*” waarbij “the proceedings leading to the judgment did not satisfy the minimum rights of defence”, hij mag de uitlevering niet ontoelaatbaar verklaren, indien de verzoekende staat een “assurance” geeft, “considered sufficient to guarantee to the person claimed the right to a retrial which safeguards the rights of defence”. Bij de beoordeling of de geboden “assurance” voldoende is, geldt het vertrouwensbeginsel. De uitleveringsrechter moet - in beginsel - ervan uitgaan dat de verzoekende staat het Tweede Aanvullend Protocol zal naleven, moet met andere woorden aannemen dat de verzoekende staat zich zal houden aan de gegeven “assurance”. De stelling dat de gegeven “assurance” onvoldoende het recht op een nieuw proces waarborgt of dat de verzoekende staat die “assurance” niet zal naleven, komt neer op de stelling dat de opgeëiste persoon door uitlevering zou worden blootgesteld aan de tenuitvoerlegging van een in strijd met art. 6 EVRM tot stand gekomen verstekveroordeling. Daarom hanteert de Hoge Raad voor de uitzonderingen op het vertrouwen dat de verzoekende staat zich zal houden aan het Tweede Aanvullend Protocol zijn rechtspraak inzake schending van art. 6 EVRM. Voor een uitzondering op het vertrouwen is dan ook alleen plaats, indien (a) blijkt dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verzoekende staat de “assurance” niet zal nakomen, “waardoor de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan het risico van een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6, eerste lid, EVRM toekomend recht”, én (b) “voorts naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat hem na zijn uitlevering niet een rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste staat ter zake van die inbreuk”.¹¹¹⁶

De omstandigheid dat de geboden “assurance” afwijkt van de wettelijke bepalingen van de verzoekende staat is niet zonder meer doorslaggevend voor het oordeel of die “assurance” voldoet aan de eisen van art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol.¹¹¹⁷ Waar de “assurance” inhoudt dat de opgeëiste persoon na zijn uitlevering het recht op een nieuw proces *zal* genieten, terwijl de nationale wet van de verzoekende staat zegt dat hij een nieuw proces *kan*

¹¹¹⁵ In zijn conclusie vóór HR 4 december 2001, *LJN* AD4291 verwijst de A-G Keijzer naar EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685 (*Colozza/Italië*), EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (*Hennings/Duitsland*) en EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641, m.nt. Kn (*De Groot/Nederland*).

¹¹¹⁶ HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44, r.o. 3.3; HR 16 september 2008, *LJN* BF0843, r.o. 3.5.2; HR 29 mei 2012, *NJ* 2012, 368, r.o. 3.5.4.

¹¹¹⁷ HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44, r.o. 3.5; HR 29 mei 2012, *NJ* 2012, 368, r.o. 3.5.5.

verkrijgen, zal de verdediging dus een onderbouwd beroep moeten doen op het tweeledige criterium van de Hoge Raad.¹¹¹⁸ Een *dwingend* geformuleerde “assurance” en een *facultatief* geformuleerde nationale wetsbepaling zijn immers niet zonder meer met elkaar in strijd. Gelet op het vertrouwen dat de verzoekende staat de bepalingen van het Tweede Aanvullend Protocol zal naleven, mag men in beginsel aannemen dat de autoriteiten van die staat bij de toepassing van de facultatieve nationale bepaling de volkenrechtelijke verplichtingen van de verzoekende staat zullen betrekken. Het is mogelijk dat die veronderstelling onjuist is, bijvoorbeeld omdat de rechterlijke autoriteiten van de verzoekende staat zich niet gebonden achten aan toezeggingen van de executieve of dat het verdragsrecht in de verzoekende staat niet rechtstreeks werkt, maar het is aan de verdediging om zulks onderbouwd aan te voeren.

Een genoegzame “assurance” brengt mee dat de opgeëiste persoon na zijn uitlevering aanspraak kan maken op een nieuw proces waarin de rechten van de verdediging worden gegarandeerd, zodat de uitleveringsrechter voorbij mag gaan aan het verweer dat art. 6 EVRM al flagrant is geschonden tijdens de strafproces dat tot het verstekvonnis heeft geleid.¹¹¹⁹

Waar een “assurance” de bewoordingen van art. 3 lid 1 tweede volzin Tweede Aanvullend Protocol herhaalt of parafraseert, zal zij doorgaans als voldoende worden beschouwd. Een verzekering die niet geheel onvoorwaardelijk het recht op een nieuw proces garandeert, is evenwel niet zonder meer onvoldoende. Een dergelijke verzekering was aan de orde in een arrest uit 2008.¹¹²⁰ De opgeëiste persoon was bij verstek veroordeeld door de rechtbank te Skopje (Macedonië). De President van deze rechtbank had schriftelijk bericht dat hij op de vragen of de opgeëiste persoon op de hoogte was gesteld van de bewuste verstekvonnissen en of de verzettermijn van één jaar al verlopen was, geen antwoord kon geven: “Want eerst moet de veroordeelde [de opgeëiste persoon] een verklaring afleggen, namelijk hééft hij en concreet wannéér heeft hij gehoord van elke afzonderlijke veroordeling bij verstek. De termijn van 1 jaar voor aanvraag van een nieuwe zitting loopt, overeenstemmend met artikel 316 van het WSV, vanaf de dag dat de veroordeelde kennis heeft genomen van het vonnis in verstek. In de Nui-dossiers zijn geen gegevens dat de veroordeelde op de hoogte is gesteld van zijn vonnissen bij verstek en bij geen enkel afzonderlijk geding is er een vermelding dat de veroordeelde tot nog toe verzet heeft aangetekend tegen deze vonnissen”. De brief van de President sloot af met de mededeling: “Wanneer de veroordeelde geen notie heeft gehad van zijn veroordelingen bij verstek vóór hij door de Nederlandse autoriteiten hierover geïnformeerd is geweest, dan zal, bij uitlevering van de veroordeelde [de opgeëiste persoon] aan Macedonië, de aanvang van de termijn van 1 jaar voor aantekenen van verzet ingaan op het moment dat de veroordeelde door ons op de hoogte gebracht wordt van zijn vonnissen bij verstek, in overeenstemming met artikel 3 van het Tweede Supplementaire Verdrag van de Europese Conventie voor Uitleveringen”. In de inhoud van dit schrijven las de Hoge Raad, als feitenrechter,¹¹²¹ een verzekering als bedoeld in art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol.¹¹²²

¹¹¹⁸ HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44, r.o. 3.5.

¹¹¹⁹ HR 29 mei 2012, *NJ* 2012, 368, r.o. 3.5.6.

¹¹²⁰ HR 16 september 2008, *LJN* BF0843.

¹¹²¹ De Hoge Raad had eerder de uitspraak van de Rechtbank Utrecht vernietigd, waarbij de uitlevering ontoelaatbaar werd verklaard. Het oordeel van de rechtbank dat niet duidelijk was geworden of de opgeëiste persoon gebruik kon maken van het rechtsmiddel van verzet en, zo ja, of de termijn van één jaar waarbinnen de opgeëiste persoon verzet kon doen inmiddels was gaan lopen en zo nee, op welk moment de termijn dan wel zou aanvangen, vond de Hoge Raad niet zonder meer begrijpelijk, gelet op de inhoud van de hierboven aangehaalde brief van de President van de rechtbank te Skopje en op de ter zitting van de

Hoewel de verzekering een voorwaarde verbond aan het recht op een nieuw proces - de opgeëiste persoon moest na zijn uitlevering nog verklaren of, en zo ja, wanneer hij had gehoord van de verstekvonnissen -, is naar mijn mening begrijpelijk dat de Hoge Raad haar als een voldoende verzekering in de zin van art. 3 Tweede Aanvullend Protocol beschouwt. Kennelijk is naar het recht van Macedonië de mogelijkheid van verzet afhankelijk van het antwoord op de vraag of, en zo ja, wanneer de opgeëiste persoon kennis heeft gekregen van de verstekvonnissen (vóórdat de Nederlandse autoriteiten hem over deze vonnissen informeerden in het kader van de uitleveringsprocedure). Uit de Macedoonse dossiers bleek niet dat de opgeëiste persoon in kennis is gesteld van de verstekvonnissen. De enige bron waaruit zou kunnen blijken dat de opgeëiste persoon daarvan toch kennis had, is de opgeëiste persoon zelf, maar het ligt niet voor de hand om aan te nemen dat hij bij zijn verhoor in Macedonië zou verklaren dat hij al vóór de uitleveringsprocedure op de hoogte was van de verstekvonnissen.

VI.3.3 Conclusie

Vanuit Nederlands perspectief vloeien het facultatief geformuleerde Nederlandse voorbehoud inzake verstekvonnissen en het facultatieve art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol, in samenhang met het dwingende art. 5 lid 3 UW, niet voort uit een mensenrechtelijke verplichting. Voor zover op grond van het EVRM verplichtingen op de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat rusten met betrekking tot de uit- of overlevering inzake verstekvonnissen, rijken deze minder ver.

De formulering van het voorbehoud en van art. 3 lid 1 eerste volzin Tweede Aanvullend Protocol geeft aanleiding tot de veronderstelling dat bij de uitleg en toepassing daarvan aansluiting zal worden gezocht bij de (nationale dimensie van de) rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake het Nederlandse voorbehoud is *grosso modo* inderdaad in overeenstemming met die rechtspraak van het Europees Hof. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake art. 3 lid 1 eerste volzin Tweede Aanvullend Protocol daarentegen lijkt moeilijk te rijmen met de rechtspraak van het Europees Hof, omdat daarin onvoldoende rekening wordt gehouden met de eis dat de verdachte voldoende kennis had van de tegen hem aanhangige strafvervolgning en van de beschuldiging. Zonder die kennis kan de verdachte immers zijn minimumrechten niet uitoefenen, laat staan daarvan afstand doen.

Bij de beoordeling van de genoegzaamheid van de in art. 3 lid 1 tweede volzin Tweede Aanvullend Protocol bedoelde verzekering past de Hoge Raad zijn algemene rechtspraak inzake schending van art. 6 EVRM toe. Op grond van het vertrouwensbeginsel moet worden aangenomen dat de verzoekende staat het Tweede Aanvullend Protocol zal naleven, dat wil zeggen de gedane verzekering gestand zal doen. Zulks lijdt evenwel uitzondering, indien komt vast te staan dat uitlevering de opgeëiste persoon zou blootstellen aan het risico van een flagrante schending van art. 6 EVRM én de opgeëiste persoon daartegen in de verzoekende staat geen daadwerkelijk rechtsmiddel zou kunnen aanwenden. Een en ander leidt tot de conclusie dat bij de toepassing van art. 3 Tweede Aanvullend Protocol enerzijds de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof van belang zijn, althans van belang zouden moeten zijn - namelijk bij

Rechtbank Utrecht afgelegde verklaring van de opgeëiste persoon. Die verklaring hield onder meer in dat hij niet op de hoogte was gesteld door de Macedoonse autoriteiten. HR 27 mei 2008, *NJ* 2008, 341, r.o. 3.3.

¹¹²² HR 16 september 2008, *LJN* BF0843, r.o. 3.5.3.

de beantwoording van de vraag of in de verstekprocedure de minimumrechten van de verdediging in acht zijn genomen - en anderzijds de maatstaven van de transnationale dimensie met betrekking tot EVRM-partijen - namelijk bij de beantwoording van de vraag of de verzoekende staat de verzekering zal naleven.

VI.4 Overlevering en verstekvonnissen

VI.4.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de regelingen inzake verstekvonnissen van het Kaderbesluit en van de Nederlandse implementatie daarvan aan de orde. Het Kaderbesluit, zoals dat oorspronkelijk luidde, is inmiddels gewijzigd. In paragraaf 4.2 zal ik daarom eerst aandacht besteden aan art. 5 onder 1 Kaderbesluit en aan art. 12 OLW, zoals deze bepaling luidde tot 1 augustus 2011 (hierna art. 12 (oud) Olw). In de volgende paragraaf zal ik art. 4 bis Kaderbesluit, dat in de plaats is gekomen van art. 5 onder 1 Kaderbesluit, en art. 12 OLW, zoals deze bepaling sinds 1 augustus 2011 luidt, bespreken.

VI.4.2 Art. 5 onder 1 Kaderbesluit en art. 12 (oud) OLW

VI.4.2.1 Art. 5 onder 1 Kaderbesluit

VI.4.2.1.1 Inleiding

Art. 5 onder 1 Kaderbesluit kent aan de lidstaten de bevoegdheid toe om in de implementatiewetgeving de tenuitvoerlegging van een EAB afhankelijk te stellen van de voorwaarde “dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een voldoende garantie geeft dat de persoon tegen wie het Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd, in de gelegenheid zal worden gesteld in de uitvaardigende lidstaat om een nieuw proces te verzoeken en aanwezig te zijn op de terechtzitting”, indien dat EAB strekt “ter uitvoering van een bij verstek opgelegde vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel”. Van een “bij verstek” opgelegde vrijheidssanctie is sprake, indien “de betrokkene niet aanwezig was omdat hij niet persoonlijk gedagvaard of anderszins in kennis gesteld is van datum en plaats van de terechtzitting die tot het verstekvonnis heeft geleid”.

Een aantal lidstaten neemt een verband aan tussen deze bepaling en art. 6 EVRM. Zo wijst de Belgische wetgever erop dat art. 5 onder 1 Kaderbesluit gebaseerd is op art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol,¹¹²³ dat op zijn beurt geïnspireerd is door art. 6 EVRM. De Duitse wetgever verwijst naar “die Europäische Menschenrechtskonvention (...) und, als Ausfluss hieraus, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte” als “Prüfungsmaßstab einer ausländischen Abwesenheitsentscheidung”.¹¹²⁴ De Oostenrijkse wet bepaalt dat de andere wijze van kennisgeving van datum en plaats van de terechtzitting dan dagvaarding in persoon moet hebben plaatsgevonden “im Einklang mit Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten”.¹¹²⁵ Ook de Nederlandse wetgever, ten slotte, verwijst in de

¹¹²³ *Parl. St. Kamer* 2003/04, nr. 279/001, p. 17.

¹¹²⁴ *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 19.

¹¹²⁵ § 11 Z 2 (oud) *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*.

parlementaire stukken naar de rechtspraak van het Europees Hof inzake art. 6 EVRM.¹¹²⁶ Ondanks dit verband, hebben de lidstaten slechts een *facultatieve* bepaling opgenomen. Uit de aanhef van art. 5 Kaderbesluit volgt dat de lidstaten de implementatie van art. 5 onder 1 achterwege mogen laten.¹¹²⁷ Dat lijkt te betekenen dat niet alle lidstaten,¹¹²⁸ van oordeel zijn dat art. 6 EVRM *verplicht* tot het stellen van de in art. 5 onder 1 Kaderbesluit bedoelde voorwaarde onder de in die bepaling genoemde omstandigheden. Volgens Ligeti is de bepaling opgenomen in het Kaderbesluit, ten einde tegemoet te komen aan sommige lidstaten tot wier “unverzichtbaren Verfassungbestand” behoort dat “der Verfolgte nach Erlangung der Kenntnis über ein gegen ihn ergangenes Abwesenheitsurteil die Möglichkeit erhält, nachträgliches rechtliches Gehör zu erhalten (...)”.¹¹²⁹ Indien dit inderdaad de reden van de opname van deze bepaling is, wordt de stelling bevestigd dat niet alle lidstaten van mening zijn dat art. 6 EVRM verplicht tot opname van een dergelijke bepaling. Murschetz werpt een vergelijkbare reden op. Volgens haar vonden de lidstaten de algemene verwijzingen in de preambule naar de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten kennelijk onvoldoende en vonden zij een uitdrukkelijke regeling noodzakelijk.¹¹³⁰ Ook hiervoor geldt, dat kennelijk niet alle lidstaten van oordeel waren dat die verplichting noopte tot het opnemen van een dwingende bepaling in het Kaderbesluit. Daarnaast meldt Ligeti dat art. 5 onder 1 Kaderbesluit ook is opgenomen ter “Wahrung der Rechte” van de opgeëiste persoon.¹¹³¹ Iets soortgelijks meent ook Bot: de Europese wetgever heeft art. 5 onder 1 Kaderbesluit opgenomen, teneinde een “déni de justice” in de zin van de rechtspraak van het Europees Hof te voorkomen.¹¹³² Of de bepaling dat doel kan dienen, hangt evenwel af van het antwoord op de vragen 1) of, ondanks de facultatieve formulering van art. 5 onder 1 Kaderbesluit, het primaire Unierecht de lidstaten dwingt tot implementatie van die bepaling en, zo ja, 2) welke betekenis aan de in die bepaling bedoelde garantie moet worden toegekend.

VI.4.2.1.2 Implementatie verplicht?

Gezien de facultatieve formulering van art. 5 onder 1 Kaderbesluit rijst de vraag of een primairrechtelijke uitleg noopt tot implementatie van deze bepaling en, zo ja, of die uitleg tot een imperatieve invulling dwingt. Ingevolge art. 6 VEU is de uitvoerende lidstaat immers gehouden art. 6 EVRM na te leven bij de implementatie van het Kaderbesluit en bij de uitvoering daarvan in concrete gevallen. Een soortgelijke verplichting vloeit voort uit art. 47 alinea's 2 en 3 jo. art. 51 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Volgens de *Toelichtingen* correspondeert art. 47 alinea's 2 en 3 Handvest met art. 6 lid 1

¹¹²⁶ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 16.

¹¹²⁷ “De tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel door de uitvoerende rechterlijke autoriteit kan door het recht van de uitvoerende lidstaat afhankelijk worden gesteld van een van de volgende voorwaarden (...)”, (mijn cursivering). Vgl. ten aanzien van art. 4 onder 6 én 5 onder 3 Kaderbesluit HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 51: “De regeling van het kaderbesluit, zoals dat blijkt uit met name de voorschriften van de artikelen ervan, laat de lidstaten immers de mogelijkheid om in specifieke gevallen de bevoegde rechterlijke autoriteiten toe te staan te beslissen dat een opgelegde straf ten uitvoer moet worden gelegd op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat” (mijn cursivering).

¹¹²⁸ Voor het aannemen van het Kaderbesluit was immers unanimitieit vereist: art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU.

¹¹²⁹ Ligeti 2005, p. 132.

¹¹³⁰ Murschetz 2007a, p. 356.

¹¹³¹ Ligeti 2005, p. 132.

¹¹³² Bot 2009, p. 469. Zij verwijst in dit verband onder meer naar *Colozza, Einhorn, Sejdovic* en *Stoichkov*.

EVRM.¹¹³³ Ingevolge art. 52 lid 3 Handvest moeten rechten van het Handvest die corresponderen met rechten van het EVRM op dezelfde wijze worden uitgelegd als die EVRM-rechten.

Ten tijde van de aanname van het Kaderbesluit¹¹³⁴ en gedurende de implementatieperiode¹¹³⁵ konden de lidstaten inderdaad aannemen dat de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten dwong tot implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit.¹¹³⁶ In de beslissing *Einhorn*, die uit 2001 stamt, legde het Europees Hof immers een verband tussen de nationale en de transnationale dimensie van berechting bij verstek. Wat in de nationale dimensie een “denial of justice” oplevert - kort gezegd: een veroordeling bij verstek zonder dat de verdachte ondubbelzinnig afstand heeft gedaan en zonder dat de verdachte een nieuw proces kan verkrijgen - kan in de transnationale dimensie een “flagrant denial of justice” in de zin van de *Soering*-rechtspraak opleveren. De lidstaten konden zich dus op het standpunt stellen dat de mogelijkheid om de overlevering afhankelijk te maken van het recht op een nieuw proces nodig was, teneinde een mogelijke schending van art. 6 EVRM door de uitvoerende lidstaat te voorkomen. Eerst later is gebleken dat het Europees Hof bij de toepassing van het criterium “flagrant denial of justice” principieel onderscheid maakt tussen uitlevering aan derde staten en uit- en overlevering aan partijen bij het EVRM. In paragraaf 2.3.2 is gebleken dat de *huidige* stand van de transnationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof niet dwingt tot het vragen van een garantie op een nieuw proces. Het primaire Unierecht dwingt de lidstaten dus niet tot implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit. *Achteraf bezien*, hebben de lidstaten die art. 5 onder 1 Kaderbesluit wel hebben geïmplementeerd dit - vanuit het perspectief van het Unierecht - onverplicht gedaan. Voor implementatie in de vorm van een dwingende weigeringsgrond geldt *a fortiori* hetzelfde.

VI.4.2.1.3 Inhoud garantie

De in art. 5 onder 1 Kaderbesluit bedoelde garantie hoeft, anders dan de garantie van art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol, naar de letter niet in te houden dat de opgeëiste persoon *recht* heeft op een nieuw proces. Voldoende is dat hij na zijn overlevering in de gelegenheid zal worden gesteld om een nieuw proces te *verzoeken* en aanwezig te zijn op de terechtzitting.¹¹³⁷ Volgens Murschetz hoeft de garantie strikt genomen dan ook niet in te houden dat de opgeëiste persoon desgevraagd daadwerkelijk een nieuw proces zal krijgen. Zo kan de mogelijkheid om een verzoek als bedoeld in art. 175 van het Italiaanse Wetboek van Strafvordering - een bepaling die volgens het arrest *Sejdovic* “did not guarantee with sufficient certainty that the applicant would have the opportunity of appearing at a new

¹¹³³ *Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten*, PbEU 2007, C 303/34.

¹¹³⁴ Het Kaderbesluit is op 13 juni 2002 aangenomen.

¹¹³⁵ De lidstaten dienden het Kaderbesluit uiterlijk op 31 december 2003 te hebben geïmplementeerd (art. 34 lid 1 Kaderbesluit).

¹¹³⁶ Het ligt voor de hand dat niet *alle* lidstaten een dergelijke implementatieverplichting aannamen, omdat art. 5 onder 1 Kaderbesluit *facultatief* is geformuleerd. Zouden *alle* lidstaten van een implementatieverplichting zijn uitgegaan, dan zouden zij art. 5 onder 1 Kaderbesluit wel als een *imperatieve* bepaling hebben geformuleerd (zie paragraaf 4.2.1.1).

¹¹³⁷ Zo ook de Duitse (“die Möglichkeit (...) zu beantragen”), Engelse (“an opportunity to apply”), Franse (“la possibilité de demander”), Italiaanse (“la possibilità di richiedere”), Spaanse (“la posibilidad de pedir”) en Portugese taalversies (“a possibilidade (...) de requerer”).

trial to present his defence”¹¹³⁸ volstaan als garantie in de zin van art. 5 onder 1 Kaderbesluit.¹¹³⁹ De formulering van de garantie heeft op dit punt in de literatuur meer kritiek ontmoet.¹¹⁴⁰ Zij zou niet voldoen aan de in de rechtspraak van het Europees Hof neergelegde maatstaven. In dit verband is opmerkelijk dat de auteurs die hun kritiek leverden ná de beslissing *Cenaj* met die beslissing geen rekening lijken te hebben gehouden, althans deze beslissing niet melden.

Tegen de in de vorige alinea bedoelde lezing van art. 5 onder 1 Kaderbesluit kan worden ingebracht dat de garantie een tweeledige is. Zij dient ook in te houden dat de opgeëiste persoon in de gelegenheid zal worden gesteld om “aanwezig te zijn op de terechtzitting”. De vraag rijst dan welke zitting met “de terechtzitting” wordt bedoeld. Is dat de zitting waarop het verzoek om een nieuw proces wordt behandeld of de zitting waarop de nieuwe inhoudelijke behandeling plaatsvindt? Het woord “terrechtzitting” lijkt te duiden op een zitting waarop de inhoudelijke behandeling van de tegen de opgeëiste persoon aanhangige beschuldiging plaatsvindt. Op een dergelijke zitting staat de verdachte immers terecht. Andere taalversies bevestigen deze lezing.¹¹⁴¹ Indien het tweede deel van de garantie inderdaad ziet op de aanwezigheid van de opgeëiste persoon bij het nieuwe proces, moet het eerste deel van de garantie redelijkerwijs zo worden verstaan, dat het verzoek om een nieuw proces moet worden ingewilligd. Bij afwijzing van een dergelijk verzoek kunnen de

¹¹³⁸ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 48 (in de nummering van het Hof § 104).

¹¹³⁹ Murschetz 2007a, p. 357.

¹¹⁴⁰ Alegre & Leaf 2003, p. 57 (“Finally, the article 5(1) ‘opportunity to apply’ for a retrial will not necessarily guarantee a retrial, as required by article 6 ECHR”); Blekxtoon 2004b, p. 585 (“Verzoeken is natuurlijk niet voldoende: vragen staat vrij, maar het gaat hier om een *garantie* en die heeft alleen inhoud als er ook een nieuw proces komt als er om gevraagd wordt”); Blekxtoon 2005, p. 240 (“Asking is for free as the saying goes”); De Herdt 2008-2009, p. 1514 (“De huidige garantie levert immers niet de zekerheid op dat het verzoek om een nieuw proces zal worden ingewilligd en dat aldus het recht op een eerlijk proces (alsnog) wordt gerealiseerd”); Jones 2009, p. 335 (“Commentators have observed, however, that this may not fully meet the requirements set out by the European Court on Human Rights on proceedings *in absentia*”); Keijzer 2009a, p. 45 (“However, the right to apply for a retrial does not suffice to redress the violation of Article 6 that has occurred: applications can be rejected”); Krapac 2005, p. 128: (“Taken in isolation, this phrase could be interpreted in a way which does not provide a person convicted *in absentia* with a right to a retrial, but rather as a procedural possibility, depending on the issuing authorities’ discretion”); Mackarel 2009, p. 147 (“This is less of a guarantee than is offered under the previous Council of Europe extradition arrangements”); Peers 2011, p. 687 (“(...) there was no guarantee that the issuing State had to offer a retrial and that, failing that, the executing Member State could not execute the issuing State’s decision”); Sanders 2007, p. 25 (“Artikel 5 lid 1 van het kaderbesluit is wat ongelukkig geformuleerd. Het gaat er natuurlijk niet om dat de betrokkene in de gelegenheid wordt gesteld om een nieuw proces te verzoeken maar dat de opgeëiste persoon een nieuw proces krijgt”); Schilling 2007, p. 16 (“Zum einen entspricht ein reines Antragsrecht den Verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 6 EMRK nicht; nach der Rechtsprechung des EGMR ist vielmehr tatsächlich ein neues Verfahren erforderlich”); Zeder 2003, p. 385 (“(...) die Zusicherung muss nur darin bestehen, das der Verurteilte die Möglichkeit haben muss, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen (Art 5 Z 1); dass diese tatsächlich bewilligt wird, ist nach dem Wortlaut nicht erforderlich”).

¹¹⁴¹ Zie de Engelse (“to apply for a retrial of the case in the issuing Member State and to be present at the judgment”), Franse (“de demander une nouvelle procédure de jugement dans l’État membre d’émission et d’être *jugée* en sa presence”), de Italiaanse (“di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al *giudizio*”), de Portugese (“de requerer um novo julgamento no Estado-Membro de emissão e de estar presente no *julgamento*”) taalversies, (mijn cursivering). Gelet op de genoemde taalversies en op de Nederlandse taalversie, zullen de woorden “at the judgment” in de Engelse taalversie moeten worden verstaan als “at the trial”: Blekxtoon 2005, p. 240; Keijzer 2009a, p. 45.

autoriteiten van de uitvoerende lidstaat immers niet de garantie naleven dat de opgeëiste persoon in de gelegenheid zal worden gesteld om aanwezig te zijn op de terechtzitting.

Wat er ook zij van deze lezing van de tweeledige garantie, duidelijk is dat art. 5 onder 1 Kaderbesluit niet *uitdrukkelijk* een recht op een nieuw proces garandeert.¹¹⁴² Een aantal lidstaten heeft art. 5 onder 1 Kaderbesluit evenwel zo geïmplementeerd, dat de garantie toch een uitdrukkelijk recht op een nieuw proces dient in te houden. Illustratief is in dit verband § 83 Nr. 3 van het Duitse *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, welke bepaling eist dat de opgeëiste persoon na zijn overlevering “das Recht auf ein neues Gerichtsverfahren, in dem der gegen ihn erhobene Vorwurf umfassend überprüft wird, und auf Anwesenheit bei der Gerichtsverhandlung eingeräumt wird”.¹¹⁴³ De Duitse wetgever heeft bij de implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit de garantie niet alleen aangescherpt op het punt van het verzoek, maar ook voor wat betreft de omvang van het nieuwe proces. In het nieuwe proces moet de beschuldiging tegen de opgeëiste persoon “umfassend” beoordeeld worden. Deze eis berust kennelijk op de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek (zowel in de nationale als in de transnationale dimensie).¹¹⁴⁴ Het Europees Hof spreekt immers van “a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact” door een “court which has heard him”.¹¹⁴⁵ Andere lidstaten die hebben voorzien in de garantie van een recht op een nieuw proces, hebben de bepalingen op andere punten aangescherpt. Zo eist de Oostenrijkse wetgeving dat de opgeëiste persoonlijk is opgeroepen voor de terechtzitting “unter Androhung der Folgen ihres ungerechtfertigten Fernbleibens” dan wel dat de opgeëiste persoon op andere wijze op de hoogte is gebracht van tijd en plaats van de zitting “im Einklang mit Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten”.¹¹⁴⁶ Deze aanscherping knoopt kennelijk aan bij de eisen die het Europees Hof stelt aan de kennisgeving van de terechtzitting en aan de mogelijkheid van ondubbelzinnige afstand van het aanwezigheids- en verdedigingsrecht. Zij komt tegemoet aan de kritiek in de literatuur dat kennisgeving op andere wijze dan door dagvaarding in persoon - in welk geval art. 5 onder 1 Kaderbesluit toepassing mist - niet strookt met de rechtspraak van het Europees Hof.¹¹⁴⁷ Opvallend is dat een aantal van deze auteurs hun kritiek uitten nadat (de Grote

¹¹⁴² Tijdens de onderhandelingen over het Kaderbesluit heeft wel een ontwerp voorgelegen waarin de garantie een recht op een nieuw proces inhield (“(...) assurances deemed adequate to guarantee the person who is the subject of the European arrest warrant the right to a new judgment procedure which safeguards the rights of the defence”: Raadsdocument 13425/01 van 31 oktober 2001), maar de bepaling is tijdens het verloop van de onderhandelingen afgezwakt. Vgl. *House of Lords Select Committee on European Union, Sixteenth Report*, 26 February 2002: “(...) it would seem that not all Member States were prepared, for whatever reasons, to give the individual concerned an express right to a retrial in the text of the decision”.

¹¹⁴³ Zo ook de Oostenrijkse wetgever. Zie § 11 Z 3 (oud) *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*: “(...) die ausstellende Justizbehörde unwiderruflich zusichert, dass einem Antrag der gesuchten Person auf Wiederaufnahme des Verfahrens und persönliche Anwesenheit bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung im Ausstellungsstaat ohne Anführung weiterer Gründe stattgegeben werden wird”.

¹¹⁴⁴ Vgl. *Bundestag Drucksache* 15/2677, p. 6.

¹¹⁴⁵ Zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 26 (in de nummering van het Hof § 82); EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk), § 33; EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (Cenaj/Griekenland en Albanië): “(...) qu’une juridiction statue à nouveau, après l’avoir entendu, sur le bien-fondé de l’accusation en fait comme en droit (...)”.

¹¹⁴⁶ Zoals in paragraaf 4.2.2 zal blijken, heeft de Nederlandse wetgever iets soortgelijks gedaan.

¹¹⁴⁷ Blekxtoon 2004a, p. 27 (“Het KB bevat hier een fout die door het Nederlandse wetsontwerp is rechtgezet”); Blekxtoon 2005, p. 239 (“The present text (...) gives no guarantee whatsoever that the suspect

Kamer van) het Europees Hof in het arrest *Sejdovic* had geoordeeld dat officiële kennisgeving in persoon niet steeds is vereist voor het aannemen van ondubbelzinnige afstand van het aanwezigheids- en verdedigingsrecht.¹¹⁴⁸

De Belgische wetgever heeft art. 5 onder 1 Kaderbesluit - min of meer - letterlijk overgenomen. Volgens het Grondwettelijk Hof moet deze facultatieve bepaling worden gelezen in samenhang met de bepaling die weigering van de overlevering voorschrijft, indien ernstige redenen bestaan om te bedenken dat de tenuitvoerlegging van het EAB afbreuk zou doen aan de fundamentele rechten van de opgeëiste persoon, zoals bedoeld in art. 6 VEU, waartoe het recht op deelname aan de behandeling ter zitting behoort. Onder verwijzing naar onder meer *Colozza* en *Sejdovic*, is het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de Belgische uitvoerende rechterlijke autoriteit zal moeten “nagaan of tegen de veroordeling bij afwezigheid van de gezochte persoon een rechtsmiddel openstaat dat leidt tot een nieuwe beoordeling ten gronde”.¹¹⁴⁹

Indien men de nadruk legt op het eerste deel van de garantie en aanneemt dat art. 5 onder 1 Kaderbesluit op zichzelf alleen ziet op de mogelijkheid van een verzoek om een nieuw proces, dan zijn de lidstaten die hebben voorzien in de garantie van een recht op een nieuw proces buiten de grenzen van die bepaling getreden. Ten tijde van de aanname en implementatie van het Kaderbesluit konden de lidstaten zich, onder verwijzing naar *Einhorn*,¹¹⁵⁰ evenwel op het standpunt stellen dat de enkele mogelijkheid van een verzoek om een nieuw proces onvoldoende was om een schending van art. 6 EVRM door de uitvoerende lidstaat af te wenden. Omdat de *huidige* stand van de transnationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek niet dwingt tot het vragen van een garantie van het recht op een nieuw proces, hebben deze lidstaten, *achteraf bezien*, vanuit het perspectief van het Unierecht meer bescherming geboden dan waartoe zij

*knew about the place and date (...). Otherwise informed can include any fictional method of notification, e.g., at the Town Hall (like in France), at the court registry (like in the Netherlands), etc., without any guarantee that the message has ever reached the suspect”); De Herdt 2008-2009, p. 1513 (“Beter ware het dus geweest om de zinsnede “of anderszins in kennis is gesteld” te herformuleren door expliciet op te nemen dat het moet gaan om een andere manier om de betrokkene *in persoon* in kennis te stellen (...)”); Janssens 2007, p. 24 (“Deze zinsnede is ongelukkig geformuleerd omdat ‘anderszins in kennis gesteld’ zou kunnen impliceren dat de kennisstelling op fictieve wijze plaatsvindt, bijvoorbeeld op het gemeentehuis of op de griffie van de rechtbank, zonder dat de betrokkene effectief in kennis gesteld werd”); Keijzer 2009a, p. 44 (“In the first place, the words ‘has not been summoned in person or otherwise informed’ did not clearly exclude the person concerned is ‘informed’ formally, e.g. by sending the information by mail to his or her last known address, or by serving it on a member of his or her household, or by delivering it to the court’s registrar’s office, or by putting up a notice at the town hall, without having been established that this information has indeed come to the knowledge of the accused”); Murschetz 2007a, p. 357 (“(...) dass die bloß informelle Kenntnis über den Verhandlungstermin das Verfahren in Abwesenheit des Betroffenen nicht rechtfertigen kann”); Tinkl 2008, p. 214-215 (“Die Formulierung (...) könnte darauf schließen lassen, dass auch etwa eine öffentliche Zustellung o.ä. für eine i.S.v. Art. 5 N 1 RbEUHB ausreichende Ladung genügen soll. Im Englischen und Französischen ist der Wortlaut genauso missverständlich wie im Deutschen”). Vgl. de opvatting van het *Oberlandesgericht Karlsruhe*, dat eist dat “es in beiden aufgezeigten Fällen des sicheren Nachweises bedarf, dass die Ladung oder aber eine Unterrichtung auf sonstige Weise den Verfolgten auch persönlich erreicht haben muss und nicht nur die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme für ihn bestand”: OLG Karlsruhe 14 september 2004, 1 AK 0/04.*

¹¹⁴⁸ Zie paragraaf 2.2.4.

¹¹⁴⁹ Grondwettelijk Hof 10 oktober 2007, arrest nr. 128/2007 (Advocaten voor de Wereld), r.o. B.8.3-B.8.5, (mijn cursivering). Zie over de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie inzake deze bepaling De Herdt 2008-2009, p. 1514; Dewulf 2009, p. 210; Janssens 2007, p. 61.

¹¹⁵⁰ EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk). Zie paragraaf 4.2.1.2.

verplicht zijn. Deze lidstaten zouden thans nog een beroep kunnen doen op de laatste alinea van overweging 12 van de preambule bij het Kaderbesluit, volgens welke het Kaderbesluit “de toepassing door de lidstaten van hun grondwettelijke bepalingen betreffende het recht op een eerlijke rechtsgang (...)” onverlet laat.¹¹⁵¹

Betrekt men daarentegen ook het tweede deel van de garantie bij de uitleg van art. 5 onder 1 Kaderbesluit en neemt men om die reden aan dat die garantie wel het recht op een nieuw proces behelst, dan gaat die bepaling verder dan het primaire Unierecht - *thans* - eist. Vanuit juridisch gezichtspunt is dat op zichzelf niet problematisch, omdat het EVRM¹¹⁵² en het Handvest¹¹⁵³ toelaten dat het Unierecht een ruimere bescherming biedt.¹¹⁵⁴ Bezien tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning, dat immers op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten berust, is het bieden van extra bescherming evenwel niet zonder bedenking. Bij deze lezing van art. 5 onder 1 Kaderbesluit lijkt het erop dat de lidstaten, althans sommige lidstaten, op het punt van de berechting bij verstek onvoldoende vertrouwen hadden in de kwaliteit van de strafrechtspleging van andere lidstaten, in het bijzonder in het vermogen van de rechterlijke autoriteiten van die lidstaten om hun strafproces op een EVRM-conforme wijze toe te passen.

Tegen de ruime uitleg en implementatie van de garantie pleit dat daardoor de beslissingslast komt te rusten op daartoe minder geëigende schouders. Uit de beslissing *Stapleton* valt immers af te leiden dat de rechter in de uitvaardigende lidstaat beter in staat is de feitelijke en juridische aspecten te beoordelen van het verweer dat art. 6 EVRM is geschonden of dreigt te worden geschonden in de strafprocedure in die lidstaat dan de rechter in de uitvoerende lidstaat.¹¹⁵⁵ Zoals in de paragrafen 2.2.2-2.2.4 is gebleken, spelen bij de beoordeling of - naar de maatstaven van de nationale dimensie - het recht op een “fresh determination” is vereist tal van feitelijke en juridische aspecten een rol, die voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit mogelijk moeilijk te overzien zijn (bijvoorbeeld: was de opgeëiste persoon anders dan door officiële kennisgeving op de hoogte; werd de opgeëiste persoon buiten zijn afwezigheid verdedigd door zijn daartoe gemachtigde raadsman; had de opgeëiste persoon zich aan zijn berechting onttrokken?). Een en ander laat zich beter beoordelen door de rechter in de uitvaardigende lidstaat, die niet alleen beschikt over het strafdossier, maar - na de overlevering - ook over de opgeëiste persoon, waar de uitvoerende rechterlijke autoriteit beschikt over de opgeëiste persoon als kenbron, maar niet over het strafdossier.

VI.4.2.1.4 Bindendheid garantie

Volgens art. 5 onder 1 Kaderbesluit geeft de uitvaardigende autoriteit de in die bepaling bedoelde garantie. Die autoriteit is weliswaar een “rechterlijke” autoriteit, maar zij hoeft niet de rechter te zijn die zich over een eventueel verzoek om een nieuw proces zal buigen. Nu het aan de lidstaten is om de tot uitvaardiging bevoegde autoriteiten aan te wijzen,¹¹⁵⁶ kan de uitvaardigende autoriteit ook een officier van justitie zijn. Daarmee rijst de vraag of de door de uitvaardigende rechterlijke/justitiële autoriteit gegeven garantie bindend is voor

¹¹⁵¹ Zie Hoofdstuk V.2.3.1.

¹¹⁵² Art. 53 EVRM.

¹¹⁵³ Art. 52 lid 3 Handvest.

¹¹⁵⁴ Zie ook Hoofdstuk V.2.3.1.

¹¹⁵⁵ EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (*Stapleton/Ierland*), § 29. Zie paragraaf 2.3.2.

¹¹⁵⁶ Art. 6 lid 1 Kaderbesluit.

de rechter van de uitvaardigende lidstaat aan wie het in de garantie bedoelde verzoek om een nieuw proces wordt gedaan.

Bij een beperkte uitleg van art. 5 onder 1 Kaderbesluit - de mogelijkheid van een verzoek om een nieuw proces volstaat - is het al dan niet bindende karakter van de garantie nauwelijks een probleem. Ook indien de rechter in de uitvaardigende lidstaat het door de opgeëiste persoon gedane verzoek om een nieuw proces niet-ontvankelijk verklaart of afwijst, is de garantie nageleefd. De opgeëiste persoon is dan immers in de gelegenheid gesteld om een dergelijk verzoek te doen.

Bij een ruime uitleg (of implementatie) van art. 5 onder 1 Kaderbesluit - een eventueel verzoek zal daadwerkelijk tot een nieuw proces moeten leiden - is het karakter van de garantie daarentegen wel problematisch. Afgezien van niet naleving van de termijn en vormen voor het indienen van een verzoek om een nieuw proces, betekent de niet-ontvankelijkheid of afwijzing van dat verzoek door de (straf)rechter immers dat de garantie niet is nageleefd.

Hoewel het Kaderbesluit daarover niets zegt, moet mijns inziens worden aangenomen dat de in art. 5 onder 1 Kaderbesluit bedoelde garantie bindend is en dat de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat dus gehouden zijn om die garantie na te leven. Daarop duidt het gebruik van het woord "garantie": een "garantie" die niet bindt is geen garantie.¹¹⁵⁷ Het zou bovendien bezwaarlijk met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten te rijmen zijn, indien de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat de garantie, die de uitvoerende justitiële autoriteit nodig achtte als voorwaarde voor overlevering, naast zich neer zouden kunnen leggen. Sommige lidstaten hebben dan ook in hun implementatiewetgeving opgenomen dat de door hun autoriteiten gegeven garanties verbindend zijn.¹¹⁵⁸

Betekent dit nu dat de uitvaardigende officier van justitie de onafhankelijke strafrechter van zijn lidstaat zou kunnen binden door het geven van een garantie? Mijns inziens gaat het niet zo zeer om de verhouding tussen officier van justitie en strafrechter als wel om de positie van de uitvaardigende justitiële autoriteit ten opzichte van het strafprocesrecht van haar lidstaat. Het Kaderbesluit strekt namelijk uitsluitend tot harmonisatie van de wettelijke regels van de lidstaten "inzake justitiële samenwerking in strafzaken en, meer specifiek, van de regels inzake de voorwaarden, de procedures en de gevolgen van de overlevering tussen nationale autoriteiten".¹¹⁵⁹ Voor wat betreft verstekvonnissen regelt het Kaderbesluit dus slechts: de voorwaarden waaronder de uitvoerende rechterlijke autoriteit een garantie kan vragen: wie deze garantie dient te verstrekken en wat deze garantie dient in te houden. Het strafprocesrecht van de lidstaten regelt daarentegen of

¹¹⁵⁷ Vgl. Glerum 2005, p. 51, ten aanzien van de in art. 5 onder 3 Kaderbesluit bedoelde garantie; Glerum & Rozemond 2006, p. 175.

¹¹⁵⁸ Zie Section 59 *Act on Extradition on the Basis of an Offence Between Finland and Other Member States of the European Union* (niet officiële vertaling door het Finse Ministerie van Justitie, beschikbaar op www.finlex.fi): "The conditions attached to the decision on extradition in accordance with the framework decision shall be complied with in respect of a person extradited to Finland". Volgens art. 45 lid 2 Olw is "iedere persoon of instantie die in Nederland is belast met een publieke taak" gebonden aan de door uitvaardigende officier van justitie gegeven garantie. De wetgever heeft deze bepaling opgenomen "teneinde elk misverstand over de geldigheid van een garantie weg te nemen": *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 31. Uit deze opmerking blijkt dat in de voorstelling van de wetgever de geldigheid van een garantie al in het Kaderbesluit zelf besloten ligt. Onder de in art. 45 lid 2 Olw bedoelde personen en instanties vallen naar mijn mening niet alleen politieambtenaren en medewerkers van het Openbaar Ministerie, maar ook rechterlijke instanties. Ook deze instanties zijn immers met een publieke taak belast.

¹¹⁵⁹ HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 29.

berechting bij verstek mogelijk is en, zo ja, onder welke voorwaarden, alsmede of tegen een verstekvonnis een rechtsmiddel openstaat en, zo ja, welk rechtsmiddel. Het Kaderbesluit dwingt dus niet tot het geven van een garantie waarin het strafprocesrecht van de uitvaardigende lidstaat niet voorziet. De uitvaardigende justitiële autoriteit zal niet een verdergaande garantie kunnen geven dan waarin haar nationale strafprocesrecht voorziet.¹¹⁶⁰ Het nationale strafprocesrecht van de uitvaardigende lidstaat bepaalt of de uitvaardigende justitiële autoriteit de (ruim uitgelegde) garantie kan geven. Voordat zij overgaat tot het geven van de garantie, moet zij dus gedegen onderzoeken of naar het recht van haar lidstaat de opgeëiste persoon nog een rechtsmiddel kan aanwenden dat tot een nieuw proces zal leiden. Heeft de uitvaardigende justitiële autoriteit een dergelijke garantie verstrekt, dan zal de uitvoerende justitiële autoriteit - behoudens ernstige aanwijzingen voor het tegendeel - mogen aannemen dat zij accordeert met het recht van de uitvaardigende lidstaat.

Men kan zich overigens afvragen of de uitvaardigende justitiële autoriteit wel de geëigende autoriteit is om het in de vorige alinea bedoelde onderzoek uit te voeren. Waar op internationaal niveau de rechter in de uitvaardigende lidstaat beter in staat is een verweer inzake schending van art. 6 EVRM in de strafprocedure in zijn lidstaat te beoordelen dan de rechter in de uitvoerende lidstaat, zoals blijkt uit de beslissing *Stapleton*,¹¹⁶¹ is namelijk op het nationale niveau van de uitvaardigende lidstaat de rechter bij wie het verzoek om een nieuw proces aanhangig wordt gemaakt beter in staat te beoordelen of dat verzoek inderdaad tot een nieuw proces moet leiden dan de uitvaardigende justitiële autoriteit. Weliswaar beschikken beide autoriteiten over het strafdossier en over de vereiste kennis van het recht van de uitvaardigende lidstaat, maar van de uitvaardigende justitiële autoriteit wordt al een oordeel over het nieuwe proces gevergd, zonder dat hij daarover de opgeëiste persoon heeft kunnen horen. Gezien de gedetailleerde feitelijke en juridische kennis die een dergelijke beoordeling vereist, is dit problematisch. Niet is uitgesloten, dat na de overlevering nieuwe relevante informatie aan het licht komt, die niet in het strafdossier is neergelegd. Na de overlevering, kan de rechter in de uitvaardigende lidstaat daarentegen aan de hand van het strafdossier én van de verklaringen van de opgeëiste persoon nagaan of de nationale dimensie van de rechtspraak inzake berechting bij verstek inderdaad dwingt tot het inwilligen van het verzoek om een nieuw proces.

Waar de uitvaardigende justitiële autoriteit een garantie heeft gegeven die met haar nationale strafprocesrecht strookt, zou de bindendheid daarvan geen probleem moeten zijn voor de strafrechter in de uitvaardigende lidstaat bij wie de opgeëiste persoon het in de garantie bedoelde verzoek om een nieuw proces aanhangig heeft gemaakt. Deze rechter zal zijn nationale strafprocesrecht bovendien “zo veel mogelijk” kaderbesluitconform moeten uitleggen.¹¹⁶² Hij zal dus zo nodig dienen te onderzoeken of de regels inzake ontvankelijkheid van dergelijke verzoeken zo kunnen worden uitgelegd, dat de door de uitvaardigende justitiële autoriteit gegeven garantie kan worden nageleefd.¹¹⁶³ Ten slotte

¹¹⁶⁰ Zo ook Blekxtoon 2004b, p. 584.

¹¹⁶¹ EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (*Stapleton/Ierland*), § 29. Zie de paragrafen 2.3.2 en 4.2.1.3.

¹¹⁶² EHRM 16 juni 2005, NJ 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (*Pupino*), r.o. 43.

¹¹⁶³ Vgl. Van Dorst 2004, p. 417. Hij wijst erop dat ingevolge art. 408 lid 2 Sv de appèltermijn van veertien dagen ingaat, zodra zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de einduitspraak de verdachte bekend is. Raakt de opgeëiste persoon in het kader van de overleveringsprocedure op de hoogte van het verstekvonnis, dan zal de beroepstermijn meestal al zijn verstreken vóór de feitelijke overlevering

geldt voor de uitvaardigende lidstaat de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europese Hof inzake berechting bij verstek. De strafrechter in de uitvaardigende lidstaat zal bij de beoordeling van het verzoek

- hetzij middellijk,¹¹⁶⁴ hetzij onmiddellijk - met die rechtspraak rekening dienen te houden. Komt hij desondanks tot het oordeel dat hij de garantie niet kan naleven, dan zal dit tot gevolg moeten hebben dat de bij verstek opgelegde sanctie niet ten uitvoer wordt gelegd.¹¹⁶⁵ De uitvoerende justitiële autoriteit heeft de overlevering immers afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat een - bindende - garantie wordt gegeven.¹¹⁶⁶

VI.4.2.2 Art. 12 (oud) Olw

VI.4.2.2.1 Inleiding

Nederland heeft art. 5 onder 1 Kaderbesluit geïmplementeerd en wel als de dwingende weigeringsgrond van art. 12 (oud) Olw. Volgens de wetgever beoogt art. 5 onder 1 Kaderbesluit “te voorkomen dat een verplichting tot overlevering bestaat in gevallen waarin de persoon onvoldoende in de gelegenheid is geweest of zal zijn om zijn verdediging te voeren” en heeft deze bepaling dus dezelfde doelstelling als art. 5 lid 3 UW.¹¹⁶⁷ Anders dan bijvoorbeeld Duitsland en Oostenrijk, heeft Nederland bij de implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit de garantie niet aangescherpt. Volgens art. 12 (oud) Olw dient de garantie in te houden “dat de opgeëiste persoon na zijn overlevering in de gelegenheid zal worden gesteld om een nieuw proces te verzoeken en aanwezig te zijn op de terechtzitting”. Wel heeft de wetgever de voorwaarden voor toepassing aangescherpt. De garantie is alleen dan niet vereist, indien de bij verstek veroordeelde opgeëiste persoon 1) in persoon is gedagvaard of 2) anderszins *in persoon* in kennis is gesteld van datum en plaats van de terechtzitting. Naar de mening van de wetgever voldeed art. 5 onder 1 Kaderbesluit, dat het vragen van een garantie uitsluit indien de opgeëiste persoon “anderszins in kennis is gesteld” van datum en plaats van de terechtzitting, “niet volledig aan de maatstaven die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens daaraan stelt”. Daarom heeft hij de woorden “in persoon” toegevoegd.¹¹⁶⁸ Zo is uitgesloten dat louter formele wijzen van oproeping, bijvoorbeeld betekening van de dagvaarding aan de

aan Nederland. Art. 45 lid 2 Olw, “waarin de bindendheid van de officierlijke garantie inzake een nieuw proces is geproclameerd”, doorbreekt volgens hem echter de strikte regeling van art. 408 lid Sv.

¹¹⁶⁴ In sommige lidstaten geldt verdragsrecht alleen binnen de nationale rechtsorde na omzetting door middel van een nationale wet. Zo is in het Verenigd Koninkrijk het EVRM “omgezet” in de *Human Rights Act 1998*.

¹¹⁶⁵ Vgl. EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk), § 33.

¹¹⁶⁶ De opgeëiste persoon is voor wat betreft de naleving van de in art. 5 onder 1 Kaderbesluit bedoelde garantie afhankelijk van de rechterlijke autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat, zij het dat hij - na uitputting van de nationale rechtsmiddelen - een klacht wegens schending van art. 6 EVRM bij het Europees Hof kan indienen. Zo ook Schilling 2007, p. 116. De uitvoerende justitiële autoriteit heeft in dezen geen taak. Anders Blekxtoon 2005, p. 239.

¹¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 16*. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 29*: “De opname van de regeling van de garantie in de overleveringsprocedure is erop gericht te voorkomen dat door de overlevering wordt meegewerkt aan de tenuitvoerlegging van een straf die is opgelegd zonder dat de veroordeelde in staat is geweest zich te verdedigen”.

¹¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 16*.

griffier van het behandelende gerecht of aan het plaatselijke stadhuis, dezelfde rechtskracht zouden hebben als een dagvaarding in persoon.¹¹⁶⁹

In de parlementaire stukken wordt een verband gelegd tussen de wijze waarop de opgeëiste persoon op de hoogte is gebracht van datum en plaats van de terechtzitting en de eventuele afstand door de opgeëiste persoon van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht. Het Kaderbesluit noch het EVRM zou namelijk beogen garanties in het leven te roepen voor “veroordeelden die bewust afstand hebben gedaan van berechting in aanwezigheid”, hetgeen tot uitdrukking zou komen in de tekst van art. 5 onder 1 Kaderbesluit. In die bepaling is immers sprake van de betrokkene die niet aanwezig was op de terechtzitting, *omdat* hij niet persoonlijk gedagvaard of anderszins in kennis was gesteld van datum en plaats van die terechtzitting.¹¹⁷⁰ Onder verwijzing naar onder meer het arrest *Colozza*,¹¹⁷¹ wordt gemeld dat deze kwestie in de rechtspraak van het Europees Hof aan de orde is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een “waiver”, oftewel afstand, van het recht in aanwezigheid te worden berecht.¹¹⁷²

Hoewel duidelijk is dat de Nederlandse wetgever wilde aansluiten bij de eisen van de rechtspraak van het Europese Hof, kan men uit de parlementaire stukken niet afleiden of de Nederlandse wetgever zich op grond van die rechtspraak ook tot implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit verplicht achtte. Zoals in paragraaf 4.2.1.2 is gebleken, had Nederland zich ter onderbouwing van een verplichting tot implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit kunnen beroepen op *Einhorn*.¹¹⁷³ Opmerkelijk is dat de arresten van het Europees Hof waarnaar de parlementaire stukken in verband met art. 12 (oud) OLW verwijzen uitsluitend betrekking hebben op de *nationale* dimensie van berechting bij verstek,¹¹⁷⁴ die als zodanig niet zien op de verplichtingen van de uitvoerende lidstaat onder art. 6 EVRM.

VI.4.2.2.2 Inhoud garantie

De garantie van art. 12 (oud) OLW strekt ertoe “dat opgeëiste personen die in de lidstaat van de uitvaardigende justitiële autoriteit bij verstek zijn veroordeeld zonder in de gelegenheid te zijn geweest hun verdediging te voeren, dat na hun overlevering alsnog

¹¹⁶⁹ Zie het Advies van de Raad voor de Rechtspraak over het conceptwetsvoorstel Overleveringswet, 29 januari 2003, p. 6, beschikbaar op www.rechtspraak.nl.

¹¹⁷⁰ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 30. In de Duitse, Engelse, Franse, Italiaanse, Portugese en Spaanse taalversies ontbreekt overigens een dergelijk oorzakelijk verband tussen de veroordeling bij verstek en de wijze waarop de opgeëiste persoon in kennis is gesteld van datum en plaats van de terechtzitting. Ang wijst er terecht op, dat, gelet op dit oorzakelijke verband, ook bij in kennis stelling op andere wijze dan dagvaarding in persoon “the person concerned needs to have been fully aware of the date and place of the hearing”: Ang 2005, p. 55. De Engelse tekst van art. 5 onder 1 Kaderbesluit die zij t.a.p. aanhaalt, is kennelijk een eigen vertaling van de Nederlandse taalversie, omdat, zoals gezegd, het oorzakelijke verband ontbreekt in de officiële Engelse taalversie.

¹¹⁷¹ EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge. Verder worden genoemd EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994, 25, m.nt. EAA (Brozicek/Italië); EHRM 28 augustus 1991, *NJ* 1994, 27, m.nt. EAA (F.C.B./Italië); EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (Hennings/Duitsland); EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641, m.nt. Kn (De Groot/Nederland).

¹¹⁷² *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 12, p. 30.

¹¹⁷³ EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk).

¹¹⁷⁴ Verwezen wordt naar EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685 (*Colozza/Italië*); EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994, 25, m.nt. EAA (Brozicek/Italië); EHRM 28 augustus 1991, *NJ* 1994, 27, m.nt. EAA (F.C.B./Italië); EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (Hennings/Duitsland); EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641, m.nt. Kn (De Groot/Nederland).

kunnen doen”.¹¹⁷⁵ Elders in de parlementaire stukken wordt gesproken van de “garantie van een herberechting”.¹¹⁷⁶ Een en ander lijkt erop te duiden dat in de voorstelling van de wetgever de enkele mogelijkheid van een verzoek om een nieuw proces niet volstaat.¹¹⁷⁷

De overleveringsrechter is hem daarin gevolgd: een garantie als bedoeld in art. 12 (oud) OLW ligt voor, indien “duidelijk is dat de opgeëiste persoon na overlevering nog een rechtsmiddel kan aanwenden dat tot een nieuw proces zal leiden”.¹¹⁷⁸ De crux van deze overweging zit in het woord “zal”. Bevat de garantie een voorbehoud met betrekking tot een door de rechter in de uitvaardigende lidstaat uit te voeren onderzoek naar de ontvankelijkheid van de opgeëiste persoon in het aangewende rechtsmiddel, dan is niet duidelijk dat het rechtsmiddel daadwerkelijk tot een nieuw proces zal leiden en voldoet zij niet aan art. 12 (oud) Olw.¹¹⁷⁹ Dat de garantie een voorbehoud maakt ten aanzien van ontvankelijkheidsvoorwaarden die zien op de wijze van en de termijn voor het instellen van het rechtsmiddel en die dus afhankelijk zijn van het handelen van de opgeëiste persoon, acht de overleveringsrechter niet bezwaarlijk.¹¹⁸⁰ Tegen een dergelijk voorbehoud kan naar mijn mening inderdaad in alle redelijkheid geen bezwaar bestaan.¹¹⁸¹ Van de overgeleverde opgeëiste persoon mag immers worden verwacht dat hij, zo hij gebruik wenst te maken van een rechtsmiddel, de daarvoor geldende - en hem bekende - termijn en vorm in acht neemt.¹¹⁸²

VI.4.2.2.3 Gevolgen dwingende formulering

Art. 12 (oud) Olw is dwingend geformuleerd. Is de opgeëiste persoon bij verstek veroordeeld, terwijl hij niet in persoon is gedagvaard of anderszins in persoon op de hoogte is gebracht van datum en plaats van de terechtzitting en ligt geen - genoegzame - garantie voor, dan moet de overleveringsrechter de overlevering weigeren.¹¹⁸³ Door het dwingende

¹¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 3, p. 16.

¹¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 31.

¹¹⁷⁷ Zo ook Jonk & Hamer 2005, p. 1744. Anders Geuns 2005, p. 2148: “Overigens is onjuist dat genoemd artikel 12 OLW de garantie zou geven op een nieuwe inhoudelijke behandeling: enkel de mogelijkheid (inclusief ontvankelijkheid?) daartoe moet gegarandeerd worden in het toepasselijke geval, vervolgens is het aan de verdachte om al dan niet zijn kansen te beproeven in een verzetprocedure (...)”.

¹¹⁷⁸ Rb. Amsterdam 13 november 2009, *LJN* BL5781. In deze zin ook Rb. Amsterdam 1 oktober 2010, *LJN* BO7714; Rb. Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BX0620; Rb. Amsterdam 7 augustus 2012, RK-nummer 12/3606 (niet gepubliceerd); Rb. Amsterdam 14 augustus 2012, *LJN* BY2007.

¹¹⁷⁹ Rb. Amsterdam 23 november 2004, *LJN* AR6314, *NJ* 2005, 8; Rb. Amsterdam 1 oktober 2010, *LJN* BO7714.

¹¹⁸⁰ Rb. Amsterdam 15 april 2011, *LJN* BR3442.

¹¹⁸¹ Vgl. Glerum & Rozemond 2006, p. 175. In Rb. Amsterdam 7 maart 2008, *LJN* BD2427 zag de overleveringsrechter kennelijk geen bezwaar in de mededeling dat de ontvankelijkheid van het verzet zou worden beoordeeld “op het volgende: is het verzet binnen de wettelijke termijn aangetekend en zijn de vormvoorwaarden nageleefd?”, die volgde op de mededeling dat de buitengewone verzettermijn zou ingaan op het moment van betekening van het verstekvonnis aan de opgeëiste persoon na zijn overlevering. Zo ook Rb. Amsterdam 28 maart 2008, *LJN* BD2213. Deze uitspraken beslechtten in ontkennde zin de slepende kwestie of kennisneming in het kader van de overleveringsprocedure van het verstekvonnis door de opgeëiste persoon naar Belgisch recht de buitengewone verzettermijn reeds deed ingaan, met als waarschijnlijk gevolg dat deze ten tijde van de overlevering al zou zijn verstrekt. Zie hierover Glerum & Rozemond 2006, p. 176-179; Glerum & Rozemond 2008a, p. 229.

¹¹⁸² Vgl. EHRM 28 oktober 1998, nr. 28090/95 (Pérez de Rada Cavanilles/Spanje), § 44-45. Zie paragraaf 2.2.4.

¹¹⁸³ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 27 juli 2010, *LJN* BN4369 (garantie is niet verstrekt en zal niet worden verstrekt); Rb. Amsterdam 1 oktober 2010, *LJN* BO7714 (garantie is ongenoegzaam); Rb.

karakter houdt art. 12 (oud) OLW geen rekening met een aantal gevallen waarin naar de rechtspraak van het Europees Hof (in de nationale dimensie) desondanks geen sprake is van strijd met art. 6 EVRM.

Zo houdt art. 12 (oud) OLW geen rekening met de mogelijkheid dat de opgeëiste persoon in de verstekprocedure werd bijgestaan door een door hem gemachtigde raadsman. Naar Nederlands recht zou in een dergelijk geval geen sprake zijn van een verstekvonnis, omdat de procedure geldt als een procedure op tegenspraak.¹¹⁸⁴ Nu art. 5 onder 1 Kaderbesluit met betrekking tot het begrip “bij verstek” niet verwijst naar het recht van de lidstaten, is sprake van een autonoom begrip van Unierecht dat door de hele Unie heen uniform moet worden uitgelegd.¹¹⁸⁵ Het staat de lidstaten dus niet vrij om daaraan hun eigen invulling te geven. Het Kaderbesluit geeft zelf al aan hoe men het begrip “bij verstek” dient uit leggen. Art. 5 onder 1 Kaderbesluit geeft immers een omschrijving van wat men onder een “bij verstek opgelegde vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel moet verstaan: “dat wil zeggen dat de betrokkene niet aanwezig was omdat hij niet persoonlijk gedagvaard of anderszins in kennis gesteld is van datum en plaats van de terechtzitting die tot het verstekvonnis heeft geleid”. Van verstek is dus sprake, indien de opgeëiste persoon niet aanwezig was op de terechtzitting die tot de veroordeling heeft geleid. De overleveringsrechter dient het begrip “verstekvonnis” als bedoeld in art. 12 (oud) OLW - “zo veel mogelijk” - uit te leggen overeenkomstig de begrippen “bij verstek” en “verstekvonnis” als bedoeld in art. 5 onder 1 Kaderbesluit.¹¹⁸⁶

Een veroordeling na verdediging van een afwezige verdachte door een gemachtigde raadsman levert dus niet een verstekvonnis in de zin van art. 5 onder 1 Kaderbesluit en van art. 12 (oud) OLW op. Bij een facultatieve implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit heeft de uitvoerende justitiële autoriteit de mogelijkheid om af te zien van het vragen van een garantie, ook al was de opgeëiste persoon niet in persoon gedagvaard of anderszins in persoon in kennis gesteld van datum en plaats van de terechtzitting. Een garantie is in een dergelijk geval niet nodig, omdat de opgeëiste persoon klaarblijkelijk toch op de hoogte was van de tegen hem aanhangige strafvervolgning - hij heeft immers zijn raadsman gemachtigd om hem in die procedure te verdedigen - en ondubbelzinnig, zij het stilzwijgend, afstand gedaan heeft van zijn aanwezigheidsrecht.¹¹⁸⁷ Bij een dwingende implementatie, zoals die van art. 12 (oud) Olw, moet de overlevering naar de letter van de wet worden geweigerd, tenzij alsnog een garantie wordt gegeven.¹¹⁸⁸ De overleveringsrechter behelpt zich in dergelijke gevallen evenwel met een beroep op de - ten opzichte van de weergave in de parlementaire stukken aangevulde - ratio van art. 12 (oud) Olw: de opgeëiste persoon heeft zich kunnen *doen* verdedigen, zodat de bepaling niet van toepassing is.¹¹⁸⁹

Art. 12 (oud) OLW houdt evenmin rekening met de mogelijkheid dat de opgeëiste weliswaar niet in persoon in kennis is gesteld - hetzij bij dagvaarding, hetzij anderszins -

Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3441 (garantie is niet verstrekt); Rb. Amsterdam 26 oktober 2011, *LJN* BU2958 (wetgeving uitvaardigende lidstaat laat verstrekking garantie niet toe); Rb. Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BX0620 (garantie is ongenoegzaam).

¹¹⁸⁴ Art. 279 Sv.

¹¹⁸⁵ HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 42; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

¹¹⁸⁶ HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 43.

¹¹⁸⁷ Zie paragraaf 2.2.2.

¹¹⁸⁸ Zo ook Van Dorst 2004, p. 417.

¹¹⁸⁹ Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, *LJN* AZ1408; Rb. Amsterdam 9 november 2007, *LJN* BB7956; Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364; Rb. Amsterdam 3 april 2012, *LJN* BW0696.

van datum en plaats van de terechtzitting, maar desondanks op de hoogte is van de strafprocedure en van de beschuldiging en ondubbelzinnig, zij het stilzwijgend, afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht.¹¹⁹⁰ Bij een facultatieve implementatie ligt het in de rede dat de uitvoerende justitiële autoriteit in deze omstandigheid aanleiding ziet om het vragen van een garantie achterwege te laten. Art. 12 (oud) OLW dwingt naar de letter in een dergelijk geval tot weigering van de overlevering, tenzij de uitvaardigende justitiële autoriteit een genoegzame garantie geeft. In navolging van het Europees Hof¹¹⁹¹ sluit de overleveringsrechter evenwel niet uit dat de opgeëiste persoon die niet in persoon in kennis is gesteld van datum en plaats toch ondubbelzinnig afstand heeft gedaan,¹¹⁹² met als gevolg dat art. 12 (oud) OLW niet van toepassing is.

In het verlengde van het vorige manco, maakt art. 12 (oud) OLW geen uitzondering voor gevallen waarin de opgeëiste persoon zich aan zijn berechting heeft onttrokken.¹¹⁹³ Wederom zou een facultatieve implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit de uitvoerende justitiële autoriteit de ruimte geven om deze omstandigheid te betrekken bij het oordeel of een garantie nodig is, terwijl wederom de dwingende formulering van art. 12 (oud) OLW naar de letter de overleveringsrechter die ruimte ontzegt.¹¹⁹⁴

Art. 12 (oud) OLW houdt bovendien geen rekening met de mogelijkheid dat de opgeëiste persoon al bekend was met het verstekvonnis en met het daartegen openstaande rechtsmiddel, maar naliet dit rechtsmiddel aan te wenden.¹¹⁹⁵ De facultatieve formulering van art. 5 onder 1 Kaderbesluit maakt het de uitvoerende justitiële autoriteit mogelijk om tot het oordeel te komen dat de opgeëiste persoon ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn recht op een nieuw proces, zodat een garantie niet nodig is. De imperatieve formulering van art. 12 (oud) OLW noopt naar de letter in een dergelijk geval evenwel tot het vragen van een garantie. Desondanks neemt de overleveringsrechter aan dat, indien de opgeëiste persoon bekend was met het verstekvonnis en met de gelegenheid om zijn verdedigingsrechten alsnog uit te oefenen door daartegen een rechtsmiddel aan te wenden, maar van die gelegenheid geen gebruik maakte, hij ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn recht op berechting in zijn aanwezigheid, zodat art. 12 (oud) OLW toepassing mist.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁰ Zo ook Van Dorst 2004, p. 417.

¹¹⁹¹ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 43 (in de nummering van het Hof § 99).

¹¹⁹² Rb. Amsterdam 9 november 2007, *LJN* BB7956. Zie ook Rb. Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BL2971: uit de omstandigheden dat aan de verdachte voorafgaand aan het eerste politieverhoor is meegedeeld dat hij verplicht is elke adreswijziging te melden aan de bevoegde instantie en dat hij heeft nagelaten aan deze verplichting gevolg te geven, kan niet worden afgeleid dat hij ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn verdedigingsrechten, indien niet blijkt dat de verdachte ten tijde van die mededeling wist dat hij gedagvaard zou worden en ter zake van welke beschuldiging, terwijl evenmin blijkt dat hij daarvan nadien, anders dan in het kader van de overleveringsprocedure, op de hoogte is geraakt. Vgl. High Court of Justice 26 juni 2010, *Czekala, R (on the application of) v. District Court in Bydgoszcz Poland* [2010] EWHC 1895 (Admin).

¹¹⁹³ Zo ook Glerum, par. 91.20.8 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

¹¹⁹⁴ De Duitse wetgever heeft in beperkte mate rekening gehouden met *Fluchtfälle*. De regeling is niet van toepassing, indien de opgeëiste persoon “in Kenntnis des gegen ihn gerichteten Verfahrens, an dem ein Verteidiger beteiligt war, eine persönliche Ladung durch Flucht verhindert hat”. Zie Böhm 2006, p. 2596.

¹¹⁹⁵ Zo ook Van Dorst 2004, p. 417.

¹¹⁹⁶ Rb. Amsterdam 13 november 2009, *LJN* BL2963; Rb. Amsterdam 9 april 2010, *LJN* BM6485. Anders kennelijk Rb. Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BL1648: de opgeëiste persoon was niet in persoon gedagvaard noch anderszins in persoon in kennis gesteld van datum en plaats van de terechtzittingen,

Ten slotte maakt art. 12 (oud) OLW geen onderscheid tussen berechting bij verstek in eerste aanleg en berechting bij verstek in hoger beroep. De facultatieve formulering van art. 5 onder 1 Kaderbesluit biedt de ruimte om - rekening houdend met het strafproces als geheel en met bijvoorbeeld de eigen verantwoordelijkheid van de appellant voor zijn postale bereikbaarheid - af te zien van het vragen van de garantie. De dwingende formulering van art. 12 (oud) OLW noopt naar de letter evenwel tot het vragen van de garantie, indien de opgeëiste persoon niet in persoon is gedagvaard voor de terechtzitting in hoger beroep noch anderszins in persoon in kennis is gesteld van datum en plaats van die zitting. In navolging van de wetsgeschiedenis,¹¹⁹⁷ heeft de overleveringsrechter ook hier - tegen de bewoordingen van art. 12 (oud) OLW in - de mogelijkheid van afzien van toepassing art. 12 (oud) OLW aangenomen, bijvoorbeeld indien de omstandigheid dat de opgeëiste persoon niet op de hoogte was van datum en plaats van de terechtzitting in hoger beroep aan hem kon worden toegerekend.¹¹⁹⁸

VI.4.3 Art. 4 bis Kaderbesluit en art. 12 (nieuw) OLW

VI.4.3.1 Art. 4 bis Kaderbesluit

VI.4.3.1.1 Algemeen

Op 26 februari 2009 heeft de Raad van de Europese Unie aangenomen het Kaderbesluit 2009/299/JBZ tot wijziging van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, Kaderbesluit 2005/214/JBZ, Kaderbesluit 2006/783/JBZ, Kaderbesluit 2008/909/JBZ en Kaderbesluit 2008/947/JBZ en tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces.¹¹⁹⁹

Dit kaderbesluit heeft een tweeledige doelstelling.¹²⁰⁰ Het beoogt de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen te bevorderen. Daartoe uniformeert het

terwijl een garantie als bedoeld in art. 12 (oud) OLW ontbrak. De rechtbank concludeerde dat nu sprake was van onherroepelijke verstekvonnissen als bedoeld in art. 12 (oud) OLW en een garantie ontbrak, de overlevering moest worden geweigerd. De door de officier van justitie aangevoerde omstandigheden (de opgeëiste persoon was bekend met de vonnissen en was op de hoogte van de mogelijkheid om daartegen hoger beroep in te stellen, maar had dat rechtsmiddel niet aangewend) konden de rechtbank "niet tot een andere overtuiging brengen".

¹¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 30. Zie paragraaf 4.2.2.1.

¹¹⁹⁸ Rb. Amsterdam 13 november 2009, *LJN* BL2852: de omstandigheid dat de opgeëiste persoon niet op de hoogte was van de terechtzitting in hoger beroep komt voor zijn rekening en risico, omdat hij in eerste aanleg zijn verdediging heeft kunnen voeren, zelf hoger beroep heeft ingesteld, maar vervolgens heeft nagelaten om nadere informatie over de procedure in hoger beroep in te winnen. Zie ook Rb. Amsterdam 23 juli 2004, *LJN* AQ6062; Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6291.

¹¹⁹⁹ *PbEU* 2009, L 81/24. De omzettingstermijn van dit kaderbesluit liep tot 29 maart 2011: art. 8 lid 1. Italië heeft gebruik gemaakt van de in art. 8 lid 3 bevoegdheid om te verklaren "ernstige redenen te hebben om aan te nemen dat hij niet op de in lid 1 genoemde datum aan dit kaderbesluit zal kunnen voldoen". Zie *PbEU* 2009, L 97/26. Deze verklaring heeft tot gevolg dat het kaderbesluit niet van toepassing is op de tenuitvoerlegging van Italiaanse EAB's, zolang Italië het kaderbesluit van 26 februari 2009 nog niet heeft geïmplementeerd en uiterlijk tot 1 januari 2014.

¹²⁰⁰ Zie art. 1 lid 1 kaderbesluit: "Doelstellingen van dit kaderbesluit zijn de procedurele rechten van personen tegen wie een strafprocedure loopt, te versterken, de justitiële samenwerking in strafzaken te faciliteren, in het bijzonder het bevorderen van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen tussen de lidstaten".

kaderbesluit de verschillende weigeringsgronden inzake berechting in afwezigheid van de verdachte, die voorkomen in de kaderbesluiten over de justitiële samenwerking in strafzaken, en geeft het kaderbesluit een “nauwkeuriger”¹²⁰¹ gemeenschappelijke omschrijving van die weigeringsgronden. De verschillen in de oorspronkelijke weigeringsgronden kunnen namelijk “het werk van de personen die deze instrumenten toepassen bemoeilijken en de justitiële samenwerking belemmeren”.¹²⁰² De oorspronkelijke weigeringsgronden laten bovendien veel ruimte aan de uitvoerende autoriteiten voor een eigen beoordeling, waardoor onduidelijk is welke criteria door hen worden gehanteerd.¹²⁰³ Daarnaast beoogt het kaderbesluit de rechtspositie te versterken van personen tegen wie een strafprocedure loopt. Daarbij past meteen een kanttekening. Niet is beoogd een versterking van de procedurele rechten van verdachten in het algemeen, maar uitsluitend in verband met de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen die zijn gegeven ten aanzien van personen die niet persoonlijk aanwezig waren tijdens het proces.

Anders dan het oorspronkelijke ontwerp,¹²⁰⁴ hanteert het uiteindelijk aangenomen kaderbesluit niet meer het begrip “verstek”, omdat dit technisch-juridische begrip “in de wetgevingen van de lidstaten uiteenlopende betekenissen heeft” en daardoor de samenwerking zou kunnen belemmeren. In plaats van een technisch-juridisch begrip, is een uitdrukking opgenomen die een feitelijke situatie omschrijft, te weten “de betrokkene is niet persoonlijk verschenen op het proces”.¹²⁰⁵

Het kaderbesluit schrapt art. 5 onder 1 Kaderbesluit en voegt een nieuw art. 4 bis in.¹²⁰⁶ Volgens art. 4 bis mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren, indien de opgeëiste persoon niet “in persoon is verschenen op het proces dat tot de beslissing heeft geleid” die aan het EAB ten grondslag is gelegd, tenzij zich één van vier alternatieve gevallen voordoet. In die gevallen lijdt de bevoegdheid tot weigering dus uitzondering. De vier gevallen zijn omschreven in de aangepaste rubriek d) van het EAB. Indien de uitvaardigende rechterlijke autoriteit één van deze vier gevallen heeft aangekruist, mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering niet meer weigeren om de reden dat de opgeëiste persoon niet persoonlijk is verschenen op het proces dat tot de beslissing heeft geleid. Van een door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit zelf te formuleren en door de uitvoerende rechterlijke autoriteit te beoordelen garantie is dus geen sprake meer. De uitvaardigende rechterlijke autoriteit moet onderzoeken of zich één van de vier gevallen voordoet. Komt zij bij dat onderzoek tot het oordeel dat dit inderdaad het geval is, dan geeft zij zulks aan door het desbetreffende hokje in het EAB aan te kruisen. Daarmee geeft zij “de garantie dat aan de voorschriften is of zal worden voldaan, hetgeen voldoende zou moeten zijn voor de tenuitvoerlegging van de beslissing op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning”.¹²⁰⁷

Uit de preambule bij het kaderbesluit blijkt dat dit systeem gebaseerd is op art. 6 EVRM en op de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek. Overweging 1 van de preambule verkondigt meteen dat het recht van de verdachte om in persoon te

¹²⁰¹ Zie overweging 4 van de preambule bij het kaderbesluit.

¹²⁰² Overweging 2 van de preambule bij het kaderbesluit.

¹²⁰³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 3, p. 1.

¹²⁰⁴ *PbEU* 2008, C 52/1. Zie voor de toelichting op het ontwerp Raadsdocument 5213/08 ADD 1 van 30 januari 2008.

¹²⁰⁵ Raadsdocument 7279/08 van 19 maart 2008, p. 2. Vgl. *Kamerstukken I* 2010/11, 32 188, C, p. 3.

¹²⁰⁶ Art. 2 kaderbesluit.

¹²⁰⁷ Overweging 6 van de preambule bij het kaderbesluit.

verschijnen tijdens het proces deel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces, neergelegd in art. 6 EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof. Deze overweging voegt daaraan toe, dat dit recht niet absoluut is en dat de verdachte daarvan uit vrije wil uitdrukkelijk of stilzwijgend, zij het ondubbelzinnig, afstand kan doen. Overweging 8 van de preambule bevestigt nogmaals dat het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in art. 6 EVRM en zoals uitgelegd door het Europees Hof, het recht van de betrokkene om in persoon tijdens zijn proces te verschijnen omvat en legt een verband tussen dat recht en de kennisgeving omtrent het voorgenomen proces. De lidstaten dienen er - overeenkomstig hun nationale recht en met inachtneming van het EVRM - voor te zorgen dat de betrokkene inderdaad op de hoogte is van het proces. In dit verband wordt gewezen op rechtspraak van het Europees Hof dat bij de beantwoording van de vraag of de kennisgeving voldoende waarborgt dat de betrokkene op de hoogte is van het proces kan worden overwogen of hij “voldoende diligent is geweest de aan hem gerichte kennisgeving in ontvangst te nemen”. Beide overwegingen verwijzen klaarblijkelijk naar de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof inzake de berechting bij verstek, zoals bijvoorbeeld samengevat in het arrest *Sejdovic*,¹²⁰⁸ waarbij de opmerking over de zorgvuldigheid van de verdachte in overweging 8 kennelijk specifiek betrekking heeft op het arrest *Hennings*.¹²⁰⁹

Het nieuwe art. 4 bis Kaderbesluit is *facultatief* geformuleerd: “De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel (...) ook weigeren (...)”. De aanhef van deze bepaling komt grotendeels overeen met die van art. 4 Kaderbesluit. Ten aanzien van deze laatste bepaling heeft het Hof overwogen dat zij *mogelijkheden* biedt aan de nationale wetgever.¹²¹⁰ Art. 4 Kaderbesluit geeft, met andere woorden, de nationale wetgevers van de lidstaten de ruimte om af te zien van implementatie. Nu de aanhef van art. 4 bis aansluiting zoekt bij de formulering van de aanhef van art. 4 Kaderbesluit,¹²¹¹ ligt het in de rede om ook ten aanzien van art. 4 bis aan te nemen dat het die ruimte biedt.¹²¹² Uit overweging 15 van de preambule lijkt echter te volgen dat die keuzevrijheid niet onbegrensd is. Na te hebben meegedeeld dat de gronden voor niet-erkenning facultatief zijn, vervolgt deze overweging met de opmerking dat de “vrijheid waarover de lidstaten beschikken om deze gronden in de nationale wetgeving op te nemen, (...) echter vooral [wordt] bepaald door het recht op een eerlijk proces, waarbij tegelijkertijd rekening moet worden gehouden met het algemene doel van dit kaderbesluit, te weten het versterken van de procedurele rechten van personen en het faciliteren van de justitiële samenwerking in strafzaken”. Deze overweging is opgenomen op aandringen van Oostenrijk. Deze lidstaat wilde dat het kaderbesluit uitsluitend dwingende weigeringsgronden zou bevatten. Als reden voor deze wens voerde Oostenrijk aan dat “(f)rom the viewpoint of protecting fundamental rights, the value of a ground for non-execution the exertion of which is at the discretion of the executing state, is quite limited. If

¹²⁰⁸ EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (*Sejdovic/Italië*).

¹²⁰⁹ EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (*Hennings/Duitsland*). Zie paragraaf 2.2.2.

¹²¹⁰ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 58; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), r.o. 30.

¹²¹¹ Zie ook het woordje “ook”.

¹²¹² Zie ook HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (*West*), r.o. 64: “(...) Zoals volgt uit punt 55 van het onderhavige arrest laat het stelsel van het kaderbesluit, zoals met name blijkt uit de artikelen 3 tot en met 5 ervan, de lidstaten de mogelijkheid om de bevoegde rechterlijke autoriteiten toe te staan in specifieke situaties de tenuitvoerlegging van een overlevering te weigeren (...)” (mijn cursivering). Anders, onder verwijzing naar HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (*Kozłowski*), Rozemond 2009, p. 65-66.

the aim is to protect fundamental rights, the non-execution should be mandatory".¹²¹³ De "algemene mening" onder de lidstaten was echter tegen dit voorstel: men wilde het bij de facultatieve formulering laten.¹²¹⁴ Oostenrijk was bereid zijn verzet tegen de facultatieve formulering te staken, mits een overweging aan de preambule zou worden toegevoegd waarin de "beleidsvrijheid" van de lidstaten zou worden beperkt.¹²¹⁵ Hoewel het Oostenrijkse voorstel voor een dergelijke overweging geen warm onthaal ten deel viel,¹²¹⁶ is uiteindelijk een overweging in de preambule terechtgekomen die zich uitspreekt over de vrijheid tot implementatie.

Men zou het voorstel van Oostenrijk zo kunnen verstaan, dat de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten - die uit het primaire Unierecht volgt - zou dwingen tot opname van een imperatieve weigeringsgrond in het kaderbesluit, dat wil zeggen van een weigeringsgrond die de lidstaten bij de implementatie moesten overnemen. Voor dit voorstel heeft Oostenrijk geen unanimitie kunnen bereiken. Kennelijk waren niet alle lidstaten het met Oostenrijk eens dat een weigeringsgrond inzake verstekvonnissen dwingend voortvloeide uit art. 6 EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof.¹²¹⁷ In dit verband is opmerkelijk dat de rechtspraak van het Europees Hof waarnaar de preambule verwijst en waarop het systeem van het kaderbesluit berust, uitsluitend de *nationale* dimensie van berechting bij verstek en dus uitsluitend de verplichtingen van de staat van veroordeling betreft.

Hoe dient in dit verband overweging 15 van de preambule te worden verstaan? Opmerkelijk is dat overweging 15 niet spreekt van *beperking* van de vrijheid van de lidstaten, zoals door Oostenrijk was voorgesteld. De vrijheid tot opname van de weigeringsgronden wordt "vooral bepaald door het recht op een eerlijk proces". Het recht op een eerlijk proces is dus niet de enige factor die de vrijheid van de lidstaten "bepaalt". Nog daargelaten dat dit recht niet dwingt tot een regeling als opgenomen in het kaderbesluit,¹²¹⁸ kan de overweging mijns inziens niet zo worden gelezen dat zij de vrijheid van de lidstaten nullificeert. Anders is immers geen sprake van vrijheid.¹²¹⁹ Het lijkt onwaarschijnlijk dat de lidstaten die zich tegen het Oostenrijkse voorstel tot invoering van dwingende weigeringsgronden verzetten, akkoord zouden zijn gegaan met een overweging die aanleiding zou kunnen geven tot de gedachte dat de lidstaten toch tot implementatie verplicht waren. Daarbij komt dat de lidstaten volgens overweging 15 tegelijkertijd rekening moeten houden met de algemene doelstelling van het kaderbesluit: versterking van procedurele rechten en vergemakkelijking van de justitiële samenwerking in strafzaken. Anders dan in het voorstel van Oostenrijk, verwijst overweging 15 niet alleen naar de versterking van procedurele rechten, maar ook naar het faciliteren van justitiële samenwerking. Beide onderdelen van de algemene doelstelling zijn niet geheel met elkaar

¹²¹³ Raadsdocument 7846/08 van 26 maart 2008, p. 4.

¹²¹⁴ Raadsdocument 8074/08 van 8 april 2008, p. 15, noot 15.

¹²¹⁵ Raadsdocument 8074/08 van 8 april 2008, p. 13, noot 12. Oostenrijk stelde de volgende tekst voor: "De weigeringsgronden zijn facultatief. De beleidsvrijheid van de lidstaten bij de omzetting van de gronden in nationale wetgeving wordt echter beperkt door de doelstelling van het kaderbesluit, namelijk de versterking van de procedurele rechten van verdachten en de voorschriften die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces".

¹²¹⁶ Raadsdocument 8074/08 van 8 april 2008, p. 13, noot 12.

¹²¹⁷ Zo ook Van Sliedregt, Borgers, Rozemond & Glerum 2011, p. 1022.

¹²¹⁸ Zie paragraaf 2.3.2.

¹²¹⁹ "Ermessensspielraum", "discretion", "latitude", "discrezionalità", "poder discrecional", "capacidad discrecional" in de Duitse, Engelse, Franse, Italiaanse, Portugese en Spaanse taalversies.

in overeenstemming. Ontegengesteld zou de implementatie van de weigeringsgronden de procedurele rechten van verdachten kunnen versterken, maar het achterwegen laten van implementatie zou de justitiële samenwerking in strafzaken met betrekking tot beslissingen inzake niet verschenen verdachten juist weer vergemakkelijken.

De huidige stand van de transnationale dimensie van de rechtspraak inzake berechting bij verstek dwingt niet tot opname van een weigeringsgrond inzake verstekvonnissen, zoals ik in paragraaf 2.2.2 heb uiteen gezet.¹²²⁰ De lidstaten hadden hiervan op de hoogte kunnen zijn, nu de beslissing *Cenaj*,¹²²¹ waarin het Europees Hof een principieel en stellig onderscheid maakt tussen uitlevering aan een derde staat en uitlevering aan een partij bij het EVRM, dateert van vóór het initiatief voor het kaderbesluit.¹²²² Het kaderbesluit biedt dus meer bescherming dan waartoe het primaire Unierecht verplicht,¹²²³ hetgeen - zoals al eerder gezegd - vanuit het perspectief van het Unierecht geoorloofd is.¹²²⁴ De wens van versterking van de procedurele rechten van verdachte impliceert dat, hoewel het Kaderbesluit EAB decreteert dat tussen de lidstaten een hoge mate van vertrouwen bestaat, dit onderlinge vertrouwen in de praktijk kennelijk nog onvoldoende of - positiever geformuleerd - voor verbetering vatbaar is. Geleidelijk aan is men tot de conclusie gekomen dat verbetering van het wederzijdse vertrouwen “de sleutel is voor de soepele werking van het beginsel van wederzijdse erkenning”.¹²²⁵ Kennelijk is de enkele omstandigheid dat alle lidstaten gebonden zijn aan het EVRM en het Handvest niet - meer - voldoende. Zo heeft de Commissie geconstateerd dat de overgeleverde persoon weliswaar een klacht bij het Europees Hof kan indienen, maar dat dit “geen doeltreffend middel gebleken [is] om te waarborgen dat de ondertekenaars de waarborgen van het Verdrag [het EVRM] naleven”.¹²²⁶ Het wederzijdse vertrouwen kan worden verbeterd door er - via harmonisatiemaatregelen - voor te zorgen dat de “wederzijds erkende rechterlijke beslissingen aan hoge normen inzake de waarborging van de rechten van de burgers voldoen”.¹²²⁷ Door versterking van het wederzijdse vertrouwen - via harmonisatie van minimumwaarborgen voor verdachten in strafzaken - kan de werking van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen dus worden verbeterd.¹²²⁸ Naarmate het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen steeds

¹²²⁰ In vergelijkbare zin, zij het minder stellig Van Sliedregt, Glerum, Rozemond en Borgers 2009, p. 926 (“In het licht van de *Cenaj*-beslissing kan de vraag worden opgeworpen of dergelijke regels in verband met overlevering en uitlevering wel noodzakelijk zijn”). Anders, onder verwijzing naar *Einhorn*, maar zonder vermelding van *Cenaj*, De Swart 2008, p. 1997 (“Volledigheidshalve zij erop gewezen dat toepassing van art. 6 EVRM, dat mede het aanwezigheidsrecht omvat, er onder omstandigheden toe zou kunnen leiden dat deze weigeringsgrond zelfs *imperatief* dient plaats te vinden”).

¹²²¹ EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (*Cenaj*/Griekenland en Albanië).

¹²²² Het initiatief voor het kaderbesluit dateert van begin 2008.

¹²²³ In vergelijkbare zin Van Sliedregt, Borgers, Rozemond & Glerum 2011, p. 1022 (“De discrepantie met de rechtspraak van het EHRM is dat art. 4 bis Kaderbesluit en het gewijzigde art. 12 Overleveringswet aan de opgeëiste persoon meer bescherming bieden dan het EHRM lijkt te eisen in verband met art. 6 EVRM”).

¹²²⁴ Zie art. 53 EVRM en art. 52 lid 3 Handvest.

¹²²⁵ *Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten*, COM(2005)195 def., p. 6.

¹²²⁶ *Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering sinds 2007 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2011)175 def., p. 6.

¹²²⁷ *Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten*, COM(2005)195 def., p. 6.

¹²²⁸ Ouwerkerk 2010, p. 91-92, met verdere verwijzingen.

ruimere toepassing vindt - volgens art. 82 VWEU berust de justitiële samenwerking in strafzaken op dit beginsel -, neemt de noodzaak van verbetering van het wederzijdse vertrouwen en dus van versterking van de rechten van de verdediging toe. De versterking van de procedurele rechten van verdachten die niet persoonlijk zijn verschenen op hun strafproces past dus binnen het algemene streven van de Europese Unie tot versterking van de rechten van de verdediging om de justitiële samenwerking in strafzaken te verbeteren.

VI.4.3.1.2 De uitzonderingen

Het systeem

Zoals gezegd, voorziet art. 4 bis Kaderbesluit in vier - limitatieve -¹²²⁹ uitzonderingen op de bevoegdheid tot weigering van de overlevering. In rubriek d) van het EAB moet de uitvaardigende justitiële autoriteit aanduiden of de opgeëiste persoon al dan niet is verschenen op het proces dat heeft geleid tot de beslissing (onderdelen 1 en 2). Heeft de uitvaardigende justitiële autoriteit aangekruist dat de opgeëiste persoon niet in persoon is verschenen op het proces dat tot de beslissing heeft geleid (onderdeel 2), dan kan zij één van de vier, in onderdeel 3 van rubriek d) voorgedrukte uitzonderingen aankruisen. Is één van die uitzonderingen aangekruist, dan dient de uitvoerende justitiële autoriteit in beginsel uit te gaan van de juistheid daarvan en mag zij de overlevering dus niet weigeren om de reden dat de opgeëiste persoon niet in persoon verschenen is op het proces dat tot de aan het EAB ten grondslag liggende beslissing heeft geleid.¹²³⁰ Alleen wanneer “serieuze kanttekeningen bij de juistheid van de verklaring kunnen worden geplaatst”, is er aanleiding voor het vragen van nadere informatie aan de uitvaardigende justitiële autoriteit.¹²³¹ In een aantal gevallen moet de uitvaardigende justitiële autoriteit, indien zij één van de uitzonderingen van toepassing acht, tevens in het EAB (onderdeel 4 van rubriek d)) “vermelden op welke wijze aan de desbetreffende voorwaarde is voldaan”. Met name deze verplichte vermelding kan aanleiding geven tot het stellen van vragen aan de uitvaardigende justitiële autoriteit, wanneer de vermelde gegevens niet lijken te stroken met de aangekruiste voorgedrukte verklaring.¹²³²

Drie van de vier uitzonderingen hebben gemeen dat de opgeëiste persoon - al vóór de overleveringsprocedure - weet had van het voorgenomen proces dan wel van het tegen hem gewezen verstekvonnis (maar afstand heeft gedaan van het recht op verzet of hoger beroep of heeft nagelaten dat rechtsmiddel aan te wenden). In die gevallen is de opgeëiste persoon

¹²²⁹ Punt 70 van de conclusie van de A-G Bot in zaak C-399/11 (Melloni).

¹²³⁰ Zie overweging 6 van de preambule: “(...) hetgeen voldoende zou moeten zijn voor de tenuitvoerlegging van de beslissing op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning”. In deze zin ook de Oostenrijkse wetgever: “Für die Zuständige österreichische Behörde wird von den Angaben in der Bescheinigung auszugehen sein, weil Beweisverfahren als mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Widerspruch stehend nicht in Betracht kommen wird” (1523 der Beilagen XXIV. GP-Regierungsvorlage - Vorblatt u. Erläuterungen, p. 6; beschikbaar op www.ris.bka.gv.at).

¹²³¹ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 188, C, p. 4. De Oostenrijkse wetgever maakt een voorbehoud voor het geval dat de opgeëiste persoon “releviert” dat hij geen “Kenntnis” van datum en plaats van het proces had, in welk geval de bevoegde Oostenrijkse autoriteit de uitvaardigende justitiële autoriteit om aanvullende informatie moet vragen (1523 der Beilagen XXIV. GP-Regierungsvorlage - Vorblatt u. Erläuterungen, p. 6; beschikbaar op www.ris.bka.gv.at).

¹²³² Vgl. Klitsch 2009, p. 19: “Erklärt ein Mitgliedstaat, dass eine Bedingung erfüllt ist, kann der Mitgliedstaat diese Feststellung nicht mehr nachprüfen. Angaben darüber, wie diese Bedingungen erfüllt wurden oder wie nachgewiesen wurde, dass die betreffende Person von der Verhandlung Kenntnis hatte, machen die Entscheidung nur insofern Angreifbar, als sie formelle Fehler enthält”.

dus in de gelegenheid geweest om zich te verdedigen. De vierde uitzondering betreft gevallen waarin de opgeëiste persoon die kennis niet had, maar waarin na zijn overlevering dat vonnis hem alsnog persoonlijk zal worden betekend en waarin hij zal worden gewezen op zijn recht om in verzet of in hoger beroep te gaan. In dit geval zal de opgeëiste persoon dus alsnog in de gelegenheid worden gesteld om zich te verdedigen.¹²³³ De uitzonderingen zijn gebaseerd op de rechtspraak van het Europees Hof.¹²³⁴

De aanhef van art. 4 bis Kaderbesluit bevat ter inleiding van die vier uitzonderingen de zinsnede “overeenkomstig nadere in het nationaal recht van de uitvaardigende lidstaat bepaalde procedurevoorschriften”. Deze zinsnede dient niet zo te worden opgevat, dat de lidstaten vrij zouden zijn om hun eigen invulling te geven aan de uitzonderingen. Nu de in de omschrijving van de uitzonderingen gehanteerde begrippen voor “de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten” verwijzen, is sprake van autonome begrippen van Unierecht die in de hele Unie uniform moeten worden uitgelegd.¹²³⁵ Het nationale recht van de lidstaten - dat moet voldoen aan de maatstaven die uit de rechtspraak van het Europees Hof volgen - regelt evenwel de wijze waarop verdachten in kennis worden gesteld van het voorgenomen proces en veroordeelden van de tegen hen gewezen beslissing. Het kaderbesluit strekt immers niet tot harmonisatie van de verstekprocedures van de lidstaten.¹²³⁶ Bij de beantwoording van de vraag of zich één van de uitzonderingen op de bevoegdheid tot weigering van de overlevering voordoet, zal de uitvaardigende justitiële autoriteit dus een vertaalslag moeten maken: levert de wijze waarop - overeenkomstig het recht van de uitvaardigende lidstaat - de opgeëiste persoon in kennis is of zal worden gesteld van het proces dan wel van de beslissing één van de uniform uit te leggen autonome uitzonderingen op? Zo ja, dan mag zij de desbetreffende verklaring in onderdeel 3 van rubriek d) van het EAB aankruisen. Zo nee, dan moet zij invulling van onderdeel 3 van rubriek d) achterwege laten. Aangezien de uitzonderingen *voorgedrukt* zijn in het EAB, trekt het systeem van het kaderbesluit een grote wissel op het vermogen van de uitvaardigende justitiële autoriteit om die uitzonderingen correct uit te leggen en toe te passen. Ten opzichte van het systeem van art. 5 onder 1 Kaderbesluit - dat de uitvoerende justitiële autoriteit uitdrukkelijk de bevoegdheid toekende om te beoordelen of de garantie “voldoende” was - laat art. 4 bis Kaderbesluit dus een - beoogde -¹²³⁷ verschuiving van “macht” naar de uitvaardigende justitiële autoriteit zien. Vermoedelijk moet de verplichting tot vermelding van de wijze waarop aan de uitzondering is voldaan, worden gezien tegen deze achtergrond. De “onderbouwing” die uitvaardigende justitiële autoriteit geeft, maakt een - marginale - controle op de juistheid van de aankruising van één van de uitzonderingen mogelijk.

Op het systeem van de door de uitvaardigende justitiële autoriteit aan te kruisen “verklaringen” van art. 4 bis Kaderbesluit kan soortgelijke kritiek worden geleverd als op het systeem van de door de uitvaardigende justitiële autoriteit te verstrekken garantie van

¹²³³ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 188, C, p. 3-4.

¹²³⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 3, p. 2. Zo ook de A-G Bot in punt 80 van zijn conclusie in zaak C-399/11 (Melloni).

¹²³⁵ HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 42; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

¹²³⁶ Overweging 14 van de preambule. In deze zin ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32 188, nr. 3, p. 3.

¹²³⁷ Zie overweging 3 van de preambule: “(...) Over de vraag of de garantie [dat wil zeggen de in art. 5 onder 1 Kaderbesluit bedoelde garantie] voldoende is, wordt beslist door de uitvoerende autoriteit, en daardoor is het moeilijk om exact vast te stellen wanneer de tenuitvoerlegging kan worden geweigerd”.

art. 5 onder 1 Kaderbesluit:¹²³⁸ de rechter in de uitvaardigende lidstaat is beter in staat om te beoordelen of naar de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak inzake berechting bij verstek sprake is van schending van art. 6 EVRM dan de uitvaardigende autoriteit.

De uitzonderingen nader bekeken

De eerste uitzondering betreft gevallen waarin de opgeëiste persoon tijdig, “dat wil zeggen lang genoeg van tevoren om hem in staat te stellen bij het proces aanwezig te zijn en zijn recht op verdediging effectief uit te oefenen”,¹²³⁹ op officiële wijze op de hoogte is gebracht van het voorgenomen proces én van de mogelijkheid dat een beslissing kan worden gegeven, wanneer hij niet verschijnt op dat proces (art. 4 bis lid 1 onder a Kaderbesluit). De achterliggende gedachte is kennelijk dat, indien de opgeëiste persoon onder dergelijke omstandigheden niet op het proces is verschenen, hij ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht.

De eerste uitzondering valt in twee alternatieven uiteen. Het eerste alternatief is dat de opgeëiste persoon “persoonlijk is gedagvaard en daarbij op de hoogte is gebracht van het tijdstip en de plaats van het proces dat tot de beslissing heeft geleid”. Het tweede alternatief behelst dat de opgeëiste persoon op andere wijze dan persoonlijke dagvaarding “daadwerkelijk officieel in kennis is gesteld van het tijdstip en de plaats van dat proces, zodat op ondubbelzinnige wijze vaststaat dat hij op de hoogte was van het voorgenomen proces”. In dit tweede geval moet de uitvaardigende justitiële autoriteit in onderdeel 4 van rubriek d) van het EAB vermelden op welke wijze aan dit alternatief is voldaan. Beide alternatieven hebben gemeen dat de opgeëiste persoon op de hoogte was van het voorgenomen proces. Uitgesloten zijn dus wijzen van kennisgeving op grond waarvan niet vaststaat, dat de opgeëiste persoon daadwerkelijk op de hoogte was van het voorgenomen proces. De enkele betekening van de dagvaarding aan de griffier van de rechtbank valt dan ook niet onder de eerste uitzondering.¹²⁴⁰ In dit verband is van belang dat overweging 8 van de preambule opmerkt dat “in voorkomend geval bij het beoordelen of de wijze van kennisgeving voldoende waarborgt dat de betrokkene op de hoogte is van het proces, ook in het bijzonder kan worden overwogen of de betrokkene voldoende diligent is geweest de aan hem gerichte kennisgeving in ontvangst te nemen”. Deze zinsnede is opgenomen als tegemoetkoming aan Portugal. Deze lidstaat kent namelijk een systeem dat de verdachte verplicht tot opgave van een adres waarop hij alle kennisgevingen met betrekking tot het proces zal ontvangen.¹²⁴¹ Hierbij dient men wel te bedenken dat de rechtspraak van het

¹²³⁸ Zie paragraaf 4.2.1.4.

¹²³⁹ Overweging 7 van de preambule.

¹²⁴⁰ In deze zin ook de Oostenrijkse wetgever: “Im Falle einer anderweitigen Benachrichtigung von Zeit und Ort der Verhandlung muss der Betroffene von dieser Benachrichtigung nachweislich Kenntnis erlangt haben, sodass ein Anschlag an der Gerichtstafel idR nicht ausreichend sein wird” (1523 der Beilagen XXIV. GP-Regierungsvorlage - Vorblatt u. Erläuterungen, p. 6; beschikbaar op www.ris.bka.gv.at). Zijn opvatting dat zulke “Kenntnis” al mag worden aangenomen, indien de dagvaarding is betekend aan het adres waarop de betrokkene ingeschreven is en waar hij regelmatig verblijft, doet naar mijn mening afbreuk aan de stellige mededeling dat die “Kenntnis” “nachweislich” moet zijn. De Oostenrijkse wetgever voegt daaraan overigens wel toe dat, indien deze aanname in een concreet geval niet opgaat, de opgeëiste persoon dit tijdens de overleveringsprocedure kan “relevieren” waarna de uitvoerende rechterlijke autoriteit aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit om aanvullende informatie moet vragen (1523 der Beilagen XXIV. GP-Regierungsvorlage - Vorblatt u. Erläuterungen, ter aangehaalde plaatse).

¹²⁴¹ Raadsdocument 8372/08 van 14 april 2008, p. 4.

Europees Hof over de eigen verantwoordelijkheid van de verdachte voor zijn bereikbaarheid, betrekking heeft op gevallen waarin de betrokkene *al op de hoogte is* van de strafvervolging en de beschuldiging en dus redelijkerwijs kan verwachten dat hij zal worden gedagvaard (zie paragraaf 2.2.2 *in fine*).

Niet is uitgesloten, dat aan de voorwaarden van de eerste uitzondering is voldaan, dat met andere woorden de opgeëiste persoon aantoonbaar op de hoogte was van datum en plaats van de terechtzitting, terwijl toch geen sprake is van ondubbelzinnige afstand van het aanwezigheids- en verdedigingsrecht door de opgeëiste persoon, omdat de opgeëiste persoon om “klemmende redenen” afwezig was. Een dergelijk geval doet zich voor, indien de opgeëiste persoon niet op de terechtzitting is verschenen, omdat hij buiten zijn schuld niet kon verschijnen,¹²⁴² bijvoorbeeld omdat hij onderweg naar de zitting slachtoffer werd van een ernstig verkeersongeval of omdat hij om een andere reden onverwachts in het ziekenhuis moest worden opgenomen.¹²⁴³ Een en ander blijkt niet noodzakelijkerwijs uit het strafdossier, hetgeen wederom aantoont dat de rechter in de uitvaardigende lidstaat beter in staat is te beoordelen of de verstekveroordeling naar de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak inzake berechting bij verstek een schending van art. 6 EVRM oplevert dan de uitvaardigende justitiële autoriteit. De rechter in de uitvaardigende lidstaat zal immers een beslissing kunnen nemen op basis van het strafdossier én de verklaringen van de overgeleverde persoon, terwijl de uitvaardigende autoriteit haar oordeel dat zich een uitzondering voordoet slechts kan baseren op het strafdossier.

De *tweede* uitzondering betreft gevallen waarin de opgeëiste persoon op de hoogte was van het voorgenomen proces - uit de vergelijking met de formulering van de eerste uitzondering volgt dat wetenschap van het tijdstip en de plaats van dat proces blijkbaar niet vereist is -, hij zijn zelf gekozen of door de overheid toegewezen raadsman heeft gemachtigd om op het proces zijn verdediging te voeren en hij op dat proces ook daadwerkelijk door die raadsman is verdedigd (art. 4 bis lid 1 onder b Kaderbesluit). Het maakt in dezen niet uit of de raadsman “gekozen, benoemd en betaald” was door de opgeëiste persoon of “benoemd en betaald” door de uitvaardigende lidstaat, mits de opgeëiste persoon “uitdrukkelijk” heeft “verkozen te worden vertegenwoordigd door een raadsman in plaats van in persoon tijdens het proces te verschijnen”.¹²⁴⁴ Uitgesloten zijn dus gevallen waarin de raadsman de verdediging heeft gevoerd zonder daartoe strekkende machtiging van de betrokken persoon en buiten zijn medeweten.¹²⁴⁵ Naar Nederlands recht valt onder deze uitzondering verdediging door de daartoe uitdrukkelijk gemachtigde raadsman, als bedoeld in art. 279 Sv.¹²⁴⁶ Acht de uitvaardigende justitiële autoriteit deze uitzondering van toepassing, dan moet zij in onderdeel 4 van rubriek d) van het EAB vermelden op welke wijze aan deze uitzondering is voldaan.

De *derde* uitzondering heeft betrekking op gevallen waarin de beslissing betekend is aan de opgeëiste persoon én hij daarbij uitdrukkelijk is geïnformeerd over zijn “recht op verzetprocedure of een procedure in hoger beroep, waarop hij het recht heeft aanwezig te

¹²⁴² De Swart 2008, p. 1998.

¹²⁴³ Volgens de parlementaire stukken zal de rechter in de uitvaardigende lidstaat rekening kunnen houden met ziekenhuisverblijf, mits de opgeëiste persoon of zijn gemachtigde raadsman hem daarvan in kennis stellen: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 188, nr. 6, p. 2. Zulks veronderstelt dat de opgeëiste persoon wel in staat is contact op te nemen met de rechter of met zijn gemachtigde raadsman.

¹²⁴⁴ Overweging 10 van de preambule. In deze zin ook Rb. Amsterdam 30 maart 2012, *LJN BW8975*.

¹²⁴⁵ De Swart 2008, p. 1998.

¹²⁴⁶ De Swart 2008, p. 1998. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 188, nr. 3, p. 3.

zijn, waarop de zaak opnieuw ten gronde wordt behandeld en nieuw bewijsmateriaal wordt toegelaten, en die kan leiden tot herziening van de oorspronkelijke beslissing”, maar desondanks hetzij “uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat hij de beslissing niet betwist”, hetzij “niet binnen de voorgeschreven termijn verzet of hoger beroep heeft aangetekend” (art. 4 bis lid 1 onder c Kaderbesluit). De achterliggende gedachte is kennelijk dat de opgeëiste persoon in deze gevallen ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn recht op een nieuw proces. Hoewel art. 4 bis Kaderbesluit zulks niet met zoveel woorden zegt, moet mijns inziens worden aangenomen dat de betekening aan de opgeëiste persoon op zodanige wijze moet hebben plaatsgevonden dat zijn kennis omtrent die beslissing vaststaat (*idealiter* een betekening in persoon).¹²⁴⁷ Anders kan het laten verstrijken van de rechtsmiddeltermijn immers niet als een ondubbelzinnige afstand worden aangemerkt. Bovendien veronderstelt de bijkomende - alternatieve - eis van de uitdrukkelijke verklaring van niet betwisting van het vonnis dat de betrokkene daadwerkelijk - en tijdig - kennis heeft gekregen van de inhoud daarvan. Een ander, hiermee samenhangend probleem is dat art. 4 bis Kaderbesluit zwijgt over mededelingen aan de opgeëiste persoon omtrent de termijn en vormen voor het aantekenen van verzet of hoger beroep.¹²⁴⁸ Het ongebruikt laten verstrijken van de rechtsmiddeltermijn kan niet als ondubbelzinnige afstand van dat rechtsmiddel worden beschouwd, indien de betrokken persoon bij de betekening van de beslissing niet op de hoogte was gebracht van die termijn.¹²⁴⁹ Nu uit de preambule van het kaderbesluit blijkt dat aansluiting is gezocht bij de (nationale dimensie van de) rechtspraak van het Europees Hof, lijkt het aangewezen om de uitdrukkelijke informatie over het recht op verzet of hoger beroep zo te verstaan dat zij mede informatie over termijn en vormen omvat. Ook voor deze uitzondering geldt dat de uitvaardigende justitiële autoriteit in onderdeel 4 van rubriek d) moet melden op welke wijze aan de voorwaarden is voldaan.

De vierde *uitzondering* heeft betrekking op gevallen waarin de beslissing nog niet aan de opgeëiste persoon is betekend, maar waarin deze hem na zijn overlevering alsnog persoonlijk zal worden betekend en hij uitdrukkelijk zal worden geïnformeerd over zijn recht op een verzetprocedure of procedure in hoger beroep én over de termijn van dat verzet of hoger beroep (art. 4 bis lid 1 onder d Kaderbesluit). Na betekening heeft de opgeëiste persoon dus de keuze tussen berusten in de verstekbeslissing, in welk geval hij de opgelegde vrijheidsstraf zal ondergaan, of - tijdig - verzet of hoger beroep aantekenen, in welk geval hij opnieuw terecht zal staan.¹²⁵⁰

Vergeleken met art. 5 onder 1 Kaderbesluit valt op dat uitdrukkelijk sprake is van een *recht* op verzet of hoger beroep. Bovendien expliciteert art. 4 bis Kaderbesluit wat onder een dergelijke procedure dient te worden verstaan: een procedure waarbij de opgeëiste persoon “het recht heeft aanwezig te zijn, waarop de zaak opnieuw ten gronde wordt behandeld en

¹²⁴⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 3, p. 3: “Onderdeel c benoemt de gevallen waarin vaststaat dat betrokkene het vonnis kent (...)”. Volgens Rb. Amsterdam 3 augustus 2012, *LJN* BY2002 stelt art. 12 onder c Olw (de derde uitzondering) niet de eis dat het vonnis in persoon aan de opgeëiste persoon is betekend. Gelet op de juist aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis, volgt uit deze uitspraak niet dat elke wijze van betekening van het vonnis zou meebrengen dat de weigeringsgrond niet van toepassing is. Is het vonnis bijvoorbeeld betekend aan het adres waarop de opgeëiste persoon niet langer woonde, terwijl hij de autoriteiten niet had geïnformeerd over zijn nieuwe adres, dan staat niet vast dat de opgeëiste persoon het vonnis kende en in de gelegenheid was daartegen tijdig een rechtsmiddel in te stellen: Rb. Amsterdam 2 oktober 2012, *LJN* BY2664.

¹²⁴⁸ De Swart 2008, p. 1997.

¹²⁴⁹ Zie ook paragraaf 2.2.4 en de daar vermelde rechtspraak van het Europees Hof.

¹²⁵⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 6, p. 4; *Kamerstukken I* 2010/11, 32 188, C, p. 5.

nieuw bewijsmateriaal wordt toegelaten, en die kan leiden tot herziening van de oorspronkelijke beslissing”. Ter verduidelijking voegt overweging 1 van de preambule daaraan nog toe dat het nieuwe proces of het rechtsmiddel “gericht is op de waarborging van de rechten van de verdediging”.¹²⁵¹ Art. 4 bis Kaderbesluit zoekt aansluiting bij de rechtspraak van het Europees Hof: “a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact” door “a court which has heard him”.¹²⁵² Een schriftelijke herzieningsprocedure valt dus niet onder de in art. 4 bis Kaderbesluit bedoelde omschrijving.¹²⁵³ Gezien de bedoelde rechtspraak van het Europees Hof, moet mijns inziens het recht op aanwezigheid tijdens de nieuwe procedure worden verstaan als het recht op *persoonlijke* aanwezigheid.¹²⁵⁴ Art. 4 bis Kaderbesluit regelt niet uitdrukkelijk dat de opgeëiste persoon bij de behandeling van het verzet of het hoger beroep het recht heeft op bijstand door een raadsman en op bijstand door een tolk.¹²⁵⁵ Nu, zoals gezegd, de nieuwe procedure volgens de preambule gericht is op waarborging van de rechten van de verdediging, valt een procedure waarin de opgeëiste persoon zich niet zou kunnen doen bijstaan door een raadsman en een tolk niet onder art. 4 bis Kaderbesluit. De kritiek van Klitsch dat het kaderbesluit openlaat of in het nieuwe proces ook rechtsvragen aan de orde kunnen of moeten worden gesteld,¹²⁵⁶ lijkt mij onterecht. Zeker gezien tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Europees Hof, omvat een nieuwe behandeling “ten gronde” ook een behandeling van rechtspunten. De beslissing kan worden herzien, indien en voor zover die nieuwe feitelijke en juridische behandeling daartoe aanleiding geeft. De kritiek - wederom van Klitsch - dat het Europees Hof herziening van de verstekbeslissing eist en dat het kaderbesluit daarentegen de herziening van die beslissing aan de discretie van de lidstaten overlaat,¹²⁵⁷ lijkt mij onjuist. Het recht op verzet of hoger beroep is niet het recht op een inhoudelijk andere beslissing. Het is immers niet uitgesloten dat de nieuwe behandeling “ten gronde” tot dezelfde conclusie leidt als de eerdere verstekprocedure. Het is dan ook begrijpelijk dat art. 4 bis Kaderbesluit slechts eist dat de verzetprocedure of procedure in hoger beroep *kan* leiden tot een herziening van de oorspronkelijke beslissing.

Anders dan de derde uitzondering, maakt de vierde uitzondering uitdrukkelijk gewag van het vereiste dat de opgeëiste persoon na de betekening van de beslissing wordt geïnformeerd over de termijn van verzet of hoger beroep. In onderdeel 3.4 van rubriek d) van het EAB moet de uitvaardigende justitiële autoriteit alvast invullen hoeveel dagen die termijn zal bedragen. De bepaling zwijgt echter over de essentiële mededeling inzake de bij de aanwending van het rechtsmiddel in acht te nemen vormen. Zou de opgeëiste persoon niet-ontvankelijk worden verklaard in het door hem aangewende rechtsmiddel wegens niet

¹²⁵¹ Zie ook *Kamerstukken II 2009/11*, 32 188, nr. 6, p. 4: “Het gaat erom dat een «fair trial» als bedoeld in artikel 6 EVRM plaatsvindt”.

¹²⁵² Zie bijvoorbeeld EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ 2006*, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië), § 26 (in de nummering van het Hof § 82).

¹²⁵³ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 188, nr. 6, p. 4.

¹²⁵⁴ Anders Klitsch 2009, p. 18: “An dieser Stelle wird der Umsetzungsgesetzgeber abwägen müssen, ob er dem Recht auf rechtliches Gehör oder dem Verteidigungsrecht des Angeklagten Vorzug gibt”.

¹²⁵⁵ De Duitse *Bundesrechtsanwaltskammer* ziet het als een tekortkoming dat het kaderbesluit deze *Mindestrechte* niet garandeert. Zie *BRÄK-Stellungnahme-Nr. 06/2008*, p. 7, beschikbaar op www.brak.de.

¹²⁵⁶ Klitsch 2009, p. 18.

¹²⁵⁷ Klitsch 2009, p. 19: “Ob die Entscheidung tatsächlich aufgehoben wird, liegt dabei, auch nach dem ausdrücklichen Willen des europäischen Gesetzgebers, im Ermessen der Mitgliedstaaten. Dementsprechend wird die Aufhebung der Abwesenheitsverurteilung nicht, wie vom EGMR gefordert, garantiert”.

naleving van - de hem niet bekende - vormen, dan zou de uitvaardigende lidstaat het in art. 6 EVRM neergelegde recht op toegang tot een rechter schenden.¹²⁵⁸ Daarbij komt dat de opgeëiste persoon zich na zijn overlevering hoogstwaarschijnlijk in detentie zal bevinden, hetgeen de aanwending van een rechtsmiddel kan bemoeilijken.¹²⁵⁹

Indien de vierde uitzondering van toepassing is én “de opgeëiste persoon nog niet officieel van de tegen hem bestaande strafprocedure in kennis is gesteld”, kan de opgeëiste persoon, wanneer hij in kennis wordt gesteld van de inhoud van het EAB, verzoeken om een kopie van het verstekvonnis te ontvangen vóór zijn overlevering (art. 4 bis lid 2 Kaderbesluit). De verstrekking van het vonnis dient louter het doel van informatiever-schaffing aan de opgeëiste persoon. Op deze wijze kan hij al vóór de persoonlijke betekening op de hoogte raken van de inhoud van het verstekvonnis. Omdat de verstrekking van een kopie van het vonnis alleen strekt “ter kennisgeving” en dus niet nodig is voor de beoordeling van het EAB,¹²⁶⁰ mag het verzoek “noch de overleveringsprocedure noch de beslissing tot tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel vertraging doen oplopen” (art. 4 bis lid 2 Kaderbesluit). De overhandiging van de kopie van het vonnis aan de opgeëiste persoon “is niet te beschouwen als officiële betekening van het vonnis en doet geen termijnen voor het aantekenen van verzet of beroep ingaan” (art. 4 bis lid 2 Kaderbesluit). Deze bepaling - die materieel overeenkomt met art. 3 lid 2 Tweede Aanvullend Protocol - beoogt te voorkomen dat de rechtsmiddeltermijn al zou ingaan - en verstrijken - tijdens de overleveringsprocedure.

VI.4.3.2 Art. 12 (nieuw) OLW

De Nederlandse wetgever heeft art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit geïmplementeerd en wel in de vorm van een dwingende weigeringsgrond (art. 12 (nieuw) OLW).¹²⁶¹ De

¹²⁵⁸ Zie paragraaf 2.2.4 en de daar genoemde rechtspraak van het Europees Hof.

¹²⁵⁹ De Swart 2008, p. 1999. Vgl. EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08 (Faniel/België), § 30: “(...) ce qui importe en matière d'accès à un tribunal, c'est non seulement que les règles concernant, entre autres, les possibilités des voies de recours et les délais soient posées avec clarté, mais qu'elles soient aussi portées à la connaissance des justiciables de la manière la plus explicite possible, afin que ceux-ci puissent en faire usage conformément à la loi. Il en est particulièrement ainsi lorsqu'une personne qui a été condamnée par défaut est détenue ou n'est pas représentée par un avocat lorsqu'elle reçoit notification d'un jugement de condamnation: elle doit pouvoir être immédiatement informée de manière fiable et officielle des possibilités de recours et des délais d'introduction. Il ne s'agit pas d'interpréter le droit ni de prodiguer des conseils que seul un avocat peut faire, mais d'indiquer le suivi qui peut être donné à un jugement” (mijn cursivering).

¹²⁶⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 6, p. 4-5.

¹²⁶¹ Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van de Overleveringswet, de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging strafrechtelijke sancties 2008 en het Wetboek van Strafvordering ter implementatie van kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 26 februari 2009 tot wijziging van kaderbesluit 2002/584/JBZ, kaderbesluit 2005/214/JBZ, kaderbesluit 2006/783/JBZ, kaderbesluit 2008/909/JBZ en kaderbesluit 2008/947/JBZ en tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces (*PbEU* L 81), *Stb.* 232. Deze wet is in werking getreden op 1 augustus 2011: *Stb.* 2011, 342. Deze wet is niet van toepassing op vóór dit tijdstip in Nederland ontvangen EAB's. Op die EAB's blijft art. 12 (oud) OLW van toepassing (art. IV lid 1). Zie Rb. Amsterdam 26 oktober 2011, *LJN* BU2947; Rb. Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BX0620; Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8965. Totdat Italië het kaderbesluit van 26 februari 2009 heeft geïmplementeerd en uiterlijk tot 1 januari 2014 is de wet niet van toepassing op Italiaanse EAB's (art. IV lid 2). Zie Rb. Amsterdam 3 april 2012, *LJN* BW0696; Rb. Amsterdam 13 april 2012, *LJN* BW4339; Rb. Amsterdam 7 augustus 2012, RK-nummer 12/3606 (niet gepubliceerd); Rb. Amsterdam 14 augustus 2012,

overleveringsrechter moet de overlevering weigeren, indien het EAB “strekt tot tenuitvoerlegging van een vonnis terwijl de verdachte niet in persoon is verschenen bij de behandeling ter terechtzitting die tot het vonnis heeft geleid”, tenzij de uitvaardigende justitiële autoriteit in het EAB één van de vier in art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit bedoelde uitzonderingen heeft aangekruist.¹²⁶²

De parlementaire stukken maken niet duidelijk waarom Nederland art. 4 bis Kaderbesluit heeft geïmplementeerd en waarom als een dwingende weigeringsgrond. De Memorie van Toelichting beperkt zich in dit verband tot de opmerking dat “de bestaande bescherming tegen een overlevering met het oog op de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis als resultaat van een procedure waarbij men niet aanwezig is geweest en waarvan men geen enkele kennis draagt, gehandhaafd blijft”.¹²⁶³ Volgens de wetgever zijn de uitzonderingen op de verplichting tot weigering gebaseerd op de rechtspraak van het Europees Hof,¹²⁶⁴ in het bijzonder de omschrijving van het nieuwe proces.¹²⁶⁵ Gezien de overweging van de preambule bij het kaderbesluit,¹²⁶⁶ heeft de wetgever hier de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof op het oog gehad.

Evenals art. 12 (oud) OLW, dwingt de nieuwe bepaling naar de letter tot weigering van de overlevering in gevallen waarin volgens de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof de staat van veroordeling (de uitvaardigende lidstaat) niet in strijd met art. 6 EVRM heeft gehandeld. Afgezien van verdediging van de afwezige opgeëiste persoon door een daartoe gemachtigde raadsman, welk geval nu uitdrukkelijk als uitzondering op de verplichting tot weigering is voorzien, gaat het om dezelfde gevallen.¹²⁶⁷

Een probleem bij de toepassing van art. 12 (nieuw) OLW is dat niet alle lidstaten het kaderbesluit van 26 februari 2009 al hebben geïmplementeerd, althans dat niet alle uitvaardigende justitiële autoriteiten al gebruik maken van het bij dat kaderbesluit gewijzigde model van het EAB. Het kaderbesluit van 26 februari 2009 noch de Overleveringswet bevat op dit punt een overgangsregeling. Daardoor kan het voorkomen dat het EAB de oude tekst van rubriek d) bevat, dat wil zeggen de tekst zoals deze luidde tot 1 augustus 2011, terwijl de Rechtbank Amsterdam het EAB dient te toetsen aan art. 12 Olw, zoals deze bepaling met ingang van 1 augustus 2011 luidt. De oude tekst van rubriek d) van het EAB ziet op de eisen van art. 5 onder 1 Kaderbesluit. Omdat de nieuwe regeling andere begrippen hanteert - in deze regeling is géén sprake meer van de begrippen “verstek” en “verstekvonnis” -, een andere structuur heeft en andere eisen stelt dan de oude regeling, is de enkele mededeling in het EAB dat de oude rubriek d) niet van toepassing is of dat geen sprake is van een “verstekvonnis” niet genoeg om de toepasselijkheid van art. 12 (nieuw) OLW uit te sluiten.¹²⁶⁸ Hetzelfde geldt voor de aankruising in rubriek d) van de

LJN BY2007. Kennelijk anders, maar zonder enige motivering *Rb. Amsterdam* 21 juni 2012, *LJN* BX4056; *Rb. Amsterdam* 6 juli 2012, *LJN* BX1727.

¹²⁶² Zie voor weigeringen bijvoorbeeld *Rb. Amsterdam* 24 februari 2012, *LJN* BV7998; *Rb. Amsterdam* 13 maart 2012, *LJN* BV9399 en *LJN* BV9401; *Rb. Amsterdam* 27 maart 2012, *LJN* BX0611; *Rb. Amsterdam* 12 juni 2012, *LJN* BX4479.

¹²⁶³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 3, p. 3.

¹²⁶⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 3, p. 2.

¹²⁶⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 188, nr. 6, p. 4.

¹²⁶⁶ Zie paragraaf 4.3.1.1.

¹²⁶⁷ Zie paragraaf 4.2.2.3.

¹²⁶⁸ *Rb. Amsterdam* 16 april 2012, RK-nummer 12/1552 (tussenuitspraak, niet gepubliceerd); *Rb. Amsterdam* 16 april 2012, *LJN* BX4875 (deze uitspraak is op rechtspraak.nl abusievelijk opgenomen onder

mededeling dat de betrokken persoon “in persoon is gedagvaard of anderszins in persoon in kennis is gesteld van de datum en plaats van de terechtzitting die tot het verstekvonnis heeft geleid”, omdat deze mededeling niet - volledig - overeenkomt met één van de omstandigheden als bedoeld in art. 12 onder a tot en met d (nieuw) OLW.¹²⁶⁹ Gebruik van de oude tekst van rubriek d) maakt het EAB niet ongenoegzaam.¹²⁷⁰ Aan de hand van aanvullende informatie van de zijde van de uitvaardigende justitiële autoriteit¹²⁷¹ of aan de hand van mededelingen van de opgeëiste persoon zelf¹²⁷² kan de Rechtbank Amsterdam nagaan of de weigeringsgrond van art. 12 (nieuw) OLW al dan niet van toepassing is.

Aan vormvrij - dat wil zeggen buiten het kader van de gewijzigde rubriek d) - verstrekte informatie kleefde het grote nadeel dat de overleveringsrechter die informatie zelf moet waarden en “vertalen” naar het toetsingskader van art. 12 (nieuw) OLW. Dit is nu juist wat art. 4 bis Kaderbesluit beoogt te voorkomen: het is - in beginsel - aan de uitvaardigende justitiële autoriteit om te bepalen of de in die bepaling neergelegde weigeringsgrond al dan niet van toepassing is (zie paragraaf 4.3.1.2). In gevallen waarin het EAB onvoldoende informatie bevat om te oordelen over de toepasselijkheid van art. 12 (nieuw) OLW - en de verklaring van de opgeëiste persoon geen soelaas biedt -, is de Rechtbank Amsterdam er daarom toe overgegaan aan de uitvaardigende justitiële autoriteit te vragen of zij alsnog de gewijzigde rubriek d) wil invullen.¹²⁷³

De aanhef van art. 12 (nieuw) OLW verwijst, evenals de aanhef van art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit, naar de procedurevoorschriften van de uitvaardigende lidstaat.¹²⁷⁴ Deze verwijzing komt ná de voorwaarde voor toepasselijkheid dat de opgeëiste persoon niet in persoon is verschenen bij de behandeling ter terechtzitting die tot het vonnis heeft geleid en gaat vooraf aan de opsomming van de omstandigheden waaronder de overleveringsrechter de overlevering desondanks niet mag weigeren. De Rechtbank Amsterdam ziet een tegenstelling tussen het antwoord op de vraag of de opgeëiste persoon in persoon is verschenen bij de behandeling ter terechtzitting die tot het vonnis heeft geleid en de mededeling dat één van de omstandigheden als bedoeld in art. 12 onder a tot en met d (nieuw) OLW aan de orde is. De persoonlijke aanwezigheid op de terechtzitting ziet zij als een feitelijke kwestie en de omstandigheden als een juridische aangelegenheid. Uit de verwijzing naar de procedurevoorschriften heeft de Rechtbank Amsterdam afgeleid dat het recht van de uitvaardigende lidstaat de toepasselijkheid van de omstandigheden als bedoeld in art. 12 onder a tot en met d (nieuw) OLW beheerst: dat recht bepaalt “of de opgeëiste persoon bekend was met de terechtzitting en/of het vonnis en dat hij dus de gelegenheid heeft gehad om zich te verdedigen dan wel beroep in te stellen, maar daarvan heeft

de datum 17 augustus 2012). In deze zin ook Rb. Amsterdam 8 mei 2012, RK-nummer 12/2827 (tussenuitspraak, niet gepubliceerd).

¹²⁶⁹ Rb. Amsterdam 16 april 2012, *LJN* BX4875. (Deze uitspraak is op rechtspraak.nl abusievelijk opgenomen onder de datum 17 augustus 2012.)

¹²⁷⁰ Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7998.

¹²⁷¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV6450; Rb. Amsterdam 30 maart 2012, *LJN* BW8975; Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8962; Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8965; Rb. Amsterdam 15 mei 2012, *LJN* BW8923.

¹²⁷² Rb. Amsterdam 16 april 2012, *LJN* BX4875 (deze uitspraak is op rechtspraak.nl abusievelijk opgenomen onder de datum 17 augustus 2012); Rb. Amsterdam 7 september 2012, *LJN* BY2654.

¹²⁷³ Rb. Amsterdam 8 mei 2012, RK-nummer 12/2827 (tussenuitspraak, niet gepubliceerd).

¹²⁷⁴ Anders dan art. 4 bis Kaderbesluit, spreekt art. 12 (nieuw) Kaderbesluit niet van *nadere* procedurele voorschriften.

afgezien”.¹²⁷⁵ Indien bijvoorbeeld naar Pools recht de betekening van de dagvaarding aan een huisgenoot op het door de adressant opgegeven adres een dagvaarding in persoon oplevert, is sprake van een dagvaarding in persoon¹²⁷⁶ in de zin van art. 4 bis lid 1 onder a Kaderbesluit en art. 12 onder a (nieuw) OLW.¹²⁷⁷

Hiervoor heb ik betoogd dat deze uitleg onjuist is (zie paragraaf 4.3.1.2). Het begrip “persoonlijk gedagvaard” is een autonoom begrip van Unierecht dat in de gehele Unie uniform moet worden uitgelegd. De verwijzing naar de - nadere - procedurele voorschriften van de uitvaardigende lidstaat beoogt niet meer dan te onderstrepen dat het kaderbesluit van 26 februari 2009 niet strekt tot harmonisatie van de regels inzake de betekening van dagvaardingen en vonnissen. Het onderscheid dat de overleveringsrechter maakt tussen feitelijke en door het recht van de uitvaardigende geregeerde kwesties vindt bovendien geen steun in de wetsgeschiedenis van de Overleveringswet. De bekendheid van de opgeëiste persoon met de terechtzitting of met het vonnis is eveneens een feitelijke kwestie. De Memorie van Toelichting meldt immers dat, nu de verstekregelingen van de lidstaten niet zijn geharmoniseerd, gekozen is voor “soms zeer feitelijke omschrijvingen”, in plaats van “juridisch-technische termen die in elk rechtssysteem vervolgens hun eigen uitleg zouden krijgen”. Eén van zulke feitelijke omschrijvingen is bijvoorbeeld de mededeling dat “op ondubbelzinnige wijze vaststaat dat hij op de hoogte was van de voorgenomen terechtzitting en ervan in kennis is gesteld dat een vonnis kan worden gewezen wanneer hij niet ter terechtzitting verschijnt” (art. 12 onder a (nieuw) OLW, tweede alternatief).¹²⁷⁸

Heeft de uitvaardigende justitiële autoriteit meegedeeld dat de opgeëiste persoon in persoon is verschenen bij de behandeling ter terechtzitting die tot het aan het EAB ten grondslag liggende vonnis heeft geleid of dat één van de omstandigheden als bedoeld in art. 4 bis lid 1 onder a tot en met d Kaderbesluit van toepassing is, dan dient de overleveringsrechter op de juistheid van die mededeling te vertrouwen. De enkele betwisting van die mededeling is in elk geval onvoldoende om aan die juistheid te twijfelen.¹²⁷⁹ In het voetspoor van de wetsgeschiedenis van art. 12 (nieuw) OLW lijdt het vertrouwen alleen uitzondering, indien “serieuze kanttekeningen” te plaatsen zijn bij de juistheid van de mededeling.¹²⁸⁰

¹²⁷⁵ Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7998. In deze zin ook (impliciet) Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV6450; Rb. Amsterdam 13 maart 2012, *LJN* BV9399; Rb. Amsterdam 27 maart 2012, *LJN* BX0611.

¹²⁷⁶ Dagvaarding in persoon, als bedoeld in art. 12 onder a Olw, heeft dezelfde betekenis als persoonlijke dagvaarding, als bedoeld in art. 4 bis lid 1 onder a Kaderbesluit: Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV6450.

¹²⁷⁷ Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV6450.

¹²⁷⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 188, nr. 3, p. 3.

¹²⁷⁹ Rb. Amsterdam 18 mei 2012, *LJN* BX3378.

¹²⁸⁰ De enkele stelling van de opgeëiste persoon dat hij niet op de hoogte was van de datum en plaats van de terechtzitting levert niet zulke kanttekeningen op: Rb. Amsterdam 28 augustus 2012, *LJN* BY2015. Zulke serieuze kanttekeningen nam de Rechtbank Amsterdam kennelijk wel aan in Rb. Amsterdam 3 augustus 2012, *LJN* BY2002: de enkele omstandigheid dat de moeder van de opgeëiste persoon de dagvaarding heeft opgehaald op het door hem aan de Poolse rechtbank opgegeven adres, brengt niet (zonder meer) mee dat “op ondubbelzinnige wijze vaststaat dat hij op de hoogte was van de voorgenomen terechtzitting”, als bedoeld in art. 12 onder a (nieuw) OLW.

VI.4.4 Conclusie

Art. 5 onder 1 Kaderbesluit en art. 4 bis Kaderbesluit, dat in de plaats van eerstgenoemde bepaling is getreden, houden verband met art. 6 EVRM en met de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek. Ten aanzien van art. 5 onder 1 Kaderbesluit blijkt dit niet zo zeer uit de formulering daarvan als wel uit de implementatiewetgevingen van verschillende lidstaten, waarin de bepaling op verschillende punten is aangescherpt om aan de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof te voldoen. Art. 4 bis Kaderbesluit is op dit punt duidelijker. In de preambule wordt op verschillende plaatsen verwezen naar de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek. Gezien de context van die verwijzingen, gaat het daarbij om de nationale dimensie.

Beide bepalingen zijn facultatief geformuleerd, zodat de lidstaten de vrijheid hebben om implementatie achterwege te laten. De facultatieve formulering suggereert dat de lidstaten van mening waren dat de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van art. 6 EVRM niet dwong tot opname van een weigeringsgrond die de lidstaten moesten implementeren in hun nationale wetgevingen. Ten aanzien van art. 4 bis Kaderbesluit heeft de meerderheid van de lidstaten een voorstel om deze weigeringsgrond dwingend te maken zelfs uitdrukkelijk verworpen. De overweging in de preambule die de implementatie-vrijheid van de lidstaten met betrekking tot art. 4 bis Kaderbesluit beoogt te “bepalen”, doet de implementatievrijheid niet teniet.

Verschillende lidstaten, waaronder Nederland, hebben art. 5 onder 1 Kaderbesluit - als dwingende weigeringsgrond - geïmplementeerd. Bovendien hebben verschillende lidstaten, waaronder wederom Nederland, bij de implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit deze bepaling aangescherpt, teneinde te voldoen aan de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof. Ten tijde van de aanneming en de implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit hadden de lidstaten ter rechtvaardiging van een en ander een beroep kunnen doen op de beslissing van het Europees Hof in de zaak *Einhorn*, een beslissing die de transnationale dimensie van berechting bij verstek betreft. Hoewel duidelijk is dat de Nederlandse wetgever heeft willen aansluiten bij de rechtspraak van het Europees Hof, blijkt niet dat hij art. 12 (oud) OLW heeft gezien als uitvloeisel van een op Nederland rustende mensenrechtelijke verplichting. In dit verband is opmerkelijk dat de parlementaire stukken niet verwijzen naar *Einhorn*, maar alleen naar arresten met betrekking tot de nationale dimensie van berechting bij verstek, waaruit op zichzelf geen verplichtingen voortvloeien voor de uitvoerende lidstaat.

In latere beslissingen heeft het Europees Hof voor wat betreft de aansprakelijkheid van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat onder art. 6 EVRM onderscheid gemaakt tussen uitlevering aan derde staten en uit- en overlevering aan partijen bij het EVRM. Gezien de *huidige* stand van de transnationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof, kan worden geconcludeerd dat de lidstaten die, zoals Nederland, art. 5 onder 1 Kaderbesluit hebben geïmplementeerd en daarbij die bepaling hebben aangescherpt, dit vanuit het perspectief van de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, *achteraf bezien*, onverplicht hebben gedaan. Dat geldt in het bijzonder voor de aanscherping van de garantie, tenzij men aanneemt dat deze op zichzelf al het recht op een nieuw proces behelst. Het unilateraal bieden van meer bescherming is vanuit het perspectief van Unierecht problematisch: zulks vereist een Unierechtelijke grondslag. Deze zou mogelijk kunnen worden gevonden in overweging 12 van de preambule. Verstaat men art. 5 onder 1

Kaderbesluit daarentegen zo dat deze bepaling ziet op een garantie op een nieuw proces, dan biedt het Unierecht zelf de extra bescherming.

Ten tijde van de aanname en implementatie van art. 4 bis Kaderbesluit hadden de lidstaten op de hoogte kunnen zijn van de beslissing in de zaak *Cenaj*. De lidstaten die, zoals Nederland, art. 4 bis Kaderbesluit dwingend hebben geïmplementeerd, hebben dit vanuit het perspectief van het primaire Unierecht onverplicht gedaan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom Nederland deze bepaling - als een dwingende weigeringsgrond - heeft geïmplementeerd. Zowel art. 5 onder 1 Kaderbesluit, zoals deze bepaling in Nederland is geïmplementeerd en zoals zij door de rechter wordt uitgelegd, als art. 4 bis Kaderbesluit biedt de opgeëiste persoon een niveau van bescherming dat uitstijgt boven de eisen van de transnationale dimensie van de rechtspraak inzake berechting bij verstek. Het Unierecht laat toe dat de Unie meer mensenrechtelijke bescherming biedt dan uit het EVRM (en uit het Handvest) voortvloeit. Nu het beginsel van wederzijdse erkenning in het algemeen en de regeling van het EAB in het bijzonder op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten berust en nu dit vertrouwen mede gebaseerd is op de omstandigheid dat alle lidstaten aan het EVRM en aan het Handvest gebonden zijn, geeft het bieden van meer bescherming dan uit die instrumenten voortvloeit juist uiting aan een zekere mate van wantrouwen. Immers, kennelijk is die mate van wederzijds vertrouwen in de praktijk onvoldoende, althans voor verbetering vatbaar. Binnen de Europese Unie heeft echter de gedachte postgevat dat de werking van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen kan worden verbeterd door versterking van het wederzijdse vertrouwen en dat het wederzijdse vertrouwen op zijn beurt kan worden versterkt door harmonisatie van de minimumwaarborgen voor verdachten in strafzaken. Om de wederzijdse erkenning soepeler te laten verlopen, tracht de Unie dan ook het wederzijdse vertrouwen te versterken door versterking van de rechtspositie van de verdachte via harmonisatie van Uniebrede minimumwaarborgen. Versterking van het wederzijdse vertrouwen zou de wederzijdse erkenning van beslissingen moeten verbeteren. Art. 5 onder 1 Kaderbesluit en - in meerdere mate - art. 4 bis Kaderbesluit passen binnen dit streven.

Zoals gezegd heeft Nederland beide bepalingen als dwingende weigerings-gronden geïmplementeerd. Opmerkelijk is dat de *dwingende* formulering van beide bepalingen er naar de letter toe leidt dat de overleveringsrechter de overlevering afhankelijk moet maken van een garantie op een nieuw proces dan wel de overlevering moet weigeren in gevallen waarin naar de maatstaven van de nationale dimensie geen sprake is van schending van art. 6 EVRM door de uitvaardigende lidstaat. Zo moet - onder art. 12 (oud) OLW - de overlevering ook afhankelijk worden gemaakt van een garantie dan wel bij gebreke daarvan worden geweigerd, indien de afwezige verdachte werd verdedigd door een daartoe gemachtigde raadsman. Beide bepalingen houden geen rekening met de mogelijkheid van ondubbelzinnige afstand, indien de opgeëiste persoon niet officieel daadwerkelijk in kennis is gesteld van datum en plaats van de zitting maar desondanks op de hoogte is van de strafprocedure en van de beschuldigingen, met de mogelijkheid dat de verdachte zich aan zijn berechting heeft onttrokken noch met de mogelijkheid dat de verdachte ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van een nieuwe berechting. Ten slotte maken beide bepalingen geen onderscheid tussen berechting in eerste aanleg en berechting in hoger beroep. Deze problemen hadden kunnen worden voorkomen door *facultatieve* implementatie. De overleveringsrechter heeft art. 12 (oud) OLW zo uitgelegd, dat hij in dergelijke gevallen toch de ruimte heeft om af te zien van toepassing van die bepaling. De

toekomst zal leren of de overleveringsrechter geneigd is ook het nieuwe art. 12 OLW op deze wijze uit te leggen.

Opmerkelijk is dat de Rechtbank Amsterdam art. 12 (nieuw) OLW zo uitlegt, dat het recht van de uitvaardigende lidstaat de uitzonderingen op de verplichting tot weigering van de overlevering beheerst. Is naar dat recht sprake van een dagvaarding in persoon of staat naar dat recht vast dat de betrokkene op de hoogte was van de voorgenomen terechtzitting, dan doet zich bijvoorbeeld de omstandigheid als bedoeld in art. 12 onder a OLW voor. Deze uitleg vindt naar mijn mening geen steun in de - kaderbesluitconform uitgelegde - bewoordingen van art. 12 (nieuw) OLW en strookt niet met de doelstelling van het Kaderbesluit om de rechtspositie van personen tegen wie een strafprocedure loopt, te versterken. In het licht van die doelstelling ligt immers veeleer een autonome uitleg overeenkomstig de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof voor de hand.

VI.5 Conclusie

In paragraaf 2 is gebleken dat de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek twee dimensies kent. De nationale dimensie heeft betrekking op de verantwoordelijkheid onder art. 6 EVRM van de staat van veroordeling. De transnationale dimensie heeft betrekking op de verantwoordelijkheid onder art. 6 EVRM van de staat die aan de staat van veroordeling rechtshulp verleent - bijvoorbeeld uit- of overlevering - inzake de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis.

Een veroordeling na een berechting bij verstek, dat wil zeggen een berechting buiten aanwezigheid van de verdachte, levert voor de staat van veroordeling op zichzelf geen strijd op met art. 6 EVRM, dat het recht op aanwezigheid bij en deelname aan de behandeling ter terechtzitting omvat. Wanneer echter de betrokken persoon niet ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrecht noch zich aan zijn berechting heeft onttrokken, levert de weigering door de staat van veroordeling om de betrokkene een “fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact” door een “court which has heard him” te verlenen, niet alleen een schending van art. 6 EVRM, maar zelfs een “flagrant denial of justice” op. Dit begrip legt het verband tussen de nationale en de transnationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof. De aangezochte staat/uitvoerende lidstaat zou door uit- of overlevering art. 6 EVRM schenden, indien hij de opgeëiste persoon daardoor zou blootstellen aan een “flagrant denial of justice”.

In de transnationale dimensie maakt het Europees Hof bij de toepassing van het criterium “flagrant denial of justice” onderscheid tussen uitlevering aan derde staten en uit- en overlevering aan partijen bij het EVRM. Bij uit- en overlevering aan EVRM-partijen is de gestelde schending van art. 6 EVRM niet onherstelbaar. De verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat heeft immers de verplichtingen op zich genomen om de rechten van art. 6 EVRM te waarborgen en om te voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen een eventuele schending van die rechten. Bovendien kan het handelen en nalaten van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat aan de controle van het Europees Hof worden onderworpen. Om die redenen zal in geval van uit- of overlevering aan een EVRM-partij niet snel sprake kunnen zijn van een “flagrant denial of justice”. Zo eist het Europees Hof niet dat met voldoende mate van zekerheid komt vast te staan dat de opgeëiste persoon recht heeft op een “fresh determination”, indien de staat van bestemming een EVRM-partij is. Het Europees Hof vertrouwt in dergelijke gevallen op de

naleving door de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat van zijn EVRM-verplichtingen, eventueel na tussenkomen door het Europees Hof.

In paragraaf 3 is uiteengezet dat het Nederlandse uitleveringsrecht twee weigeringsgronden inzake verstekvonnissen bevat: het Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV en art. 3 Tweede Aanvullend Protocol. Beide zijn facultatief geformuleerd, maar beide worden dwingend “ingevuld” door art. 5 lid 3 UW. De facultatieve formulering van het voorbehoud en van art. 3 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol tonen aan dat Nederland respectievelijk de partijen bij het Tweede Aanvullend Protocol dergelijke weigeringsgronden niet zagen als voortvloeiende uit een op de aangezochte staat rustende mensenrechtelijke verplichting. Daarbij moet worden bedacht dat ten tijde van het maken van het voorbehoud en van de totstandkoming van het Tweede Aanvullend Protocol de rechtspraak van het Europees Hof inzake de berechting bij verstek nog geen transnationale dimensie kende en dus uitsluitend verplichtingen oplegde aan de staat van veroordeling (de verzoekende staat).

Gelet op de formulering van het voorbehoud en van art. 3 Tweede Aanvullend Protocol - beide maken inachtneming van de rechten van de verdediging als bedoeld in art. 6 EVRM tot het relevante criterium, zij het dat art. 3 dit in ruimere mate doet dan het voorbehoud -, mag worden verondersteld dat bij de uitleg en toepassing daarvan aansluiting zal worden gezocht bij de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake het voorbehoud is inderdaad in grote lijnen in overeenstemming met 's Hof's rechtspraak. De rechtspraak inzake art. 3 Tweede Aanvullend Protocol valt daarentegen moeilijk te rijmen met de rechtspraak van het Europees Hof. In een aantal arresten is onvoldoende rekening gehouden met de eis dat de betrokken persoon voldoende weet had van de tegen hem aanhangige strafvervolgning en van de beschuldiging om zijn minimumrechten te kunnen uitoefenen.

Bij de beantwoording van de vraag of de verzoekende staat de in art. 3 Tweede Aanvullend Protocol bedoelde “verzekering” - die het recht op een nieuw proces waarborgt -, zal naleven, past de Hoge Raad zijn algemene mensenrechtelijke beslissingsschema toe. Met betrekking tot het verleden - zijn de minimumrechten van de verdediging in acht genomen? - is de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof van belang, althans zou van belang moeten zijn, terwijl met betrekking tot de toekomst - zal de opgeëiste persoon daadwerkelijk een nieuw proces krijgen? - de transnationale dimensie van belang is.

In paragraaf 4 heb ik uiteengezet dat het Nederlandse overleveringsrecht voorziet in twee weigeringsgronden inzake verstekvonnissen: art. 5 onder 1 Kaderbesluit en art. 4 bis Kaderbesluit, die de eerstgenoemde bepaling vervangt. Vergeleken met de uitleveringsrechtelijke weigeringsgronden laten deze bepalingen enkele verschillen zien. Waar de uitleveringsrechtelijke weigeringsgronden de inachtneming van de verdedigingsrechten tot uitgangspunt nemen, zoekt art. 5 onder 1 Kaderbesluit aansluiting bij het aanwezigheidsrecht en bij de voorwaarden voor afstand daarvan. Daarbij komt dat de garantie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit - naar de letter - minder vergaand is dan de verzekering van art. 3 Tweede Aanvullend Protocol. Art. 4 bis Kaderbesluit is weer anders van opzet: de uitvoerende rechterlijke autoriteit mag de overlevering weigeren, indien de opgeëiste persoon niet in persoon is verschenen op het proces dat tot de aan het EAB ten grondslag gelegde beslissing heeft geleid, tenzij zich één van vier nauw omschreven uitzonderingen voordoet. Die uitzonderingen behelzen dat de opgeëiste persoon hetzij in de gelegenheid is geweest om zijn verdediging te voeren en daarvan ondubbelzinnig afstand heeft gedaan dan wel zijn verdediging heeft doen voeren door zijn raadsman, hetzij

na zijn overlevering alsnog in de gelegenheid zal worden gesteld om zijn verdediging te voeren. De dwingende implementatie van art. 5 onder 1 en van art. 4 bis Kaderbesluit laat nog een ander verschil zien. In samenhang met de reikwijdte van de implementatie van art. 5 onder 1 Kaderbesluit - deze bepaling is van toepassing, indien de opgeëiste persoon niet in persoon is gedagvaard of anderszins in persoon in kennis is gesteld van datum en plaats van de terechtzitting - en met de limitatieve opsomming van de uitzonderingen op art. 4 bis Kaderbesluit, leidt de dwingende formulering er naar de letter toe dat de overlevering moet worden geweigerd in gevallen waarin naar de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof geen sprake is van strijd met art. 6 EVRM. In het uitleveringsrecht zouden dergelijke gevallen niet onder het bereik van de weigeringsgronden vallen: in de procedure die tot het verstekvonnis heeft geleid, heeft de opgeëiste persoon zijn in art. 6 lid 3 onder c EVRM neergelegde verdedigingsrechten (voorbehoud) respectievelijk de minimumrechten van de verdediging (art. 3 Tweede Aanvullend Protocol) kunnen uitoefenen. Deze verschillen getuigen echter naar mijn mening niet van fundamentele verschillen in opvatting, maar zijn van redactionele aard.

Belangrijker zijn de overeenkomsten tussen de uitleveringsrechtelijke weigeringsgronden en de artikelen 5 onder 1 en 4 bis Kaderbesluit. Deze bepalingen houden namelijk verband met de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof inzake berechting bij verstek. Beide zijn facultatief geformuleerd, hetgeen erop wijst dat de lidstaten ten tijde van de aanneming daarvan niet van mening waren dat zij voortvloeiden uit een op de uitvoerende lidstaat rustende mensenrechtelijke verplichting. Beide zijn in Nederland omgezet in dwingende weigeringsgronden. Vanuit het perspectief van de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten bezien, bieden beide bepalingen meer bescherming dan waartoe het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie nopen. In al deze opzichten vertonen art. 5 onder 1 en art. 4 bis Kaderbesluit dus overeenkomsten met de uitleveringsrechtelijke weigeringsgronden inzake verstekvonnissen.

Deze overeenkomsten met het uitleveringsrecht wekken naar mijn mening verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Dit beginsel berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, zoals overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit EAB stelt. Dat vertrouwen berust op de aanneming dat, ondanks de onderlinge verschillen, de rechtsstelsels van de lidstaten gelijkwaardig zijn. De omstandigheid dat alle lidstaten gebonden zijn aan het EVRM en het Handvest verzekert dat door de hele Unie heen een minimumniveau van mensenrechtenbescherming geldt. In Hoofdstuk V is gebleken dat het vertrouwen in de deugdelijkheid van het rechtsstelsel van de uitvaardigende lidstaat en in de correcte en mensenrechtenconforme toepassing daarvan in het concrete geval niet onbegrensd is. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten kan meebrengen dat de overlevering moet worden geweigerd. Een dergelijke weigering doet geen afbreuk aan de hoge mate van wederzijds vertrouwen. In een dergelijk geval blijkt dat vertrouwen immers misplaatst te zijn. Het in overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit EAB gedecreteerde vertrouwen is niet alleen niet onbegrensd, maar kennelijk in zekere opzichten ook ontoereikend. Het bieden van extra bescherming aan verdachten door te voorzien in weigeringsgronden die boven de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten uitstijgen, wijst er immers op dat de lidstaten toch onvoldoende vertrouwen hebben in elkaar, althans dat zij dat vertrouwen voor verbetering vatbaar achten. Bij de implementatie en toepassing van het Kaderbesluit EAB en van andere, op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde instrumenten is men inderdaad tot de conclusie gekomen dat het EVRM en het Handvest

nog onvoldoende basis bieden voor een dergelijk vertrouwen. Het wederzijdse vertrouwen kan worden versterkt door de vaststelling van Uniewijde minimumnormen met betrekking tot procedurele rechten van verdachten. Art. 5 onder 1 Kaderbesluit en - in meerdere mate - art. 4 bis Kaderbesluit passen binnen dit streven.

Het primaire Unierecht laat het bieden van meer bescherming dan uit EVRM en Handvest voortvloeien dan wel toe, maar het neerleggen van die extra bescherming in concrete weigeringsgronden kan tot allerlei implementatie- en toepassingsproblemen aanleiding geven, zoals in de paragrafen 4.2 en 4.3 is gebleken. Hoewel het kennelijk de bedoeling van de lidstaten was om een regeling te bieden voor gevallen die naar de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak een schending van art. 6 EVRM zouden opleveren, tenzij de garantie op een nieuw proces wordt gegeven (art. 5 onder 1 Kaderbesluit, in de ruime uitleg/implementatie) respectievelijk voor gevallen waarin volgens de maatstaven van de nationale dimensie geen strijd is met art. 6 EVRM en de overlevering dus niet mag worden geweigerd (art. 4 bis Kaderbesluit), is deze regeling zeker niet sluitend. Een en ander is ongetwijfeld het gevolg van de casuïstische benadering van het Europees Hof, waardoor een gedetailleerde kennis van de feiten en van het recht van de veroordelende staat vereist is. Bij een facultatieve implementatie hoeven de geconstateerde onvolkomenheden - zie daarover de paragrafen 4.2.2.3 en 4.3.2 - geen problemen op te leveren. Bij een dwingende implementatie, zoals in Nederland, komen zij in volle omvang aan het licht. Ingrijpen door de overleveringsrechter moet dan een uitkomst bieden.

Aan de beslissing *Stapleton* kunnen op twee niveaus praktische argumenten worden ontleend die tegen dergelijke weigeringsgronden pleiten. Allereerst het internationale niveau: de verhouding tussen de uitvoerende justitiële autoriteit en de rechter in de uitvaardigende lidstaat. In *Stapleton* heeft het Europees Hof overwogen dat de rechter in de uitvaardigende lidstaat beter in staat is een klacht over de eerlijkheid van een strafprocedure in de uitvaardigende lidstaat te beoordelen dan de rechter in de uitvoerende lidstaat. De beoordeling van een dergelijke klacht vergt namelijk een beoordeling van specifiek de uitvaardigende lidstaat betreffende feitelijke en juridische kwesties. In de paragrafen 2.2.2-2.2.4 is gebleken dat de beantwoording van de vraag of een veroordeling na een berechting bij verstek - naar de maatstaven van de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof - een schending van art. 6 EVRM oplevert, tot een gedetailleerde feitelijke en juridische beoordeling noopt. De rechter in de uitvaardigende lidstaat bij wie de opgeëiste persoon na zijn overlevering een rechtsmiddel aanhangig maakt of aan wie hij om een nieuw proces verzoekt, is geverseerd in het recht van zijn lidstaat en beschikt bij de beoordeling van dat rechtsmiddel of verzoek als kenbronnen niet alleen over het strafdossier, maar ook over de opgeëiste persoon. De uitvoerende justitiële autoriteit daarentegen heeft - doorgaans - geen kennis van het recht van de uitvaardigende lidstaat en beschikt als kenbron alleen over de opgeëiste persoon, wiens verklaringen hij niet kan toetsen aan het strafdossier en *vice versa*.

In het verlengde van *Stapleton* geldt op het nationale niveau van de uitvaardigende lidstaat - de verhouding tussen de rechter en de uitvaardigende justitiële autoriteit - een soortgelijke redenering. De rechter in de uitvaardigende lidstaat is beter in staat om te beoordelen of de verstekveroordeling naar de maatstaven van de nationale dimensie in strijd is met art. 6 EVRM dan de uitvaardigende justitiële autoriteit. Onder de artikelen 5 onder 1 (in de ruime uitleg) en 4 bis Kaderbesluit wordt echter van de uitvaardigende justitiële autoriteit gevergd dat zij een garantie op een nieuw proces geeft of verklaart dat zich omstandigheden hebben voorgedaan waaronder geen sprake zou zijn van schending

van art. 6 EVRM (en waaronder dus een dergelijke garantie niet nodig zou zijn). Ten tijde van het verstrekken van de garantie of van het afleggen van de verklaring beschikt de uitvaardigende justitiële autoriteit alleen over het strafdossier. Na de overlevering van de opgeëiste persoon, beschikt de rechter bij wie de opgeëiste persoon een rechtsmiddel aanhangig heeft gemaakt of aan wie hij een verzoek om een nieuw proces heeft gedaan over het strafdossier en kan hij de opgeëiste persoon horen, zodat hij de inhoud van het dossier kan toetsen aan de verklaringen van de opgeëiste persoon en omgekeerd.

HOOFDSTUK VII Dubbele strafbaarheid

VII.1 Inleiding

VII.2 Uitlevering en dubbele strafbaarheid

VII.2.1 Ratio en relativering

VII.2.2 Uitwerking in Uitleveringswet en verdragen

VII.2.3 Toetsing dubbele strafbaarheid

VII.2.3.1 Grondslag toetsing

VII.2.3.2 Naar recht verzoekende staat

VII.2.3.3 Naar Nederlands recht

VII.2.3.3.1 Omvang toetsing

VII.2.3.3.2 Analogische transformatie

VII.2.3.3.3 Tijdstip strafbaarheid

VII.2.4 Accessoire uitlevering

VII.3 Overlevering en dubbele strafbaarheid

VII.3.1 Inleiding

VII.3.2 Strafbaarheid uitvaardigende lidstaat

VII.3.2.1 Kaderbesluit

VII.3.2.2 Overleveringswet

VII.3.3 Lijstfeiten

VII.3.3.1 Kaderbesluit

VII.3.3.1.1 Inleiding

VII.3.3.1.2 Ratio

VII.3.3.1.3 Aard lijstfeiten

VII.3.3.1.4 Toetsing uitvoerende rechterlijke autoriteit?

VII.3.3.1.5 Geen strijd legaliteitsbeginsel

VII.3.3.1.6 Correctiemechanismen

VII.3.3.2 Overleveringswet

VII.3.3.2.1 Inleiding

VII.3.3.2.2 Toetsing uitvoerende justitiële autoriteit?

VII.3.3.2.3 Correctiemechanismen

VII.3.3.2.4 Uitzonderingen

VII.3.4 Strafbaarheid uitvoerende lidstaat

VII.3.4.1 Kaderbesluit

VII.3.4.2 Overleveringswet

VII.3.5 Accessoire overlevering

VII.3.5.1 Kaderbesluit

VII.3.5.2 Overleveringswet

VII.4 Conclusie

VII.1 Inleiding

Het beginsel van dubbele strafbaarheid, volgens hetwelk het handelen of nalaten van de opgeëiste persoon waarvoor de uitlevering wordt verzocht niet alleen in de verzoekende staat, maar ook in de aangezochte staat een strafbaar feit dient op te leveren, wordt beschouwd als een regel van internationaal gewoonterecht.¹²⁸¹ Het beginsel geldt dus ook, indien het toepasselijke uitleveringsverdrag over de dubbele strafbaarheid zwijgt.¹²⁸²

Een van de rechtvaardigingen die men in de literatuur voor dit beginsel geeft, is dat het voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), dat onder meer is neergelegd in art. 7 lid 1 EVRM, in art. 49 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in art. 1 Gw. In deze opvatting houdt het beginsel van dubbele strafbaarheid dus verband met de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, die - zoals in Hoofdstuk IV is gebleken - de reikwijdte begrenst van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen waarop het Kaderbesluit EAB berust. Het beginsel van dubbele strafbaarheid raakt daarnaast aan de kern van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, dat aan het Kaderbesluit EAB ten grondslag ligt. Het beginsel van wederzijdse erkenning brengt immers mee dat de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat een strafrechtelijke beslissing van een rechterlijke autoriteit van een andere lidstaat moet erkennen, ook al zou de rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat op grond van het recht van die lidstaat niet een vergelijkbare beslissing hebben kunnen nemen. Het recht van de uitvaardigende lidstaat wordt *in abstracto* verondersteld gelijkwaardig te zijn aan het recht van de uitvoerende lidstaat.

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre het overleveringsrecht op het punt van de dubbele strafbaarheid afwijkt van het Nederlandse uitleveringsrecht, waarbij ik van mogelijke verschillen en overeenkomsten zal nagaan of deze verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. In paragraaf 2 zal ik daartoe de regeling inzake dubbele strafbaarheid in het Nederlandse uitleveringsrecht uiteen zetten. In paragraaf 3 zal ik de overleveringsrechtelijke regelingen inzake dubbele strafbaarheid aan de orde stellen. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 conclusies trekken en de hierboven genoemde onderzoeksvragen beantwoorden.

VII.2 Uitlevering en dubbele strafbaarheid

VII.2.1 Ratio en relativering

Historisch gezien bestaat een nauw verband tussen het beginsel van dubbele strafbaarheid en het wederkerigheidsbeginsel.¹²⁸³ Het wederkerigheidsbeginsel berust op de gelijkwaardigheid van soevereine staten. Gelet op die gelijkwaardigheid mag de aangezochte staat de uitlevering afhankelijk maken van de voorwaarde dat de verzoekende staat in een vergelijkbaar geval zou uitleveren aan de aangezochte staat. Zo kan worden voorkomen dat de ene staat meer verplichtingen op zich neemt dan de andere.¹²⁸⁴

¹²⁸¹ Swart 1986, p. 135.

¹²⁸² Heimgartner 2002, p. 85, tenzij blijkt dat de verdragspartijen de gelding van deze voorwaarde niet hebben gewild: Swart 1986, p. 135. Zie ook Swart 1992a, p. 520.

¹²⁸³ Murschetz 2007a, p. 120; Tinkl 2008, p. 148.

¹²⁸⁴ Swart 1986, p. 136.

Asymmetrische verplichtingen zouden immers die gelijkwaardigheid schenden. Zonder het beginsel van dubbele strafbaarheid zou de aangezochte staat mogelijk moeten uitleveren voor handelen of nalaten waarvoor hijzelf niet de uitlevering zou kunnen verkrijgen, omdat dit handelen of nalaten niet strafbaar is naar zijn recht.¹²⁸⁵

De Nederlandse wetgever heeft het wederkerigheidsbeginsel niet gezien als ratio van het beginsel van dubbele strafbaarheid. Uit de wetsgeschiedenis van de Uitleveringswet blijkt dat dit beginsel twee doelen nastreeft.

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de Uitleveringswet heeft geleid, merkt op dat het vereiste van strafbaarheid naar het recht van de verzoekende staat vanzelfsprekend is. De uitlevering dient immers hetzij strafvervolgung, hetzij tenuitvoerlegging van een opgelegde straf of maatregel in de verzoekende staat.¹²⁸⁶ De eis dat het feit ook naar het recht van de aangezochte staat een strafbaar feit oplevert is echter volgens de Memorie van Toelichting nauwelijks minder evident: “Medewerking aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsancie misplaatst wordt geacht, is kwalijk van een staat te vergen”.¹²⁸⁷ In navolging van de Memorie van Toelichting heeft het beginsel volgens de Hoge Raad “de strekking (...) te voorkomen, dat de aangezochte partij zou moeten medewerken aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsancie misplaatst wordt geacht”.¹²⁸⁸

De Nederlandse wetgever acht het beginsel dus in de eerste plaats nodig om in het kader van het uitleveringsverkeer met andere staten respect voor de Nederlandse rechtsopvattingen te verzekeren.¹²⁸⁹ Staten hebben immers niet allemaal dezelfde opvattingen over het doel van strafrecht en over de strafwaardigheid van gedragingen. Het is dus niet uitgesloten dat de ene staat de uitlevering vraagt ter zake van een feit dat in de andere staat niet strafbaar is.¹²⁹⁰ Het strafbaar stellen van bepaalde gedragingen en het straffeloos laten van andere is - afgezien van volkenrechtelijke verplichtingen -¹²⁹¹ een soevereine beslissing van de betrokken staat. Waar Nederland als de aangezochte staat gedwongen zou zijn om door uitlevering mee te werken aan een buitenlandse strafvervolgung of aan de tenuitvoerlegging van een buitenlands strafvonnis ter zake van een gedraging die de aangezochte staat bewust niet strafbaar heeft gesteld, zou de uitlevering de Nederlandse soevereiniteit aantasten.

Het volkenrecht *verplicht* de aangezochte staat echter niet tot handhaving van die soevereiniteit en dus tot toepassing van de dubbele strafbaarheid, maar *machtigt* hem daartoe. Tegen de nationale strafrechtelijke soevereiniteit als grondslag voor de dubbele strafbaarheid kan worden ingebracht dat niet alleen de aangezochte staat, maar ook de verzoekende staat aanspraak kan maken op respect voor zijn nationale rechtsopvattingen.

¹²⁸⁵ Lagodny, § 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 120; Schwaighofer 1988, p. 93; Tinkl 2008, p. 148. Ook Van der Wilt 2007, p. 515, ziet het beginsel van dubbele strafbaarheid onder meer als waarborg voor wederkerigheid.

¹²⁸⁶ Swart 1986, p. 136. Zie ook Hoofdstuk II.2.3 en II.4.3.

¹²⁸⁷ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 11. Zo ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 3 (notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*).

¹²⁸⁸ HR 16 januari 1973, NJ 1973, 281, m.nt. CB; HR 1 juli 1977, NJ 1977, 601, m.nt. ThWvV. Zie ook paragraaf 2.3.3.3.

¹²⁸⁹ Vgl. Linke 1983, p. 39 (“das Prinzip der Achtung der eigenen Rechtsanschauungen”).

¹²⁹⁰ Swart 1986, p. 136-137.

¹²⁹¹ Verplichtingen tot het strafbaar stellen of juist tot het straffeloos laten.

De keuze van de verzoekende staat tot strafbaarstelling van een bepaalde gedraging verdient evenveel respect als de keuze van de aangezochte staat tot het straffeloos laten van die gedraging, tenzij die strafbaarstelling klaarblijkelijk indruist tegen mensenrechten.¹²⁹² Daarbij komt dat de aangezochte staat in een omgekeerd geval als verzoekende staat aanspraak kan maken op respect voor zijn keuze tot strafbaarstelling, wanneer de andere staat het bewuste gedrag niet strafbaar heeft gesteld.¹²⁹³ De aangezochte staat kan dus berusten in de aantasting van zijn soevereiniteit en kan daartoe zelfs op voorhand - bijvoorbeeld bij verdrag - toestemming verlenen. Ook indien men de dubbele strafbaarheid als een regel van ongeschreven volkenrecht beschouwt, kunnen staten deze regel bij uitdrukkelijke overeenkomst opzij zetten. Dat het volkenrecht Nederland als aangezochte staat niet verplicht tot toepassing van het beginsel van dubbele strafbaarheid, is kennelijk ook de opvatting van de Nederlandse wetgever. Deze heeft immers de EU-uitleveringsovereenkomst goedgekeurd, die in art. 3 een uitzondering maakte op het beginsel van dubbele strafbaarheid. Nederland heeft weliswaar gebruik gemaakt van de mogelijkheid om deze bepaling niet toe te passen, maar het daartoe strekkende Nederlandse voorbehoud werd niet ingegeven door de gedachte dat een uitzondering op het beginsel van dubbele strafbaarheid volkenrechtelijk niet zou zijn toegelaten (zie paragraaf 2.2).

Het beginsel van dubbele strafbaarheid biedt in de tweede plaats bescherming aan de opgeëiste persoon. Gezien de ingreep in de persoonlijke vrijheid die de uitlevering oplevert, moet de uitlevering worden omringd met bijzondere materiële en procedurele waarborgen. Tot de materiële waarborgen behoort, volgens de Memorie van Toelichting, het beginsel van van (gekwalficeerde)¹²⁹⁴ dubbele strafbaarheid.¹²⁹⁵ De notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht* spreekt in dit verband van een waarborgfunctie die nauw aansluit bij “het legaliteitsbeginsel dat zijn grondslag vindt in de rechtszekerheid van de burger”. Die waarborg houdt in dat de overheid alleen repressief kan optreden naar aanleiding van handelen of nalaten dat op grond van de wetgeving van de aangezochte staat ook strafbaar is: “Repressief ingrijpen op verzoek van het buitenland daar waar de nationale autoriteiten niet tot dergelijk ingrijpen of vervolging zouden kunnen overgaan, is als gevolg van het vereiste van dubbele strafbaarheid niet mogelijk”.¹²⁹⁶ Daarbij komt dat, zoals in paragraaf 2.2 nog zal blijken, de hoogte van de strafbedreiging in de verzoekende staat én in Nederland moet voldoen aan een zeker minimumniveau, waardoor een zekere mate van proportionaliteit wordt gegarandeerd tussen enerzijds het feit waarvan de opgeëiste persoon wordt verdacht of waarvoor hij al is veroordeeld, en anderzijds de ingreep in zijn persoonlijke vrijheidssfeer.

De waarborgfunctie is overigens een relatieve. Zij mag dan wel nauw aansluiten bij het legaliteitsbeginsel, maar zij vloeit daaruit niet dwingend voort. Het legaliteitsbeginsel is onder meer neergelegd in art. 7 lid 1 EVRM, art. 16 Gw en art. 1 Sr. Eerstgenoemde bepaling houdt onder meer in dat “no one shall be held guilty of any criminal offence on

¹²⁹² Machielse 2000, p. 183. Een voorbeeld is de strafbaarstelling van vrijwillige seksuele handelingen tussen volwassen mannen (strijd met art. 8 EVRM): EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (Dudgeon/Verenigd Koninkrijk); EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83 (Norris/Ierland); EHRM 22 april 1993, nr. 15070/89 (Modinos/Cyprus).

¹²⁹³ Machielse 2000, p. 183. In deze zin ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 8 (notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*).

¹²⁹⁴ Zie paragraaf 2.2.

¹²⁹⁵ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 11.

¹²⁹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 3.

account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed". In de rechtspraak van de Europese Commissie en van het Europees Hof is het verband tussen het beginsel van dubbele strafbaarheid en de toepasselijkheid van art. 7 lid 1 EVRM aan de orde gekomen in uitleveringsgevallen, waarin het feit ten tijde van het begaan daarvan nog niet strafbaar was naar het recht van de aangezochte staat. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft die toepasselijkheid ontkend, omdat het begrip "guilty" niet omvat een beslissing tot (vervolgings)uitlevering die tot een veroordeling kan leiden.¹²⁹⁷ Omdat uitlevering geen veroordeling oplevert,¹²⁹⁸ is de terugwerkende toepassing van het strafrecht van de aangezochte staat niet in strijd met het verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen.¹²⁹⁹ Een eventuele veroordeling zal immers plaatsvinden op grond van het recht van de verzoekende staat, zodat deze staat verantwoordelijk is voor de naleving van het verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen.¹³⁰⁰ Met betrekking tot executie-uitleveringen kan nog een ander argument tegen toepasselijkheid van art. 7 lid 1 EVRM worden aangedragen. In geval van executie-uitlevering verleent de aangezochte staat medewerking aan de tenuitvoerlegging van de in de verzoekende staat opgelegde straf of maatregel. Art. 7 lid 1 EVRM is evenwel niet van toepassing op de "enforcement of a sentence".¹³⁰¹ Nu uitlevering niet valt onder het toepassingsbereik van art. 7 lid 1 EVRM, noopt deze bepaling niet tot toetsing van de strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat.

Uit het voorgaande volgt nog een relativering van de waarborgfunctie van het beginsel van de dubbele strafbaarheid. Nu de strafbaarheid naar Nederlands recht niet aanwezig hoeft te zijn op het moment van het plegen van het feit,¹³⁰² gaat de vergelijking met repressief ingrijpen en vervolging in een nationaal geval niet volledig op. Strafrechtelijk ingrijpen en strafvervolging door de Nederlandse autoriteiten zijn immers alleen mogelijk, voor zover de gedraging al strafbaar was ten tijde van het ingrijpen en de vervolging.

¹²⁹⁷ ECRM 6 juli 1976, nr. 7512/76, *D&R* 6, p. 184 (X/Nederland), de klager is de rekwirant tot cassatie (Pauksch) in HR 16 januari 1973, *NJ* 1973, 281, m.nt. CB; ECRM 6 maart 1991, nr. 12192/86 (Polley/België); ECRM 18 januari 1996, nr. 27292/95 (Bakhtiar/Zwitserland).

¹²⁹⁸ Zie EHRM 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje), ten aanzien van overlevering.

¹²⁹⁹ Lagodny, § 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 21, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012. Zie ook *Bundesverfassungsgericht* (Duitsland) 5 november 2003, 2 BvR 1243/03 en 2 BvR 1506/03, RN 79, ten aanzien van art. 103 lid 2 *Grundgesetz* ("Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde"), beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de.

¹³⁰⁰ OGH (Oostenrijk) 8 april 2010, 12 Os 15/10p, beschikbaar op www.ris.bka.gv.at.

¹³⁰¹ EHRM 5 juli 2007, nr. 69917/01 (Saccoccia/Oostenrijk). In deze zaak had Oostenrijk de tenuitvoerlegging overgenomen van een Amerikaanse "forfeiture order", die was opgelegd wegens "money-laundering". Het Europees Hof verklaarde de klacht van Saccoccia dat Oostenrijk art. 7 lid 1 EVRM had geschonden, omdat "money-laundering" ten tijde van het begaan van de feiten nog niet strafbaar was in Oostenrijk, niet-ontvankelijk *ratione materiae*. Nu de strafbaarheid naar Amerikaans recht ten tijde van het begaan van de feiten niet ter discussie stond, klaagde Saccoccia in wezen over de voorzienbaarheid van de tenuitvoerlegging in Oostenrijk: "However this issue does not concern the penalty itself but its execution. The Court has already held that Article 7 does not apply to the enforcement of a sentence (see *Grava v. Italy* (dec.), no. 43522/98, 5 December 2002)".

¹³⁰² HR 8 juli 2003, *LJN* AE5288, r.o. 3.2.2; HR 18 november 2003, *LJN* AH8601, r.o. 3.4.2; HR 20 mei 2008, *LJN* BD1852, r.o. 3.2.

Op de waarborgfunctie van het beginsel van dubbele strafbaarheid kan bovendien de volgende relativering worden aangebracht. Afgezien van de gedwongen verwijdering van het Nederlandse grondgebied, vormen de (voorlopige) aanhouding en de daarop volgende uitleveringsdetentie de meest ingrijpende maatregelen die in het kader van een uitleveringsprocedure jegens de opgeëiste persoon kunnen worden getroffen. De concrete uitwerking van het beginsel van dubbele strafbaarheid in uitleveringsverdragen en in de Uitleveringswet biedt de opgeëiste persoon echter minder bescherming dan de gedachte dat repressief ingrijpen op verzoek van het buitenland alleen mogelijk moet zijn, voor zover de nationale autoriteiten in een vergelijkbaar geval tot een dergelijk ingrijpen of tot vervolging zouden kunnen overgaan, lijkt te suggereren. De uitleveringsverdragen en de Uitleveringswet eisen immers doorgaans - zie paragraaf 2.2 - dat het feit waarvoor de uitlevering wordt gevraagd in de aangezochte staat wordt bedreigd met een maximumvrijheidsstraf van ten minste één jaar. In een Nederlandse strafprocedure is aanhouding buiten heterdaad alleen toegestaan voor een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (art. 54 lid 1 Sv). Ook al kent de hoofdregel dat voorlopige hechtenis alleen is toegelaten voor feiten waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld (art. 67 lid 1 onder a Sv) een aantal uitzonderingen (art. 67 lid 1 onder b en c en lid 2 Sv), repressief ingrijpen in het kader van een uitleveringsprocedure kan dus ook betrekking hebben op feiten waarvoor naar Nederlands recht géén voorlopige hechtenis en dus géén aanhouding buiten heterdaad is toegestaan. Repressief ingrijpen op het verzoek van het buitenland is dus ook mogelijk in gevallen waarin de nationale autoriteiten in een vergelijkbaar nationaal geval weliswaar tot strafvervolging, maar niet tot vrijheidsbeneming hadden kunnen overgaan.

Daarbij komt dat de bescherming van de opgeëiste persoon tegen willekeurig repressief overheidsoptreden ook op andere wijze kan worden gerealiseerd dan door het beginsel van dubbele strafbaarheid: rechterlijke toetsing van de vrijheidsbeneming, termijnen voor de vrijheidsbeneming, rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van het uitleveringsverzoek in een procedure waaraan de opgeëiste persoon als partij kan deelnemen. Vormt de buitenlandse strafbaarstelling een duidelijke inbreuk op de mensenrechten van de opgeëiste persoon, dan kan hij zich daarop in die procedure beroepen.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat noch de bescherming van de strafrechtelijke soevereiniteit noch de bescherming van de rechtszekerheid van de opgeëiste persoon dwingt tot het stellen van het vereiste van *dubbele* strafbaarheid.¹³⁰³ Uiteindelijk berust de gelding van het beginsel van dubbele strafbaarheid op een politieke keuze van de aangezochte staat.¹³⁰⁴ Wanneer een staat ervoor kiest de dubbele strafbaarheid wel als voorwaarde voor uitlevering te stellen, profiteert de opgeëiste persoon daarvan. Het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat verhindert immers zijn uitlevering. Als *zelfstandige* waarborg voor de opgeëiste persoon valt op het vereiste van dubbele strafbaarheid veel af te dingen.

¹³⁰³ De eis van strafbaarheid naar het recht van de *verzoekende* staat is evident, zoals de Memorie van Toelichting terecht opmerkt.

¹³⁰⁴ In deze zin ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 8 (notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*).

VII.2.2 *Uitwerking in Uitleveringswet en verdragen*

Art. 5 lid 1 UW maakt voor wat betreft de dubbele strafbaarheid onderscheid tussen vervolgingsuitlevering en executie-uitlevering. In geval van *vervolgings*uitlevering moet het uitleveringsverzoek betrekking hebben op “een feit waarvoor, zowel naar het recht van de verzoekende staat als naar dat van Nederland, een vrijheidsstraf van een jaar, of van langere duur, kan worden opgelegd” (art. 5 lid 1 onder a UW). Onder vrijheidsstraf verstaat de Uitleveringswet ook “door de rechter naast of in plaats van een straf op te leggen maatregelen strekkende tot vrijheidsbeneming” (art. 7 onder a UW). Onder een “vrijheidsstraf van een jaar, of van langere duur” vallen ook levenslange vrijheidsbenemende straffen en maatregelen en straffen en maatregelen van onbepaalde duur (art. 7 onder b UW). Strekt het uitleveringsverzoek tot *executie*-uitlevering, dan dient het betrekking te hebben op “een vrijheidsstraf van vier maanden, of van langere duur, door de opgeëiste persoon op het grondgebied van de verzoekende staat te ondergaan wegens een feit als onder a [van art. 5 lid 1 UW] bedoeld” (art. 5 lid 1 onder b UW). In geval van executie-uitlevering gelden dus twee cumulatieve eisen: (1) de eis van een minimale maximumstrafbedreiging naar het recht van beide lidstaten en (2) een strafrestant van ten minste vier maanden.

Art. 5 lid 1 UW omschrijft de strafbare feiten waarvoor uitlevering kan plaatsvinden op grond van de zogenaamde eliminatiemethode.¹³⁰⁵ Door het voorschrijven van een minimale maximumstrafbedreiging en van een minimaal strafrestant, worden de strafbare feiten die onder deze drempel blijven als uitleveringsdelicten geëlimineerd. De Uitleveringswet van 1875, de voorganger van de huidige wet, en de onder die wet gesloten bilaterale verdragen kenden een andere methode om de uitleveringsdelicten te omschrijven: de enumeratiemethode.¹³⁰⁶ De voor uitlevering vatbare strafbare feiten worden limitatief opgesomd in een lijst. Gedragingen die naar het recht van de verzoekende staat en van de aangezochte staat niet onder één van de opgesomde strafbare feiten vallen, kunnen niet tot uitlevering leiden.¹³⁰⁷

Uit art. 5 lid 1 UW blijkt dat strafbaarheid in de verzoekende staat en in de aangezochte staat niet voldoende is. De hoogte van de strafbedreiging in beide landen en de duur van de ten uitvoer te leggen straf of maatregel moeten aan zekere minimumeisen voldoen. Gesproken wordt daarom van *gekwalificeerde* dubbele strafbaarheid. De eisen inzake de hoogte van de strafbedreiging en van de opgelegde sanctie beogen de uitlevering ter zake

¹³⁰⁵ Maar zie ook art. 51a UW, dat naar multilaterale verdragen verwijst die niet uitsluitend of hoofdzakelijk op uitlevering betrekking hebben, maar waarin bepalingen over uitlevering voorkomen. Die verdragen verplichten de partijen bepaalde gedragingen strafbaar te stellen - zoals vliegtuigkapingen, gijzelnemingen en terroristische bomaanslagen - en maken uitlevering voor de bedoelde strafbare feiten mogelijk, ook al heeft de aangezochte staat geen specifiek uitleveringsverdrag met de verzoekende staat. Indien de aangezochte staat niet uitlevert zonder basis in een verdrag, kan hij de in art. 51a UW bedoelde verdragen als grondslag voor uitlevering ter zake van de in die verdragen bedoelde strafbare feiten beschouwen. Zie daarover Swart 1986, p. 119-120.

¹³⁰⁶ Sommige van deze verdragen zijn nog steeds van kracht, zoals het verdrag met Argentinië en het verdrag met het Verenigd Koninkrijk (in de verhouding tot enkele voormalige Britse koloniën).

¹³⁰⁷ Zie bijvoorbeeld HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457, r.o. 3.5.4: art. 1 van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Servië van 11 maart 1896, *Stb.* 1897, 42, tot regeling der wederzijdsche uitlevering van misdadigers houdt niets in omtrent uitlevering voor “dood door schuld” of een daarmee op één lijn te stellen strafbaar feit, zodat de uitlevering daarvoor ontoelaatbaar moet worden verklaard. Zie over de toepassing van verdragen die de enumeratiemethode hanteren verder Heimgartner 2002, p. 84-85; Rummelink 1990, p. 26-27; Schwaighofer 1988, p. 42-44; Swart 1986, p. 163-166.

van bagatel delicten te voorkomen. Zulks is in de eerste plaats in het belang van de aangezochte staat,¹³⁰⁸ die immers de op zijn grondgebied gemaakte kosten van de uitleveringsprocedure (in ruime zin) heeft te dragen.¹³⁰⁹ Nu de uitlevering daarnaast diep ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer van de opgeëiste persoon, garanderen die eisen dat een zekere mate van evenredigheid bestaat tussen het strafbare feit waarvoor de uitlevering plaatsvindt en de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de opgeëiste persoon.¹³¹⁰ Een zekere mate, omdat, indien éénmaal aan die eisen is voldaan, een beroep op de geringe materiële ernst van het feit of op de te verwachten lage strafoplegging de toelaatbaarheid van de uitlevering niet raakt.¹³¹¹

Gezien het primaat van het verdragsrecht, is art. 5 lid 1 UW alleen van toepassing op de beoordeling van de toelaatbaarheid van een uitleveringsverzoek, voor zover het toepasselijke verdrag daartoe de ruimte biedt. Wel geldt deze bepaling als richtsnoer voor de regering bij het sluiten van nieuwe uitleveringsverdragen: in die verdragen moet de regeling van art. 5 lid 1 UW worden opgenomen.

In het Europees verdrag betreffende de uitlevering is inderdaad een vergelijkbare regeling opgenomen. Art. 2 lid 1 EUV omschrijft de uitleveringsdelicten (“extraditable offences”). De verdragspartijen zijn overeengekomen de uitlevering toe te staan “in respect of offences punishable under the laws of the requesting Party and of the requested Party by deprivation of liberty or under a detention order for a maximum period of at least one year or by a more severe penalty”. Ten aanzien van deze strafbare feiten heeft de aangezochte staat geen discretionaire ruimte: hij moet de uitlevering toestaan, tenzij zich één van de in het verdrag opgenomen weigeringsgronden voordoet.¹³¹² Art. 25 EUV geeft een definitie van het begrip “detention order” die overeenkomt met die van art. 7 onder a UW: “any order involving deprivation of liberty which has been made by a criminal court in addition to or instead of a prison sentence”. Indien het uitleveringsverzoek strekt tot executie-uitlevering, dat wil zeggen wanneer “a conviction and prison sentence have occurred or a detention order has been made”, moet de opgelegde sanctie (“the punishment awarded”) een duur van ten minste vier maanden hebben. Hoewel de tekst van art. 2 lid 1 EUV op dit punt niet geheel duidelijk is, blijkt uit het *Explanatory report* dat in geval van executie-uitlevering de eis inzake

¹³⁰⁸ Lagodny, § 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 23, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 124; Schwaighofer 1988, p. 92; Swart 1986, p. 166.

¹³⁰⁹ Linke 1983, p. 81; Rimmelink 1990, p. 165; Schwaighofer 1988, p. 56-57.

¹³¹⁰ Lagodny, § 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 23, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 124; Schwaighofer 1988, p. 92; Swart 1986, p. 166.

¹³¹¹ HR 26 mei 1981, *NJ* 1981, 570 (diefstal dan wel gekwalificeerde diefstal: bij de beoordeling van de gevraagde uitlevering is geen plaats voor toetsing aan het adagium *de minimis non curat praetor*); HR 21 maart 1989, *NJ* 1990, 60 (diefstal met braak van een speelgoedauto, waarvoor de maatregel van internering was opgelegd). Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft de - niet bindende - aanbeveling gedaan dat de verzoekende staat bij zijn beslissing om de uitlevering te verzoeken de gevolgen voor de opgeëiste persoon en zijn familie in serieuze overweging neemt, indien de uitleveringsprocedure “manifestly disproportionate to the seriousness of the offence” is en indien “the penalty likely to be passed will not significantly exceed the minimum period of detention laid down in Article 2, paragraph 1, of the convention or will not involve deprivation of liberty”. Ten aanzien van executie-uitleveringen zou de verzoekende staat eveneens het proportionaliteitsbeginsel dienen te hanteren, “particularly where the remainder of the sanction to be served does not exceed a period of four months”. Zie *Recommendation No. R (80)7*, beschikbaar op www.coe.int.

¹³¹² Extradition: European standards 2006, p. 20 (*Explanatory report*).

de duur van de opgelegde straf cumuleert met de eis inzake de strafbedreiging.¹³¹³ In zoverre komt art. 2 lid 1 EUV dus overeen met art. 5 lid 1 onder b UW. Anders dan in art. 5 lid 1 onder b UW, is echter niet de duur van het (nog) ten uitvoer te leggen deel van de straf of maatregel van belang, maar de duur van de opgelegde straf,¹³¹⁴ zij het dat de uitlevering vanzelfsprekend ontoelaatbaar is, indien de opgelegde straf geheel ten uitvoer is gelegd.¹³¹⁵ Is voor twee of meer feiten één sanctie opgelegd, dan hoeft niet vast te staan dat aan elk van die feiten een strafdeel met een duur van ten minste vier maanden valt toe te rekenen. De omstandigheid dat voor één of meer van die feiten de uitlevering ontoelaatbaar is, maar voor ten minste één ander feit toelaatbaar, staat aan de uitlevering ter tenuitvoerlegging van een dergelijke gezamenlijke straf niet in de weg. De Nederlandse autoriteiten zijn namelijk niet bevoegd om vast te stellen welk deel van die straf betrekking heeft op de feiten waarvoor de uitlevering toelaatbaar is. Dat is voorbehouden aan de autoriteiten van de aangezochte staat, die - klaarblijkelijk op grond van het specialiteitsbeginsel (zie Hoofdstuk XVII) - gehouden zijn om de tenuitvoerlegging van de straf te beperken tot dat deel.¹³¹⁶ Indien afzonderlijke straffen of maatregelen zijn opgelegd, is de gezamenlijke duur daarvan maatgevend. Art. 2 lid 1 van de Aanvullende Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende het vergemakkelijken van de toepassing van het Europees Verdrag betreffende uitlevering bepaalde zulks uitdrukkelijk, maar deze bepaling was alleen een verduidelijking van art. 2 lid 1 EUV en week niet af van art. 5 lid 1 onder b UW.¹³¹⁷

Ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad kan executie-uitlevering alleen worden toegestaan ter tenuitvoerlegging van een *vrijheidsstraf*. Indien naast een vrijheidsstraf met een duur van ten minste vier maanden een andere niet vrijheidsbenemende sanctie is opgelegd - zoals een geldboete, een proceskosten-veroordeling of zelfs een vrijheidsbenemende sanctie die in de plaats komt van een niet vrijheidsbenemende sanctie (vervangende hechtenis) - moet de uitleveringsrechter de uitlevering voor de tenuitvoerlegging van die andere sanctie ontoelaatbaar verklaren, tenzij het uitleveringsverzoek zich leent voor de lezing dat het niet op die sanctie betrekking heeft.¹³¹⁸ De Hoge Raad lijkt bij deze rechtspraak eerder art. 5 lid 1 UW ("Uitlevering kan *alleen* worden toegestaan (...)")¹³¹⁹ in achterhoofd te hebben gehad dan art. 2 lid 1 EUV, waarin

¹³¹³ Extradition: European standards 2006, p. 20: "The second part of this paragraph covers the case of a person who has already been convicted. In such a case the sentence must be of a certain duration, on the understanding that the condition laid down in the first part of the Article that the offence must be punishable by a certain penalty in both the requested and requesting country must also be fulfilled".

¹³¹⁴ HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 157: van de opgelegde gevangenisstraf voor de duur van twee jaren resteren nog drie dagen: uitlevering toelaatbaar.

¹³¹⁵ In het niet in de *NJ* gepubliceerde tussenarrest dat voorafging aan HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 157 oordeelde de Hoge Raad "dat de Rb. de stelling van req., dat hij de opgelegde gevangenisstraf reeds had ondergaan, had moeten onderzoeken, want dat een verzoek ter uitlevering ter tenuitvoerlegging van vrijheidsstraf niet voor inwilliging vatbaar is enz., indien die vrijheidsstraf reeds is tenuitvoergelegd". Zie de opmerking van de redactie bij *NJ* 1979, 157.

¹³¹⁶ HR 9 november 1976, *NJ* 1977, 75, m.nt. ThWvV (ten aanzien van NL-FR); HR 20 mei 1980, *NJ* 1980, 540, r.o. 5; HR 1 december 1981, *NJ* 1982, 296, r.o. 5 (ten aanzien van NL-Servië); HR 25 februari 1986, *NJ* 1986, 630, r.o. 5; HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457, r.o. 3.7.2 (ten aanzien van NL-Servië).

¹³¹⁷ *Kamerstukken II* 1981, 16 433, nr. 5, p. 5.

¹³¹⁸ HR 4 mei 1971, *NJ* 1972, 25, m.nt. ALM; HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 157; HR 2 december 1986, *NJ* 1987, 569; HR 17 oktober 1989, *NJ* 1990, 220; HR 22 juli 1993, *NJ* 1993, 76; HR 14 december 2004, *LJN* AR4923.

¹³¹⁹ Mijn cursivering.

een dergelijke beperking niet voorkomt. De mogelijkheid van *accessoire* uitlevering ter zake van een feit waarvoor een geldboete is opgelegd en de bevoegdheid van de verzoekende staat om na uitlevering een niet vrijheidsbenemende straf, opgelegd wegens een ander vóór de uitlevering begaan strafbaar feit dan waarvoor de uitlevering is toegestaan, zonder toestemming van de aangezochte staat ten uitvoer te leggen (zie paragraaf 2.4), pleiten ook tegen de opvatting van de Hoge Raad. Er is geen goede reden om op dit punt een onderscheid te maken tussen enerzijds *accessoire* feiten of andere feiten dan waarvoor de uitlevering is toegestaan en anderzijds het hoofdfeit waarvoor de uitlevering kan worden toegestaan.¹³²⁰

De EU-uitleveringsovereenkomst¹³²¹ maakte een EU-uitzondering op het beginsel van dubbele strafbaarheid en week dus af van art. 2 lid 1 EUV en van art. 5 lid 1 UW. Die uitzondering hield verband met de omstandigheid dat niet alle toenmalige lidstaten van de Europese Unie een strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie of van samenspanning kenden. Deze lidstaten zouden dus de uitlevering voor dergelijke feiten ontoelaatbaar moeten verklaren vanwege het ontbreken van dubbele strafbaarheid. Indien de deelneming of samenspanning betrekking had op bijzonder ernstige strafbare feiten, achtten sommige lidstaten zulks onaanvaardbaar. Art. 3 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst schreef daarom voor dat de uitlevering niet mocht worden geweigerd wegens het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat voor deelneming aan een criminele organisatie of samenspanning, indien die deelneming of samenspanning tot oogmerk had hetzij het plegen van - kort gezegd - terroristische misdrijven, hetzij andere, met een vrijheidsstraf van een maximum van ten minste twaalf maanden bedreigde strafbare feiten “op het gebied van de handel in verdovende middelen en andere vormen van georganiseerde misdaad of andere daden van geweld gericht tegen het leven, de fysieke integriteit of vrijheid van een persoon, of wanneer daarbij gemeen gevaar voor personen is ontstaan”. Niet alle lidstaten konden leven met deze inbreuk op het beginsel van dubbele strafbaarheid. Daarom bood art. 3 lid 3 de lidstaten de mogelijkheid om het voorbehoud te maken dat zij lid 1 niet zouden toepassen, maar in dat geval moesten zij wel hun nationale wetgevingen zodanig aanpassen dat de uitlevering voor deelneming aan een criminele organisatie en samenspanning aan de bedoelde strafbare feiten voortaan mogelijk zou zijn. Nederland maakte een dergelijk voorbehoud, omdat het Nederlandse recht al strafbaarstellingen inzake deelneming aan een criminele organisatie (art. 140 Sr) en inzake voorbereiding van ernstige misdrijven (art. 46 Sr) kende en omdat Nederland bevreesd was dat van een inbreuk op het beginsel van dubbele strafbaarheid precedentwerking zou uitgaan in de verhouding met andere staten.¹³²²

Sommige verdragen hanteerden lagere drempels voor uitlevering dan art. 2 lid 1 EUV en art. 5 lid 1 UW. Zo moest overeenkomstig art. 2 lid 1 BUV de uitlevering al worden toegestaan voor feiten waarop in beide betrokken staten een vrijheidsbenemende straf of

¹³²⁰ Zie Swart 1986, p. 180-181; punt 9 van de noot van de A-G Meijers vóór HR 22 juli 1993, NJ 1993, 76.

¹³²¹ De Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie betreffende uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, *Trb.* 1996, 304, is nooit in werking getreden, omdat niet alle toenmalige lidstaten dit verdrag hebben geratificeerd (zie art. 18 lid 3). Wel werd het verdrag op grond van art. 18 lid 4 voorlopig toegepast door een aantal lidstaten, waaronder Nederland.

¹³²² *Kamerstukken II* 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 5. Zie over art. 3 ook Machiels 2000, p. 188-189; Orié 2000, p. 214-215.

maatregel met een maximum van ten minste zes maanden was gesteld.¹³²³ In geval van executie-uitlevering volstond reeds een vrijheidsbenemende straf of maatregel met een duur van ten minste drie maanden, opgelegd voor een dergelijk feit.¹³²⁴ Deze lichtere eisen zijn eensdeels te verklaren door het wegvallen van de stelselmatige personencontrole aan de binnengrenzen van het Benelux gebied, waardoor een meer doelmatige samenwerking vereist was,¹³²⁵ en anderdeels door de geringe afstand tussen de drie Benelux landen.¹³²⁶ In het kader van de Europese Unie verlaagde art. 2 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst voor de aangezochte staat het in art. 2 lid 1 EUV bedoelde minimale strafmaximum naar zes maanden, terwijl voor de verzoekende staat het minimale strafmaximum van één jaar gehandhaafd bleef.¹³²⁷

De bewoordingen van art. 2 lid 1 EUV lijken erop te duiden dat alleen de vrijheidsstraf relevant is die naar de wettelijke omschrijving op het feit is gesteld.¹³²⁸ Ten aanzien van de algemene strafverminderende omstandigheid dat de opgeëiste persoon ten tijde van het begaan van het feit de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt (art. 77i Sr)¹³²⁹ heeft de Hoge Raad inderdaad geoordeeld dat zij niet relevant is, onder verwijzing naar de tekst van art. 2 lid 1 EUV en naar de strekking van die bepaling, namelijk “het voorkomen dat voor feiten van een geringe ernst uitlevering zou kunnen worden gevraagd”.¹³³⁰ Voor andere algemene strafverminderende omstandigheden - zoals medeplichtigheid (art. 49 lid 1 Sr) en poging (art. 45 lid 2 Sr) - en voor algemene strafverhogende omstandigheden - zoals de ambtelijke hoedanigheid van de dader (art. 44 Sr)¹³³¹ en de samenloop (art. 57 Sr)¹³³² - lijken

¹³²³ In HR 21 juni 2005, *LJN* AT8044, r.o. 3.5, gebruikte de Hoge Raad als feitenrechter kennelijk abusievelijk een tekstblok inzake een uitlevering aan België of Luxemburg voor een uitlevering aan Turkije, waarvoor de eis van een minimale strafbedreiging in beide landen van ten minste één jaar geldt.

¹³²⁴ Art. 6 lid 2 UW verklaarde de eis van art. 5 lid 1 onder b UW (strafrestant van vier maanden) niet van toepassing op uitlevering naar België en Luxemburg.

¹³²⁵ *Gemeenschappelijk commentaar van de drie regeringen*, opgenomen in R Emmelink 1990, p. 291; Swart 1986, p. 167.

¹³²⁶ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 12.

¹³²⁷ Ingevolge art. 6 lid 1 UW was de minimale maximumstrafbedreiging van art. 5 lid 1 onder a UW niet van toepassing op uitlevering naar lidstaten van de Europese Unie, “voor zover een tussen Nederland en deze lidstaten geldend verdrag in een ander minimum voorziet”. In de verhouding tussen België, Luxemburg en Nederland prevaleerde art. 2 lid 1 BUV boven art. 2 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst, omdat de bepaling ten aanzien van de strafbedreiging in de verzoekende staat een verdergaande regeling bevatte (namelijk de eis van een minimale maximumstraf van ten minste zes maanden). Aldus het *Toelichtend Rapport*, *PbEG* 1997, C 191/03. Zie HR 18 november 2003, *LJN* AH8601, r.o. 3.5; HR 2 december 2003, *LJN* AF5416, r.o. 3.4; HR 13 januari 2004, *LJN* AI0049, r.o. 3.4.

¹³²⁸ Swart 1986, p. 170.

¹³²⁹ De maximumstraf van *twaalf maanden* jeugd detentie is een lagere straf dan de minimale maximumstraf van *één jaar* vrijheidsstraf. De eerstgenoemde straf bedraagt immers maar 360 dagen. Zie art. 88 Sr (een maand is een tijd van dertig dagen) en HR 8 april 2003, *NJ* 2003, 362.

¹³³⁰ HR 22 november 1999, *NJ* 2000, 39, r.o. 4.3.

¹³³¹ In HR 8 april 2003, *NJ* 2003, 362, r.o. 4.4, paste de Hoge Raad als uitleveringsrechter art. 44 Sr toe (“De feiten waarvoor de uitlevering is gevraagd zijn naar Nederlands recht strafbaar op grond van art. 300 in verbinding met 44 Sr. Daarvoor kan een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste een jaar worden opgelegd”), maar ook zonder toepassing van art. 44 Sr zouden de feiten tot uitlevering aanleiding hebben gegeven, aangezien toentertijd op mishandeling een maximale gevangenisstraf van twee jaren stond.

¹³³² Volgens R Emmelink 1990, p. 48 en p. 82, spelen de samenloopbepalingen een rol in gevallen waarin het bereiken van het vereiste minimale strafmaximum afhankelijk is van de toepassing van die bepalingen. Hij verwijst daartoe naar twee arresten, HR 27 juni 1978, *NJ* 1979, 71 en HR 15 december 1981, *NJ* 1982, 271. In het eerstgenoemde arrest ging het om feiten die “naar Nederlands recht strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf met een maximum van meer dan een jaar (*sic*, VHG), te weten krachtens de artt. 266 jo. 267

dezelfde argumenten te gelden, maar de Hoge Raad heeft zich daarover nog niet uitdrukkelijk uitgelaten.¹³³³ In elk geval lijkt het uit praktische overwegingen raadzaam om aan te nemen dat alleen de naar de wettelijke omschrijving bedoelde straf maatgevend is.¹³³⁴

Bijzondere strafverminderende of strafverhogende omstandigheden die met het gronddelict een geheel vormen, zijn daarentegen wel van belang voor de beoordeling van de minimale maximumstrafbedreiging.¹³³⁵ Valt het feit in geprivilegieerde of gekwalificeerde strafbepaling, dan is dus die bepaling maatgevend, niet die van het gronddelict.¹³³⁶

VII.2.3 Toetsing dubbele strafbaarheid

VII.2.3.1 Grondslag toetsing

Het onderwerp van de eis van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid is het handelen of nalaten van de opgeëiste persoon waarvan de verzoekende staat hem verdenkt of waarvoor hij in de verzoekende staat al is veroordeeld. Dat handelen of nalaten blijkt uit de verplicht bij het uitleveringsverzoek te voegen “statement of the offences”, waarin de tijd en plaats waarop de feiten zijn begaan, de wettelijke omschrijving van die feiten en de verwijzing naar de toepasselijke wetsbepalingen “as accurately as possible” uiteen gezet moeten worden (art. 12 lid 2 onder b EUV). Bij het uitleveringsverzoek dient verder een kopie van de toepasselijke wetsbepalingen of, indien zulks niet mogelijk is, van het toepasselijke recht¹³³⁷ van de verzoekende staat te worden gevoegd (art. 12 lid 2 onder c EUV).

De verplichting tot het overleggen van het overzicht van de feiten “heeft ten doel dat op een doelmatige manier kan worden nagegaan of deze feiten naar Nederlands recht strafbaar zijn en met zodanige straf of maatregel zijn bedreigd dat zij naar de bepalingen van het verdrag tot uitlevering kunnen leiden”.¹³³⁸ De verplichting tot het overleggen van de toepasselijke wetsbepalingen beoogt te voorkomen “dat de autoriteiten van de aangezochte

en art. 285, eerste lid, een en ander i.v.m. art. 57 Sr”. Op gekwalificeerde belediging stond en staat een strafmaximum van vier maanden gevangenisstraf. Indien, zoals in dit geval, ten minste één van de feiten naar Nederlands recht is bedreigd met een maximale gevangenisstraf van ten minste één jaar gevangenisstraf, is toepassing van art. 57 Sr ten aanzien van andere feiten met een lagere strafbedreiging niet nodig vanwege de mogelijkheid van accessoire uitlevering: Swart 1986, p. 170, noot 142. Het tweede arrest betrof feiten op elk waarvan ook zonder toepassing van art. 57 Sr al een minimale maximumstraf van ten minste een jaar stond, te weten poging tot moord en gekwalificeerde diefstal. Dit arrest ondersteunt de stelling van R Emmelink dus niet. De A-G Vellinga is van mening dat art. 57 Sr niet de strafbaarheid betreft van de feiten waarvoor de uitlevering wordt verzocht, maar de oplegging van de straf in geval van veroordeling, zodat deze bepaling niet van belang is voor de beantwoording van de vraag of de op die feiten gestelde straf voldoet aan de eisen van het toepasselijke verdrag. Zie punt 14 van zijn conclusie vóór HR 14 december 2004, *LJN* AR5747 (Antilliaanse uitleveringszaak). Zo ook de A-G Bleichrodt in punt 4.5.3. van zijn conclusie vóór HR 5 juni 2007, *LJN* BA4936, zij het dat hij onder verwijzing naar R Emmelink een uitzondering maakt voor gevallen waarin het bereiken van het straftoemingsminimum afhankelijk is van art. 57 Sr.

¹³³³ Glerum, par. 91.6.3 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

¹³³⁴ Glerum, par. 91.6.3 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Swart 1986, p. 170-171.

¹³³⁵ Swart 1986, p. 168.

¹³³⁶ Zie bijvoorbeeld HR 27 maart 1979, *NJ* 1979, 354 en HR 8 april 2003, *NJ* 2003, 362. In het laatste arrest bleef het feit (art. 307 Sr) ook met de strafverzwarende omstandigheid (art. 309 Sr) onder de vereiste minimale maximumstrafbedreiging.

¹³³⁷ Van belang voor *common law*-landen.

¹³³⁸ HR 21 september 2004, *LJN* AQ8461 (ten aanzien van art. 11 lid 2 onder b BUV, waarmee art. 12 lid 2 onder b EUV vrijwel overeenkomt).

staat zouden worden genoopt tot een zelfstandige raadpleging van een voor hen vreemde wetgeving”.¹³³⁹

Het overzicht van de feiten vormt - met de tekst van de toepasselijke wetsbepalingen - dus de grondslag voor de beoordeling van de gekwalificeerde dubbele strafbaarheid. Het is niet aan de autoriteiten van de aangezochte staat om te beoordelen of de opgeëiste persoon het in het overzicht van de feiten weergegeven strafbare feit daadwerkelijk heeft begaan.¹³⁴⁰ Deze beoordeling is voorbehouden aan de rechter in de verzoekende staat. Het doel van de uitleveringsprocedure (in ruime zin) is namelijk niet de waarheidsvinding met betrekking tot het strafbare feit waarvoor de overlevering wordt verzocht, maar de beoordeling of aan de voorwaarden voor uitlevering is voldaan.¹³⁴¹ Het gevolg van een en ander is dat de in het overzicht weergegeven feiten en omstandigheden in de uitleveringsprocedure voor waar worden gehouden.¹³⁴² Alleen indien ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld voor het feit waarvoor zijn uitlevering is gevraagd, dat wil zeggen indien de opgeëiste persoon dat feit onmogelijk kan hebben begaan, moet de uitleveringsrechter de uitlevering ontoelaatbaar verklaren (art. 28 lid 2 UW). Het is echter aan de opgeëiste persoon om dit te stellen en - onverwijld - aan te tonen (art. 26 lid 3 UW). Alleen dan is de uitleveringsrechter bevoegd én verplicht daarnaar een onderzoek in te stellen (zie verder Hoofdstuk XVI).

VII.2.3.2 Naar recht verzoekende staat

Wil het uitleveringsverzoek enige zin hebben, dan moet het handelen of nalaten van de opgeëiste persoon niet alleen onder een strafbepaling van de verzoekende staat vallen, maar mogen zich geen rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden voordoen en moet de opgeëiste persoon een sanctie kunnen worden opgelegd naar het recht van die staat.¹³⁴³ Men spreekt in dit verband wel van strafbaarheid *in concreto*, in tegenstelling tot strafbaarheid *in abstracto*, waarvoor volstaat dat de gedraging onder een strafbaarstelling valt.

De ruimte voor de autoriteiten van de aangezochte staat om te onderzoeken of naar het recht van de verzoekende staat inderdaad sprake is van een strafbaar feit en van een strafbare dader is beperkt. Uit het uitleveringsverzoek blijkt immers dat de autoriteiten van de verzoekende staat van oordeel zijn dat het daarin bedoelde handelen of nalaten van de opgeëiste persoon naar het recht van verzoekende staat een strafbaar feit oplevert en dat aan de opgeëiste persoon daarvoor een sanctie kan worden opgelegd. Op dat oordeel zal moeten worden vertrouwd,¹³⁴⁴ tenzij zich sterke aanwijzingen voor een andersluidend oordeel

¹³³⁹ HR 13 december 1979, NJ 1980, 218 (ten aanzien van art. 11 lid 2 onder c BUV, waarmee art. 12 lid 2 onder c EUV vrijwel overeenkomt).

¹³⁴⁰ Von Bubnoff 2009, p. 25; Murschetz 2007a, p. 292; Schwaighofer 1988, p. 106; Zimmermann 2004, p. 347.

¹³⁴¹ Glerum, par 91.4.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

¹³⁴² Rimmelink 1990, p. 73; Strijards 1988, p. 89-90. In de Duitstalige literatuur wordt in dit verband gesproken van het “formelle Prüfungsprinzip”, omdat een materiële beoordeling - een beoordeling van de gegrondheid van het verwijt - achterwege blijft. Ook is wel sprake van “Tatverdachtsvermutung”, omdat in uitzonderingsgevallen de rechter toch een toetsingsmogelijkheid heeft: Murschetz 2007a, p. 292-295; Schwaighofer 1988, p. 106-108.

¹³⁴³ Swart 1986, p. 146.

¹³⁴⁴ HR 5 februari 1990, NJ 1991, 404. Nog minder ruimte voor een oordeel van de uitleveringsrechter geven HR 5 december 1972, NJ 1973, 285; HR 15 februari 1977, NJ 1977, 619; HR 31 augustus 1982, NJ 1983, 247. Zie ook Heimgartner 2002, p. 86-87: “Die Auslegung des Strafrechts des ersuchenden Staates fällt grundsätzlich in die Kompetenz von seiner Justiz. Aus diesem Grund sollte es dem ersuchten Staat

voordoen.¹³⁴⁵ Het onderzoek naar eventuele strafuitsluitingsgronden wordt beperkt door de grondslag van de beoordeling van de dubbele strafbaarheid. Alleen indien een dergelijke omstandigheid “hetzij rechtstreeks volgt uit de door de verzoekende Staat overgelegde stukken, hetzij anderszins, zonder diepgaand onderzoek, vergelijkbaar met dat in het strafgeding zelf, door de uitleveringsrechter als vaststaand kan worden aangenomen, bijvoorbeeld op grond van hetgeen door of namens de opgeëiste persoon bij de behandeling van het uitleveringsverzoek naar voren is gebracht”, kan zij tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering leiden.¹³⁴⁶

De gekwalificeerde strafbaarheid naar het recht van de verzoekende staat moet in elk geval hebben bestaan op het tijdstip van het begaan van het strafbare feit. Zulks volgt uit het onder meer in art. 7 lid 1 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).¹³⁴⁷ Een uitzondering is slechts mogelijk voor feiten waarvoor dit beginsel niet geldt (art. 7 lid 2 EVRM),¹³⁴⁸ dat wil zeggen voor oorlogsmisdrijven en dergelijke.¹³⁴⁹ Ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek moet nog steeds aan de kwalificatie-eis zijn voldaan. Ten aanzien van een latere verlaging van de op het feit gestelde strafbedreiging geldt namelijk uit hoofde van art. 7 lid 1 EVRM het *lex mitior*-principe: deze verlaging heeft terugwerkende kracht.¹³⁵⁰ Een na het begaan van het feit in werking getreden wetwijziging waardoor de strafbedreiging onder de door het toepasselijke verdrag vereiste drempel komt te liggen, leidt dus tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering. Het *lex mitior*-principe van art. 7 lid 1 EVRM geldt niet ten aanzien van het vervallen van de strafbaarstelling, omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel wordt bepaald door de stand van de regelgeving ten tijde van het begaan van het feit. Een uitzondering op dat uitgangspunt is echter gerechtvaardigd, indien sprake is van gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de

lediglich dann zustehen, diese in Frage zu stellen, wenn sie missbräuchlich erscheint”. Zeidler 2008, p. 63 sluit toetsing geheel uit: “Zudem findet eine Überprüfung der Strafbarkeit anhand des Rechts des ersuchenden Staates nicht statt”. Lagodny, § 2 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 7-8, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012, is daarentegen van mening dat de autoriteiten van de aangezochte staat de strafbaarheid naar het recht van de verzoekende staat wel dienen te onderzoeken - een onderzoek dat de door de verzoekende staat overgelegde wettelijke bepalingen mogelijk maken -, maar “Rechtfertigungs- oder sonstige Straffreistellungsgründe nach dem Recht des ersuchenden Staates dürfen nicht ernsthaft in Betracht kommen”.

¹³⁴⁵ Zie bijvoorbeeld HR 12 maart 2002, *NJ* 2002, 353, r.o. 3.5: “Uit de weergegeven strafbepalingen kan niet volgen dat het in bezit hebben van een vals identiteitsbewijs naar het recht van de verzoekende staat strafbaar is. Dat brengt mee dat het oordeel van de Rechtbank dat ten aanzien van bedoeld feit is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid als bedoeld in art. 2, eerste lid, EUV zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is”.

¹³⁴⁶ HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 10, m.nt. N. Keijzer, r.o. 4.4.

¹³⁴⁷ HR 31 augustus 1999, *NbSr* 1999, 214. In HR 1 juli 1977, *NJ* 1977, 601, m.nt. ThWvV, verwierp de Hoge Raad de klacht dat aan de opgeëiste persoon in strijd met het legaliteitsbeginsel een *zwaardere* straf was opgelegd dan ten tijde van het begaan van de feiten geoorloofd was, omdat de opgeëiste persoon de samenloopbepalingen van de verzoekende staat over het hoofd had gezien, zodat deze klacht feitelijke grondslag ontbeerde.

¹³⁴⁸ “This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations”.

¹³⁴⁹ Rummelink 1990, p. 83. Art. 7 lid 2 EVRM doelt uitsluitend op “Second World War-related cases”: Harris, O’Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 339; punt 6 van de noot van N. Keijzer onder HR 21 oktober 2008, *NJ* 2009, 108.

¹³⁵⁰ EHRM (Grote Kamer) 17 september 2009, nr. 10249/03 (Scoppola/Italië (nr. 2)); HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.1.

strafwaardigheid van het vóór de wetwijziging begane feit.¹³⁵¹ De omstandigheid dat ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek de strafbaarstelling naar het recht van de verzoekende staat is komen te vervallen, brengt dus niet zonder meer mee dat de uitlevering ontoelaatbaar is. Het hangt van het recht van de verzoekende staat af of de strafrechtelijke aansprakelijkheid in stand is gebleven ter zake van een vóór het vervallen van de strafbaarstelling begaan feit. Betekent het vervallen van de strafbaarstelling dat de opgeëiste persoon naar het recht van de verzoekende staat niet meer strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zou kunnen worden ter zake van een voordien begaan feit, dan dient de uitlevering geen doel en is zij ontoelaatbaar.¹³⁵²

VII.2.3.3 Naar Nederlands recht

VII.2.3.3.1 Omvang toetsing

Uitgaande van de juistheid van de in het overzicht van feiten beschreven handelen of nalaten van de opgeëiste persoon (zie paragraaf 2.3.1), moet worden nagegaan of dit handelen of nalaten binnen enige Nederlandse delictomschrijving valt (waarop een vrijheidsstraf van de vereiste minimale maximumduur staat). Die beschrijving moet dus alle onderdelen van een Nederlandse strafbepaling “dekken”.

Met het begrip “feiten” in art. 2 lid 1 EUV en in art. 5 lid 1 UW worden de *materiële* feiten bedoeld die aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggen,¹³⁵³ dat wil zeggen het naar tijd en plaats geconcretiseerde handelen of nalaten van de opgeëiste persoon. De eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht heeft dus betrekking op de materiële feiten en niet op de buitenlandse strafbaarstelling. Daarom is niet nodig dat de Nederlandse strafbaarstelling, waarvan het handelen of nalaten van de opgeëiste persoon de bestanddelen vervult, in alle opzichten overeenkomt met de buitenlandse

¹³⁵¹ HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.2.

¹³⁵² Swart 1986, p. 104. R Emmelink 1990, p. 83, houdt, anders dan Swart, geen rekening met de mogelijkheid dat de verzoekende staat met betrekking tot het vervallen van de strafbaarstelling niet het lex mitior-principe hanteert. In zijn opvatting is het vervallen van de strafbaarstelling na het begaan van het feit steeds “funest”, tenzij het gaat om een strafbaarstelling die “post sententiam” is komen te vervallen. Hij verwijst daartoe naar HR 15 december 1981, *NJ* 1982, 271. Dit arrest betreft echter een geval waarin de ene strafbaarstelling werd vervangen door de andere. De opgeëiste persoon was onherroepelijk veroordeeld ter zake van onder meer poging tot moord en gekwalificeerde diefstal op grond van een Wetboek van Strafrecht dat na die onherroepelijke veroordeling was vervangen door een nieuw Wetboek van Strafrecht. Het lijkt mij tamelijk onwaarschijnlijk dat het nieuwe Wetboek van Strafrecht van de Federatieve Socialistische Republiek Joegoslavië dergelijke feiten niet meer strafbaar zou stellen. De klacht was dan ook niet dat de feiten waarvoor de opgeëiste persoon al was veroordeeld niet meer strafbaar waren, maar dat Joegoslavië mede de nieuwe wettelijke bepalingen had moeten overleggen. De Hoge Raad verwierp deze klacht door te overwegen dat art. 7 van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Servië, dat overlegging van “de op het feit toepasselijke strafbepaling” eiste, in geval van executie-uitlevering overlegging vergde van “de strafbepaling(en) welke ten tijde van de veroordeling tot de ten uitvoer te leggen straf op het feit toepasselijk was (waren) en waarop de oplegging van die straf mitsdien berust”.

¹³⁵³ HR 2 september 1980, *NJ* 1981, 4; HR 27 april 1993, *NJ* 1993, 575, m.nt. AHJS, r.o. 7.4; HR 4 januari 2000, *LJN* AA4050, r.o. 4.2; HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 367, r.o. 5.4 (ten aanzien van art. 2 lid 1 NL-VS); HR 3 december 2002, *LJN* AE9163, r.o. 3.2; HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451, r.o. 3.8 en *LJN* AF0455, r.o. 3.4; HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589, r.o. 3.4.2; HR 3 februari 2004, *LJN* AO1740, r.o. 3.5; HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 552, r.o. 3.8 (ten aanzien art. 2 lid 1 NL-VS); HR 30 augustus 2005, *NJ* 2005, 541, r.o. 3.4.2 (kleine rechtshulp); HR 22 september 2009, *NJ* 2009, 462, r.o. 3.3.3 (kleine rechtshulp).

strafbaarstelling of dezelfde kwalificatie draagt.¹³⁵⁴ Evenmin hoeft de Nederlandse strafbaarstelling qua structuur overeen te komen met de buitenlandse: wat naar het recht van de verzoekende staat slechts een strafverzwarende omstandigheid oplevert, mag naar Nederlands recht een zelfstandig delict vormen.¹³⁵⁵ Voldoende is dat Nederlandse strafbaarstelling *in de kern* hetzelfde rechtsgoed beschermt als de buitenlandse strafbaarstelling, omdat er in dat geval een Nederlandse wettelijke bepaling voorhanden is op grond waarvan het materiële feit als eenzelfde inbreuk op de Nederlandse rechtsorde strafbaar is gesteld.¹³⁵⁶ Welk rechtsgoed de buitenlandse strafbepaling in de kern beoogt te beschermen, kan de uitleveringsrechter vaststellen aan de hand van de tekst van de door de verzoekende staat overgelegde toepasselijke wettelijke bepalingen.

De notie van eenzelfde inbreuk op de Nederlandse rechtsorde heeft de Hoge Raad klaarblijkelijk ontleend aan art. 5 lid 2 UW. Volgens deze bepaling wordt onder een naar Nederlands recht strafbaar feit “mede verstaan een feit waardoor inbreuk is gemaakt op de rechtsorde van de verzoekende staat, terwijl krachtens de Nederlandse wet een zelfde inbreuk op de Nederlandse rechtsorde (...) strafbaar is”. Deze bepaling had - in de voorstelling van de wetgever - een andere doelstelling dan het stellen van de minimumgrens waaraan de Nederlandse strafbaarstelling moet voldoen, zoals in de volgende paragraaf zal blijken.¹³⁵⁷ Wat daarvan ook zij, verdedigbaar is dat deze minimumgrens voortvloeit uit de strekking van het beginsel van dubbele strafbaarheid. Zou deze grens niet worden gehanteerd, dan zou mogelijk worden meegewerkt aan de handhaving van normen die met de Nederlandse strafrechtsopvattingen strijden. Ook indien het handelen of nalaten wel onder een Nederlandse delictsomschrijving valt, kan de uitlevering afbreuk doen aan die strekking. Een voorbeeld. Stel dat de verzoekende staat de uitlevering verzoekt voor zelfbevrijding uit een gevangenis, waarbij de opgeëiste persoon de deur van een cel heeft geforceerd. Naar Nederlands recht is zelfbevrijding uit een gevangenis als zodanig niet

¹³⁵⁴ Zie bijvoorbeeld HR 30 oktober 1979, *NJ* 1980, 78, m.nt. ThWvV: niet relevant dat art § 170 *Strafgesetzbuch* niet alle door art. 255 Sr vereiste bestanddelen bevat; HR 2 september 1980, *NJ* 1981, 4: naar Duits recht “vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Strassenverkehr” door met een auto van achteren in te rijden op iemand die slechts door opzij te springen het vege lijf kon redden, naar Nederlands recht bedreiging (art. 285 Sr); HR 8 maart 1988, *NJ* 1988, 973: naar Duits recht is sprake van moord, naar Nederlands recht van zware mishandeling, terwijl het feit de dood tengevolge heeft; HR 25 mei 1999, *NJ* 1999, 587: “Bandendiebstahl” naar Duits recht, diefstal door twee of meer verenigde personen (art. 311 Sr) naar Nederlands recht; HR 14 december 2004, *LJN* AR4923: het feit levert naar Noors recht het gebruiken van verdovende middelen op (hasj) en naar Nederlands recht het aanwezig hebben van die middelen; HR 11 mei 2010, *LJN* BL8803: naar Kroatisch recht valt het feit onder het kopen van verdovende middelen met de intentie deze verder te verkopen, naar Nederlands recht onder art. 10a Opiumwet (een feit bedoeld in het vierde lid van artikel 10 Opiumwet voorbereiden - te weten verkoop van cocaïne -, door zich middelen - te weten cocaïne - te verschaffen tot het plegen van dat feit).

¹³⁵⁵ HR 3 februari 2004, *LJN* AO1740, r.o. 3.5-3.6: naar Hongaars recht was sprake van “fraud” met de strafverzwarende omstandigheid dat het feit wordt begaan als “member of a criminal gang”; naar Nederlands recht valt dit onder oplichting (art. 326 Sr) en deelnemen aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven (art. 140 Sr).

¹³⁵⁶ HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451, r.o. 3.8; HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589, r.o. 3.4.2; HR 3 februari 2004, *LJN* AO1740, r.o. 3.5; HR 30 augustus 2005, *NJ* 2005, 541, r.o. 3.4.2 (kleine rechtshulp); HR 22 september 2009, *NJ* 2009, 462, r.o. 3.3.3 (kleine rechtshulp); HR 9 oktober 2012, *LJN* BX6949, r.o. 3.2.2 (ten aanzien van art. 2 NL-VS). Zwarts 2009, p. 252-272, heeft beschreven hoe de Hoge Raad tot deze eis is gekomen: eerst eiste hij alleen dat het materiële feit onder enige Nederlandse strafbepaling viel, vervolgens stelde hij de eis dat die strafbepaling eenzelfde rechtsgoed beschermt als de buitenlandse strafbepaling en ten slotte beperkte hij die eis tot de kern van hetzelfde rechtsgoed.

¹³⁵⁷ Zo ook Zwarts 2009, p. 259.

strafbaar, omdat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen ontsnapping straffeloos te laten.¹³⁵⁸ Het forceren van de celdeur zou daarentegen kunnen worden gezien als zaaksbeschadiging (art. 350 Sr). Zou Nederland het uitleveringsverzoek op die grond inwilligen, dan zou evenwel worden meegewerkt aan het handhaven van een strafnorm die met de Nederlandse strafrechtsopvattingen strijdt, te weten (gekwalificeerde) zelfbevrijding. Art. 350 Sr beschermt naar mijn mening in de kern niet hetzelfde rechtsgoed als een strafbaarstelling inzake (gekwalificeerde) zelfbevrijding.¹³⁵⁹

De Hoge Raad past de minimumgrens inzake strafbaarheid naar Nederlands recht - de Nederlandse strafbaarstelling moet in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermen als de buitenlandse - met souplesse toe.¹³⁶⁰ Zolang de strekkingen van de betrokken strafbepalingen niet zodanig uiteenlopen dat zou moeten worden geoordeeld dat niet is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid, is sprake van strafbepalingen die in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermen.¹³⁶¹

Niet alleen de Nederlandse delictsbestanddelen zijn van belang. De aanwezigheid van een Nederlandse rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond¹³⁶² staat namelijk in de weg aan toelaatbaarheid van de uitlevering. Dat is in overeenstemming met de strekking van het beginsel van dubbele strafbaarheid. Zou bijvoorbeeld blijken dat de opgeëiste persoon naar

¹³⁵⁸ Wel strafbaar is degene die een ander uit de gevangenis bevrijdt of bij zelfbevrijding behulpzaam is: art. 191 Sr.

¹³⁵⁹ Het voorbeeld is ontleend aan HR 4 mei 1971, *NJ* 1972, 225, m.nt. ALM. Het Italiaanse uitleveringsverzoek had onder meer betrekking op “evasione aggravata” (ontvluchting onder een verzwarende omstandigheid). De Hoge Raad verklaarde de uitlevering voor dit feit ontoelaatbaar. De Hoge Raad was kennelijk van mening dat de met de ontvluchting gepaard gaande vernieling van een muur en van enkele voor een venster aangebrachte tralies op zichzelf onder art. 350 Sr was te brengen, maar hij overwoog “dat in het uitleveringsverzoek niet wordt verwezen naar een in afschrift bijgevoegde wetsbepaling, ingevolge welke de verzwarende omstandigheid - het vernielen van een muur en enkele tralies - naar het recht van Italië zelfstandig strafbaar is gesteld”. Vóór de introductie van het criterium van de kern van hetzelfde rechtsgoed kon de Hoge Raad dus door uitlegging van het uitleveringsverzoek in het licht van de overgelegde toepasselijke wetsbepalingen voorkomen, dat zou worden meegewerkt aan de handhaving van normen die met de Nederlandse rechtsopvattingen in strijd zouden zijn.

¹³⁶⁰ Glerum, par. 91.6.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Glerum & Rozemond 2008a, p. 202; punt 43 van de conclusie van de A-G Jörg voor HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip. Zwarts 2009, p. 275, merkt op dat, indien snel wordt aangenomen dat twee strafbepalingen in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermen, de vraag kan worden opgeworpen of voor de aanwezigheid van dubbele strafbaarheid feitelijk meer is vereist dan dat het materiële feit alle bestanddelen van een Nederlandse delictsomschrijving bevat.

¹³⁶¹ HR 4 januari 2000, *LJN* AA4050, r.o. 4.2. In dit arrest hanteerde de Hoge Raad overigens nog niet het criterium van de kern van hetzelfde rechtsgoed. Vgl. HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 367. Het uitleveringsverzoek betrof het materiële feit van samenspanning om verkeerd aangeduide en vervalste diergeneesmiddelen in de handel te brengen met het oogmerk bedrog te plegen en te misleiden, dat naar het recht van de Verenigde Staten onder de “Wet Voedingswaren en Geneesmiddelen” viel, maar naar Nederlands recht het deelnemen aan een organisatie die het oogmerk heeft het plegen van misdrijven (en wel het misdrijf van art. 225 Sr) opleverde. Ook in dit arrest gewaagde de Hoge Raad niet van de kern van hetzelfde rechtsgoed als ondergrens aan de strafbaarheid naar Nederlands recht. Zie ook HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451, r.o. 3.8: de Franse strafbaarstelling (art. 215 *Code des Douanes*) strekt *in het algemeen* tot het tegengaan van de in- en/of uitvoer van verboden of gevaarlijke goederen, terwijl art. 2 Opiumwet *in het bijzonder* strekt tot het tegengaan van de in- en/of uitvoer van verdovende middelen; beide strafbaarstellingen beschermen in de kern hetzelfde rechtsgoed.

¹³⁶² Een uitzondering moet worden gemaakt voor gevallen waarin de opgeëiste persoon ontoerekeningsvatbaar is, terwijl het verdrag voorziet in uitlevering ter tenuitvoerlegging van een aan een ontoerekeningsvatbare persoon opgelegde strafrechtelijke maatregel: Swart 1986, p. 159.

Nederlandse maatstaven uit noodweer had gehandeld, dan zou uitlevering immers in strijd zijn met Nederlandse rechtsopvattingen. De ruimte voor een onderzoek naar deze strafuitsluitingsgronden is echter beperkt, zoals in paragraaf 2.3.1 is gebleken. De uitleveringsrechter kan deze gronden alleen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de uitlevering betrekken, voor zover zij rechtstreeks uit de stukken bij het uitleveringsverzoek blijken dan wel zonder diepgaand onderzoek door de uitleveringsrechter kunnen worden vastgesteld.¹³⁶³

Bij de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht blijven buiten beschouwing omstandigheden die de *vervolgbaarheid* van het feit raken, zoals de Nederlandse strafrechtsmacht. Zou worden vereist dat de Nederlandse strafwet zich daadwerkelijk uitstrekt over het materiële feit, dan zou de kring van de uitleveringsdelicten drastisch worden ingeperkt. Uitleveringsverzoeken hebben - vanuit het perspectief van Nederland als aangezochte staat - namelijk veelal betrekking op door vreemdelingen in den vreemde begane delicten, waarop de Nederlandse strafwet slechts bij uitzondering toepasselijk is.¹³⁶⁴ Bovendien kennen de uitleveringsverdragen meestal specifieke weigeringsgronden¹³⁶⁵ voor gevallen waarin de aangezochte staat daadwerkelijk rechtsmacht heeft over het materiële feit.¹³⁶⁶

VII.2.3.3.2 Analogische transformatie

De beantwoording van de vraag of het in het overzicht van feiten uiteengezette materiële feit alle delictsbestanddelen van een Nederlandse strafbaarstelling vervult, levert bij delicten die gericht zijn tegen individuele rechtsgoederen als het leven, de integriteit van het lichaam of het vermogen meestal weinig problemen op. De strafbaarstellingen die dergelijke rechtsgoederen beschermen, plegen namelijk geen onderscheid te maken tussen binnenlandse en buitenlandse krenking van die rechtsgoederen.¹³⁶⁷ Zo vervult een in Berlijn door een Duitser op een Duits slachtoffer gepleegde moord de delictsbestanddelen van art. 289 Sr, indien uit het overzicht blijkt van opzettelijke levensberoving en van voorbedachte raad.¹³⁶⁸

Indien echter het materiële feit naar het recht van de verzoekende staat gericht is tegen een algemeen rechtsgoed, dat wil zeggen een rechtsgoed van publiekrechtelijke aard, zou de uitlevering - zonder nadere voorziening - in veel gevallen ontoelaatbaar zijn. Staten plegen zich immers bij de strafbaarstelling van dergelijke delicten - zoals delicten tegen de staatsveiligheid, tegen het gezag van de staat, tegen de economische en financiële ordening, tegen de rechtspleging en tegen de openbare orde - te beperken tot het veiligstellen van de *eigen* belangen.¹³⁶⁹ Vanwege de beperking tot de eigen rechtsorde, zijn deze

¹³⁶³ Punt 2 van de noot van N. Keijzer onder HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 10. Anders de notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht (Kamerstukken II 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 4)*; Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 6 Uitleveringswet, aant. 1d; Sjöcrona & Orié 2002, p. 156.

¹³⁶⁴ Zie bijvoorbeeld de art. 3, 4 en 5a Sr.

¹³⁶⁵ Zie bijvoorbeeld art. 7 lid 1 EUV, art. 8 EUV, art. 6 lid 1 BUV en art. 7 BUV.

¹³⁶⁶ Zie over een en ander Von Bubnoff 2005, p. 27; Lagodny, § 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 3, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Zeidler 2008, p. 70-72. In deze zin ook de notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht (Kamerstukken II 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 4)*.

¹³⁶⁷ Murschetz 2007a, p. 129.

¹³⁶⁸ Zie ook Glerum & Rozemond 2008a, p. 202.

¹³⁶⁹ De strafbaarstellingen inzake de aanslag op een bevriend staatshoofd (art. 115 Sr) en inzake de belediging van een lid of hoofd van de regering van een bevriende staat (art. 118 Sr) leveren geen uitzonderingen op. Deze strafbaarstellingen beogen een goede internationale verstandhouding tussen

strafbaarstellingen niet toepasselijk op benadeling van de publiekrechtelijke belangen van een andere staat.¹³⁷⁰ Stel dat een Noors uitleveringsverzoek betrekking heeft op het door de opgeëiste persoon niet naleven van een door een Noorse ambtenaar naar Noors recht bevoegd gegeven bevel. Het Nederlandse art. 184 lid 1 Sr stelt onder meer strafbaar het “opzettelijk niet voldoen aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast of door een ambtenaar belast met of bevoegd verklaard tot het opsporen of onderzoeken van strafbare feiten”. Het bestanddeel “krachtens wettelijk voorschrift” betekent krachtens *Nederlands* wettelijk voorschrift, zodat het opzettelijk niet voldoen aan een krachtens een *Noors* wettelijk voorschrift door een Noorse ambtenaar gegeven bevel niet onder deze bepaling valt.¹³⁷¹ Een ander voorbeeld: Denemarken verzoekt de uitlevering aan Nederland van een persoon die vanuit Duitsland opzettelijk een hoeveelheid cocaïne heeft ingevoerd in Denemarken. De Nederlandse Opiumwet verbiedt de opzettelijke invoer van cocaïne in Nederland, niet de opzettelijke invoer van die stof in Denemarken (art. 2 onder A jo. 10 lid 4 Opiumwet).¹³⁷²

De eis van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid beoogt echter niet meer dan te voorkomen dat Nederland zou moeten meewerken aan de handhaving van met Nederlandse rechtsopvattingen strijdende normen. Bij de beoordeling van de gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht gaat het er dan ook niet om of de opgeëiste persoon daadwerkelijk een Nederlands strafbaar feit heeft begaan waarvoor hij daadwerkelijk in Nederland kan worden bestraft. Daarom volstaat bij die beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht een *denkbeeldige* toetsing:¹³⁷³ zou het materiële feit, “ware het *in een analoge situatie* binnen de rechtssfeer van de aangezochte staat begaan”, naar het recht van die staat een strafbaar feit opleveren?¹³⁷⁴ Deze wijze van toetsing is neergelegd in art. 5 lid 2 UW,¹³⁷⁵ volgens welke bepaling “onder een naar Nederlands recht strafbaar feit mede verstaan [wordt] een feit waardoor inbreuk is gemaakt op de rechtsorde van de verzoekende staat, terwijl krachtens de Nederlandse wet een zelfde inbreuk op de Nederlandse rechtsorde of die van Bonaire, Sint Eustatius en Saba strafbaar is”.¹³⁷⁶

Nederland en de bevriende staat te beschermen. Het onderhouden van een dergelijke verstandhouding is in het belang van Nederland.

¹³⁷⁰ Linke 1983, p. 40-41; Murschetz 2007a, p. 129-130; Schwaighofer 1988, p. 94-95; Swart 1986, p. 152-153.

¹³⁷¹ HR 17 maart 1987, *NJ* 1987, 887, m.nt. 't H (Linquenda). Dit arrest betrof overigens niet een uitleveringszaak, maar een Nederlandse strafzaak waarin de verdachte, een Nederlander, op grond van art. 5 lid 1 onder 2 Sr werd vervolgd voor een buiten Nederland begaan strafbaar feit. Ware sprake geweest van een uitleveringsverzoek, dan zou de strafbedreiging van art. 184 Sr (gevangenisstraf van maximaal drie maanden) in de weg hebben gestaan aan uitlevering, tenzij het uitleveringsverzoek tevens betrekking had op een feit waarop naar Nederlands recht een maximale gevangenisstraf van ten minste een jaar stond (accessoire uitlevering: zie paragraaf 2.4)

¹³⁷² De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de Uitleveringswet heeft geleid, geeft het voorbeeld van de kapitein van een Frans schip die dit schip aan de rederij onttrekt en ten eigen bate gebruikt. Art. 387 Sr richt zich slechts tot de schipper van een *Nederlands* schip. Zie *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 10, p. 11.

¹³⁷³ Swart 1986, p. 151.

¹³⁷⁴ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 10, p. 11.

¹³⁷⁵ Zie ook Zwarts 2009, p. 259.

¹³⁷⁶ De verwijzing naar de rechtsorde van Bonaire, Sint Eustatius en Saba houdt verband met de omstandigheid dat deze eilanden met ingang van 1 oktober 2010 - als bijzondere openbare lichamen - deel uitmaken van het Koninkrijk Nederland, terwijl zij vóór die datum behoorden tot het Koninkrijk Nederland.

De beoordeling vanuit een analoge situatie houdt in dat de aangezochte staat, Nederland, ten opzichte van het materiële feit als het ware de plaats inneemt van de verzoekende staat. De elementen van het materiële feit die verband houden met de publiekrechtelijke belangen van de verzoekende staat - Rummelink spreekt in dit verband van de typische nationale elementen -¹³⁷⁷ worden “omgezet” naar hun Nederlandse equivalenten. Na deze analogische transformatie van het materiële feit,¹³⁷⁸ moet de uitleveringsrechter onderzoeken of het getransformeerde materiële feit onder een Nederlandse strafbepaling valt (die in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt). In het eerste voorbeeld moet de uitleveringsrechter zich dus afvragen of onder vergelijkbare omstandigheden het niet naleven van een door een Nederlandse ambtenaar krachtens een Nederlands wettelijk voorschrift gegeven bevel naar Nederlands recht strafbaar zou zijn.¹³⁷⁹ In het tweede voorbeeld moet de uitleveringsrechter onderzoeken of de opzettelijke invoer van een hoeveelheid cocaïne vanuit Duitsland in Nederland naar Nederlands recht strafbaar is.¹³⁸⁰

Omstandigheden die niet de strafbaarheid van het materiële feit betreffen, maar uitsluitend de vervolgbaarheid daarvan, zijn niet relevant voor de analogische beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht, tenzij het betrokken vervolgingsbeletsel het ontbreken van de strafwaardigheid van het materiële feit impliceert.¹³⁸¹ De eis van strafbaarheid naar Nederlands recht beoogt immers medewerking te voorkomen aan de handhaving van normen die in strijd zijn met Nederlandse rechtsopvattingen. Zo vereist de analogische beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht niet dat Nederland in een analoge situatie rechtsmacht zou hebben over het getransformeerde materiële feit.¹³⁸² Het ontbreken van rechtsmacht betekent immers niet dat de wetgever het feit niet strafwaardig acht, maar alleen dat hij voor een vervolging geen aanleiding ziet.¹³⁸³ Hetzelfde geldt voor het klachtvereiste.¹³⁸⁴ Bovendien kennen de uitleveringsverdragen ter

de Nederlandse Antillen. Zie art 1 lid 2 Rijkswet wijziging Statuut in verband met de opheffing van de Nederlandse Antillen.

¹³⁷⁷ Rummelink 1990, p. 81.

¹³⁷⁸ Ook is wel sprake van *analoge* transformatie: Glerum & Rozemond 2008a, p. 203. In de Duitstalige literatuur spreekt men van *sinnegemäße Umstellung des Sachverhalts*. Zie bijvoorbeeld Heimgartner 2003, p. 90-92; Murschetz 2007a, p. 128-130; Zeidler 2008, passim.

¹³⁷⁹ Glerum & Rozemond 2008a, p. 202-203.

¹³⁸⁰ Vergelijkbare voorbeelden bij Murschetz 2007a, p. 129-130 (“So ist der Widerstand gegen einen italienischen Beamten grundsätzlich, außer im Rahmen der Nachteile der SDÜ, nach österreichischem StGB nicht strafbar. (...) insofern ist der italienische Beamte in einen österreichischen Beamten (...) “umzuwandeln”); Schwaighofer 1988, p. 96 (“Ein “Amtsmissbrauch” eines deutschen Beamten in der BR Deutschland ist so anzusehen, als hätte ihn ein österr Beamter in Österreich begangen. Der gewaltsame Widerstand eines Franzosen gegen die Amtshandlung eines schweizerischen Zollbeamten so, als richtete sich der Widerstand des Franzosen gegen einen österr Zollbeamten”); Zimmermann 2004, p. 397 (“Comme autre exemple de cet exercice de transposition de l’état de fait, on mentionnera une demande d’entraide italienne concernant la corruption d’un agent public italien. (...) Correctement transposée, la seule question à résoudre (par l’affirmative) était celle de savoir si le droit suisse réprime le fait de corrompre un fonctionnaire suisse”). Uitgebreid over de Duitse rechtspraak inzake *sinnegemäße Umstellung des Sachverhalts* Zeidler 2008, p. 121-182.

¹³⁸¹ Swart 1986, p. 148. In deze zin ook Heimgartner 2002, p. 89.

¹³⁸² HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 318, r.o. 5.1; HR 31 augustus 1981, *NJ* 1982, 154, m.nt. ThWvV, r.o. 7.2; HR 18 december 1984, *NJ* 1985, 650, r.o. 4.3.

¹³⁸³ Rummelink 1990, p. 84.

¹³⁸⁴ Swart 1986, p. 148; Heimgartner 2002, p. 89, die erop wijst dat een klacht de strafwaardigheid van het feit niet wijzigt, zodat, ondanks het ontbreken van een klacht, sprake is van strafbaarheid van het feit. Zie

zake van sommige vervolgingsbeletselen uitdrukkelijke - facultatieve - weigeringsgronden, hetgeen ervoor pleit dat deze beletselen geen rol spelen bij de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht.¹³⁸⁵

VII.2.3.3.3 Tijdstip strafbaarheid

De gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht dient te worden beoordeeld naar de stand van het recht ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek,¹³⁸⁶ dat wil zeggen voor de uitleveringsrechter ten tijde van zijn uitspraak over de toelaatbaarheid¹³⁸⁷ en voor de Minister van Justitie ten tijde van zijn beslissing over de inwilligbaarheid van het uitleveringsverzoek.¹³⁸⁸ Dit vloeit voort uit de strekking van het beginsel van dubbele strafbaarheid: het voorkomen dat Nederland medewerking zou moeten verlenen aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsancie misplaatst wordt geacht.¹³⁸⁹ Alleen de actuele Nederlandse rechtsopvattingen zijn daarom van belang.¹³⁹⁰ Zoals in paragraaf 2.2. is gebleken, is zulks niet in strijd met het legaliteitsbeginsel.¹³⁹¹

ook art. 62 lid 3 SUO (“Het ontbreken van een klacht of een machtiging tot instelling van strafvordering, welke uitsluitend naar het recht van de aangezochte Overeenkomstsluitende Partij vereist is, laat de verplichting tot uitlevering onverlet”): Glerum, par. 91.6.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel. Zo ook Zimmermann 2004, p. 399.

¹³⁸⁵ Zie art. 7 lid 2 EUV (ontbreken analogische rechtsmacht aangezochte staat, indien de verzoekende staat extraterritoriale rechtsmacht uitoefent) en art. 10 EUV (verjaring naar het recht van de verzoekende staat/aangezochte staat).

¹³⁸⁶ HR 8 juli 2003, L/JN AE5288, r.o. 3.2.2; HR 18 november 2003, L/JN AH8601, r.o. 3.4.2; HR 20 mei 2008, L/JN BD1852, r.o. 3.2. Zo ook Heimgartner 2002, p. 86; Juppe 2007, p. 7; Zimmermann 2004, p. 397-398. Volgens Lagodny, § 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 21, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012, is het tijdstip “des Übergabeakts” bepalend. In eerdere arresten achtte de Hoge Raad nog twee tijdstippen relevant: het tijdstip van het indienen van het uitleveringsverzoek en het tijdstip van de beslissing op dat verzoek. Zie HR 16 januari 1973, NJ 1973, 281, m.nt. CB; HR 1 juli 1977, NJ 1977, 601, m.nt. ThWvV. In deze zin ook Von Bubnoff 2005, p. 28. Het Britse *House of Lords* achtte onder de werking van de *Extradition Act 1989* het tijdstip van het begaan van de feiten doorslaggevend, omdat de toepasselijke bepaling de eis in de verleden tijd omschreef: *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147, at p. 196 E-G per Lord Browne-Wilkinson. Nu de *Extradition Act 2003* dezelfde “tense structure” hanteert, zou dezelfde redenering opgaan voor deze wet: Nicholls, Montgomery & Knowles 2007, p. 33-34. Zie over de zaak Pinochet ook Swart 2000. Ook in België lijkt men te eisen dat de strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat heeft bestaan op het moment van het begaan van het feit: Dewulf 2009, p. 53.

¹³⁸⁷ HR 28 juni 1977, NJ 1978, 438; HR 20 september 1993, NJ 1995, 186, m.nt. AHJS.

¹³⁸⁸ Sjöcrona & Orié 2002, p. 157. Tenzij de uitleveringsrechter de uitlevering ontoelaatbaar heeft verklaard, is niet uitgesloten dat de Minister van Justitie tot een ander oordeel komt over de gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht dan de uitleveringsrechter. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen, indien de strafbaarheid na de uitspraak door een wetswijziging komt te vervallen. Vgl. HR 20 september 1993, NJ 1995, 186, m.nt. AHJS, r.o. 5.2: een ten tijde van de uitspraak van de uitleveringsrechter mogelijk te verwachten wetswijziging is niet relevant voor de beoordeling van de toelaatbaarheid. Treedt die wetswijziging na de uitspraak, maar vóór de beslissing van de Minister van Justitie in werking, dan moet deze daarmee evenwel rekening houden.

¹³⁸⁹ HR 16 januari 1973, NJ 1973, 281, m.nt. CB; HR 1 juli 1977, NJ 1977, 601, m.nt. ThWvV.

¹³⁹⁰ Anders Murschetz 2007a, p. 137-138, die zich niet op het legaliteitsbeginsel als zodanig, maar op rechtsstatelijke overwegingen beroept. De aangezochte staat mag volgens haar alleen dan dwangmiddelen ten behoeve van de verzoekende staat inzetten, wanneer hij ter zake van een analogisch geval zelf een vervolging zou hebben kunnen instellen en dwangmiddelen zou hebben kunnen uitoefenen. Indien in een analogisch geval het feit naar het recht van de aangezochte staat niet strafbaar was ten tijde van het begaan

De omstandigheid dat het uitleveringsverzoek betrekking heeft op een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling, als bedoeld in de Nederlandse verklaring ex art. 6 EUV,¹³⁹² maakt dit niet anders. Nederlanders en dergelijke vreemdelingen worden alleen ter fine van vervolging uitgeleverd, indien de verzoekende staat garandeert dat zij de aan hen eventueel opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel in Nederland zullen mogen ondergaan en dat Nederland die straf of maatregel zal mogen “omzetten” naar Nederlandse maatstaven.¹³⁹³ De terugkeer van de veroordeelde naar Nederland en de omzetting van de opgelegde sanctie vinden plaats op grond van het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen, die eisen dat het handelen of nalaten waarvoor de betrokken persoon is veroordeeld een strafbaar feit oplevert naar het recht van de staat van tenuitvoerlegging (art. 3 lid 1 onder e VOGP; art 3 lid 1 onder c WOTS). De door de exequaturrechter uit te voeren beoordeling of aan dat vereiste is voldaan, vindt plaats aan de hand van de stand van het Nederlandse recht ten tijde van de beslissing van die rechter. Het vereiste heeft namelijk dezelfde strekking als in het uitleveringsrecht.¹³⁹⁴ Bovendien is het niet aan de uitleveringsrechter om de mogelijke afloop van de mogelijke exequaturprocedure bij zijn oordeel over de toelaatbaarheid van de uitlevering te betrekken.¹³⁹⁵

VII.2.4 *Accessoire uitlevering*

Op de regel dat voor uitlevering sprake moet zijn van *gekwalificeerde* dubbele strafbaarheid bestaat een uitzondering. Stel dat het uitleveringsverzoek betrekking heeft op twee materiële feiten, waarvan één materieel feit aan alle eisen van de gekwalificeerde dubbele strafbaarheid voldoet, dan kan, indien het andere materiële feit niet voldoet aan de eisen inzake de (hoogte van de) strafbedreiging of de (duur van de) opgelegde sanctie, de uitlevering *ook* voor dat feit worden toegestaan, mits dat feit strafbaar is naar het recht van beide staten. De uitlevering voor een dergelijk feit noemt men *accessoire uitlevering*, omdat zij *accessoir* is aan, dat wil zeggen afhankelijk van, de uitlevering voor een feit waarvoor de uitlevering toelaatbaar is.¹³⁹⁶

De ratio van de kwalificatie-eis - het vermijden van de met uitlevering wegens een bagateldelict gepaard gaande onevenredige kosten en moeiten als mede het vermijden van

daarvan, zou de aangezochte staat niet zelf tot vervolging hebben kunnen overgaan. Daarom is ook bij de beoordeling van de strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat het tijdstip van het begaan van het feit doorslaggevend. Deze opvatting geeft naar mijn mening blijk van een te ver doorvoeren van de analogische beoordeling (zie daarover paragraaf 2.3.3.2). Uit rechtsstatelijke overwegingen volstaat mijns inziens dat het handelen of nalaten ten tijde van de beslissing gekwalificeerd strafbaar is naar het recht van de aangezochte staat. In elk geval heeft de hoogste rechter van Oostenrijk de opvatting van Murschetz uitdrukkelijk verworpen: *Oberster Gerichtshof* 8 april 2010, 12 Os 15/10p, beschikbaar op www.ris.bka.gv.at. Ook de hoogste Duitse constitutionele rechter acht het tijdstip van de beslissing op de uitlevering van belang: *Bundesverfassungsgericht* 5 november 2003, 2 BvR 1243/03 en 2 BvR 1506/03, RN 78, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de (“(...) weil maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung (...) der Eingang des Auslieferungsersuchens oder die Entscheidung darüber sei”).

¹³⁹¹ Anders Dedeyne-Amann 2002, p. 416; Linke 1983, p. 40.

¹³⁹² Zie Hoofdstuk VIII.

¹³⁹³ HR 14 september 1993, *NJ* 1993, 155, m.nt. AHJS.

¹³⁹⁴ HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 725, m.nt. YB, r.o. 3.3; HR 20 mei 2008, *LJN* BD1852, r.o. 3.5.

¹³⁹⁵ HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 725, m.nt. YB, r.o. 3.2; HR 20 mei 2008, *LJN* BD1852, r.o. 3.4.

¹³⁹⁶ Lagodny, § 4 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

een, gelet op de geringe ernst van het feit, onevenredige inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon - staat niet in de weg aan accessoire uitlevering.¹³⁹⁷ Ten minste één van de feiten moet immers wel aan die eis voldoen. Accessoire uitlevering is in het belang van de verzoekende staat, omdat deze de tegen de opgeëiste persoon aanhangige beschuldigingen op deze wijze tegelijkertijd kan afdoen.¹³⁹⁸ Zonder de mogelijkheid van accessoire uitlevering zou het specialiteitsbeginsel de verzoekende staat dwingen om de afloop van de aan de opgeëiste persoon gegunde vertrektermijn af te wachten,¹³⁹⁹ vooraleer hij hem ter zake van het feit met de te geringe strafbedreiging zou kunnen vervolgen.¹⁴⁰⁰ Accessoire uitlevering is ook in het belang van de opgeëiste persoon zelf, al zal hij dat zelf wellicht anders zien. De gelijktijdige berechting voorkomt immers dat de opgeëiste persoon geconfronteerd wordt met de belasting van meerdere, opeenvolgende vervolgingen.¹⁴⁰¹ De resocialisatie van de opgeëiste persoon is bovendien niet gediend met opeenvolgende vervolgingen.¹⁴⁰² Ten slotte kan de opgeëiste persoon in geval van accessoire uitlevering eerder profiteren van de - eventuele - samenloopregelingen van de verzoekende staat¹⁴⁰³ of van de regels inzake de samenstelling van een zogenaamde *Gesamtstrafe*.¹⁴⁰⁴

Art. 2 lid 2 EUV geeft de aangezochte staat de bevoegdheid de uitlevering toe te staan voor een accessoir feit, mits het in beide staten bedreigd is met een *vrijheidsbenemende* straf of maatregel. Accessoire uitlevering is dus naar de letter alleen mogelijk, indien het bijkomende feit in beide staten strafbaar is en in beide staten bedreigd is met een vrijheidssanctie, maar de minimale maximumduur van die vrijheidssanctie in beide of in één van beide staten een te geringe duur heeft. Dat de bepaling alleen gewag maakt van de tekortschietende strafbedreiging (“the condition with regard to the amount of punishment which may be awarded”), betekent niet dat zij toepassing mist op de *executie*-uitlevering wegens een feit waarop onvoldoende straf *staat*.¹⁴⁰⁵ Een andere kwestie is of zij ook toepasselijk is op de *executie*-uitlevering wegens een feit waarvoor onvoldoende straf, dat wil zeggen een sanctie met een duur van minder dan vier maanden, is *opgelegd*. Gelet op de ratio van de bepaling, die het maken van onderscheid tussen vervolgings- en executie-

¹³⁹⁷ Extradition: European standards 2006, p. 20 (*Explanatory report*); Heimgartner 2002, p. 81; Schwaighofer 1988, p. 104; Swart 1986, p. 182.

¹³⁹⁸ Extradition: European standards 2006, p. 20; Lagodny, § 4 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 1, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 182; Zimmermann 2004, p. 370.

¹³⁹⁹ Art. 14 lid 1 onder b EUV: “A person who has been extradited shall not be proceeded against, sentenced or detained with a view to the carrying out of a sentence or detention order for any offence committed prior to his surrender other than that for which he was extradited, nor shall he be for any other reason restricted in his personal freedom, except in the following cases: (...) b. when that person, having had an opportunity to leave the territory of the Party to which he has been surrendered, has not done so within 45 days of his final discharge, or has returned to that territory after leaving it”.

¹⁴⁰⁰ Linke 1983, p. 39. Wel kan de aangezochte staat desverzocht toestemming verlenen voor vervolging van dat feit, maar hij is daartoe niet verplicht: art. 14 lid 1 onder a *in fine* EUV.

¹⁴⁰¹ Lagodny, § 4 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 1, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Linke 1983, p. 39.

¹⁴⁰² Schwaighofer 1988, p. 104.

¹⁴⁰³ Extradition: European standards 2006, p. 20 (*Explanatory report*); Schwaighofer 1988, p. 104; Swart 1986, p. 182.

¹⁴⁰⁴ Lagodny, § 4 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 1, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

¹⁴⁰⁵ R Emmelink 1990, p. 138. Zie bijvoorbeeld HR 23 maart 1982, NJ 1982, 648, r.o. 10.

uitlevering niet rechtvaardigt, wordt in de literatuur overwegend aangenomen dat in een dergelijk geval accessoire executie-uitlevering mogelijk is.¹⁴⁰⁶ Art. 1 Tweede Aanvullend Protocol breidt de bevoegdheid tot het toestaan van accessoire uitlevering uit over feiten die in beide staten of in één van beide staten slechts met een geldboete worden bedreigd. Daardoor kan de uitlevering worden toegestaan voor strafbare feiten die op bestuurlijke wijze worden afgedaan, zoals de Duitse *Ordnungswidrigkeiten*.¹⁴⁰⁷

De Uitleveringswet voorziet niet in accessoire uitlevering. Nu art. 5 lid 1 UW de kwalificatievoorwaarde dwingend én exclusief formuleert (“Uitlevering kan alleen worden toegestaan (...)”), zou men kunnen menen dat deze bepaling de uitoefening van de in de verdragen gegeven *bevoegdheid* tot accessoire uitlevering uitsluit.¹⁴⁰⁸ Zulks was inderdaad de opvatting van de wetgever.¹⁴⁰⁹ Een voorziening inzake accessoire uitlevering achtte de wetgever niet nodig, omdat de Minister van Justitie in het kader van de uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel aan de verzoekende staat toestemming kon geven tot vervolging, bestraffing of vrijheidsbeperking ter zake van een feit, waarvoor de uitleveringsrechter de uitlevering wegens onvoldoende strafbedreiging ontoelaatbaar had verklaard.¹⁴¹⁰ De rechtspraak is evenwel een andere richting ingeslagen: de uitleveringsrechter mag de uitlevering niet ontoelaatbaar verklaren ter zake van een feit dat onder de reikwijdte van art. 2 lid 2 EUV valt,¹⁴¹¹ tenzij de uitlevering voor een dergelijk feit om een andere reden ontoelaatbaar is.¹⁴¹² Het is dus aan de Minister van Justitie voorbehouden om te beslissen over de accessoire uitlevering.¹⁴¹³

Art. 12 UW lid 2 onder b UW dwingt de Minister van Justitie niet tot het verlenen van toestemming ter zake van accessoire feiten.¹⁴¹⁴ Weigert hij de uitlevering wegens het accessoire feit, dan staat het specialiteitsbeginsel in beginsel in de weg aan strafrechtelijk

¹⁴⁰⁶ Swart 1986, p. 183, met verdere verwijzingen; Rummelink 1990, p. 138, die erop wijst dat de toelichting op het met art. 2 lid 2 EUV overeenkomende art. 2 lid 2 UV uitdrukkelijk melding maakt van accessoire uitlevering “ter zake van delicten, die niet voldoen aan de eis aangaande de hoogte van de daartegen bedreigde of uitgesproken straf”. Zie het *Gemeenschappelijk commentaar van de drie regeringen*, opgenomen in Rummelink 1990, p. 292-293. Het Duitse *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (§ 4 Nr. 1) en het Oostenrijkse *Bundesgesetz über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen* (§ 11 Abs. 3) voorzien uitdrukkelijk in de accessoire executie-uitlevering ter zake van een feit waarvoor onvoldoende straf is opgelegd.

¹⁴⁰⁷ Extradition: European Standards 2006, p. 83 (*Explanatory report*). Dezelfde strekking had art. 2 lid 2 van de Aanvullende Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende het vergemakkelijken van de toepassing van het Europees Verdrag betreffende uitlevering.

¹⁴⁰⁸ Rummelink 1990, p. 138.

¹⁴⁰⁹ Swart 1986, p. 184.

¹⁴¹⁰ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 10, p. 15.

¹⁴¹¹ Zie de door Swart 1986, p. 184, noot 196, aangehaalde rechtspraak en de meer recente arresten HR 13 november 2001, *LJN* AD4316, r.o. 4.6; HR 14 december 2004, *LJN* AR4923, r.o. 4.5.

¹⁴¹² Bijvoorbeeld omdat het accessoire feit een fiscaal (art. 5 EUV), een militair (art. 4 EUV) of een politiek delict (art. 3 lid 1 EUV) oplevert.

¹⁴¹³ Swart 1986, p. 184, die erop wijst dat de uitkomst in beide benadering gelijk is: de Minister van Justitie beslist. Het voordeel van de benadering van de Hoge Raad is volgens Swart dat de uitleveringsrechter blijft oordelen over andere voorwaarden voor de uitlevering, zoals de dubbele strafbaarheid van het accessoire feit.

¹⁴¹⁴ Art. 12 lid 2 onder b UW: “Onze Minister kan de in het vorige lid bedoelde toestemming geven ten aanzien van: (...) b. andere feiten, voor zover deze zowel naar het recht van de staat van wie het verzoek om toestemming is uitgegaan als naar dat van Nederland strafbaar zijn en de mogelijkheid van uitlevering daarvoor niet krachtens de artikelen 8-11 van deze wet is uitgesloten”.

optreden ter zake van dat feit. De verzoekende staat is in een dergelijk geval afhankelijk van de uitgeleverde persoon, die zijn aanspraak op het specialiteitsbeginsel verliest, indien hij na zijn definitieve invrijheidstelling gedurende 45 dagen in de verzoekende staat blijft (art. 14 lid 1 onder b EUV) of van de aangezochte staat, die desgevraagd kán toestemmen in strafrechtelijk optreden ter zake van het accessoire feit (art. 14 lid 1 onder a EUV), maar gezien de eerdere weigering is een dergelijke toestemming niet waarschijnlijk.

Art. 10 EU-uitleveringsovereenkomst bevatte een drietal voorzieningen die de verzoekende staat in dergelijke gevallen ten dele tegemoet kwamen. Ook zonder de toestemming van de Minister van Justitie kon de verzoekende staat namelijk met betrekking tot andere strafbare feiten dan die waarvoor de uitlevering was toegestaan, overgaan: tot vervolging of berechting van feiten die niet strafbaar waren gesteld met een vrijheidsbenemende sanctie (onderdeel a); tot vervolging of berechting - ook van strafbare feiten die wel waren strafbaar gesteld met een vrijheidsbenemende sanctie -,¹⁴¹⁵ voor zover de strafvervolging niet leidde tot de toepassing van een maatregel die de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon beperkte (onderdeel b), zoals voorlopige hechtenis, met dien verstande dat een als gevolg van die strafvervolging opgelegde vrijheidsbenemende sanctie niet mogelijk was zonder toestemming van de Minister van Justitie (of van de opgeëiste persoon zelf),¹⁴¹⁶ alsmede tot tenuitvoerlegging van een sanctie die geen vrijheidsbeneming meebrengt, “met inbegrip van een geldboete, of een daarvoor in de plaats komende maatregel, zelfs indien deze kan leiden tot beperking van zijn persoonlijke vrijheid” (onderdeel c), zoals vervangende hechtenis.¹⁴¹⁷ Deze uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel waren ruimer dan de regeling van de accessoire overlevering. Voor de toepassing van deze uitzonderingen waren de strafbaarheid en de strafbedreiging naar het recht van de aangezochte staat namelijk niet van belang. Anderzijds boden de uitzonderingen geen oplossing voor gevallen waarin de autoriteiten van de verzoekende staat de overgeleverde persoon wegens een accessoir feit in voorarrest wilden nemen en gevallen waarin die autoriteiten een vrijheidsstraf ten uitvoer wilden leggen.

VII.3 Overlevering en (dubbele) strafbaarheid

VII.3.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de overleveringsrechtelijke regelingen inzake (dubbele) strafbaarheid aan de orde. Het Kaderbesluit breekt met de in de uitleveringsverdragen voorgeschreven gekwalificeerde dubbele strafbaarheid. Het Kaderbesluit bevat in de eerste plaats minimumeisen met betrekking tot de strafbare feiten waarvoor de uitvaardigende justitiële autoriteit een EAB kan uitvaardigen: eisen inzake de strafbaarheid en strafbedreiging dan wel inzake de opgelegde sanctie. Deze komen in paragraaf 3.2 aan de orde. Indien een dergelijk feit valt in één van 32 in het Kaderbesluit genoemde categorieën van strafbare feiten (de zogenaamde lijstfeiten) en voldaan is aan een extra eis inzake de strafbedreiging, mag de uitvoerende justitiële autoriteit de dubbele strafbaarheid van dat feit niet toetsen. Deze regeling vormt het onderwerp van paragraaf 3.3. Ter zake van andere feiten *mag* de uitvoerende lidstaat de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht

¹⁴¹⁵ Kamerstukken II 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 13.

¹⁴¹⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 13.

¹⁴¹⁷ Kamerstukken II 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 13.

stellen, hetgeen in paragraaf 3.4 uiteen wordt gezet. Ten slotte bespreek ik in paragraaf 3.5 of accessoire overlevering mogelijk is.

VII.3.2 *Strafbaarheid uitvaardigende lidstaat*

VII.3.2.1 *Kaderbesluit*

Het Kaderbesluit hanteert de elimatiemethode om de strafbare feiten af te bakenen waarvoor een EAB kan worden uitgevaardigd.¹⁴¹⁸ Evenals de uitleveringsverdragen en de Uitleveringswet, maakt het Kaderbesluit ten aanzien van de minimumdrempels onderscheid tussen strafvervolging en tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf.

Ter fine van *strafvervolging* kan een EAB worden uitgevaardigd ter zake van 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” (art. 2 lid 1 Kaderbesluit). Het Kaderbesluit wijkt dus in zoverre af van het uitleveringsrecht, dat het hogere minimale strafmaximum van één jaar eist (art. 2 lid 1 EUV; art. 2 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst; art. 5 lid 1 onder a UW).

Voor wat betreft de peildatum geldt met betrekking tot de strafbaarheid en de strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat *mutatis mutandis* hetzelfde als in het uitleveringsrecht met betrekking tot de gekwalificeerde strafbaarheid naar het recht van de verzoekende staat. De gedraging moet strafbaar zijn ten tijde van het verrichten daarvan¹⁴¹⁹ en de strafbedreiging moet op dat moment aan de eis van art. 2 lid 1 Kaderbesluit voldoen.¹⁴²⁰ De omstandigheid dat de gedraging niet meer strafbaar is ten tijde van de beslissing op het EAB, staat niet zonder meer in de weg aan overlevering; de omstandigheid dat de strafbedreiging niet meer voldoet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit daarentegen wel (zie paragraaf 2.3.2).

Ter fine van *tenuitvoerlegging* kan een EAB worden uitgevaardigd, indien een vrijheidsbenemende straf of maatregel dan wel meerdere vrijheidsbenemende straffen of maatregelen zijn opgelegd met een - totale - duur van ten minste vier maanden. Omdat art. 2 lid 1 Kaderbesluit de meervoudsvorm “feiten” hanteert, is de uitvaardiging van een EAB ter zake van één vrijheidsstraf, opgelegd wegens twee of meer feiten, niet uitgesloten.¹⁴²¹ Ten aanzien van de executieoverlevering hanteert het Kaderbesluit dezelfde drempel als art. 2 lid 1 EUV. Bovendien is, evenals onder art. 2 lid 1 EUV, de duur van de opgelegde straf, ¹⁴²² niet de duur van het daarvan nog ten uitvoer te leggen deel bepalend.¹⁴²³ Een belangrijk verschil met het uitleveringsrecht is echter dat de eis inzake de opgelegde straf

¹⁴¹⁸ Dewulf 2009, p. 163.

¹⁴¹⁹ Glerum 2005, p. 57; Glerum & Rozemond 2008a, p. 197; Keijzer 2005a, p. 145-146 en Keijzer 2009b, p. 62 (die overigens ook het moment van de uitvaardiging van het EAB als peildatum noemt). In deze zin ook Rb. Amsterdam 20 augustus 2004, *LJN* AQ7091 en Rb. Amsterdam 6 juli 2007, *LJN* BB2690.

¹⁴²⁰ Glerum 2005, p. 57; Glerum & Rozemond 2008a, p. 197. Anders Keijzer 2005a, p. 145-146 en Keijzer 2009b, p. 62, die van mening is dat op het moment van het begaan van het feit nog niet voldaan hoeft te zijn aan de eis inzake de minimale maximumstrafbedreiging, maar wel op het moment van de uitvaardiging van het EAB.

¹⁴²¹ Keijzer 2005a, p. 141. Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN* BC9797.

¹⁴²² Blekxtoon 2005, p. 227; Keijzer 2005a, p. 142; Keijzer 2009b, p. 70; Van Sliedregt 2009b, p. 56. Anders Schwaighofer 2007, p. 75.

¹⁴²³ In de Oostenrijkse implementatiewetgeving heeft de drempel van vier maanden wel betrekking op de duur van het nog ten uitvoer te leggen deel van de vrijheidsstraf: Hinterhofer 2007, p. 211.

niet cumuleert met de eis inzake de minimale maximumstrafbedreiging:¹⁴²⁴ een opgelegde vrijheidssanctie met een duur van ten minste vier maanden volstaat, zoals blijkt uit de formulering van art. 2 lid 1 Kaderbesluit.¹⁴²⁵ Art. 8 lid 1 f Kaderbesluit bevestigt dat sprake is van *alternatieve* eisen. Deze bepaling eist immers de vermelding in het EAB hetzij van de opgelegde vrijheidsstraf (indien sprake is van een onherroepelijk vonnis), hetzij van de in de uitvaardigende lidstaat voor het betrokken feit geldende strafmaat. Een EAB ter fine van tenuitvoerlegging kan dus worden uitgevaardigd ter zake van een feit dat naar het recht van de uitvaardigende lidstaat strafbaar is gesteld met een maximale vrijheidssanctie van *minder* dan twaalf maanden, mits de duur van de opgelegde vrijheidssanctie ten minste vier maanden bedraagt. Het EAB heeft dus een ruimere reikwijdte dan een uitleveringsverzoek onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Dit is een uitvloeisel van de doelstelling om het instituut uitlevering te vervangen door een *vereenvoudigde* regeling van overlevering¹⁴²⁶ en is te herleiden tot de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, waarop het Kaderbesluit berust.¹⁴²⁷

Zoals volgt uit art. 8 lid 1 onder f Kaderbesluit en uit rubriek c) van het model EAB, moet de uitvaardigende justitiële in het EAB vermelden hetzij de maximale vrijheidsstraf die in de uitvaardigende lidstaat op het feit staat, hetzij (in geval van executieoverlevering) de opgelegde vrijheidssanctie. De omstandigheid dat het EAB niet voldoet aan de eisen van art. 2 lid 1 Kaderbesluit, levert niet een weigeringsgrond op. Deze omstandigheid is immers niet opgenomen in de art. 3 tot en met 5 Kaderbesluit, die een limitatieve opsomming van de weigeringsgronden en garanties bevatten.¹⁴²⁸ Op het punt van de strafbaarheid en strafbedreiging dan wel van de opgelegde sanctie komt de uitvoerende rechterlijke autoriteit geen ruimte voor zelfstandig onderzoek toe.¹⁴²⁹ Het EAB biedt haar dan ook geen handvatten voor een dergelijk onderzoek. Het EAB hoeft namelijk niet de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen van de uitvaardigende lidstaat te bevatten.¹⁴³⁰ Evenmin is overlegging van een afschrift van het veroordelende vonnis vereist.¹⁴³¹ Heeft de uitvaardigende rechterlijke autoriteit vermeld dat het strafbare feit wordt bedreigd met een vrijheidssanctie met een maximumduur van ten minste twaalf maanden (rubriek c), onderdeel 1) respectievelijk dat een vrijheidssanctie is opgelegd met een duur van ten minste vier maanden (rubriek c), onderdeel 2), dan moet de uitvoerende rechterlijke

¹⁴²⁴ Blekxtoon 2005, p. 227; Hinterhofer 2007, p. 211; Keijzer 2005a, p. 139; Keijzer 2009b, p. 70; Van Sliedregt 2009b, p. 56; Stessens 2004-2005, p. 563. Zo ook het *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 10. Anders Schwaighofer 2007, p. 75, met een niet nader toegelicht beroep op “teleologische Auslegung”.

¹⁴²⁵ “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 maatregel is opgelegd, *wegens opgelegde sancties* met een duur van ten minste vier maanden” (mijn cursivering).

¹⁴²⁶ Zie overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

¹⁴²⁷ Zie overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit.

¹⁴²⁸ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

¹⁴²⁹ In deze zin ook Keijzer 2005a, p. 146-147.

¹⁴³⁰ Zie paragraaf 3.3.1.4.

¹⁴³¹ Ang 2005, p. 54; Blekxtoon 2005, p. 245; Keijzer 2009a, p. 52; Murschetz 2007a, p. 373; Murschetz 2007b, p. 91.

autoriteit aannemen dat aan de eisen van art. 2 lid 1 Kaderbesluit is voldaan¹⁴³² (behoudens zwaarwegende aanwijzingen voor het tegendeel, in welk geval de uitvaardigende rechterlijke autoriteit om opheldering zal moeten worden gevraagd).¹⁴³³

VII.3.2.2 Overleveringswet

De Overleveringswet hanteert dezelfde drempels als art. 2 lid 1 Kaderbesluit. Art. 2 lid 1 OLW formuleert in overeenstemming met het Kaderbesluit¹⁴³⁴ de eisen inzake de strafbaarheid en de duur van de strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat als *alternatief* ten opzichte van de eis inzake de duur van de opgelegde vrijheidssanctie.¹⁴³⁵ In art. 7 lid 1 onder b OLW, dat op de toelaatbaarheid van executieoverleveringen ziet, *cumuleert* echter de eis inzake de opgelegde vrijheidssanctie met die inzake strafbaarheid en strafbedreiging met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden.¹⁴³⁶ In de parlementaire stukken wordt in dit verband opgemerkt dat het bestaande regime van de Uitleveringswet wordt gehandhaafd.¹⁴³⁷ Als een gevolg daarvan moet de overlevering ter executie van een vrijheidsstraf met een duur van ten minste vier maanden worden geweigerd, indien deze vrijheidsstraf is opgelegd ter zake van een feit waarop naar het recht van de uitvaardigende lidstaat niet een maximale vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden staat.

De Commissie heeft erop gewezen dat de regeling zich niet verdraagt met art. 2 lid 1 Kaderbesluit, omdat deze bepaling *alternatieven* formuleert.¹⁴³⁸ Het Nederlandse verweer is

¹⁴³² In vergelijkbare zin Rb. Amsterdam 6 juli 2007, *LJN* BB2690: “De rechtbank dient er op grond van het interstatelijk vertrouwensbeginsel vanuit te gaan dat de overlevering van de opgeëiste persoon gevraagd wordt ter vervolging voor een feit dat, ten tijde van het plegen daarvan in augustus 1998, bij wet strafbaar gesteld was”. Anders kennelijk Rb. Amsterdam 19 juli 2011, *LJN* BR4763, waarin de Rechtbank Amsterdam overweegt dat zij ten aanzien van de kwalificatie naar het recht van de uitvaardigende lidstaat (slechts) een marginale toets toekomt.

¹⁴³³ Deze uitzondering deed zich voor in Rb. Amsterdam 6 juli 2007, *LJN* BB2690. De raadsman van de opgeëiste persoon had ter zitting van de Rechtbank Amsterdam een stuk overgelegd, waaruit bleek dat de in het EAB genoemde wetsbepaling pas in december 2002 in werking was getreden, terwijl het feit in augustus 1998 zou zijn gepleegd. De uitvaardigende justitiële autoriteit werd in kennis gesteld van het door de raadsman overgelegde stuk, maar reageerde daar niet op en legde evenmin documenten over waaruit kon blijken dat het feit ten tijde van het begaan daarvan strafbaar was, zodat de Rechtbank Amsterdam het ervoor hield dat de gedraging niet strafbaar was in augustus 1998. Zie ook Rb. Amsterdam 20 augustus 2004, *LJN* AQ7091: de raadsman wees op de publicatie in het Belgische Staatsblad van de toepasselijke wet, die - gedeeltelijk - dateerde van na het begaan van de feiten.

¹⁴³⁴ Zo ook Sanders 2011, p. 182, noot 781.

¹⁴³⁵ Art. 2 lid 1 OLW luidt: “Een Europees aanhoudingsbevel kan slechts worden afgegeven wegens feiten die door de wet van de uitvaardigende lidstaat strafbaar zijn gesteld en waarop een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden is gesteld of indien een straf of maatregel is opgelegd, wanneer deze een duur heeft van ten minste vier maanden” (mijn cursivering).

¹⁴³⁶ Een jaar is meer dan twaalf maanden: Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR7230.

¹⁴³⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 12.

¹⁴³⁸ Zie *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2005)267, p. 6; *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (revised version)*, SEC(2006)79, p. 6; *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 6.

tweeledig. In de eerste plaats zou de formulering van art. 2 lid 1 Kaderbesluit klaarblijkelijk zijn ontleend aan art. 2 lid 1 EUV, onder welke laatste bepaling in geval van executie-uitlevering de eis inzake de duur van de strafbedreiging wel cumuleerde met die inzake de duur van de opgelegde sanctie. Tijdens de onderhandelingen over het Kaderbesluit zou een breuk met het uitleveringsrecht niet aan de orde zijn geweest, anders zou Nederland zich daartegen wel hebben verzet. In de tweede plaats zou cumulatie van beide eisen nodig zijn, om te voorkomen dat overlevering disproportioneel zou worden. Zonder de eis inzake de duur van de strafbedreiging zouden namelijk “very minor punishable acts not qualifying as offences” ook aanleiding kunnen geven tot overlevering.¹⁴³⁹ Ook de buitenlandse deskundigen die in het kader van de vierde ronde van wederzijdse evaluaties de Nederlandse toepassingspraktijk hebben geëvalueerd, zijn van oordeel dat cumulatie van de eisen niet strookt met art. 2 lid 1 Kaderbesluit.¹⁴⁴⁰ Dit deskundigenteam heeft de aanbeveling gedaan de Overleveringswet op dit punt in overeenstemming met het Kaderbesluit te brengen.¹⁴⁴¹ In zijn reactie op deze aanbeveling heeft de Minister van Justitie het Nederlandse standpunt herhaald dat aanpassing van de Overleveringswet op dit punt niet nodig is, omdat geen sprake is van strijd met het Kaderbesluit. Verder heeft hij gewezen op de wenselijkheid van een evenredigheidstoets voor het uitvaardigen van een EAB.¹⁴⁴²

Het beroep op art. 2 lid 1 EUV is naar mijn mening een weinig steekhoudend argument voor de stelling dat art. 2 lid 1 Kaderbesluit cumulatie van eisen toelaat in geval van executieoverlevering. De tekst van art. 2 lid 1 Kaderbesluit, de systematiek van het Kaderbesluit en de doelstelling van het Kaderbesluit pleiten tegen deze stelling. Bovendien heeft de Nederlandse lezing van art. 2 lid 1 Kaderbesluit onder de andere lidstaten nauwelijks navolging gehad. Alleen Oostenrijk had art. 2 lid 1 Kaderbesluit op soortgelijke wijze geïmplementeerd, maar deze lidstaat heeft zijn implementatiewetgeving aangepast naar aanleiding van de kritiek van de Commissie.¹⁴⁴³ Het argument dat de overlevering ter zake van bagatel delicten moet worden voorkomen, heeft meer verdienste. Het uitvaardigen van EAB's ter zake van al te geringe strafbare feiten wordt terecht als problematisch gezien. Binnen de Raad van de Europese Unie bestaat dan ook overeenstemming over een vóór de uitvaardiging van het EAB aan te leggen proportionaliteitstoets met betrekking tot strafbare feiten die weliswaar onder het bereik van art. 2 lid 1 Kaderbesluit vallen, maar die niet ernstig genoeg zijn om de inzet van de met de overlevering gepaard gaande ingrijpende

¹⁴³⁹ *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Council document 11528/05, 2 September 2005, p. 70.

¹⁴⁴⁰ *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”. Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 30 en 45.

¹⁴⁴¹ *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”. Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 53.

¹⁴⁴² *Kamerstukken II 2008/09*, 23 490, nr. 545, p. 3.

¹⁴⁴³ Van Sliedregt 2009b, p. 56. “Diese Änderung erklärt sich aus einer getreuen Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl, der für Ersuchen um Übergabe zur Strafvollstreckung bloß darauf abstellt, dass noch ein Strafrest von vier Monaten zu vollstrecken ist; auf die abstrakte Strafdrohung für die Tat, wegen der die Verurteilung erfolgt ist, soll es daher nicht ankommen”: Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 299 Bg/Nr XXIII GP 11, beschikbaar op www.ris.bka.gv.at.

maatregelen te rechtvaardigen.¹⁴⁴⁴ In het herziene *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel* zijn de factoren en alternatieven opgesomd die de uitvaardigende justitiële autoriteit in aanmerking zou moeten nemen vóór zij een EAB uitvaardigt.¹⁴⁴⁵ Ook in dit licht lijkt het *unilaterale* optreden van Nederland niet te rechtvaardigen.

Geconcludeerd kan worden dat de Overleveringswet afwijkt van het Kaderbesluit.¹⁴⁴⁶ Die afwijking is niet toegestaan, omdat zij ertoe leidt dat een EAB in *minder* gevallen kan worden uitgevaardigd en ten uitvoer gelegd dan waarin het Kaderbesluit voorziet.¹⁴⁴⁷

Nu art. 2 lid 1 Kaderbesluit geen rechtstreekse werking heeft,¹⁴⁴⁸ rijst dan ook de vraag of de Nederlandse overleveringsrechter art. 7 lid 1 onder b OLW op dit punt kaderbesluitconform kan uitleggen. Uit de opmerking dat art. 7 OLW het regime van de Uitleveringswet handhaaft, zou men kunnen afleiden dat de wetgever bewust heeft gekozen voor cumulerende eisen in geval van executieoverlevering. De reacties op de kritiek van de Commissie en op de aanbeveling tot aanpassing van de Overleveringswet lijken zulks te bevestigen. In het kader van de beantwoording van de vraag of art. 7 OLW kaderbesluitconform kan worden uitgelegd, is deze keuze van de wetgever echter niet relevant. De nationale wetgever moet immers geacht worden het Kaderbesluit correct te hebben willen implementeren.¹⁴⁴⁹ De nationale rechter is dan ook gehouden tot kaderbesluitconforme uitleg “niettegenstaande uit de voorstukken van de nationale regel gegevens voor een andersluidende uitlegging kunnen voortvloeien”.¹⁴⁵⁰

Art. 7 lid 1 onder b OLW maakt de executieoverlevering naar de letter afhankelijk van de voorwaarde dat de vrijheidsstraf is opgelegd ter zake van een feit waarop naar het recht van de uitvaardigende lidstaat een vrijheidsstraf met een maximumduur van ten minste twaalf maanden is gesteld, maar dit betekent nog niet dat een kaderbesluitconforme uitleg van deze bepaling zou leiden tot een uitleg *contra legem*. Weliswaar acht de Hoge Raad een (richtlijn)conforme uitleg van een Nederlandse bepaling niet mogelijk, indien de “ondubbelzinnige bewoordingen” van die bepaling daaraan in de weg staan,¹⁴⁵¹ maar de Nederlandse rechter is verplicht om, onder toepassing van de in het nationale recht erkende

¹⁴⁴⁴ *Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering sinds 2007 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2011)175 definitief, p. 8-9.

¹⁴⁴⁵ *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 14-15.

¹⁴⁴⁶ Glerum 2005, p. 66; Glerum & Rozemond 2006, p. 156; Rozemond 2006, p. 133; Sanders 2007, p. 16; Sanders 2011, p. 182; Van Sliedregt 2009b, p. 56; Verrest & Kraniotis 2005, p. 1191, noot 15.

¹⁴⁴⁷ In paragraaf 3.5 (accessoire overlevering) zal worden besproken of een implementatie is toegestaan waardoor in *meer* gevallen tot overlevering kan worden overgegaan dan waarin het Kaderbesluit voorziet.

¹⁴⁴⁸ Art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU. Dit “rechtsgevolg” blijft gehandhaafd, zolang het Kaderbesluit niet ingetrokken, nietig verklaard of gewijzigd wordt: art. 9 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

¹⁴⁴⁹ HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911, (Wagner Miret), r.o. 20 (ten aanzien van richtlijnconforme uitleg).

¹⁴⁵⁰ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, *Jur.* 2000, p. I-5791 (Björnekulla Fruktindustrier), r.o. 13 (ten aanzien van richtlijnconforme uitleg). In Hoofdstuk III.3.3.1 is gebleken dat de Hoge Raad een uitzondering maakt voor gevallen waarin in de parlementaire stukken “ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten”. Deze uitzondering doet zich hier niet voor.

¹⁴⁵¹ HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

interpretatiemethoden,¹⁴⁵² het *gehele* nationale recht in ogenschouw te nemen, teneinde vast te stellen of een kaderbesluitconforme uitleg tot de mogelijkheden behoort.¹⁴⁵³ Sterke aanknopingspunten voor een conforme uitleg van art. 7 lid 1 onder b OLW zijn gelegen in art. 2 OLW. Art. 2 lid 1 OLW formuleert, zoals gezegd, de eis inzake strafbaarheid en strafbedreiging als *alternatief* voor de eis inzake de opgelegde vrijheidsstraf. In het verlengde hiervan schrijft art. 2 lid 2 onder f OLW voor dat het EAB de opgelegde straf of maatregel *of* de strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat bevat. Art. 2 OLW is niet alleen van belang voor de uitvaardiging van een EAB door een Nederlandse officier van justitie, maar ook voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een buitenlands EAB. Art. 28 lid 2 OLW schrijft immers voor dat de Rechtbank Amsterdam de overlevering weigert, indien het EAB niet voldoet aan de vereisten van art. 2 OLW. Nu art. 2 lid 1 OLW en art. 7 lid 1 onder b OLW beide relevant zijn voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering en beide betrekking hebben op de eisen die aan de buitenlandse strafbaarstelling en aan de buitenlandse strafsancie worden gesteld, ligt het naar mijn mening in de rede beide bepalingen zo uit te leggen dat zij met elkaar in overeenstemming zijn. Bovendien zou een divergerende uitleg meebrengen dat voor de uitvaardiging van een Nederlands EAB minder strenge eisen zouden gelden dan voor de tenuitvoerlegging van een buitenlands EAB, een onderscheid waarvoor noch het Kaderbesluit noch de Overleveringswet een rechtvaardiging biedt. Ten slotte is ook art. 2 lid 2 OLW relevant voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering. Ook hier ligt een uitleg in de rede die art. 7 lid 1 onder b OLW verzoent met de ingevolge art. 2 lid 2 onder f OLW verplicht in het EAB te vermelden *alternatieve* gegevens. In het licht van deze systematische argumenten zijn naar mijn mening de bewoordingen van art. 7 lid 1 onder b OLW niet zo “ondubbelzinnig”, dat zij aan een kaderbesluitconforme uitleg in de weg staan. Ik zie dus ruimte voor een wetssystematische - en kaderbesluitconforme - uitleg van art. 7 lid 1 onder b OLW, in dier voege dat in geval van executieoverlevering enkel de eis inzake de duur van de opgelegde vrijheidsstraf geldt (al kan ik mij wel voorstellen dat de rechter die zich gesteld ziet voor de lastige keuze tussen enerzijds de tekst van de wet en anderzijds de systematiek van de wet, de tekst van de wet laat prevaleren, mede in het licht van de - mijns inziens te beperkte (zie Hoofdstuk III.3.3.1) - rechtspraak van de Hoge Raad).¹⁴⁵⁴ Dat deze uitleg ten nadele van de opgeëiste persoon strekt, staat daaraan niet in de weg (zie Hoofdstuk III.3.3.1). Daarbij komt dat de regeling met betrekking tot de reikwijdte van het EAB niet een regeling van materieel strafrecht is. Deze regeling vestigt noch verzwaart de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de opgeëiste persoon.¹⁴⁵⁵

Uit de gepubliceerde rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam blijkt niet of de overleveringsrechter de mogelijkheid van een kaderbesluitconforme uitleg van art. 7 lid 1 onder b OLW heeft onderzocht. De Rechtbank Amsterdam hanteert in geval van executieoverlevering de cumulatieve eisen inzake strafbaarstelling, strafbedreiging en

¹⁴⁵² HvJ EG 4 juli 2006, *NJ* 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (Adeneler e.a.), r.o. 111 (ten aanzien van richtlijnconforme uitleg); HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 56.

¹⁴⁵³ HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 47; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 56.

¹⁴⁵⁴ Vgl. M.J. Borgers in punt 7 van zijn noot onder HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594: “De rechtbank kan evenwel met recht stellen dat een dergelijke interpretatie, geteeld op de duidelijke tekst van artikel 7 lid 1, onder b, OLW, *contra legem* is en dat kaderbesluitconforme interpretatie derhalve achterwege blijft (vgl. overweging 47 in de Pupino-uitspraak)”.

¹⁴⁵⁵ Zie ook Glerum, par. 91.19.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

opgelegde sanctie. Is aan één van deze eisen niet voldaan, dan weigert zij de overlevering.¹⁴⁵⁶

De formulering van art. 7 lid 1 onder b OLW levert nog in een aantal andere opzichten problemen op. Naar de letter van art. 7 lid 1 onder b OLW is niet de duur van de opgelegde vrijheidssanctie, maar de duur van het nog ten uitvoer te leggen deel daarvan doorslaggevend (“(...) de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf van vier maanden (...”). De formulering is ontleend aan art. 5 lid 1 onder b UW. De wetgever heeft kennelijk niet in de gaten gehad dat deze formulering afwijkt van het Kaderbesluit (zoals die van art. 5 lid 1 onder b UW afwijkt van art. 2 lid 1 EUV). De overleveringsrechter legt de bepaling zo uit, dat de eis van vier maanden betrekking heeft op de duur van de opgelegde straf.¹⁴⁵⁷

Waar art. 2 lid 1 Kaderbesluit spreekt van “feiten” en “opgelegde sancties”, hanteert art. 7 lid 1 onder b OLW het enkelvoud (“een feit”; “een vrijheidsstraf”). Naar de letter brengen deze enkelvoudsvormen mee dat (1) elke afzonderlijk opgelegde vrijheidssanctie een duur van ten minste vier maanden dient te hebben, zodat cumulatie van twee of meer vrijheidssancties niet is toegestaan en dat (2) voor elk feit afzonderlijk een vrijheidssanctie met een duur van ten minste vier maanden moet zijn opgelegd, zodat een vrijheidssanctie opgelegd voor twee of meer feiten, niet tot overlevering aanleiding zou kunnen geven. Op dit punt heeft de overleveringsrechter art. 7 lid 1 onder b OLW wel kaderbesluitconform uitgelegd: (1) aan de eis van een vrijheidsstraf met een duur van ten minste vier maanden is ook voldaan, indien de gezamenlijk duur van twee of meer - al dan niet bij verschillende vonnissen - opgelegde vrijheidsstraffen ten minste vier maanden bedraagt en (2) een vrijheidssanctie, opgelegd voor twee of meer feiten, voldoet aan deze eis, indien zij een duur van ten minste vier maanden heeft.¹⁴⁵⁸ De Rechtbank Amsterdam achtte deze kaderbesluitconforme uitleg mogelijk op grond van een wetshistorisch argument. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7 lid 1 onder b OLW blijkt niet dat de wetgever heeft willen afwijken van het Kaderbesluit. De formulering van art. 7 (lid 1 onder b) OLW is ontleend aan art. 5 (lid 1 onder b) UW,¹⁴⁵⁹ welke bepaling cumulatie van afzonderlijke vrijheidsstraffen en uitlevering ter zake van één vrijheidsstraf wegens meerdere feiten toestaat (zie paragraaf 2.2), zodat de wetgever kennelijk heeft willen aansluiten bij hetgeen in het uitleveringsverkeer rechtens was. De rechtstoestand onder het uitleveringsrecht komt - op dit punt - dus overeen met art. 2 lid 1 Kaderbesluit.¹⁴⁶⁰

Indien één vrijheidsstraf met een duur van ten minste vier maanden is opgelegd voor meer dan één feit, terwijl voor ten minste één van die feiten de overlevering is toegestaan, maar voor één of meer andere niet vanwege, bijvoorbeeld, de te geringe strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat, staat zulks niet in de weg aan overlevering. De

¹⁴⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN BC9797* (op het besturen van een motorrijtuig zonder verzekering en zonder houder te zijn van een rijbewijs staat naar Belgisch recht niet een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden; hetzelfde geldt voor weerspanning ten aanzien van een drager van de openbare macht).

¹⁴⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN BC9797*; Rb. Amsterdam 15 maart 2011, *LJN BP7630*; Rb. Amsterdam 7 oktober 2011, *LJN BT7214*.

¹⁴⁵⁸ Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN BC9797*.

¹⁴⁵⁹ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 13.

¹⁴⁶⁰ De rechtbank had ook een argument kunnen ontleenen aan de formulering van art. 2 lid 1 OLW, dat evenals art. 2 lid 1 Kaderbesluit, de meervoudsvorm “feiten” gebruikt, maar zij verkeerde in de - onjuiste - veronderstelling dat art. 2 lid 1 OLW het enkelvoud bezigt. Bovendien had zij erop kunnen wijzen dat een andere uitleg zou meebrengen dat de overlevering ten opzichte van de uitlevering moeilijker zou worden, hetgeen bezwaarlijk te verenigen valt met de doelstelling van het Kaderbesluit.

duur van de opgelegde vrijheidsstraf is immers bepalend. De overleveringsrechter staat de overlevering dan toe voor de tenuitvoerlegging van dat deel van de vrijheidsstraf dat is opgelegd voor het feit waarvoor hij de overlevering toestaat. Het is aan de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat voorbehouden te beoordelen welk deel van de ene vrijheidsstraf betrekking heeft op het feit waarvoor de overleveringsrechter de overlevering heeft toegestaan. Op grond van het specialiteitsbeginsel (zie Hoofdstuk XVII) moeten die autoriteiten na overlevering de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf beperken tot dat deel.¹⁴⁶¹

Zoals de uitleveringsrechter de uitlevering ontoelaatbaar verklaart voor de tenuitvoerlegging van niet vrijheidsbenemende sancties die zijn opgelegd naast een vrijheidsstraf van voldoende duur, weigert de overleveringsrechter de overlevering voor de tenuitvoerlegging van dergelijke sancties.¹⁴⁶² Ongelukkigerwijs heeft de Nederlandse wetgever de formulering van art. 7 lid 1 OLW (“Overlevering kan *alleen* worden toegestaan (...)”)¹⁴⁶³ ontleend aan art. 5 lid 1 UW (zie paragraaf 2.2.). Daardoor is in de wet een beperking opgenomen die niet in art. 2 lid 1 Kaderbesluit terug te vinden is. In het systeem van het Kaderbesluit dient de voorwaarde van de duur van de opgelegde vrijheidsstraf als minimumvoorwaarde voor overlevering. Indien aan deze minimumvoorwaarde voldaan is, valt niet in te zien waarom de uitvaardigende lidstaat ter zake van hetzelfde feit opgelegde andere sancties niet ten uitvoer zou mogen leggen. De regeling van het specialiteitsbeginsel biedt steun aan deze opvatting. Ingevolge art. 27 lid 3 onder d Kaderbesluit geldt het specialiteitsbeginsel niet in gevallen waarin de opgeëiste persoon ter zake van een ander feit wordt onderworpen aan de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel die geen vrijheidsbeneming meebrengt, “met inbegrip van een geldboete, of een daarvoor in de plaats komende maatregel, zelfs indien deze kan leiden tot beperking van zijn persoonlijke vrijheid”. Er is geen goede reden waarom de uitvaardigende lidstaat na overlevering wel een geldboete ten uitvoer mag leggen ter zake van een *ander* feit, maar niet een geldboete ter zake van het feit waarvoor de opgeëiste persoon is overgeleverd. Ten slotte mag de uitvaardigende lidstaat in geval van een *vervolgings*overlevering voor het feit waarvoor de overlevering is toegestaan een geldboete opleggen (al dan niet naast een vrijheidsstraf) en deze straf(fen) zonder enige belemmering ten uitvoer leggen, hetgeen evenmin pleit voor de uitsluiting van overlevering ter zake van andere sancties dan vrijheidsbenemende sancties. Zou de nationale rechter op grond van de voorrang van het Unierecht verplicht zijn om een met het Kaderbesluit strijdig nationaal voorschrift buiten toepassing te laten, dan zou de overleveringsrechter het woord “alleen” in art. 7 lid 1 OLW moeten negeren, maar een dergelijke verplichting vloeit niet voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie Hoofdstuk III.3.3.1). Hoewel uit de wetgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever bewust heeft willen afwijken van het Kaderbesluit, lijkt een kaderbesluitconforme uitleg af te stuiten op de “ondubbelzinnige bewoordingen”¹⁴⁶⁴ van art. 7 lid 1 OLW.

¹⁴⁶¹ Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN* BC7979; Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6614; Rb. Amsterdam 7 oktober 2011, *LJN* BT7214.

¹⁴⁶² Rb. Amsterdam 7 juli 2006, *LJN* AY2623 (geldboete); Rb. Amsterdam 4 februari 2011, *LJN* BP5561 (geldboete); Rb. Amsterdam 22 juli 2007, *LJN* BC0870 (ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen); Rb. Amsterdam 15 december 2006, *LJN* BC1645 (*confiscation order*). Voor de tenuitvoerlegging van een vervangende vrijheidsstraf kan de overlevering wel worden toegestaan, omdat deze straf valt onder de in art. 1 onder c Olw gegeven definitie van “vrijheidsstraf”: Rb. Amsterdam 5 augustus 2009, RK-nummer 09/3353, niet gepubliceerd.

¹⁴⁶³ Mijn cursivering.

¹⁴⁶⁴ Vgl. HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

VII.3.3 Lijstfeiten

VII.3.3.1 Kaderbesluit

VII.3.3.1.1 Inleiding

Art. 2 lid 2 Kaderbesluit vormt één van de meest controversiële en in de literatuur meest besproken onderdelen van het Kaderbesluit. Deze bepaling houdt een - partiële - breuk in met het traditionele beginsel van dubbele strafbaarheid. Indien het EAB voldoet aan één van de in art. 2 lid 1 Kaderbesluit bedoelde alternatieve drempels (zie paragraaf 3.2) én het strafbare feit waarvoor het is uitgevaardigd tevens valt in één van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde categorieën van strafbare feiten waarop in de uitvaardigende lidstaat een vrijheidssanctie met een maximum van ten minste drie jaren staat, mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet onderzoeken of dat feit naar het recht van haar lidstaat strafbaar is.¹⁴⁶⁵ De in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten geven immers aanleiding tot overlevering “zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid”.

Waar de dubbele strafbaarheid niet mag worden getoetst, mag *a fortiori* het ontbreken van dubbele strafbaarheid niet worden ingeroepen als grond tot weigering van de overlevering. Zulks leert ook de vergelijking met art. 2 lid 4 Kaderbesluit, dat de lidstaten de bevoegdheid geeft ten aanzien van *andere* dan de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten de overlevering afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat het EAB berust op een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit (zie paragraaf 3.4.1).

VII.3.3.1.2 Ratio

De zinsnede “zonder *toetsing* van de dubbele strafbaarheid” suggereert dat de dubbele strafbaarheid wel aanwezig is en dat daarom van toetsing kan worden afgezien. Verschillende lidstaten zien inderdaad de daadwerkelijke dubbele strafbaarheid met betrekking tot de 32 categorieën als reden om af te zien van toetsing daarvan. Zo is de Belgische wetgever van oordeel dat deze strafbare feiten “van prioritair belang zijn in het kader van de harmonisatie op het vlak van de Europese Unie (vastgelegd in het Verdrag van Amsterdam, de conclusies van de Europese Raad te Tampere of de bijlage bij de Europol-overeenkomst) of betrekking hebben op fundamentele schendingen van het strafrecht van alle lidstaten, waarbij er weinig kans is dat het probleem van de dubbele strafbaarstelling

¹⁴⁶⁵ Ingevolge art. 2 lid 3 Kaderbesluit kon de Raad met eenparigheid van stemmen en na raadpleging van het Europees Parlement andere categorieën van strafbare feiten toevoegen aan de lijst van art. 2 lid 2 Kaderbesluit. Die toevoeging diende dus kennelijk te gebeuren bij kaderbesluit. Nu als gevolg van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon het rechtsinstrument kaderbesluit is vervangen door het rechtsinstrument richtlijn, zal een dergelijke toevoeging bij richtlijn dienen te gebeuren. Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon aangenomen kaderbesluiten kunnen alleen “krachtens de verdragen” worden gewijzigd (art. 9 Protocol (nr. 36) betreffende overgangsbepalingen), dat wil zeggen de thans geldende verdragen, zodat volgens de Minister van Justitie voor een dergelijke richtlijn geen unanimititeit is vereist: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 188, E, p. 2. Omdat art. 2 lid 3 Kaderbesluit unanimititeit voorschrijft, in welk voorschrift de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geen wijziging heeft gebracht, terwijl richtlijnen met een (gekwalficeerde) meerderheid tot stand komen (art. 294 VWEU), lijkt het aangewezen dat art. 2 lid 3 Kaderbesluit, voorafgaand aan de eerste uitbreiding van art. 2 lid 2 Kaderbesluit, in overeenstemming wordt gebracht met de nieuwe wetgevingsprocedure. Die aanpassing van art. 2 lid 3 Kaderbesluit vindt dan plaats bij richtlijn, waarvoor geen unanimititeit is vereist. Aan zo een richtlijn tot uitbreiding van art. 2 lid 2 Kaderbesluit kan bij algemene maatregel van bestuur uitvoering worden gegeven (art. 7 lid 2 Olw).

zich voordoet”.¹⁴⁶⁶ De Duitse wetgever heeft eveneens erop gewezen dat, gelet op de toegenomen harmonisatie, de lijst strafbare feiten betreft waarvan de strafbaarheid in alle lidstaten “ohnein regelmäÙig gegeben” is, zodat geen sprake is van een “echten Verzicht auf die beiderseitige Strafbarkeit in Teilbereichen, sondern nur einen Verzicht auf die Prüfung des Merkmals der beiderseitigen Strafbarkeit”.¹⁴⁶⁷ Dit is ook het standpunt van de Nederlandse wetgever: “met in het achterhoofd de toenemende strafrechtelijke integratie van de lidstaten, [werd het] verantwoord geacht ten aanzien van een aanzienlijk aantal (categorieën) van delicten niet langer aan de toetsing van de dubbele strafbaarheid vast te houden. Bezien we de delicten waarom het gaat, dan zal de dubbele strafbaarheid veelal aanwezig zijn”.¹⁴⁶⁸

Als de dubbele strafbaarheid - vrijwel - steeds een gegeven is, kan men zich afvragen welke voordelen de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid oplevert.¹⁴⁶⁹ Gezien de algemene doelstelling van het Kaderbesluit, zullen de lidstaten hebben gemeend dat de afschaffing van een overbodige toets de overdracht van verdachten en veroordeelden vereenvoudigt en vergemakkelijkt en aldus een bijdrage levert aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.¹⁴⁷⁰ Een dergelijke gedachtegang veronderstelt dat toetsing van de dubbele strafbaarheid veel tijd in beslag neemt, maar Keijzer heeft erop gewezen dat zulks in de overgrote meerderheid van de gevallen niet het geval is.¹⁴⁷¹

Zoals blijkt uit de aangehaalde passages, houden de Belgische, Duitse en Nederlandse wetgevers alledrie een slag om de arm voor wat betreft de daadwerkelijke dubbele strafbaarheid van de 32 categorieën (“weinig kans”; “regelmäÙig”; “veelal”). Kennelijk durfden zij niet de stelling aan dat daarvan steeds sprake zou zijn. Dat lijkt niet onverstandig, nu de Raad van de Europese Unie bij de aanneming van het Kaderbesluit in de notulen liet aantekenen dat binnen de Raad *verder* zou worden gewerkt aan de onderlinge aanpassing van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten en dat *met name* ten aanzien van de categorieën “racisme en vreemdelingenhaat”, “sabotage” en “racketeering en afpersing” geen volledig geharmoniseerde definitie op Unieniveau

¹⁴⁶⁶ Parl. St. Kamer 2003-04, nr. 279/001, p. 13. In vergelijkbare zin ook het Britse *House of Lords in Office of the King’s Prosecutor (Brussels) v. Armas*, [2005] UKL 67, paragraph 5, *per* Lord Bingham of Cornhill: “(...) Underlying the list is an unstated assumption that offences of this character will feature in the criminal codes of all Member States. Article 2(2) accordingly provides that these framework offences, if punishable in the Member State issuing the European arrest warrant by a custodial sentence or detention order for a maximum period of at least three years, and as defined by the law of that state, shall give rise to surrender pursuant to the warrant “without verification of the double criminality of the act”. This dispensation with the requirement of double criminality is the feature which distinguishes these framework offences from others. The assumption is that double criminality need not be established in relation to these offences because it can, in effect, be taken for granted. (...)”.

¹⁴⁶⁷ *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 17.

¹⁴⁶⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 6.

¹⁴⁶⁹ Keijzer 2009b, p. 66. Zie ook Klip 2012, p. 367, die opmerkt dat art. 2 lid 2 Kaderbesluit niet het vereiste van dubbele strafbaarheid afschaft, maar “establishes a number of offences for which, by definition, this condition is met” en in deze zin ook Ouwerkerk 2011a, p. 111 en p. 245.

¹⁴⁷⁰ Vgl. overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

¹⁴⁷¹ Keijzer 2009b, p. 71. In vergelijkbare zin Klip 2012, p. 346, en de notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht* (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 7): “(...) dat het vereiste van dubbele strafbaarheid in de praktijk uiteindelijk niet of nauwelijks een belemmering blijkt op te leveren voor de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten”.

bestond.¹⁴⁷² Peers heeft erop gewezen dat voor een reeks van categorieën geen harmonisatie heeft plaatsgevonden op Unie- of internationaal niveau,¹⁴⁷³ dat de internationale instrumenten - waarbij niet alle lidstaten partij zijn - veelal algemene definities bevatten¹⁴⁷⁴ en dat de harmonisatiemaatregelen van de EU op het gebied van het materiële strafrecht alleen minimumvoorschriften¹⁴⁷⁵ mogen inhouden.¹⁴⁷⁶

In dit verband is naar mijn mening veelzeggend dat het Hof van Justitie - in het arrest *Advocaten voor de Wereld* - bij de verwerping van de stelling dat de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid voor de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten in strijd zou zijn met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, anders dan zijn A-G,¹⁴⁷⁷ niet het argument heeft gehanteerd dat voor die strafbare feiten de dubbele strafbaarheid (veelal) een gegeven is. Gelet op het beginsel van wederzijdse erkenning, op de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten en op de solidariteit, heeft de Raad volgens het Hof terecht overwogen dat de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde feiten “hetzij naar de aard ervan zelf hetzij wegens de daarop gestelde straf met een maximum van ten minste drie jaar, strafbare feiten zijn die op zodanig ernstige wijze de openbare orde verstoren en de openbare veiligheid in gevaar brengen, dat weglating van de toetsing van de dubbele strafbaarheid gerechtvaardigd is”. Voor het onderscheid tussen lijstfeiten, waarvan de dubbele strafbaarheid niet mag worden getoetst, en andere feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht mag stellen, bestaat naar het oordeel van het Hof dan ook een objectieve rechtvaardiging.¹⁴⁷⁸ In de ogen van het Hof van Justitie zijn dus de aard en ernst van de in 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten voldoende rechtvaardiging voor de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid. Het is kennelijk niet relevant of deze 32 categorieën inderdaad strafbaar zijn in alle lidstaten.

Hoewel 's Hof's redenering naar de letter alleen betrekking heeft op de verwerping van het beroep op het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, heeft zij naar mijn mening een ruimere strekking. Aan de hand van deze redenering kan namelijk worden achterhaald wat het Hof van Justitie als de ratio van de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid ziet.

Kennelijk is de gedachtegang van het Hof de volgende. In één ruimte van vrijheid, veiligheid en recht dient een ernstige aantasting van de rechtsorde van één van de lidstaten de andere lidstaten niet onberoerd te laten. Dit vloeit voort uit de solidariteit waarvan het Hof gewaagt. Feiten die naar hun aard of strafbedreiging de openbare orde van de uitvaardigende lidstaat ernstig verstoren of de openbare veiligheid in die lidstaat ernstig in

¹⁴⁷² *Herzien addendum bij de ontwerp-notulen, 2436e zitting van de Raad (Justitie, Binnenlandse Zaken en Civiele Bescherming), gehouden te Luxemburg op 13 juni 2002, Raadsdocument 9958/02 ADD 1 REV 1 van 16 juli 2002, p. 6.*

¹⁴⁷³ Peers 2004, p. 32. Hij noemt de categorieën “moord en doodslag, zware mishandeling”, “ontvoering, wederrechtelijke vrijheidsberoving en gijzeling” voor zover niet vallend onder VN-maatregelen of het Kaderbesluit terrorismebestrijding, “georganiseerde of gewapende diefstal”, “illegale handel in cultuurgoederen, waaronder antiques en kunstvoorwerpen”, “oplichting”, “racketeering en afpersing”, “namaak van producten en productpiraterij”, “vervalsing van administratieve documenten en handel in valse documenten”, “illegale handel in hormonale stoffen en andere groeibevorderaars” en “handel in gestolen voertuigen”.

¹⁴⁷⁴ Peers 2004, p. 32.

¹⁴⁷⁵ Art. 31 lid 1 onder e (oud) VEU. Zie thans art. 83 leden 1 en 2 VWEU.

¹⁴⁷⁶ Peers 2004, p. 33. In deze zin ook Alegre & Leaf 2003, p. 37.

¹⁴⁷⁷ Zie punt 93 van de conclusie van de A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-303/05.

¹⁴⁷⁸ HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (*Advocaten voor de Wereld*), r.o. 57-58.

gevaar brengen, moeten daarom aanleiding geven tot justitiële samenwerking, ongeacht of vaststaat dat deze feiten ook naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar zijn. Zults strookt met het beginsel van wederzijdse erkenning: de beslissingen van de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat moeten door de rechterlijke autoriteit van een andere lidstaat worden erkend, ook al had deze autoriteit op grond van haar nationale recht niet tot een vergelijkbare beslissing kunnen komen.¹⁴⁷⁹ De hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waaraan het Hof refereert, berust op de gedachte dat de rechtsstelsels misschien niet gelijk, maar wel gelijkwaardig zijn. Ook indien een in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoeld strafbaar feit niet strafbaar zou zijn in de uitvoerende lidstaat - hetzij wegens verschillen in de betrokken delictsomschrijvingen, hetzij omdat de uitvoerende lidstaat dergelijk gedrag in het geheel niet heeft willen criminaliseren - moet de keuze van de wetgever van de uitvaardigende lidstaat worden gerespecteerd. Bovendien moet - in beginsel - op de deugdelijke en mensenrechtenconforme toepassing van dat rechtsstelsel worden vertrouwd. De solidariteit brengt mee dat de uitvoerende lidstaat in een omgekeerd geval aanspraak kan maken op justitiële samenwerking voor dergelijke feiten die zijn openbare orde ernstig verstoren of zijn openbare veiligheid ernstig in gevaar brengen, ongeacht of deze strafbaar zijn naar het recht van de andere lidstaat.

Aldus worden de strafrechtelijke keuzes van de uitvaardigende lidstaat inzake strafbaarstelling en strafbedreiging geëerbiedigd. De solidariteit tussen de lidstaten brengt mee dat de uitvoerende lidstaat in sommige gevallen ook respect voor *zijn* strafrechtelijke keuzes moet kunnen afdwingen. Aan het Kaderbesluit is geen harmonisatie van de regels inzake strafrechtsmacht voorafgegaan. Het is dus niet uitgesloten dat op de gedraging waarop het EAB betrekking heeft de strafwetten van meer dan één lidstaat toepasselijk zijn. In de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht heeft de uitvoerende lidstaat geen belang bij weigering van de overlevering wegens het ontbreken van strafbaarheid naar zijn recht, indien de opgeëiste persoon het feit *geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat* heeft begaan. Het territorialiteitsbeginsel levert de meest nauwe band tussen staat en feit op, die de uitoefening van rechtsmacht kan rechtvaardigen.¹⁴⁸⁰ Afgezien van volkenrechtelijke en Unierechtelijke verplichtingen, bepaalt een lidstaat soeverein welke gedragingen op zijn grondgebied strafbaar zijn en welke niet.¹⁴⁸¹ Van de opgeëiste persoon mag worden verwacht dat hij zich gedraagt naar de wetten van de lidstaat waar hij zich bevindt, ook indien hij onderdaan is van een andere lidstaat en de wetten van zijn eigen lidstaat zijn gedraging niet strafbaar stellen. Anders is het, indien het feit - geheel of gedeeltelijk - *op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat* is begaan. In dat geval raakt de gedraging (mede) de territoriale soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat en heeft deze uitvoerende lidstaat dus wel belang bij weigering van de overlevering, indien hij de gedraging waarop het EAB betrekking niet of in een meer beperkte vorm strafbaar heeft gesteld. Bovendien zijn in een dergelijk geval ook de belangen van de opgeëiste persoon in het geding. Ten tijde van de gedraging kon hij immers aan de wetgeving van de uitvoerende lidstaat het vertrouwen ontlenen dat zijn handelen of nalaten niet strafbaar was. Wanneer

¹⁴⁷⁹ Vgl. Ouwkerk 2011a, p. 93 (“After all, full application of the principle of mutual recognition implies that a foreign judicial decision is treated as if delivered by the national judiciary, even though the own judiciary could not have delivered the decision as such. As a consequence, requiring double criminality would violate the very idea of mutual recognition”) en p. 111 (“However, mutual recognition implies the enforcement of foreign judicial decisions, irrespective of whether the act underlying the decision constitutes a criminal offence in the executing Member State”).

¹⁴⁸⁰ Murschetz 2007a, p. 22.

¹⁴⁸¹ Van Elst & Orié 2008, p. 43.

het feit *geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat* is begaan, wanneer deze lidstaat met andere woorden extraterritoriale rechtsmacht uitoefent, kan men vraagtekens plaatsen bij het belang van die lidstaat. Erkent de uitvoerende lidstaat deze vorm van rechtsmacht niet, dan kan hij voorrang verlenen aan zijn eigen strafwetgeving en de overlevering wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid weigeren. Het Kaderbesluit bevat op dit punt enkele voorzieningen (art. 4 onder 7), die in paragraaf 3.3.1.6 aan de orde zullen komen.

De ratio van de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid is dus - in de ogen van het Hof - een andere dan de opvatting van de lidstaten dat de dubbele strafbaarheid van de 32 categorieën van strafbare feiten - veelal - steeds een gegeven zou zijn. De kritiek van sommige auteurs dat geen sprake is van volledige harmonisatie van alle categorieën, zodat zich wel degelijk gevallen kunnen voordoen waarin de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat ontbreekt, raakt - hoewel op zichzelf juist -¹⁴⁸² dan ook niet de kern van de zaak. Ook indien die strafbaarheid ontbreekt, brengt de solidariteit tussen de lidstaten mee dat het EAB ten uitvoer wordt gelegd, tenzij het feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat of geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan.

VII.3.3.1.3 Aard lijstfeiten

Art. 2 lid 2 Kaderbesluit omvat geen delictsomschrijvingen of strafbaarstellingen.¹⁴⁸³ De 32 aanduidingen zijn generiek¹⁴⁸⁴ van aard, behelzen met andere woorden categorieën van strafbaar gedrag. Tegen deze aanduidingen is in de literatuur veel kritiek geuit. Zij zouden te algemeen, te ruim en te vaag zijn.¹⁴⁸⁵ In dit verband wordt veelal naar de categorieën “informatiacriminaliteit”, “milieumisdrijven, met inbegrip van de illegale handel in bedreigde diersoorten en bedreigde planten- en boomsoorten”, “racisme en vreemdelingenhaat” en “sabotage” verwezen.

De verschillende taalversies van het Kaderbesluit laten enkele verschillen in de 32 categorieën zien. Zo lijken de Franse en de Nederlandse taalversies, die spreken “*falsification de documents administratifs et trafic de faux*” respectievelijk van “*vervalsing van administratieve documenten en handel in valse documenten*”, ruimer te zijn dan de Duitse en de Engelse, waarin sprake is van “*Fälschung von amtlichen Dokumenten und Handel damit*” respectievelijk van “*forgery of administrative documents and trafficking therein*” en waarin de handel dus beperkt wordt tot handel in administratieve documenten.¹⁴⁸⁶ Het vasthouden aan de nationale taalversie kan hier niet de oplossing bieden. Die taalversie kan volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie niet dienen als enige grondslag voor de uitleg van een bepaling van Unierecht. Aan die ene taalversie kan in zoverre ook geen voorrang worden verleend boven de andere. Aan de omstandigheid dat de onderhandelingen over de lijstfeiten hoofdzakelijk in het Frans zijn gevoerd, komt dus geen bijzondere relevantie toe. Bij verschillen tussen de taalversies moet “bij de uitlegging

¹⁴⁸² Bantekas 2007, p. 367-372 en p. 374; Fichera 2011, p. 81 en p. 93-118; Peers 2004, p. 29-34.

¹⁴⁸³ Fichera 2011, p. 67; Van Sliedregt 2009b, p. 57; Stessens 2004-2005, p. 569.

¹⁴⁸⁴ Plachta 2003, p. 185.

¹⁴⁸⁵ Hinterhofer 2007, p. 209 (“*vage Benennungen*”); Schwaighofer 2007, p. 77 (“*ganz schwammige Bezeichnungen bloßer Kriminalitätsformen*”); Van Sliedregt 2009b, p. 57 (“*rather vague*”); Tinkl 2008, p. 150 (“*überwiegend vollkommen unbestimmt*”); Zeder 2003, p. 381 (“*sehr weit und unbestimmt*”).

¹⁴⁸⁶ Blekxtoon 2005, p. 232. Zie voor andere voorbeelden Keijzer 2005a, p. 150-151; Keijzer 2009b, p. 67-68.

van de betrokken bepaling worden gelet op de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt”.¹⁴⁸⁷

Welke betekenis hebben de onderscheiden categorieën? Normaal gesproken vergen het gelijkheidsbeginsel en de eenvormige toepassing van Unierecht dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht in de gehele Unie autonoom en uniform worden uitgelegd. Een uitzondering is slechts mogelijk, indien de bepaling voor de betekenis en draagwijdte van een begrip uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst. Art. 2 lid 2 Kaderbesluit refereert aan de 32 categorieën “zoals omschreven in het recht van de uitvaardigende lidstaat” en wijst dus met betrekking tot de betekenis en draagwijdte daarvan uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten. Hier doet zich de uitzondering voor op de regel dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht in de gehele Unie autonoom en uniform moeten worden uitgelegd.¹⁴⁸⁸ De 32 categorieën leveren geen autonome en uniform uit te leggen begrippen van Unierecht op, zodat de definitie daarvan is overgelaten aan de beoordeling van de lidstaten.¹⁴⁸⁹ In de woorden van Fichera zijn de categorieën dus “empty boxes”, die geen intrinsieke juridische waarde hebben en die moeten worden “ingevuld” met een definitie uit het recht van de uitvaardigende lidstaat.¹⁴⁹⁰

Nu het recht van de uitvaardigende lidstaat bepaalt of een zeker handelen of nalaten al dan niet onder een in art. 2 lid 2 Kaderbesluit opgenomen categorie valt, volgt daaruit dat er voor elke categorie - in beginsel - evenveel mogelijke invullingen als lidstaten zijn. De omstandigheid dat een lijstfeit onderwerp is van harmonisatie, maakt zulks niet anders, omdat de nationale implementatie daarvan maatgevend is.¹⁴⁹¹ Een en ander betekent dat “disparate toepassing van het kaderbesluit in de verschillende nationale rechtsorden”¹⁴⁹² geenszins denkbeeldig is. Bovendien is disparate toepassing binnen één rechtsorde niet uitgesloten, omdat de meeste lidstaten hebben nagelaten in hun implementatiewetgeving op te nemen welke strafbaarstellingen onder de bedoelde categorieën vallen. In die lidstaten zullen de verschillende uitvaardigende autoriteiten de lijst dus van geval tot geval moeten uitleggen.¹⁴⁹³ Naar het oordeel van het Hof van Justitie is disparate toepassing in de verschillende rechtsorden niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat het Kaderbesluit niet strekt tot harmonisatie van het materiële strafrecht van de lidstaten en omdat het primaire Unierecht de toepassing van het EAB niet afhankelijk stelt van een voorafgaande harmonisatie van de strafwetten van de lidstaten op het gebied van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten.¹⁴⁹⁴

Art. 2 lid 2 Kaderbesluit zwijgt op het punt van de poging en de deelneming. Dit is op zichzelf niet verwonderlijk, nu deze figuren een uitbreiding vormen van de strafbaarstelling

¹⁴⁸⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 maart 2011, zaak C-41/09 (Commissie/Nederland), r.o. 44.

¹⁴⁸⁸ Rozemond 2008, p. 290-291.

¹⁴⁸⁹ Vgl. HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

¹⁴⁹⁰ Fichera 2011, p. 96.

¹⁴⁹¹ Voor zover sprake is van harmonisatie bij kaderbesluit, dient te worden bedacht dat een dergelijk instrument zonder nationale uitvoeringswetgeving geen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vestigen of verzwaren: vgl. HvJ EG 16 juni 2005, NJ 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 45.

¹⁴⁹² HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 59.

¹⁴⁹³ Stessens 2004-2005, p. 563 en p. 569. Ten behoeve van de uitvaardiging van EAB's voorziet de Ierse wetgeving in section 33(2) van de *European Arrest Warrant Act 2003* in de aanwijzing van de strafbare feiten die onder art. 2 lid 2 Kaderbesluit vallen. De Nederlandse Minister van Justitie heeft in de parlementaire stukken een “indicatieve opsomming” gegeven: *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 12, p. 10-11.

¹⁴⁹⁴ HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 59-60.

en de strafbaarstelling niet in het Kaderbesluit, maar in de nationale wetgevingen van de lidstaten te vinden is. De “invulling” van de categorieën, dat wil zeggen de omschrijving van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen, is immers aan het recht van de lidstaten overgelaten. Strikt genomen is het dus aan de lidstaten overgelaten of zij - als uitvaardigende lidstaat - poging tot en deelneming aan een lijstfeit als lijstfeit aanmerken. Gelet op de ratio van de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid (zie paragraaf 3.3.1.2), is er echter veel voor te zeggen dat de lidstaten poging en deelneming wel onder de regeling van de lijstfeiten brengen. Mits op poging tot of deelneming aan strafbare feiten die op zichzelf onder art. 2 lid 2 Kaderbesluit vallen een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste drie jaren is gesteld, is immers - in de woorden van het Hof van Justitie - “wegens de daarop gestelde straf met een maximum van ten minste drie jaar” al sprake van strafbare feiten “die op zodanig ernstige wijze de openbare orde verstoren en de openbare veiligheid in gevaar brengen, dat weglating van de toetsing van de dubbele strafbaarheid gerechtvaardigd is”.¹⁴⁹⁵ De Commissie betreurt het dan ook dat niet alle lidstaten poging en deelneming onder de reikwijdte van de lijstfeiten hebben gebracht.¹⁴⁹⁶ Op Bulgarije, Denemarken en Polen na, hebben alle lidstaten de toetsing van de dubbele strafbaarheid - uitdrukkelijk of in de praktijk - afgeschaft ter zake van poging tot en deelneming aan een lijstfeit.¹⁴⁹⁷

VII.3.3.1.4 Toetsing uitvoerende rechterlijke autoriteit?

De aanduiding als lijstfeit is aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit. Is zij van oordeel dat een bepaalde gedraging die onder haar nationale strafrecht valt in één of meer van de 32 categorieën valt, dan geeft zij dit aan door aankruising in rubriek e) van het EAB van de betrokken categorie. De eventuele onjuistheid van dat oordeel figureert niet onder de

¹⁴⁹⁵ HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 57. Vgl. Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN* BK9190 ten aanzien van voorbereiding van een lijstfeit. Impliciet Rb. Amsterdam 26 januari 2010, *LJN* BL2899 (lijstfeit “moord en doodslag; zware mishandeling”, naar Nederlands recht strafbaar als “poging tot doodslag dan wel poging tot zware mishandeling”); Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU3612 (lijstfeit “moord en doodslag; zware mishandeling”, naar Nederlands recht strafbaar als “poging tot doodslag”). Expliciet Rb. Amsterdam 20 december 2012, *LJN* BV1065: bij het aankruisen van het lijstfeit wordt uitgegaan van het gronddelict en niet van de verschillende deelnemingsmodaliteiten. Ook Dewulf 2009, p. 141; Keijzer 2005a, p. 151-152; Stessens 2004-2005, p. 563, komen tot de conclusie dat poging en deelneming onder de 32 categorieën zijn begrepen. Zie ook Hof van Cassatie van België 18 februari 2009, AR P.09.233.F, beschikbaar op www.cass.be (“De soortnaam doodslag in artikel 5, §2, 14°, houdt tevens de poging tot dat misdrijf in, zodat noch die poging, noch het voltooide misdrijf, enig onderzoek vereist naar de dubbele strafbaarstelling, voor zover de maximale gevangenisstraf in de uitvaardigende lidstaat op zijn minst drie jaar bedraagt”) en Hof van Cassatie van België 10 april 2007, AR P.07.0404.N, beschikbaar op www.cass.be (“Blijkens de omschrijving van de rechtsfiguur “samenzwering” in Section 1 (1) Criminal Law Act 1977 is dit vergrijp, wanneer het wordt gepleegd overeenkomstig de in deze bepaling omschreven modaliteiten, gelijk aan of houdt het verband met het uitvoeren van de overtreding. De misdrijven “samenzwering om de opbrengst van een misdaad wit te wassen”, respectievelijk “samenzwering om verboden klasse A verdovende middelen te importeren” kunnen aldus deel uitmaken van de in artikel 5, § 2, Wet Europees Aanhoudingsbevel bedoelde lijst”).

¹⁴⁹⁶ *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*, COM(2006)8 def., p. 3.

¹⁴⁹⁷ *Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2011)430 final, p. 11, noot 13.

limitatieve¹⁴⁹⁸ weigeringsgronden en garanties van de art. 3 tot en met 5 Kaderbesluit. De uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft op dit vlak dus geen onderzoeks- en toetsingsbevoegdheid. Zij is gebonden aan het oordeel van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit.¹⁴⁹⁹ Het ontbreken van een dergelijke bevoegdheid strookt met de hoge mate van vertrouwen waarop de regeling van het EAB berust: er moet worden vertrouwd op de deugdelijkheid van het rechtsstelsel van de uitvaardigende lidstaat in het algemeen en op de deugdelijke toepassing van het recht van de uitvaardigende lidstaat in het bijzonder.

Keijzer is daarentegen van mening dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de gelegenheid moet hebben om te onderzoeken of het feit inderdaad onder één van de categorieën van art. 2 lid 2 Kaderbesluit valt, omdat deze bepaling een *uitzondering* vormt op het vereiste van dubbele strafbaarheid.¹⁵⁰⁰ Hij erkent dat de zinsnede “zoals omschreven in het recht van de uitvaardigende lidstaat” de dominantie van het recht van de uitvaardigende lidstaat lijkt te betekenen. Gelet op de uitzonderingspositie van art. 2 lid 2 Kaderbesluit, acht hij het echter zinvol die bepaling zo te lezen, dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit onderzoekt of op de gedraging waarop het EAB betrekking heeft in de uitvaardigende lidstaat een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste drie jaren is gesteld en, zo ja, vervolgens aan de hand van haar eigen nationale wetgeving nagaat of die gedraging valt onder één of meer categorieën van haar nationale implementatiewetgeving.¹⁵⁰¹ Naar mijn mening vormt de regeling van de lijstfeiten niet een uitzondering op de dubbele strafbaarheid. Integendeel, de hoofdregel is dat uitsluitend strafbaarheid naar het recht van de uitvaardigende lidstaat vereist is, terwijl juist de mogelijkheid van dubbele strafbaarheid ter zake van andere feiten dan lijstfeiten de uitzondering op die hoofdregel vormt. Zulks volgt niet alleen uit de opbouw van art. 2 Kaderbesluit, waarin in lid 1 eerst de reikwijdte van het EAB, in lid 2 de lijstfeiten en in lid 4 ten slotte de dubbele strafbaarheid aan de orde komen, maar ook uit de bewoordingen van art. 2 lid 4 Kaderbesluit (“Ten aanzien van andere dan de in lid 2 van dit artikel bedoelde strafbare feiten (...”). Bovendien is de dubbele strafbaarheid geen vereiste,¹⁵⁰² maar slechts een optie. Dat veel lidstaten van deze optie gebruik hebben gemaakt en de voorwaarde van dubbele strafbaarheid bovendien als dwingende weigeringsgrond hebben geïmplementeerd, maakt dit niet anders.¹⁵⁰³ Het op de vermeende uitzonderingspositie van de lijstfeiten gebaseerde argument snijdt naar mijn mening dan ook geen hout.

¹⁴⁹⁸ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

¹⁴⁹⁹ Tot deze conclusie komen ook Alegre & Leaf 2003, p. 37 en p. 41; Murschetz 2007a, p. 317 en p. 320; Peers 2004, p. 14; Schwaighofer 2007, p. 77; Zeder 2003, p. 381.

¹⁵⁰⁰ Ook Bot 2009, p. 542-542, is van mening dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de aanduiding als lijstfeit dient te verifiëren, zonder deze opvatting evenwel te onderbouwen (“La juridiction nationale d’exécution doit vérifier que l’infraction à la base du mandat d’arrêt européen fait partie de la liste des trente-deux infractions pour lesquelles le contrôle de la double incrimination est supprimée. Si tel est le cas, le contrôle que doit opérer le juge est alors terminé”).

¹⁵⁰¹ Keijzer 2009b, p. 66-67.

¹⁵⁰² Keijzer spreekt van “requirement”.

¹⁵⁰³ 25 lidstaten hebben de voorwaarde van dubbele strafbaarheid in hun implementatiewetgevingen opgenomen, waarvan 16 als dwingende weigeringsgrond. Estland en Letland hebben van implementatie afgezien, maar Estland past de voorwaarde in de praktijk toch toe: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 11.

De omvang van de door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in het EAB te verstrekken informatie ondersteunt de conclusie dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit geen onderzoeks- en toetsingsbevoegdheid heeft. De uitvoerende rechterlijke autoriteit ontbeert namelijk de middelen om het oordeel van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit te toetsen. Zij is immers - doorgaans - niet geverseerd in het recht van de uitvaardigende lidstaat, het recht dat bepaalt of een nationale strafbaarstelling valt onder een categorie van art. 2 lid 2 Kaderbesluit. Dat recht is - doorgaans - niet kenbaar uit het EAB. Art. 8 lid 1 Kaderbesluit, dat de verplicht in het EAB te vermelden gegevens omschrijft, maakt namelijk geen melding van de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen. Weliswaar moet de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in rubriek e) van het EAB onder meer de “toepasselijke wettelijke bepaling/wetboek” vermelden, maar een vergelijking met het uitleveringsrecht - art. 12 lid 2 onder c EUV eist de overlegging van een “copy of the relevant enactments” en art. 18 lid 3 onder c UW van de “tekst van de toepasselijke rechtsvoorschriften” - lijkt te leren dat deze eis niet ziet op de *tekst* van de wettelijke bepaling.¹⁵⁰⁴ In het licht van het ontbreken van een toetsingsbevoegdheid van de uitvoerende lidstaat met betrekking tot de strafbaarheid en strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat (zie paragraaf 3.2.1) en met betrekking tot de aanduiding als lijstfeit, heeft de verplichte vermelding van de tekst van de toepasselijke bepalingen in het EAB geen nut.¹⁵⁰⁵ Voor de toepassing van de in de art. 3 tot en met 5 Kaderbesluit neergelegde weigeringsgronden is de tekst van de buitenlandse strafbaarstelling evenmin noodzakelijk.¹⁵⁰⁶ De rechters van verschillende lidstaten hebben dan ook geoordeeld dat de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen niet hoeft te worden vermeld in het EAB.¹⁵⁰⁷ Ook de Hoge Raad heeft overwogen dat het EAB niet de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen hoeft te bevatten en dat de uitvaardigende justitiële autoriteit daarvan niet steeds een kopie hoeft te overleggen.¹⁵⁰⁸ Het Kaderbesluit noch de Overleveringswet¹⁵⁰⁹ houdt namelijk een verplichting tot een dergelijke vermelding of overlegging in, terwijl de bewoordingen van het model EAB - rubriek e) - niet dwingen tot afwijking van het Kaderbesluit of de Overleveringswet. Deze uitleg strookt volgens de Hoge Raad met het doel van het Kaderbesluit om bij overlevering complexiteit en tijdsverlies te vermijden, waar een andere uitleg juist afbreuk zou doen aan de beoogde vereenvoudiging en aan de hoge mate van vertrouwen¹⁵¹⁰ waarop het Kaderbesluit

¹⁵⁰⁴ Volgens het *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 18, p. 68 en p. 69, vonden de opstellers van het Kaderbesluit het niet nodig de wetteksten in het EAB op te nemen of aan het EAB te hechten. Zo kon de nodeloze vertaling van die teksten worden voorkomen.

¹⁵⁰⁵ Anders Keijzer 2009a, p. 52. Volgens hem heeft het onderdeel “toepasselijke wettelijke bepaling/wetboek” van rubriek e) tot doel de controle op de naleving van de in art. 2 Kaderbesluit neergelegde eisen inzake de minimale maximumstrafbedreiging mogelijk te maken. Ook Ang 2005, p. 58, lijkt aan te nemen dat de tekst van de wettelijke bepalingen moet worden vermeld.

¹⁵⁰⁶ Punt 5 van de noot van M.J. Borgers onder HR 8 juli 2008, NJ 2008, 594.

¹⁵⁰⁷ *Dabas v. High Court of Justice, Madrid* [2007] UKHL 6 (28 February 2007), paragraph 55, *per* Lord Hope of Craighead, beschikbaar op www.bailii.org; Hof van Cassatie van België 21 februari 2006, AR P.06.0243.N, beschikbaar op www.cass.be; Oberlandesgericht Stuttgart 26 oktober 2006, 3 Ausl 52/06, beschikbaar op www.justizportal-bw.de.

¹⁵⁰⁸ HR 8 juli 2008, NJ 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.5.1 -3.5.2.

¹⁵⁰⁹ De Hoge Raad verwijst abusievelijk naar art. 2 *lid 1* onder d Olw, waar hij had moeten verwijzen naar art. 2 *lid 2* onder d Olw: HR 8 juli 2008, NJ 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.5.2.

¹⁵¹⁰ Volgens Ter Braak zou het verstrekken van extra informatie het vertrouwen van de lidstaten in elkanders rechtsstelsels kunnen bevorderen: Ter Braak 2006, p. 157. In geval van verstrekking van de

berust.¹⁵¹¹ Ten slotte wijst de Hoge Raad erop dat deze uitleg in overeenstemming is met de wetgeving en rechtspraak in een aantal andere lidstaten.

Sommige auteurs hebben in dit verband echter op art. 5 lid 2 EVRM gewezen, welke bepaling eist dat iedere aangehouden persoon “shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him”. In het arrest *Fox, Campbell en Hartley* heeft het Europees Hof overwogen dat deze bepaling meebrengt dat de aangehouden persoon “must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness”.¹⁵¹² De enkele vermelding van het toepasselijke artikelnummer en van de benaming van de toepasselijke wet zou volgens deze auteurs niet voldoen aan de eisen van art. 5 lid 2 EVRM.¹⁵¹³ Zij zien er evenwel aan voorbij dat het arrest *Fox, Campbell en Hartley* betrekking heeft op een aanhouding als bedoeld in art. 5 lid 1 onder c EVRM, dat wil zeggen de aanhouding van een persoon “for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence”. Het Europees Hof maakt voor wat betreft de te verschaffen feitelijke en juridische informatie onderscheid tussen de aanhouding als bedoeld in art. 5 lid 1 onder c EVRM en de aanhouding als bedoeld in art. 5 lid 1 onder f EVRM, dat wil zeggen de aanhouding van een persoon “against whom action is being taken with a view to (...) extradition”. In het laatste geval stelde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en stelt het Europees Hof beduidend minder eisen aan de informatieverschaffing dan in het eerste geval. In het eerste geval kan de ongenoegzaamheid van de informatie immers de eerlijkheid van het strafproces raken, maar in het tweede geval niet, omdat in de uitleveringsprocedure geen sprake is van een “determination of the charge”.¹⁵¹⁴ In het algemeen lijkt de - mondelinge - mededeling dat de aanhouding heeft plaatsgevonden met het oog op uitlevering, gekoppeld aan een - summiere - aanduiding van het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt, te volstaan.¹⁵¹⁵ Nu de overlevering binnen de Europese Unie in de plaats is getreden van de

wetteksten wordt namelijk duidelijk dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in het merendeel van de gevallen het EAB correct heeft uitgevaardigd en kunnen omissies snel aan het licht komen: punt 4 van de noot van M.J. Borgers onder HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594. Ouwerkerk 2010, p. 96-97 heeft zich bij deze redenering aangesloten. Op zichzelf is het argument van Ter Braak, Borgers en Ouwerkerk juist, maar draagt mijns inziens niets bij aan de uitleg van het Kaderbesluit, dat immers al op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten heet te berusten.

¹⁵¹¹ Niettegenstaande die hoge mate van vertrouwen, blijft de overlevering tussen rechterlijke autoriteiten mensenwerk. Vergissingen zijn niet uitgesloten en doen zich incidenteel ook voor. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6344; Rb. Amsterdam 17 mei 2010, *LJN* BM6500 en Rb. Amsterdam 17 oktober 2011, *LJN* BU9244; in deze gevallen had de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een lijstfeit aangekruist, maar bleek dat de minimale maximumstraf minder dan drie jaren gevangenisstraf bedroeg. Dergelijke gevallen komen veelal aan het licht, doordat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit heeft nagelaten de maximale strafbedreiging in het EAB te vermelden (in rubriek c), onderdeel 1) en de officier van justitie die strafbedreiging vervolgens bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit heeft opgevraagd.

¹⁵¹² EHRM 30 augustus 1990, nrs. 12244/86, 12245/86 en 12383/86 (*Fox, Campbell en Hartley/Verenigd Koninkrijk*), § 40.

¹⁵¹³ Ginter 2009, p. 9; Van Sliedregt 2009b, p. 66-67. Ook Keijzer 2005a, p. 148-149 wijst op het belang van art. 5 lid 2 EVRM voor de omvang van de in het EAB op te nemen informatie, zonder evenwel daaruit de conclusie te trekken dat de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen moet worden vermeld.

¹⁵¹⁴ ECRM 5 juli 1984, nr. 10819/84 (K./België); ECRM 6 april 1998, nr. 23916/94 (Bejaoui/Griekenland); EHRM 26 februari 2009, nr. 42443/02 (Eminbeyli/Rusland), § 55.

¹⁵¹⁵ Zie ECRM 5 juli 1984, nr. 10819/84 (K./België); België had aan de verplichting van art. 5 lid 2 EVRM voldaan, doordat aan de opgeëiste persoon een aanhoudingsbevel was betekend waarin vermeld werd dat

uitlevering, zijn art. 5 lid 1 onder f EVRM en de besproken rechtspraak ook van toepassing op de aanhouding van een opgeëiste persoon op basis van een EAB.¹⁵¹⁶ Deze rechtspraak biedt geen steun aan de opvatting dat de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen zou moeten worden meegedeeld aan de aangehouden opgeëiste persoon. Art. 5 lid 2 EVRM kan dan ook niet als - indirect - argument dienen voor de aanname van een bevoegdheid tot toetsing van het oordeel van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit.

Toch hebben enkele lidstaten in hun implementatiewetgevingen voorzien in een systematische toets van de aanduiding als lijstfeit.¹⁵¹⁷ Zo moet de Belgische uitvoerende rechterlijke autoriteit nagaan of “de gedragingen zoals zij zijn omschreven in het Europees aanhoudingsbevel, wel degelijk met die uit de lijst overeenstemmen”.¹⁵¹⁸ Dit onderzoek brengt, volgens de parlementaire stukken en een ministeriële circulaire, mee dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit op grond van de toelichting in het EAB “op generisch vlak” of op basis van een “criminologische beoordeling” nagaat of het feit in de lijst voorkomt.¹⁵¹⁹ Ook al zou deze toets een marginale zijn,¹⁵²⁰ dan nog kan - met Stessens - niet anders worden geconcludeerd dan dat zij getuigt van een wantrouwen jegens de rechterlijke autoriteiten van andere lidstaten dat niet verenigbaar is met de hoge mate van vertrouwen waarop het beginsel van wederzijdse erkenning gestoeld is. Bovendien is de vrees gerechtvaardigd dat de uitvoerende rechterlijke autoriteiten zich bij de “generische” of “criminologische” beoordeling moeilijk zullen kunnen losmaken van hun eigen strafrechtelijke concepten,¹⁵²¹ hetgeen zou kunnen leiden tot strijd met art. 2 lid 2 Kaderbesluit, dat de invulling van de lijstfeiten juist uitdrukkelijk overlaat aan het recht van de uitvaardigende lidstaat. Ook het team van buitenlandse deskundigen dat de Belgische

hij van *fraud* werd verdacht en dat zijn aanhouding was bevolen met het oog op uitlevering; ECRM 6 april 1998, nr. 23916/94 (Bejaoui/Griekenland): de onderzoeksrechter deelde de opgeëiste persoon mee dat hij was aangehouden naar aanleiding van een uitleveringsverzoek van de Verenigde Staten, waar hij gezocht werd wegens *une infraction de fausses factures*; EHRM 8 februari 2005, nr. 49491/99 (Bordovskiy/Rusland), § 53-59: de mededeling dat de opgeëiste persoon werd gezocht door de autoriteiten van de verzoekende staat was voldoende; EHRM 26 februari 2009, nr. 42443/02 (Eminbeyli/Rusland): de opgeëiste persoon was bij gelegenheid van zijn aanhouding meegedeeld dat hij door de autoriteiten van de verzoekende staat werd gezocht en de opgeëiste persoon had het proces-verbaal van aanhouding ondertekend, waarin werd verwezen naar het in de verzoekende staat afgegeven aanhoudingsbevel; Rusland had aan de verplichting van art. 5 lid 2 EVRM voldaan, ook al vond het Europees Hof het “regrettable”, dat aan de opgeëiste persoon ten tijde van zijn aanhouding niet een kopie van het aanhoudingsbevel was betekend.

¹⁵¹⁶ Zie EHRM 7 oktober 2008, NJ 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje): het Europees Hof onderzocht de klacht over de vrijheidsbeneming tijdens de overleveringsprocedure onder art. 5 lid 1 onder f EVRM (en verklaarde deze kennelijk ongegrond). Vgl. de toelichting van de Commissie bij haar *Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2001)522 definitief, p. 5: “De voorgestelde procedure treedt in de plaats van de traditionele uitleveringsprocedure. Ze moet daarmee worden gelijkgesteld wat betreft de uitlegging van artikel 5 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, betreffende het recht op vrijheid en veiligheid”. In deze zin ook de A-G Sharpston in de punten 55 en 58 van haar conclusie in zaak C-396/11 (Radu). Anders Schilling 2007, p. 109-112, die van mening is dat vrijheidsbeneming in het kader van de overleveringsprocedure “Untersuchungshaft” is in de zin van art. 5 lid 1 onder c EVRM. Zie ook Hoofdstuk III.4.3.

¹⁵¹⁷ Zie ook Šugman Stubbs & Gorkič 2009b, p. 249-252; Van Sliedregt 2009b, p. 64-67.

¹⁵¹⁸ Art. 16 § 1 Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel.

¹⁵¹⁹ Dewulf 2009, p. 187; Sanders 2007, p. 58; Weyembergh & Santamaria 2009, p. 71.

¹⁵²⁰ Dewulf 2009, p. 187, noot 1063.

¹⁵²¹ Stessens 2004-2205, p. 569.

overleveringspraktijk heeft geëvalueerd, heeft geconcludeerd dat deze toets in strijd lijkt met letter en geest van het Kaderbesluit.¹⁵²²

Ondanks de hoge mate van vertrouwen waarop ook de regeling van art. 2 lid 2 Kaderbesluit berust, is niet uitgesloten dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit zich in een incidenteel geval vergist. Doorgaans zal een dergelijke vergissing verborgen blijven voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit. Zij mag immers het oordeel van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit niet onderzoeken en zij beschikt bovendien niet over de voor een dergelijk onderzoek noodzakelijke gegevens. Indien zij evenwel bij het onderzoek naar de genoegzaamheid van het EAB stuit op een zodanige wanverhouding tussen de door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit gegeven beschrijving van de omstandigheden waaronder het feit is begaan (art. 8 lid 1 onder e Kaderbesluit; rubriek e) van het EAB) en de door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit aangekruiste categorie, dat sprake lijkt te zijn van een *evidente* vergissing, zal zij - hoogstens - de uitvaardigende rechterlijke autoriteit om opheldering mogen vragen. Het is immers het recht van de uitvaardigende lidstaat dat in dezen doorslaggevend is. In deze zin heeft de Oostenrijkse wetgever aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de plicht opgelegd om aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit “unverzüglich die erforderlichen zusätzlichen Angaben zu verlangen”, indien “die rechtliche Würdigung” als lijstfeit “offensichtlich fehlerhaft” is of de opgeëiste persoon “dagegen begründete Einwände erhoben” heeft.¹⁵²³

VII.3.3.1.5 Geen strijd legaliteitsbeginsel

De afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid ter zake van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten, de algemene, ruime en vage omschrijving daarvan en het ontbreken van een toetsingbevoegdheid van de uitvoerende rechterlijke autoriteit, hebben geleid tot de kritiek dat het Kaderbesluit op dit punt op gespannen voet zou staan met het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder het *lex certa*-beginsel (*Bestimmtheitsgebot*).¹⁵²⁴ Bij gebreke van de toetsing van de dubbele strafbaarheid, zou het namelijk voor de burger moeilijk zijn te voorzien voor welk handelen of nalaten hij - in het buitenland - strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, zodat hij zijn gedrag daarop niet zou kunnen instellen. De eis van (toetsing van de) dubbele strafbaarheid zorgt er juist voor dat “conduct violating foreign norms is foreseeable as criminal”.¹⁵²⁵

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de hoogste rechters van verschillende lidstaten, de hoogste Unierechter en het Europees Hof werden geconfronteerd met een beroep op het

¹⁵²² *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten. Verslag over België*, Raadsdocument 16454/1/06 REV 1 van 3 januari 2007, p. 47. De Italiaanse implementatiewetgeving spant in dit opzicht wel de kroon. De Italiaanse wetgever heeft namelijk de 32 categorieën in een meer gedetailleerde mate omschreven en deze daardoor als het ware gekoppeld aan de daarmee corresponderende *Italiaanse* strafbaarstellingen. De uitvoerende rechterlijke autoriteit moet onderzoeken of de in het EAB omschreven gedraging overeenkomt met één van deze omschrijvingen. In wezen heeft Italië dus *de facto* een dubbele strafbaarheidstoets ingevoerd voor de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde categorieën van strafbare feiten: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 6. Zie over het Italiaanse systeem De Amicis 2009, p. 315-316; Fichera 2011, p. 14-145; Impalà 2005, p. 71-72; Marin 2008, p. 261-263.

¹⁵²³ § 19 (3) *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*.

¹⁵²⁴ Hinterhofer 2007, p. 209; Keijzer 2009b, p. 67; Plachta 2003, p. 185-186; Schwaighofer 2007, p. 77.

¹⁵²⁵ Van Sliedregt 2009b, p. 60. In vergelijkbare zin Braum 2005, p. 692.

legaliteitsbeginsel. Al in 2004 oordeelde het Franse *Cour de cassation* dat de regeling inzake het EAB niet onder de reikwijdte van art. 7 EVRM valt, helaas zonder dit oordeel toe te lichten.¹⁵²⁶ Ook het Constitutionele Hof van Tsjechië ontkende in 2006 dat de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid een schending van het legaliteitsbeginsel opleverde. Het Constitutionele Hof onderbouwde dit oordeel als volgt. De Tsjechische implementatie van art. 2 lid 2 Kaderbesluit, die van procedurele aard is, definieert niet de strafbare feiten die aanleiding geven tot overlevering zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid. De overlevering levert niet een veroordeling in de zin van de Tsjechische constitutionele bepalingen op. De overgeleverde persoon zal immers worden vervolgd niet op basis van de Tsjechische implementatie van art. 2 lid 2 Kaderbesluit, maar op basis van een strafbaarstelling, zoals gedefinieerd in het strafrecht van de uitvaardigende lidstaat. De lijst met 32 categorieën van strafbare feiten is dan ook alleen relevant voor de *overleverings*procedure. Deze lijst heeft niet tot gevolg dat het materiële strafrecht van de andere lidstaten van toepassing is geworden in Tsjechië, maar alleen dat Tsjechië medewerking verleent aan de handhaving van het strafrecht van andere lidstaten. De lijst heeft bovendien betrekking op gedragingen die, gelet op de waarden die de lidstaten van de Europese Unie delen, strafbaar zijn in alle lidstaten.¹⁵²⁷

Afgezien van het argument dat art. 2 lid 2 Kaderbesluit gedragingen betreft die in alle lidstaten strafbaar zijn, heeft het Hof van Justitie in het arrest *Advocaten voor de Wereld* zijn conclusie dat de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel met vergelijkbare argumenten onderbouwd. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat “de wet een duidelijke omschrijving geeft van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld”.¹⁵²⁸ Art. 2 lid 2 Kaderbesluit spreekt van de 32 strafbare feiten als feiten “zoals omschreven in het recht van de uitvaardigende lidstaat”. Daaruit leidt het Hof van Justitie af dat de omschrijving van deze strafbare feiten en de toepasselijke straffen behoren tot het recht van de uitvaardigende lidstaat, ook indien de lidstaten de - door Advocaten voor de Wereld als vaag en onduidelijk aangemerkte - categorieën letterlijk overnemen in de implementatiewetgeving. Het Kaderbesluit strekt namelijk niet tot harmonisatie van de bestanddelen van de 32 strafbare feiten of de daarop gestelde straffen. Het is dus de uitvaardigende lidstaat die de strafbare feiten omschrijft en die daarop gestelde straffen vaststelt, waarbij deze lidstaat de grondrechten in het algemeen en het legaliteitsbeginsel in het bijzonder moet eerbiedigen, zodat de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid voor de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten geen blijk geeft van schending van het legaliteitsbeginsel.¹⁵²⁹

Samengevat komt het oordeel van het Hof neer op de opvatting dat een veroordeling uitsluitend mogelijk is op grond van een strafbaarstelling van de uitvaardigende lidstaat, die moet voldoen aan het legaliteitsbeginsel. Borgers heeft erop gewezen dat, hoewel deze

¹⁵²⁶ Cour de cassation 23 november 2004, *Bulletin criminel* 2004, no. 293, p. 1099.

¹⁵²⁷ Komárek 2007, p. 29; Kühn 2007, p. 120-121; Šlosarčík 2009, 108-109.

¹⁵²⁸ Deze omschrijving van het legaliteitsbeginsel ontleende het Hof aan de rechtspraak van het Europees Hof, in het bijzonder aan het arrest *Coëme e.a./België*: EHRM 22 juni 2000, nrs. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96.

¹⁵²⁹ HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (*Advocaten voor de Wereld*), r.o. 49-54.

opvatting onbetwistbaar is, het eigenlijke sluitstuk van de redenering ontbreekt: de regeling van de lijstfeiten en de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid hebben geen betrekking op die eventuele veroordeling, maar alleen op de beslissing tot overlevering.¹⁵³⁰ Dat sluitstuk ligt impliciet wel in 's Hofs redenering besloten. De keerzijde van de redenering dat een veroordeling alleen mogelijk is op grond van een nationale strafbaarstelling is immers dat de regeling van de lijstfeiten en van de afschaffing van de toetsing van dubbele strafbaarheid niet relevant zijn voor een veroordeling. Anders gezegd, deze regelingen zijn niet van materiële, maar van procedurele aard.¹⁵³¹ Zo bezien, komt het oordeel van het Hof overeen met het standpunt van de A-G Ruiz-Jarabo Colomer, die er in zijn conclusie niet alleen op wees dat het strafrecht van de *uitvaardigende* lidstaat de ingevolge het legaliteitsbeginsel vereiste zekerheid moet waarborgen,¹⁵³² maar ook aanvoerde dat de aanhouding en de overlevering niet het karakter van een sanctie hebben en dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet de *merites* van de zaak onderzoekt.¹⁵³³

In zijn beslissing *Monedero Angora* heeft het Europees Hof een vergelijkbare redenering gevolgd. De Spaanse uitvoerende rechterlijke autoriteit had de tenuitvoerlegging toegestaan van een Frans EAB ter fine van executie van een vrijheidsstraf wegens een drugsdelict. Volgens Monedero Angora had niet de Spaanse wetgeving ter implementatie van het Kaderbesluit moeten worden toegepast, maar de Spaanse Uitleveringswet, omdat de feiten waarvoor hij in Frankrijk was veroordeeld uit 1991 en 1992 dateerden. Aldus was het legaliteitsbeginsel geschonden. Het Europees Hof verklaarde deze klacht niet-ontvankelijk *ratione materiae*, nu art. 7 lid 1 EVRM niet van toepassing was. De overlevering aan Frankrijk ter tenuitvoerlegging van een reeds opgelegde vrijheidsstraf is niet “une peine infligée pour la commission d’un délit”, maar een maatregel die de tenuitvoerlegging van een vonnis mogelijk maakt.¹⁵³⁴ Nu het Europees Hof in dezelfde beslissing heeft geoordeeld dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op de overleveringsprocedure, omdat “cette procédure ne porte pas sur le bien-fondé d’une accusation en matière pénale”, ligt het voor de hand te veronderstellen dat het Europees Hof een overlevering ter fine van strafvervolgning niet zal zien als een “condemnation” in de zin van art. 7 lid 1, eerste volzin EVRM, maar als een maatregel die strafvervolgning in het buitenland mogelijk maakt.¹⁵³⁵

Hoewel men het oordeel van het Hof van Justitie - en dat van het Europees Hof - kan bekritisieren, omdat het kort van stof is - zo kort van stof dat tal van voor de praktijk belangrijke vragen onbeantwoord blijven -,¹⁵³⁶ valt op de uitkomst naar mijn mening weinig af te dingen. Nu - zoals in Hoofdstuk II.4.3 en in paragraaf 2.1 is gebleken - *uitlevering* niet onder de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel van art. 7 lid 1 EVRM valt, is het aan de critici van art. 2 lid 2 Kaderbesluit om te beargumenteren waarom voor *overlevering* iets anders zou moeten gelden. De auteurs die deze regeling in strijd met het legaliteitsbeginsel

¹⁵³⁰ Punt 4 van de noot van M.J. Borgers bij HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619 (Advocaten voor de Wereld).

¹⁵³¹ Geyer 2008, p. 159.

¹⁵³² Punten 102-104 van zijn conclusie in zaak C-303/05 (Advocaten voor de Wereld).

¹⁵³³ Punt 105 van zijn conclusie in zaak C-303/05 (Advocaten voor de Wereld). De A-G verwees naar de rechtspraak van de Europese Commissie. Zie voor deze rechtspraak Hoofdstuk II.4.3 en paragraaf 2.1.

¹⁵³⁴ EHRM 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 523, m.nt. A.H. Klip.

¹⁵³⁵ Zie ook Hoofdstuk III.4.3.

¹⁵³⁶ Zie bijvoorbeeld Franssen 2007-2008, p. 1142: wat is rechtens, indien de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een bepaalde gedraging ten onrechte als een lijstfeit aanmerkt; punt 7 van de noot van M.J. Borgers bij HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619 (Advocaten voor de Wereld): mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de aanduiding als lijstfeit verifiëren?

achten, hebben daaraan echter nauwelijks aandacht besteed. Gelet op de verschillen tussen uitlevering en overlevering, zou men hebben kunnen betogen, dat geen sprake meer is van uitlevering tussen twee soevereine staten, maar van overlevering tussen twee rechterlijke autoriteiten in één Europese rechtsruimte, zodat de overlevering niet louter medewerking aan buitenlandse strafvervolgning of strafexecutie oplevert, maar juist deel uitmaakt van die buitenlandse strafvervolgning of strafexecutie. Ook indien men dit betoog als juist aanvaardt,¹⁵³⁷ dan volgt daaruit echter nog niet zonder meer dat het legaliteitsbeginsel toetsing van de dubbele strafbaarheid vergt. In geval van toetsing van de dubbele strafbaarheid onderzoekt de uitvoerende rechterlijke autoriteit immers of de in het EAB omschreven gedraging strafbaar is naar het recht van *haar* lidstaat. Het strafrecht dat is of zal worden toegepast, is daarentegen het strafrecht van de uitvaardigende lidstaat.¹⁵³⁸ Toetsing van de dubbele strafbaarheid draagt dus niets bij aan de voorzienbaarheid van de buitenlandse strafbepaling, zodat de afschaffing daarvan die voorzienbaarheid niet raakt. Bovendien is de opvatting dat de aanwezigheid van dubbele strafbaarheid de voorzienbaarheid van de buitenlandse strafbepaling impliceert problematisch, indien de opgeëiste persoon geen enkele band heeft met de uitvoerende lidstaat, bijvoorbeeld omdat hij op doorreis in de uitvoerende lidstaat is aangehouden. De omstandigheid dat de gedraging strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat zal hem waarschijnlijk even weinig zeggen als de omstandigheid dat de gedraging strafbaar is naar het recht van de uitvaardigende lidstaat, tenzij hij onderdaan is van die lidstaat, in welk geval de strafbaarheid naar het recht van de uitvaardigende lidstaat hem waarschijnlijk veel meer zal zeggen dan de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat.

VII.3.3.1.6 Correctiemechanismen

Inleiding

Zoals gezegd (zie paragraaf 3.3.1.2), zijn de regels inzake de uitoefening van strafrechtsmacht niet geharmoniseerd. De afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid voor de 32 categorieën van strafbare feiten zou, zonder nadere voorziening, dan ook tot gevolg kunnen hebben dat de uitvoerende lidstaat de overlevering zou moeten toestaan voor geheel of gedeeltelijk op zijn grondgebied verrichte gedragingen of voor geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat verrichte gedragingen, ook indien deze gedragingen niet strafbaar zouden zijn naar zijn recht.

Art. 4 onder 7 Kaderbesluit kent twee voorzieningen die de uitvoerende lidstaat in staat stellen zijn medewerking aan de extraterritoriale handhaving van het strafrecht van de uitvaardigende lidstaat te weigeren. Onderdeel a geeft de uitvoerende lidstaat de bevoegdheid tot weigering, indien het EAB een strafbaar feit betreft dat “naar het recht van de uitvoerende lidstaat geacht wordt geheel of gedeeltelijk te zijn gepleegd op het grondgebied van die lidstaat of op een daarmee gelijk te stellen plaats”. Onderdeel b machtigt tot weigering, indien het strafbare feit “buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd en naar het recht van de uitvoerende lidstaat geen vervolging zou kunnen worden ingesteld indien een zelfde feit buiten het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zou zijn gepleegd”. De bepaling is duidelijk gebaseerd op art. 7

¹⁵³⁷ Zoals Tinkl 2008, p. 154 doet.

¹⁵³⁸ In vergelijkbare zin Tinkl 2008, p. 154.

EUV.¹⁵³⁹ Haar bedoeling is - onder meer - doorbreking van het verbod van toetsing van de dubbele strafbaarheid ter zake van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten mogelijk te maken.¹⁵⁴⁰ In zoverre heeft art. 4 onder 7 Kaderbesluit dus een andere strekking dan art. 7 EUV.¹⁵⁴¹ Nu de reikwijdte van art. 4 onder 7 Kaderbesluit de lijstfeiten niet uitsluit,¹⁵⁴² kunnen lidstaten ervoor kiezen de weigering van de overlevering ter zake van lijstfeiten *wegens het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat* optioneel of imperatief te maken. De *verplichte* solidariteit tussen de lidstaten ter zake van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten houdt op daar waar het feit niet *geheel* op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd (zie paragraaf 3.3.1.2).

Onderdeel a

Indien de uitvoerende lidstaat art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit heeft geïmplementeerd, moet of mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit - afhankelijk van de implementatie - dus onderzoeken of sprake is van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat, ook indien de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een lijstfeit heeft aangekruist, en moet of mag zij, voor zover zij van oordeel is dat deze strafbaarheid ontbreekt, de overlevering weigeren. De formulering van de bepaling zou overigens op dit punt aanleiding tot twijfel kunnen geven, nu zij gewaagt van een op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat gepleegd *strafbaar feit* en daarvan strikt genomen geen sprake kan zijn, indien de betrokken gedraging juist niet strafbaar is in de uitvoerende lidstaat. Bedoeld zal echter zijn een feit dat strafbaar is naar het recht van de uitvaardigende lidstaat.¹⁵⁴³ Bij de onderhandelingen over het Kaderbesluit heeft Nederland aangedrongen op de invoering van deze bepaling, teneinde in het bijzonder te voorkomen dat Nederland zou moeten overleveren ter zake van volgens de Nederlandse regels in Nederland uitgevoerde abortus en euthanasie en van verkoop van softdrugs in een Nederlandse coffeeshop.¹⁵⁴⁴ Andere lidstaten zouden namelijk abortus en euthanasie kunnen aanmerken als het lijstfeit “moord en doodslag, zware mishandeling” en verkoop van softdrugs in een coffeeshop als het lijstfeit “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen”.

Art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit stelt de uitvoerende lidstaat in staat zijn opvattingen over strafwaardig gedrag, in het bijzonder zijn opvattingen over *niet* strafwaardig gedrag, te laten prevaleren boven die van de uitvaardigende lidstaat. De bepaling biedt dus bescherming aan de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat. Voor zover het feit op zijn grondgebied is begaan, is het aan deze lidstaat of hij een gedraging strafbaar stelt en, zo niet, of hij ter zake van een niet strafbare gedraging justitieel wenst samen te werken met

¹⁵³⁹ Glerum & Rozemond 2006, p. 181; Keijzer 2005a, p. 161; Keijzer 2009a, p. 36; Keijzer 2009c, p. 89 (met betrekking tot de gelijkens tussen art. 7 lid 1 EUV en art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit) en p. 97 (met betrekking tot art. 7 lid 2 EUV en art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit); Verrest & Kraniotis 2005, p. 1199.

¹⁵⁴⁰ Keijzer 2005a, p. 161; Keijzer 2009a, p. 36; Keijzer 2009c, p. 93; *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 17; *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 279/001, p. 16 (Memorie van Toelichting op de Belgische Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel).

¹⁵⁴¹ Keijzer 2005a, p. 161; Keijzer 2009c, p. 89 en p. 93.

¹⁵⁴² Murschetz 2007a, p. 325 en p. 333.

¹⁵⁴³ Blekxtoon 2004a, p. 28; Deiters 2006, p. 475, noot 31; Tinkl 2008, p. 159.

¹⁵⁴⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 9. Blekxtoon 2004a, p. 28 vermeldt in dit verband niet alleen het Nederlandse drugsbeleid, abortus en euthanasie, maar ook “bordeelhouden, overspel en pornografie en dergelijke”; in deze zin ook Blekxtoon 2005, p. 237.

een lidstaat waarin die gedraging wel strafbaar is.¹⁵⁴⁵ Daarnaast geeft de bepaling de mogelijkheid om ook de rechtszekerheid van de opgeëiste persoon te beschermen. De notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht* omschrijft deze waarborgfunctie van de territorialiteitsexceptie als volgt: “Een burger mag erop vertrouwen dat wanneer hij in [de uitvoerende lidstaat] handelt in overeenstemming met de wet, [de uitvoerende lidstaat] niet jegens hem dwangmiddelen zal inzetten of straffen ten uitvoer zal leggen, ook niet op verzoek van een andere lidstaat”.¹⁵⁴⁶

Deze twee onderscheiden ratio's leiden tot verschillende antwoorden op de vraag naar welk tijdstip de strafbaarheid van de gedraging moet worden beoordeeld. Bezien vanuit de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat zou volstaan kunnen worden met het tijdstip van de beslissing op het EAB (zie de paragrafen 2.1 en 2.3.3.3). Bezien vanuit het vertrouwen dat de opgeëiste persoon aan de wetgeving van de uitvoerende lidstaat heeft ontleend, zou echter het tijdstip van de gedraging bepalend moeten zijn. Vier gevallen kunnen zich voordoen. Geval 1: de gedraging was strafbaar naar het recht van de uitvoerende lidstaat ten tijde van het begaan daarvan en is nog steeds strafbaar ten tijde van de beslissing op het EAB. De beide ratio's geven in dit geval geen aanleiding tot weigering (maar zie de volgende alinea). Geval 2: de gedraging was strafbaar naar het recht van de uitvoerende lidstaat ten tijde van het begaan daarvan, maar is dat niet meer ten tijde van de beslissing. In dit geval bestaat er vanuit het oogpunt van soevereiniteit bezwaar tegen overlevering, maar vanuit het oogpunt van het vertrouwen niet (tenzij het vervallen van de strafbaarheid onmiddellijke werking heeft).¹⁵⁴⁷ Geval 3: de gedraging was niet strafbaar ten tijde van het begaan daarvan en is niet strafbaar ten tijde van de beslissing op het EAB. De beide ratio's geven aanleiding tot weigering van de overlevering. Geval 4: de gedraging was niet strafbaar ten tijde van het begaan daarvan, maar is wel strafbaar ten tijde van de beslissing op het EAB. De soevereiniteit verzet zich niet tegen overlevering, maar aan de stand van de wetgeving ten tijde van de gedraging mocht de opgeëiste persoon het vertrouwen ontlennen dat de uitvoerende lidstaat jegens hem niet repressief zou optreden. In twee gevallen (2 en 4) maakt het dus verschil of men de nadruk op respect voor de soevereiniteit of op respect voor de rechtszekerheid legt. Heeft een lidstaat ervoor gekozen art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit te implementeren en heeft hij ervoor gekozen de nationale bepaling (mede) in te zetten ter compensatie van de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid, dan ligt het echter naar mijn mening in de rede om het belang van de lidstaat bij respect voor zijn territoriale soevereiniteit en het belang van de opgeëiste persoon bij respect voor zijn rechtszekerheid als complementair aan elkaar te zien. In de gevallen 2 en 4 moet of mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit dus de overlevering weigeren wegens het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat.

De weigeringsgrond van art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit heeft overigens een ruimer bereik dan het vermijden van overlevering ter zake van op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat begane feiten die daar niet strafbaar zijn. De exceptie is ook van

¹⁵⁴⁵ *Kamerstukken II 2003/04, 29 451, nr. 1 p. 9 en p. 11* (notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*).

¹⁵⁴⁶ *Kamerstukken II 2003/04, 29 451, nr. 1 p. 9*. In dezelfde zin p. 11: “Het rechtszekerheidsbeginsel brengt met zich mee dat burgers erop mogen vertrouwen dat als zij zich in Nederland aan de wet houden, de Nederlandse autoriteiten niet repressief jegens hen zullen ingrijpen ten behoeve van een andere staat”.

¹⁵⁴⁷ Het vervallen van een strafbaarstelling na het begaan van een strafbaar feit raakt de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de dader niet, tenzij deze wetswijziging blijkt geeft van een gewijzigd van de wetgever nopens de strafwaardigheid van het vóór die wijziging begane strafbare feit: HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.2.

toepassing, indien het feit wel strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Voor weigering kan in een dergelijk geval aanleiding bestaan, indien een vervolging in de uitvoerende lidstaat verkieslijker wordt geacht boven vervolging in de uitvoerende lidstaat (zie verder Hoofdstuk XII).¹⁵⁴⁸ In zoverre komt de strekking van de bepaling overeen met art. 7 lid 1 EUV.

Het recht van de uitvoerende lidstaat bepaalt of sprake is van een strafbaar feit dat geheel of ten dele op het grondgebied van zijn lidstaat of op een daarmee gelijk te stellen plaats is begaan. Het Nederlandse recht hanteert voor wat betreft de vaststelling van de *locus delicti* de ubiquoteitsleer: als *locus delicti* kan worden aangemerkt elke plaats waar de dader handelingen verrichtte of naliet te handelen, waar het instrument zijn werk deed of waar het constitutieve gevolg intrad.¹⁵⁴⁹ Indien een deel van de gedragingen van één en hetzelfde strafbare feit in Nederland zijn verricht en een ander deel buiten Nederland, is vervolging in Nederland op grond van art. 2 Sr ook mogelijk ten aanzien van de buiten Nederland verrichte gedragingen.¹⁵⁵⁰ De grondslag voor de vaststelling van de *locus delicti* vormen de in het EAB opgenomen gegevens. Ingevolge art. 8 lid 1 onder e Kaderbesluit moet de uitvaardigende rechterlijke autoriteit immers in het EAB onder meer de plaats van het strafbare feit vermelden. Deze autoriteit mag de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht toelichten in rubriek f) van het EAB.

Onderdeel b

Art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit geeft lidstaten de mogelijkheid de uitvoerende lidstaat de mogelijkheid de overlevering te weigeren, indien het strafbare feit geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd en in een vergelijkbaar geval, dat wil zeggen indien het strafbare feit geheel buiten het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zou zijn gepleegd, geen vervolging naar het recht van de uitvoerende lidstaat zou kunnen worden ingesteld. De bepaling noopt tot beoordeling van de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat - ook indien het EAB een strafbaar feit als bedoeld in art. 2 lid 2 Kaderbesluit betreft -, omdat, zoals de in de Belgische parlementaire stukken wordt opgemerkt, de “criteria van extraterritoriale bevoegdheid worden omschreven ten aanzien van strafbare feiten”.¹⁵⁵¹ Heeft de uitvoerende lidstaat deze bepaling geïmplementeerd, dan moet of mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit - afhankelijk van de implementatie - dus onderzoeken of de gedraging waarop het EAB betrekking heeft strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat én of het recht van de uitvoerende lidstaat een zelfde rechtsmachtbeginsel kent.¹⁵⁵² Bij ontkennende beantwoording van één van beide vragen moet of mag zij de overlevering al weigeren.

Anders dan bij onderdeel a, speelt bij onderdeel b de bescherming van het aan de wetgeving van de uitvoerende lidstaat ontleend vertrouwen dat de gedraging niet strafbaar is geen rol. De gedraging is niet geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van die lidstaat verricht - anders zou onderdeel a van toepassing zijn -, maar geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van een derde (lid)staat. Bij de toepassing van de weigeringsgrond worden de strafbaarheid en de rechtsmacht niet beoordeeld naar het recht van die derde (lid)staat,

¹⁵⁴⁸ Keijzer 2009a, p. 37.

¹⁵⁴⁹ Van Elst & Orië 2008, p. 45; Keijzer 2009a, p. 38; Keijzer 2009c, p. 99-100.

¹⁵⁵⁰ HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 117; HR 27 oktober 1998, *NJ* 1999, 221; HR 13 april 1999, *NJ* 1999, 538.

¹⁵⁵¹ *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 279/001, p. 16-17.

¹⁵⁵² Keijzer 2009a, p. 38; Keijzer 2009c, p. 97.

maar naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Niet het belang van de opgeëiste persoon bij rechtszekerheid, maar het belang van de uitvoerende lidstaat bij handhaving van zijn soevereiniteit wordt hier gediend. Het tijdstip voor de beoordeling van de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat en van de aanwezigheid van een vergelijkbaar rechtsmachtbeginsel is daarom het tijdstip van de beslissing op het EAB.¹⁵⁵³

Anders dan onderdeel a, verwijst onderdeel b niet expliciet naar het recht van de uitvoerende lidstaat voor de vaststelling of het strafbare feit geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan. Het ligt echter in de rede dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit het recht van haar lidstaat toepast.¹⁵⁵⁴ De bepaling strekt immers tot bescherming van de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat. Toepassing van het recht van de uitvaardigende lidstaat zou bovendien tot grote praktische problemen leiden. De uitvoerende rechterlijke autoriteit is - doorgaans - niet op de hoogte van dat recht. Zij zou de uitvaardigende rechterlijke autoriteit dus om inlichtingen moeten vragen, hetgeen zou kunnen leiden tot vertragingen.

Geen verplichte solidariteit voor lijstfeiten

Als gevolg van art. 4 onder 7 Kaderbesluit geldt de *verplichting* tot justitiële samenwerking ter zake van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid *alléén* voor zover de gedraging waarop het EAB betrekking heeft *geheel* op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan.

Alleen dan is de uitvoerende lidstaat *verplicht* zijn solidariteit met de uitvaardigende lidstaat te tonen. In een dergelijk geval vormt overlevering weliswaar een inbreuk op de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat, zeker indien de gedraging niet strafbaar is naar zijn recht, maar de uitvoerende lidstaat zal deze inbreuk moeten accepteren op grond van de solidariteit tussen de lidstaten met betrekking tot de ernstige feiten van art. 2 lid 2 Kaderbesluit (zie paragraaf 3.3.1.2). Overlevering in een dergelijk geval brengt de rechtszekerheid van de opgeëiste persoon niet in gevaar, ook niet indien de gedraging niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Door het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat te betreden, heeft hij zich immers aan de strafrechtsmacht van die lidstaat onderworpen,¹⁵⁵⁵ ook al is hij onderdaan van een andere (lid)staat.¹⁵⁵⁶ Op grond van het territorialiteitsbeginsel, een onomstreden rechtsmachtbeginsel¹⁵⁵⁷ dat aan de basis van elke wetgeving inzake het bereik van de strafwet staat,¹⁵⁵⁸ “hoort de gezochte persoon te weten dat het om strafbare feiten gaat en moet hij zich gedragen naar de strafwetten van het land waar hij verblijft”.¹⁵⁵⁹ Aan de omstandigheid dat de door hem in de uitvaardigende lidstaat verrichte gedraging niet strafbaar is in de lidstaat waar hij zijn toevlucht heeft gezocht, mag hij dan ook niet het vertrouwen ontlenen dat repressief ingrijpen achterwege zal blijven. Op grond van de hoge mate van vertrouwen en van de solidariteit tussen de lidstaten bestaat in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht geen aanleiding om met betrekking tot de 32 categorieën onderscheid te maken tussen gevallen waarin de dader in

¹⁵⁵³ Tot dezelfde conclusie komt Keijzer 2009c, p. 97, zij het op andere gronden.

¹⁵⁵⁴ Zo ook Keijzer 2009a, p. 38.

¹⁵⁵⁵ Gleß 2004, p. 360.

¹⁵⁵⁶ Dewulf 2009, p. 189.

¹⁵⁵⁷ Gleß 2004, p. 360.

¹⁵⁵⁸ Grondwettelijk Hof 10 oktober 2007, nr. 128/2007 (Advocaten voor de Wereld), r.o. B.18.3, beschikbaar op www.grondwettelijkhof.be; Van Elst & Orié 2008, p. 42; Murschetz 2007a, p. 22.

¹⁵⁵⁹ Grondwettelijk Hof 10 oktober 2007, nr. 128/2007 (Advocaten voor de Wereld), r.o. B.18.3.

de lidstaat van de *locus delicti* wordt aangehouden en gevallen waarin hij erin slaagt zijn toevlucht te vinden in een andere lidstaat.¹⁵⁶⁰

In alle andere gevallen bestaat de *bevoegdheid* tot weigering van de overlevering wegens het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat.

Tegen de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid ter zake van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten is in de literatuur onder meer naar voren gebracht, dat, als gevolg van die afschaffing, een ieder die zich binnen de buitengrenzen van de Europese Unie bevindt op de hoogte moet zijn van het strafrecht van alle lidstaten.¹⁵⁶¹ Het is voor de burger van de ene lidstaat, vanwege bijvoorbeeld taalbarrières en culturele verschillen, echter nauwelijks voorzienbaar welke gedragingen strafbaar zijn in de andere lidstaten.¹⁵⁶² De overlevering zou dus kunnen plaatsvinden voor een gedraging waarvan de opgeëiste persoon het strafwaardige karakter niet heeft onderkend, omdat zij alleen strafbaar is in de uitvaardigende lidstaat.¹⁵⁶³ Gelet op art. 4 onder 7 Kaderbesluit moet men deze kritiek grotendeels nuanceren.¹⁵⁶⁴ Het is immers in de macht van de lidstaten om de gevolgen van de afschaffing van de dubbele strafbaarheid teniet te doen door implementatie van deze bepaling.¹⁵⁶⁵

VII.3.3.2 De Overleveringswet

VII.3.3.2.1 Inleiding

Art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 1° en onderdeel b OLW regelt de overlevering ter zake van lijstfeiten. Onderdeel a, onder 1° heeft betrekking op vervolgingsoverlevering en onderdeel b op de overlevering ter executie van een vrijheidsstraf van ten minste vier maanden. De

¹⁵⁶⁰ In deze zin ook Dewulf 2009, p. 189.

¹⁵⁶¹ Wouters & Naert 2004, p. 920.

¹⁵⁶² Braum 2005, p. 692.

¹⁵⁶³ Blekxtoon 2005, p. 228.

¹⁵⁶⁴ Wouters & Naert 2004, p. 920-921; punt 5 van de noot van M.J. Borgers bij HvJ EG 16 mei 2007, NJ 2007, 619 (Advocaten voor de Wereld). Ook Dewulf 2009, p. 189-190 is van mening dat deze kritiek genuanceerd moet worden. Naast het in de hoofdtekst al genoemde argument dat in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht geen aanleiding bestaat voor onderscheid tussen het rechtsmachtrecht en het rechtshulprecht, wijst hij erop dat bij de 32 categorieën veelal sprake zal zijn van dubbele strafbaarheid en dat de (Belgische) uitvoerende autoriteit het EAB zal kunnen toetsen aan art. 7 EVRM en zal kunnen nagaan of de strafbare feiten wel voldoende duidelijk zijn vastgelegd in de wetten van de uitvaardigende lidstaat. In verband met dit tweede argument zij overigens in herinnering gebracht dat het EAB volgens het Hof van Cassatie niet de tekst van de toepasselijke wettelijke bepalingen hoeft te bevatten: Hof van Cassatie van België 21 februari 2006, AR P.06.0243.N, beschikbaar op www.cass.be.

¹⁵⁶⁵ *Onderdeel a* is geïmplementeerd door 24 lidstaten (9 imperatief en 15 facultatief): *Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2011)430 final, p. 13. Tsjechië heeft onderdeel a niet uitdrukkelijk geïmplementeerd, maar, omdat Tsjechische burgers en anderen die rechtmatig in Tsjechië verblijven erop mogen vertrouwen dat hun handelen of nalaten op Tsjechisch grondgebied zal worden beheerst door Tsjechisch recht, heeft het Constitutionele Hof de mogelijkheid van weigering op grond van onderdeel a ingelezen in de implementatiewetgeving. Zie Komárek 2007, p. 29-30; Šlosarčík 2009, p. 110. *Onderdeel b* is geïmplementeerd door 22 lidstaten (9 imperatief en 13 facultatief): *Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2011)430 final, p. 13.

categorieën van strafbare feiten van art. 2 lid 2 Kaderbesluit zijn opgenomen in bijlage 1 bij de Overleveringswet.

Hoewel uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de toetsing van de dubbele strafbaarheid is afgeschaft voor de in bijlage 1 genoemde categorieën van strafbare feiten,¹⁵⁶⁶ vindt men deze afschaffing niet uitdrukkelijk terug in de formulering van art. 7 lid 1 OLW.¹⁵⁶⁷ Men moet die afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid afleiden uit het woordje “of” dat in de onderdelen a en b geplaatst is tussen 1° (lijstfeiten) en 2° (feiten waarvoor gekwalificeerde dubbele strafbaar geldt): overlevering is alleen mogelijk hetzij wegens lijstfeiten hetzij wegens feiten die gekwalificeerd strafbaar zijn in de uitvaardigende lidstaat én in de uitvoerende lidstaat.

De in bijlage 1 vermelde categorieën zijn gelijk aan de 32 categorieën van (de Nederlandse versie van) art. 2 lid 2 Kaderbesluit, met dien verstande dat de categorieën “vervalsing van administratieve documenten en handel in valse documenten” en “vervalsing van betaalmiddelen” zijn samengevoegd tot één categorie.¹⁵⁶⁸

Op het punt van de lijstfeiten is de Nederlandse implementatiewetgeving in overeenstemming met art. 2 lid 2 Kaderbesluit.¹⁵⁶⁹

VII.3.3.2.2 Toetsing uitvoerende justitiële autoriteit?

De Overleveringswet geeft de uitvoerende justitiële autoriteit niet uitdrukkelijk de opdracht het oordeel van de uitvaardigende justitiële autoriteit dat sprake is van een lijstfeit

¹⁵⁶⁶ Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13-14.

¹⁵⁶⁷ Art. 7 lid 1 Olw luidt: “Overlevering kan alleen worden toegestaan ten behoeve van:

a. een door autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat ingesteld strafrechtelijk onderzoek ter zake van het vermoeden dat de opgeëiste persoon zich naar het oordeel van de uitvaardigende justitiële autoriteit schuldig heeft gemaakt aan:

1°. een naar het recht van de uitvaardigende lidstaat benoemd strafbaar feit dat tevens op de in bijlage 1 bij deze wet behorende lijst staat vermeld, waarop naar het recht van de uitvaardigende lidstaat een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste drie jaren is gesteld; of

2°. een ander feit dat zowel naar het recht van de uitvaardigende lidstaat als naar dat van Nederland strafbaar is en waarop een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden is gesteld;

b. de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf van vier maanden, of van langere duur, door de opgeëiste persoon op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat te ondergaan wegens een feit als onder 1° of 2° bedoeld”.

¹⁵⁶⁸ Van Dorst 2004, p. 410, noot 2.

¹⁵⁶⁹ Sanders 2011, p. 172. Aanvankelijk merkte de Commissie op dat Nederland de lijst van art. 2 lid 2 Kaderbesluit had uitgebreid door “doodslag” toe te voegen aan de lijst: *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2005)267, p. 6 en p. 7. De Commissie zag hier over het hoofd dat deze categorie in de Nederlandse versie van het Kaderbesluit luidt “moord en doodslag, zware mishandeling”, zodat van een uitbreiding geen sprake was. Nederland wees er bovendien op dat deze categorie letterlijk was ontleend aan de Europol Overeenkomst. Het verschil tussen de Nederlandse taalversie en Engelse taalversie (murder, grievous bodily injury”) was wellicht te wijten aan de omstandigheid dat de reikwijdte van het Nederlandse begrip “moord” beperkter was dan bijvoorbeeld het Engelse begrip “murder”: *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Council document 11528/05, 2 September 2005, p. 70-71. In een later rapport noemt de Commissie Nederland onder de lidstaten die de lijst van art. 2 lid 2 Kaderbesluit “in complete conformity with the Framework Decision” hebben geïmplementeerd: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 6.

op zijn juistheid te toetsen. In de parlementaire stukken wordt in dit verband opgemerkt dat “het nationale recht van de uitvaardigende justitiële autoriteit bepalend is voor de vraag of een gedraging gekwalificeerd kan worden als een van de in het tweede lid [van art. 2 Kaderbesluit] genoemde delicten” en dat het nationale recht van de uitvoerende justitiële autoriteit niet relevant is. De uitvoerende justitiële autoriteit zal echter wel mogen bezien “of de eveneens in [rubriek e] van] het Europees aanhoudingsbevel opgenomen omschrijving van de feiten in redelijkheid kan worden gekwalificeerd als het delict dat is aangekruist”.¹⁵⁷⁰ Bij die marginale toetsing dient zij uit te gaan niet van haar eigen nationaal recht, maar van het nationale recht van de uitvaardigende justitiële autoriteit, omdat uitsluitend dat laatste recht de kwalificatie als lijstfeit regeert.¹⁵⁷¹ Daarom is terughoudendheid aangewezen.¹⁵⁷² De uitvoerende justitiële autoriteit kan van het recht van de uitvaardigende lidstaat kennis nemen aan de hand van het EAB. De uitvaardigende justitiële autoriteit moet daarin namelijk de toepasselijke wetteksten vermelden.¹⁵⁷³ Acht de uitvoerende justitiële autoriteit de aanduiding als lijstfeit “onnivolgbaar”, dan ligt het voor de hand dat zij aanvullende inlichtingen vraagt.¹⁵⁷⁴ Verschaffen de gevraagde aanvullende inlichtingen geen helderheid, dan moet de overlevering worden geweigerd.¹⁵⁷⁵

Bewust is afgezien van het opnemen van de beschreven toetsing in een specifieke bepaling, omdat volstaan is met een *algemene* bepaling over de door de overleveringsrechter uit te voeren toets: art. 26 lid 1 OLW.¹⁵⁷⁶ Genoemde bepaling schrijft voor dat de Rechtbank Amsterdam de identiteit van de opgeëiste persoon, de ontvankelijkheid van het EAB en de mogelijkheid van overlevering onderzoekt. De algemene toetsing omvat dus de bijzondere toetsing van de redelijkheid van de kwalificatie als lijstfeit. Kennelijk is het de bedoeling dat de overleveringsrechter steeds onderzoekt of de aanduiding als lijstfeit redelijk is, omdat de overleveringsrechter ingevolge art. 26 lid 1 OLW steeds moet onderzoeken of de overlevering mogelijk is.

Met Klip ben ik van mening dat een ambtshalve en systematische controle op de juistheid van de aanduiding als lijstfeit niet te verenigen valt met het Kaderbesluit (zie paragraaf 3.3.1.4).¹⁵⁷⁷ Een kaderbesluitconforme uitleg is mogelijk. De bewoordingen van art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 1° OLW bevatten, zoals gezegd, niet uitdrukkelijk een opdracht tot een ambtshalve systematische toetsing van de aanduiding als lijstfeit. Dat de

¹⁵⁷⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 10.

¹⁵⁷¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 10; *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13-14. De parlementaire stukken geven de volgende voorbeelden van toetsing (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 8-9). In sommige lidstaten vallen abortus en euthanasie onder de levensdelicten en leveren zij de kwalificatie “moord” op. Indien uit de in het EAB opgenomen feitelijke beschrijving blijkt dat het EAB betrekking heeft op abortus of euthanasie en de uitvaardigende justitiële autoriteit het lijstfeit “moord en doodslag, zware mishandeling” heeft aangekruist, zal de overleveringsrechter vaststellen dat deze aanduiding niet onredelijk is en dat bijgevolg de dubbele strafbaarheid van dit feit niet mag worden getoetst. Anders dan Nederland, gedogen de meeste lidstaten niet de verkoop van cannabis in coffeeshops. Blijkt echter uit het EAB dat het betrekking heeft op de verkoop van cannabis in een in Nederland gedoogde coffeeshop, dan zal de overleveringsrechter oordelen dat de kwalificatie “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen” niet onredelijk is en dat de dubbele strafbaarheid van dat feit niet mag worden getoetst.

¹⁵⁷² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 5 en p. 10.

¹⁵⁷³ *Kamerstukken I* 2004/04, 29 042, C, p. 8; *Handelingen I* 2003/04, 29 042, p. 26-1345.

¹⁵⁷⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 5 en p. 10.

¹⁵⁷⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 35.

¹⁵⁷⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 5.

¹⁵⁷⁷ Punt 18 van de noot van A.H. Klip onder HR 28 november 2006, NJ 2007, 489.

wetgever een andere opvatting had, is niet relevant. De wetgever moet immers worden geacht het kaderbesluit correct te hebben willen implementeren.¹⁵⁷⁸ Gezien de op dit punt niet “ondubbelzinnige bewoordingen” van art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 1° OLW,¹⁵⁷⁹ dwingt art. 26 lid 1 OLW, dat de overleveringsrechter opdraagt de “mogelijkheid van overlevering” te onderzoeken en dat dus in zoverre naar de weigeringsgronden verwijst, niet tot de opvatting dat de overleveringsrechter steeds een systematische controle op de juistheid van de aanduiding als lijstfeit moet uitvoeren. Alleen indien de overleveringsrechter bij zijn onderzoek naar “de ontvankelijkheid van het Europees aanhoudingsbevel” (art. 26 lid 1 OLW) - dat wil zeggen bij zijn onderzoek of het EAB voldoet aan de vereisten van art. 2 OLW (art. 28 lid 2 OLW) - op een dusdanige discrepantie tussen de omschrijving van het feit in het EAB (rubriek e) en de aangekruiste categorie stuit, dat sprake lijkt te zijn van een *evidente vergissing* (wanneer met andere woorden die aanduiding “onnavolgbaar” is), bestaat aanleiding de kwestie aan de uitvaardigende justitiële autoriteit voor te leggen.¹⁵⁸⁰

Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de overleveringsrechter inderdaad tot voor kort ambtshalve én systematisch de redelijkheid van de aanduiding als lijstfeit onderzocht. Van een poging tot kaderbesluitconforme uitleg op dit punt blijkt niet. In elke zaak waarin de uitvaardigende justitiële autoriteit een lijstfeit had aangekruist in het EAB en waarin de Rechtbank Amsterdam deze aanduiding redelijk vond, bevatte de uitspraak de standaardoverweging:

“De uitvaardigende justitiële autoriteit heeft het feit aangeduid als een feit waarvoor het vereiste van toetsing van dubbele strafbaarheid niet geldt.

Uitgaande van de in rubriek e) van het EAB vermelde gegevens heeft zij in redelijkheid tot dat oordeel kunnen komen. Het feit valt onder nummer (...) op bijlage 1 bij de OLW, te weten: (...).

Volgens de in rubriek c) van het EAB vermelde gegevens is op dit feit naar het recht van (...) een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste drie jaren gesteld”.

In plaats van naar de in rubriek e) van het EAB vermelde gegevens, verwees een eerdere standaardoverweging van de Rechtbank Amsterdam nog naar het recht van de uitvaardigende lidstaat, zoals dit bleek uit de bij het EAB gevoegde wettelijke bepalingen.¹⁵⁸¹ Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het EAB niet de tekst van de wettelijke bepalingen hoeft te bevatten en dat niet mag worden geëist dat de uitvaardigende justitiële autoriteit de tekst van de wettelijke bepalingen steeds overlegt (zie paragraaf

¹⁵⁷⁸ HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911, (Wagner Miret), r.o. 20 (ten aanzien van richtlijnconforme uitleg). In Hoofdstuk 3.3.1 is gebleken dat de Hoge Raad een uitzondering maakt voor gevallen waarin in de parlementaire stukken “ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten”. Deze uitzondering doet zich hier niet voor.

¹⁵⁷⁹ Vgl. HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

¹⁵⁸⁰ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 7 Overleveringswet, aant. 4c. Vgl. het *High Court of Ireland in Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Gritunic* [2009] IEHC 342 (30 June 2009): “This Court must, barring some obvious and manifest error, accept the marking of the box as precluding any need for verification of double criminality” (mijn cursivering).

¹⁵⁸¹ Vgl. punt 18 van de noot van A.H. Klip onder HR 28 november 2006, NJ 2007, 489.

3.3.1.4),¹⁵⁸² is de ruimte voor een marginale toets verder ingeperkt. De overleveringsrechter moet de aanduiding als lijstfeit immers aan het recht van de uitvaardigende lidstaat toetsen, een recht dat hij niet kent en waarvan de uitvaardigende justitiële autoriteit hem niet - steeds - op de hoogte hoeft te brengen.¹⁵⁸³

Hoe paste de overleveringsrechter de marginale toets toe? Naast gevallen waarin zij soepel leek om te gaan met die toets,¹⁵⁸⁴ laat de rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam enkele gevallen zien waarin de aanduiding onredelijk werd bevonden, maar waarin die aanduiding naar mijn mening niet als “onnavolgbaar” of als een evidente vergissing kon worden aangemerkt. Zo bevatte een Spaans EAB de beschrijving dat de opgeëiste persoon in Spanje in het bezit van 13.600.000 Portugese escudo's was aangetroffen, over de herkomst waarvan hij geen uitleg kon geven. De uitvaardigende justitiële autoriteit had dit feit aangemerkt als het lijstfeit “witwassen van opbrengsten van misdrijven”. De Rechtbank Amsterdam was van oordeel dat een toetsing van de dubbele strafbaarheid niet achterwege kon blijven, omdat de Spaanse wetgeving alleen op *opzettelijk* witwassen een vrijheidsstraf van meer dan drie jaren stelde, terwijl uit de beschrijving van het feit niet van opzet bleek. Impliciet oordeelde zij aldus dat de uitvaardigende justitiële autoriteit in redelijkheid niet het lijstfeit had kunnen aankruisen. Van “onnavolgbaarheid” of van een evidente vergissing was mijns inziens hier geen sprake. Uit de aankruising van het lijstfeit en de mededeling van de uitvaardigende justitiële autoriteit dat de aanhouding van de opgeëiste persoon was bevolen om te onderzoeken of hij wist dat het geld van drugs afkomstig was, volgt immers dat de uitvaardigende justitiële autoriteit hem *verdacht* van opzettelijk witwassen.¹⁵⁸⁵

De rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam bevat ook gevallen die de kritiek van Stessens illustreren dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij de toetsing van de aanduiding als lijstfeit geneigd zal zijn aansluiting te zoeken bij concepten uit haar nationale strafrecht (zie paragraaf 3.3.1.4). Zo oordeelde de Rb. Amsterdam dat een feitelijke omschrijving waaruit blijkt dat de opgeëiste persoon in het bezit van een kleine hoeveelheid marihuana van minder dan 30 gram is aangetroffen in redelijkheid niet als het lijstfeit “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen” kon worden aangemerkt.¹⁵⁸⁶ Kennelijk putte de overleveringsrechter hier inspiratie uit de in art. 11 Ow

¹⁵⁸² HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers.

¹⁵⁸³ Wel moet rubriek e) de wettelijke kwalificatie naar het recht van de uitvaardigende lidstaat bevatten (art. 2 lid 2 onder d Olw), maar die kwalificatie hoeft niet gelijk te zijn aan de benaming van het lijstfeit: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 10. De Oostenrijkse implementatiewetgeving (§ 4 Abs. 3 *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*) bepaalt zulks uitdrukkelijk: “Für die Einordnung einer Handlung in eine der Kategorien von Straftaten nach Anhang I, Teil A, durch die ausstellende Justizbehörde ist die wörtliche Übereinstimmung mit Begriffen des Rechts des Vollstreckungsstaats nicht erforderlich”.

¹⁵⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 maart 2005, *LJN* AX9288 (op rechtspraak.nl abusievelijk opgenomen onder de datum 22 maart 2006) met betrekking tot het lijstfeit “deelneming aan een criminele organisatie” alsmede Rb. Amsterdam 16 mei 2006, *LJN* AX8466 en Rb. Amsterdam 4 februari 2009, *LJN* BH6010 met betrekking tot de lijstfeiten “fraude” en “oplichting”.

¹⁵⁸⁵ Rb. Amsterdam 1 maart 2005, *LJN* AS8842, *NJ* 2005, 220. Zie over deze uitspraak Glerum & Rozemond 2006, p. 151-153 en p. 154. Zie over de toetsing van lijstfeiten ook Verrest & Kraniotis 2005, p. 1192-1193; punt 18 van de noot van A.H. Klip onder HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 489; Klip 2010, p. 544-545.

¹⁵⁸⁶ Rb. Amsterdam 21 februari 2011, *LJN* BP2315. In vergelijkbare zin Rb. Amsterdam 24 december 2004, *LJN* AR8399 (tussenuitspraak). De opgeëiste persoon werd verdacht van betrokkenheid bij een cannabisplantage, hetgeen de uitvaardigende justitiële autoriteit had aangemerkt als “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen”. De rechtbank was van oordeel dat zij over onvoldoende

opgenomen strafvermindingsgronden.¹⁵⁸⁷ De toetsing van de redelijkheid van de aanduiding van het lijstfeit benadert hier toetsing van de dubbele strafbaarheid. Een soortgelijk mechanisme ziet men ook bij de beoordeling van de genoegzaamheid van de omschrijving van het lijstfeit in het EAB, in het bijzonder indien het EAB het lijstfeit “deelname aan een criminele organisatie” betreft. Ingevolge art. 2 lid 2 onder e Olw moet het EAB een “beschrijving van de omstandigheden waaronder het strafbare feit is begaan, met vermelding van onder meer het tijdstip, de plaats en de mate van betrokkenheid van de gezochte persoon bij het strafbare feit” bevatten. De overleveringsrechter projecteert op het lijstfeit “deelname aan een criminele organisatie” impliciet de eis dat sprake moet zijn van een gestructureerd samenwerkingsverband tussen ten minste twee personen, een kennelijk aan de rechtspraak van de Hoge Raad inzake art. 140 Sr ontleende eis.¹⁵⁸⁸ Hij stelt immers de eis dat uit de omschrijving van dat feit in rubriek e) van het EAB blijkt van een dergelijk gestructureerd samenwerkingsverband, bij gebreke waarvan hij de overlevering weigert.¹⁵⁸⁹

Een bijzondere categorie van gevallen vormen de uitspraken waarin de Rechtbank Amsterdam aan bepaalde categorieën (“mensenhandel” en “seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie”) een betekenis toekent aan de hand van kaderbesluiten die de strafbaarstellingen op dat gebied harmoniseren en vervolgens de redelijkheid van de aanduiding van het lijstfeit onderzoekt op basis van die betekenis.¹⁵⁹⁰ Deze naar uniformiteit strevende vorm van uitleg en toetsing miskent dat art. 2 lid 2 Kaderbesluit voor de definitie van de 32 categorieën naar het recht van de lidstaten verwijst en derhalve geen betrekking heeft op autonome en uniforme begrippen van Unierecht.

Meer recentelijk lijkt de Rechtbank Amsterdam haar koers te hebben gewijzigd. In een uitspraak uit 2010 betwistte de verdediging de redelijkheid van de aankruising van het lijstfeit “georganiseerde of gewapende diefstal”, omdat uit de in het EAB vermelde feiten

gegevens beschikte om te oordelen over het lijstfeit; nodig waren gegevens over de omvang van de plantage en over de periode waarin de opgeëiste persoon bij het feit betrokken was. Ook zonder gegevens over de hoeveelheid planten en de duur van plantage, lijkt me de aanduiding van cannabisteelt als het lijstfeit “illegale handel in verdovende middelen” niet “onnavolgbaar” of een evidente vergissing. Ook vulde de Rechtbank Amsterdam de lijstfeiten in met eigen denkbeelden over wat een lijstfeit dient in te houden. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BK2688. In deze uitspraak achtte zij de aankruising van het lijstfeit “georganiseerde of gewapende diefstal” redelijk, omdat de in het EAB vermelde gedragingen “onderlinge afstemming en het maken van een rolverdeling” vereisen.

¹⁵⁸⁷ Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang: “(...)

2. Hij die opzettelijk handelt in strijd met een in artikel 3 onder B, C of D, gegeven verbod, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

(...)

6. Het tweede lid is niet van toepassing, indien het feit betrekking heeft op een hoeveelheid van hennep of hasjiesj van ten hoogste 30 gram.

7. Het tweede en vierde lid zijn niet van toepassing, indien het feit betrekking heeft op een geringe hoeveelheid, bestemd voor eigen gebruik, van de in lijst II vermelde middelen, met uitzondering van hennep en hasjiesj”.

¹⁵⁸⁸ Zie HR 22 januari 2008, *NJ* 2008, 772, r.o. 4.3: “Voor de bewezenverklaring van ‘een organisatie’ als bedoeld in art. 140 Sr is vereist dat sprake is van een samenwerkingsverband, met een zekere duurzaamheid en structuur, tussen de verdachte en tenminste één andere persoon (...)”.

¹⁵⁸⁹ Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8276; Rb. Amsterdam 27 januari 2011, *LJN* BP2237; Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR0286, BR1342 en BR1335.

¹⁵⁹⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA1489 (Kaderbesluit inzake de bestrijding van mensenhandel, *PbEG* 2002, L 203/1; Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BL1598 (Kaderbesluit ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *PbEU* 2004, L 13/44).

niet viel af te leiden dat op enig moment een wapen was gebruikt noch dat sprake was van enig structureel en gepland georganiseerd verband waaraan de opgeëiste persoon zou hebben deelgenomen. De overleveringsrechter achtte de aanduiding van dit lijstfeit niet onredelijk en overwoog daartoe: “Het is in beginsel aan de uitvaardigende justitiële autoriteit om te beoordelen of een feit waarvoor overlevering wordt verzocht al dan niet onder de lijst valt en welk feit dient te worden aangekruist. Enkel in gevallen waarin sprake is van een evidente tegenstrijdigheid tussen de feitsomschrijving en de aangekruiste categorie zou dit tot de conclusie moeten leiden dat de uitvaardigende justitiële autoriteit het feit niet in redelijkheid heeft aangeduid als feit waarvoor het vereiste van toetsing van dubbele strafbaarheid niet geldt”. Die situatie deed zich hier niet voor, zodat de uitvaardigende justitiële autoriteit in redelijkheid tot de aanduiding als lijstfeit had kunnen komen.¹⁵⁹¹ Helaas blijkt uit de uitspraak niet wat de feitsomschrijving in het EAB wel inhield, zodat de omvang van de in deze zaak uitgevoerde toetsing moeilijk valt te bepalen. Uitsluitend afgaande op formulering van het relevante criterium (“evidente tegenstrijdigheid”), lijkt sprake te zijn van een inperking ten opzichte van de tot dan toe aangelegde toets. Het criterium vertoont gelijkenis met het hierboven genoemde criterium van de evidente vergissing.

Na de uitspraak uit 2010, heeft de Rechtbank Amsterdam het criterium van de “evidente tegenstrijdigheid” in een aantal uitspraken herhaald.¹⁵⁹² Uit sommige van deze uitspraken blijkt dat de overleveringsrechter niet alleen naar aanleiding van een verweer, maar ook ambtshalve aan het criterium “evidente tegenstrijdigheid” toetst.¹⁵⁹³ Uit de uitspraken valt niet eenduidig af te leiden of het criterium “evidente tegenstrijdigheid” inderdaad een breuk met de eerdere rechtspraak oplevert. In een aantal uitspraken verwerpt de Rechtbank Amsterdam het verweer dat het lijstfeit “deelneming aan een criminele organisatie” onvoldoende feitelijk is omschreven namelijk met de overweging dat uit de feitsomschrijving blijkt van een gestructureerd samenwerkingsverband tussen meer dan twee personen.¹⁵⁹⁴ Hoewel zij vervolgens ook het verweer inzake de onredelijke kwalificatie als lijstfeit met het criterium van de “evidente tegenstrijdigheid” verwerpt, is het aan het Nederlandse recht ontleende concept van het gestructureerde samenwerkingsverband kennelijk indirect nog steeds van belang voor de toetsing van het lijstfeit “deelneming aan een criminele organisatie”.¹⁵⁹⁵ Bovendien heeft de Rechtbank

¹⁵⁹¹ Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, *LJN* BO7884.

¹⁵⁹² Zie Rb. Amsterdam 27 januari 2011, *LJN* BP2237 en BP2240; Rb. Amsterdam 4 februari 2011, *LJN* BP5561; Rb. Amsterdam 15 april 2011, *LJN* BR3442; Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR0286 en BR1342; Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7972; Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7003; Rb. Amsterdam 23 september 2011, *LJN* BT2715 en BT2719; Rb. Amsterdam 20 december 2011, *LJN* BV1065; Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV7120; Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7986; Rb. Amsterdam 6 juli 2012, *LJN* BX1727; Rb. Amsterdam 18 juli 2012, *LJN* BX9620.

¹⁵⁹³ Rb. Amsterdam 4 februari 2011, *LJN* BP5561; Rb. Amsterdam 15 april 2011, *LJN* BR3442; Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7972; Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7003; Rb. Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BX0636, maken geen melding van een verweer met betrekking tot de redelijkheid van de kwalificatie als lijstfeit.

¹⁵⁹⁴ Rb. Amsterdam 27 januari 2011, *LJN* BP2237 en BP2240; Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR0286 en BR1342.

¹⁵⁹⁵ Zie ook Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7003; het EAB houdt in dat de opgeëiste persoon “door het raam [het slachtoffer] in het gezicht heeft geslagen”, waaruit “evident niet blijkt dat de opgeëiste persoon zich heeft schuldig gemaakt aan ‘moord, doodslag’, dan wel ‘zware mishandeling’”. Zo er al sprake is van een tegenstrijdigheid tussen de feitelijke omschrijving en de aangekruiste categorie, in het bijzonder het onderdeel “zware mishandeling”, dan is deze tegenstrijdigheid naar mening niet evident. Het gaat er

Amsterdam na de uitspraak waarin het criterium werd geïntroduceerd ook een aantal uitspraken geweest waarin zij dat criterium niet hanteert.¹⁵⁹⁶

Anders dan in de parlementaire stukken wordt beschreven, legt de overleveringsrechter, indien hij van oordeel is dat de aanduiding als lijstfeit onredelijk is, de kwestie niet ter opheldering voor aan de uitvaardigende justitiële autoriteit. Evenmin weigert hij de overlevering wegens de onredelijkheid van de aanduiding als lijstfeit. Komt de overleveringsrechter tot het oordeel dat de aanduiding als lijstfeit onredelijk is, dan gaat hij over tot de beoordeling of het feit voldoet aan de eisen inzake dubbele gekwalificeerde strafbaarheid (art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 2° Olw).¹⁵⁹⁷ Op zichzelf valt dit te verkiezen boven een weigering van de overlevering zonder meer, nu het onderzoek naar de dubbele gekwalificeerde strafbaarheid nog ten gunste van overlevering kan uitvallen. Komt de overleveringsrechter ten onrechte tot het oordeel dat de kwalificatie als lijstfeit onredelijk is en weigert hij vervolgens de overlevering wegens het ontbreken van gekwalificeerde¹⁵⁹⁸ strafbaarheid naar Nederlands recht, dan is dit resultaat zonder meer in strijd met het Kaderbesluit.¹⁵⁹⁹ Indien het in de vorige alinea besproken criterium van de “evidente tegenstrijdigheid” inderdaad bedoeld is als een inperking ten opzichte van de vorige rechtspraak, zal een dergelijk geval zich waarschijnlijk minder snel voordoen.

VII.3.3.2.3 Correctiemechanismen

De Nederlandse wetgever heeft art. 4 onder 7 Kaderbesluit - vrijwel -¹⁶⁰⁰ letterlijk, zij het als dwingende weigeringsgrond, overgenomen in art. 13 Olw. In de in lid 1, onder a en b bedoelde gevallen, die corresponderen met de onderdelen a en b van art. 4 onder 7 Kaderbesluit, moet de Rechtbank Amsterdam de overlevering weigeren. Op grond van lid 2 kan de officier van justitie echter vorderen dat de rechtbank afziet van toepassing van de weigeringsgrond. Hij moet een dergelijke vordering motiveren. De Rechtbank Amsterdam moet de officier van justitie in zijn vordering volgen, tenzij hij naar haar oordeel niet in

immers om of de gedraging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat een (poging tot) ‘zware mishandeling’ oplevert.

¹⁵⁹⁶ Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8108 (geen verweer gevoerd); Rb. Amsterdam 27 december 2010, *LJN* BP1652 (geen verweer gevoerd); Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BQ5976 (geen verweer gevoerd); Rb. Amsterdam 1 juli 2011, *LJN* BR0809 (verweer gevoerd); Rb. Amsterdam 16 augustus 2011, *LJN* BR5747 (verweer gevoerd); Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU3612 (verweer gevoerd).

¹⁵⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 7 juli 2006, *LJN* AY2623; Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7003.

¹⁵⁹⁸ Ik nog laat daar dat de eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht in strijd is met het Kaderbesluit. Zie paragraaf 3.4.1.

¹⁵⁹⁹ Zie voor een dergelijk geval Rb. Amsterdam 1 maart 2005, *LJN* AS8842, *NJ* 2005, 220. De Rechtbank Amsterdam weigerde de overlevering uiteindelijk wegens het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht, “nu niets is vermeld omtrent enige wetenschap van de opgeëiste persoon omtrent de (criminele) herkomst van de gelden”. Overigens blijkt uit de uitspraak niet dat zij had onderzocht of het feit naar Nederlands recht schuldwitwassen in de zin van art. 420quater Sr opleverde, welke bepaling niet het bestanddeel “wetenschap” bevat: Glerum & Rozemond 2006, p. 152.

¹⁶⁰⁰ Art. 13 lid 1, onder a Olw bevat niet de zinsnede dat *het Nederlandse recht bepaalt* of het feit geacht wordt op Nederlands grondgebied of op een daarmee gelijk te stellen plaats te zijn gepleegd. Een kaderbesluitconforme uitleg brengt mee dat dit recht bepalend is.

redelijkheid tot die vordering heeft kunnen komen. De overleveringsrechter mag die vordering dus slechts marginaal toetsen.¹⁶⁰¹

Uit de wetsgeschiedenis van de bepaling blijkt dat zij beoogt te voorkomen dat Nederland zou moeten meewerken aan overlevering voor in Nederland begane feiten die hetzij naar Nederlands recht niet strafbaar zijn (bijvoorbeeld euthanasie en abortus die met inachtneming van de daarvoor geldende regels zijn uitgevoerd), hetzij hier niet strafrechtelijk vervolgd plegen te worden (bijvoorbeeld verkoop van cannabis binnen de grenzen van het gedoogbeleid).¹⁶⁰² Een vordering als bedoeld in lid 2 zal in dergelijke gevallen dus per definitie onredelijk zijn.¹⁶⁰³ Gevallen waarin het EAB betrekking had op in Nederland naar de Nederlandse regels uitgevoerde abortus of euthanasie dan wel op verkoop in Nederland van cannabis in overeenstemming met het gedoogbeleid hebben zich kennelijk nog niet voorgedaan.¹⁶⁰⁴

Opmerkelijk is dat, hoewel de officier van justitie standaard in de motivering van zijn vordering opneemt dat het EAB geen feiten betreft die niet strafbaar zijn in Nederland of die niet in Nederland plegen te worden vervolgd, de Rechtbank Amsterdam deze - in het licht van de wetsgeschiedenis belangrijke - overweging zelden bij de beoordeling van de vordering betreft.¹⁶⁰⁵

VII.3.3.2.4 Uitzonderingen

Indien het EAB strekt tot strafvervolgning van een Nederlander of van een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling, onderzoekt de Rechtbank Amsterdam, *ook wanneer het EAB betrekking heeft op een lijstfeit*, of dat feit naar Nederlands recht strafbaar is. Deze uitzondering zal ik in Hoofdstuk IX.3.3.3 bespreken, omdat zij voortvloeit uit de wijze waarop Nederland de vervolgingsoverlevering van Nederlandse onderdanen en ingezetenen heeft geregeld. Heeft Nederland rechtsmacht over het feit en is betoogd dat het Nederlandse recht tot strafvordering of strafexecutie ter zake van een lijstfeit is verjaard, dan zal de overleveringsrechter bij de beoordeling van dat verweer de strafbaarheid naar Nederlands recht moeten onderzoeken, een uitzondering die ik in Hoofdstuk XIV.3 zal bespreken.

VII.3.4 Strafbaarheid uitvoerende lidstaat

VII.3.4.1 Kaderbesluit

Ten aanzien van andere dan de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten kunnen de lidstaten de overlevering afhankelijk stellen van de voorwaarde dat het EAB “berust op een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit, ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan” (art. 2 lid 4 Kaderbesluit). Deze bepaling moet worden gelezen in verband met art. 4 onder 1 Kaderbesluit, op grond waarvan de uitvoerende rechterlijke

¹⁶⁰¹ HR 28 november 2006, NJ 2007, 487, r.o. 3.4.2; NJ 2007, 488, r.o. 3.5; NJ 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.2.

¹⁶⁰² HR 28 november 2006, NJ 2007, 487, r.o. 3.4.2; NJ 2007, 488, r.o. 3.4.2; NJ 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.2.

¹⁶⁰³ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 12, p. 14. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 21, p. 3; *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 27, p. 21; *Kamerstukken I 2003/04*, 29 042, C, p. 9.

¹⁶⁰⁴ Van Ballegooij 2009, p. 415, die zich baseert op informatie van het Openbaar Ministerie.

¹⁶⁰⁵ Uitzonderingen: Rb. Amsterdam 9 december 2008, LJN BH5766; Rb. Amsterdam 11 september 2009, LJN BK9181 en BK9190.

autoriteit de tenuitvoerlegging van het EAB kan weigeren in de volgende situatie: “in een van de in artikel 2, lid 4, bedoelde gevallen is het feit dat aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag ligt naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet strafbaar”. Toepassing van deze weigeringsgrond is dus alleen mogelijk, voor zover de uitvoerende lidstaat gebruik heeft gemaakt van art. 2 lid 4 Kaderbesluit.

Toepassing van art. 2 lid 4 Kaderbesluit is facultatief.¹⁶⁰⁶ De lidstaten kunnen dus van implementatie afzien. Kiezen zij daarentegen voor implementatie, dan kunnen zij de weigeringsgrond omzetten in facultatieve of imperatieve vorm.¹⁶⁰⁷

Toepassing van art. 2 lid 4 Kaderbesluit is alleen mogelijk ten aanzien van strafbare feiten die niet onder art. 2 lid 2 Kaderbesluit vallen: strafbare feiten die *wel* onder één of meer van de 32 categorieën vallen, maar waarop naar het recht van de uitvaardigende lidstaat *niet* een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste drie jaren staat en alle andere strafbare feiten.¹⁶⁰⁸ Art. 2 lid 4 en art. 4 onder 1 Kaderbesluit maken geen gewag van de sanctie die het recht van de uitvoerende lidstaat op het naar zijn recht strafbare feit stelt. Past een lidstaat art. 2 lid 4 Kaderbesluit toe, dan mag hij alleen de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht stellen en mag hij dus geen eisen stellen met betrekking tot de (duur van de) sanctie die zijn recht op het strafbare feit stelt. Het eisen van *gekwalificeerde* strafbaarheid is niet mogelijk.¹⁶⁰⁹

Om te kunnen vaststellen welke ruimte de lidstaten hebben bij de eventuele implementatie van art. 2 lid 4 Kaderbesluit, moet de vraag worden beantwoord of de begrippen “een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit” (art. 2 lid 4 Kaderbesluit) en “feit [dat] naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet strafbaar [is]” (art. 4 onder 1 Kaderbesluit) uniform uit te leggen autonome begrippen van Unierecht zijn dan wel of art. 2 lid 4 en art. 4 onder 1 Kaderbesluit voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van deze begrippen uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijzen. In het eerste geval mogen de lidstaten aan die begrippen niet een *ruimere* invulling geven dan uit het Unierecht volgt,¹⁶¹⁰ omdat zulks zou leiden tot meer weigeringen dan waarin het Unierecht voorziet, maar mogen zij daaraan wel een meer *bepaalde* invulling geven,¹⁶¹¹ omdat zulks zou leiden tot meer overleveringen. In het tweede geval zijn de lidstaten vrij om die begrippen naar eigen goeddunken in te vullen.¹⁶¹²

¹⁶⁰⁶ Getuige het woord “kan” in art. 2 lid 4 Kaderbesluit. Dat de aanhef van art. 4 Kaderbesluit van de uitvoerende rechterlijke autoriteit spreekt, doet daaraan niet af. In de opvatting van het Hof van Justitie biedt art. 4 Kaderbesluit namelijk “mogelijkheden” *aan de lidstaten*: HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58. In deze zin ook HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 64; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 30.

¹⁶⁰⁷ 25 lidaten hebben de weigeringsgrond geïmplementeerd, waarvan 16 als dwingende weigeringsgrond. Alleen Estland en Letland hebben geen gebruik gemaakt van art. 2 lid 4 Kaderbesluit, maar Estland hanteert in de praktijk wel deze weigeringsgrond: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 11.

¹⁶⁰⁸ Fichera 2011, p. 80-81.

¹⁶⁰⁹ Blekxtoon 2004a, p. 28; Blekxtoon 2005, p. 232; Glerum & Rozemond 2006, p. 156; Keijzer 2005a, p. 140; Keijzer 2009b, p. 62; Murschetz 2007a, p. 321.

¹⁶¹⁰ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 43; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 37.

¹⁶¹¹ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 52.

¹⁶¹² HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

Men zou wellicht geneigd zijn te veronderstellen dat ik in de vorige alinea naar de bekende weg heb gevraagd. De beide bepalingen verwijzen immers overduidelijk naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Dat is juist, maar daarmee is de vraag toch niet afdoende beantwoord. Het gaat er immers om of de bepalingen *voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van het begrip “strafbaar feit”* uitdrukkelijk verwijzen naar het recht van de lidstaten. Vergelijkt men beide bepalingen met art. 2 lid 2 Kaderbesluit, waarin de zinsnede “zoals omschreven in het recht van de uitvaardigende lidstaat” voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van de 32 categorieën wel uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten, dan lijken de verwijzingen in art. 2 lid 4 en art. 4 onder 1 Kaderbesluit géén betrekking te hebben op de betekenis en draagwijdte van het begrip “strafbaar feit”. De begrippen “strafbaar feit” en “strafbaar” zijn naar mijn mening dan ook autonome begrippen van Unierecht die uniform moeten worden uitgelegd. Hoe moet men dan de verwijzing naar het recht van de uitvoerende lidstaat begrijpen? Heeft de uitvoerende lidstaat gebruik gemaakt van de hem in art. 2 lid 4 Kaderbesluit geboden mogelijkheid, dan mag zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit *aan de hand van het recht van de uitvoerende lidstaat* onderzoeken of sprake is van een “strafbaar feit” *in de autonome Unierechtelijke betekenis*, met andere woorden of het recht van de uitvoerende lidstaat de in het EAB beschreven gedraging “strafbaar” stelt in de autonome zin van die bepaling. Ter ondersteuning van de opvatting dat men met autonome begrippen van Unierecht te doen heeft, kan men erop wijzen dat art. 2 lid 4 en art. 4 onder 1 Kaderbesluit een *uitzondering* vormen op de regel van art. 2 lid 1 Kaderbesluit - dat in geval van vervolgingsoverlevering alleen de strafbaarheid en de strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat en in geval van executieoverlevering alleen de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde sanctie van belang zijn -, zodat het voor de hand ligt deze bepalingen restrictief uit te leggen. Zouden de lidstaten het begrip “strafbaar feit” naar eigen believen mogen invullen, dan zouden zij die invulling kunnen benutten om weigeringsgronden die niet voorkomen in de limitatieve¹⁶¹³ opsomming van de art. 3 tot en met 5 Kaderbesluit via de achterdeur binnen te laten. Zo ontnemt in een lidstaat als Oostenrijk de verjaring van het recht tot strafvordering de strafbaarheid van het feit.¹⁶¹⁴ Verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat is evenwel slechts in beperkte mate een grond tot weigering (art. 4 onder 4 Kaderbesluit; zie Hoofdstuk XIV). Zou het begrip “strafbaar feit” niet een autonoom begrip van Unierecht zijn, dan zouden art. 2 lid 4 en art. 4 onder 1 Kaderbesluit machtigen tot weigering van de overlevering wegens verjaring, ook al zou aan de voorwaarden van de eigenlijke verjaringsexceptie niet zijn voldaan. Ik kom dan ook tot de conclusie dat het begrip “strafbaar feit” als bedoeld in de art. 2 lid 4 en 4 onder 1 Kaderbesluit een autonoom begrip van Unierecht is, dat in de gehele Unie uniform moet worden uitgelegd.

Vervolgens rijst de vraag welke autonome betekenis toekomt aan het begrip “strafbaar feit”. Alvorens deze vraag te beantwoorden, is het van belang de ratio van de weigeringsgrond vast te stellen, nu deze van invloed zal zijn op dat antwoord.¹⁶¹⁵ De ratio van de optionele dubbele strafbaarheid als weigeringsgrond is dat de lidstaten ten aanzien van andere feiten dan de feiten waarvoor de lidstaten *verplicht* zijn solidair met elkander te

¹⁶¹³ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

¹⁶¹⁴ Murschetz 2007a, p. 126.

¹⁶¹⁵ Vgl. HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o 45-46.

zijn (zie paragraaf 3.3.1.2) hun soevereiniteit mogen handhaven. Met betrekking tot deze naar hun aard of naar de daarop gestelde strafbedreiging minder ernstige feiten kunnen zij ervoor kiezen niet mee te werken aan de strafrechtelijke bestrijding daarvan, voor zover zij deze in strijd met hun eigen rechtsopvattingen of zij daarvoor een strafsancie misplaatst achten. In zoverre komt de dubbele strafbaarheid in het overleveringsrecht overeen met de dubbele strafbaarheid in het uitleveringsrecht. In het uitleveringsrecht dient de eis van dubbele (gekwalficeerde) strafbaarheid ook als waarborg voor de opgeëiste persoon. De aangezochte staat mag jegens de opgeëiste persoon alleen repressief optreden, voor zover zijn handelen of nalaten ook naar het recht van de aangezochte staat aanleiding zou kunnen geven tot strafrechtelijk optreden. De waarborgfunctie moet worden gerelativeerd, omdat repressief ingrijpen op het verzoek van de aangezochte staat ook mogelijk is in gevallen waarin de nationale autoriteiten in een vergelijkbaar nationaal geval weliswaar tot strafvervolgning, maar niet tot vrijheidsbeneming hadden kunnen overgaan (zie paragraaf 2.1). Deze relativering geldt *a fortiori* voor de weigeringsgrond in het overleveringsrecht, dat het stellen van een eis met betrekking tot de strafbedreiging niet toelaat. Meer nog dan in het uitleveringsrecht, staat dus in het overleveringsrecht de soevereiniteit van de lidstaten voorop als ratio van de dubbele strafbaarheid, al is de actieradius van de dubbele strafbaarheid als weigeringsgrond in het overleveringsrecht drastisch ingeperkt. Zoals in het uitleveringsrecht, moet op de waarborgfunctie van de dubbele strafbaarheid nog op een ander punt een relativering worden aangebracht. Zij vloeit niet rechtstreeks voort uit het in art. 7 lid 1 EVRM en in art. 49 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde legaliteitsbeginsel (zie de paragrafen 2.1 en 3.3.1.5). Uit het facultatieve karakter van de weigeringsgrond volgt dat ook de lidstaten niet van mening waren dat dit beginsel dwingt tot handhaving van de dubbele strafbaarheid. Het is dus niet nodig dat de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat al bestond ten tijde van het handelen of nalaten van de opgeëiste persoon, zoals ook blijkt uit de formulering van art. 4 onder 1 Kaderbesluit: “in een van de in artikel 2, lid 4, bedoelde gevallen *is* het feit dat aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag ligt naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet strafbaar”.¹⁶¹⁶ Bepalend is dus de stand van zaken ten tijde van de beslissing op het EAB.¹⁶¹⁷

Gelet op de beperking die in art. 2 lid 4 Kaderbesluit besloten ligt (“ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan”), lijkt het in eerste instantie voldoende dat het in het EAB omschreven handelen of nalaten alle bestanddelen van een strafbaarstelling van het recht van de uitvoerende lidstaat vervult. Dan is sprake van een “strafbaar feit” in de zin van die bepaling. De ratio van art. 2 lid 4 Kaderbesluit verzet zich niet ertegen dat ook rekening

¹⁶¹⁶ Mijn cursivering. Zie ook de Duitse (“wenn in einem der in Artikel 2 Absatz 4 genannten Fälle die Handlung, aufgrund deren der Europäische Haftbefehl ergangen ist, nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats keine Straftat *darstellt*”), Engelse (“if, in one of the cases referred to in Article 2(4), the act on which the European arrest warrant is based *does not constitute* an offence under the law of the executing Member State”) en Franse (“si, dans l’un des cas visés à l’article 2, paragraphe 4, le fait qui est à la base du mandat d’arrêt européen *ne constitue pas* une infraction au regard du droit de l’État membre d’exécution”) taalversies.

¹⁶¹⁷ In deze zin ook Keijzer 2005a, p. 146; Keijzer 2009b, p. 63. Anders Murschetz 2007a, p. 323. Volgens Fichera 2011, p. 81 en p. 119, is het nog onduidelijk of de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat moet worden beoordeeld naar de stand van zaken ten tijde van “the request” of van “the time in which the act was committed”.

wordt gehouden met rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden.¹⁶¹⁸ Waar naar het recht van de uitvoerende lidstaat bijvoorbeeld sprake zou zijn van een rechtvaardigingsgrond als noodweer, zou het buiten beschouwing laten van die grond immers leiden tot medewerking aan de handhaving van normen die in strijd worden geacht met de nationale rechtsopvattingen of waarbij een strafsancie misplaatst wordt geacht. Daarbij moet men dan meteen de kanttekening plaatsen dat een onderzoek naar eventuele rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden beperkt dient te blijven tot hetgeen de uitvoerende rechterlijke autoriteit in het EAB heeft vermeld¹⁶¹⁹ of anderszins aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft meegedeeld. Afgezien van gevallen waarin het primaire Unierecht (verplichting tot eerbiediging van mensenrechten) daartoe noopt, is het niet aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit om zelfstandig te treden in een onderzoek naar hetgeen is voorgevallen.

Evenals het Europees Verdrag betreffende uitlevering, mist het Kaderbesluit een bepaling over de analogische transformatie. Dezelfde redenen die in het uitleveringsrecht leiden tot analogische transformatie van de “nationale” onderdelen van de feitsomschrijving (zie paragraaf 2.3.3.2), brengen mee dat deze methode ook in het overleveringsrecht moet worden gehanteerd.¹⁶²⁰ Ware het anders, dan zou het overleveringsrecht op dit punt restrictiever zijn dan het uitleveringsrecht, terwijl het Kaderbesluit juist beoogde de overdracht van verdachten en veroordeelden te vergemakkelijken.¹⁶²¹ Art. 2 lid 4 Kaderbesluit maakt duidelijk dat de strafbaarstelling naar het recht van de uitvoerende lidstaat waaronder de gedraging na analogische transformatie zou kunnen worden gebracht qua inhoud en structuur (“bestanddelen”) noch qua kwalificatie hoeft overeen te komen met de strafbaarstelling naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Gezien de ratio van art. 2 lid 4 Kaderbesluit en de reikwijdte van deze bepaling, die zich immers niet uitstrekt over strafbare feiten die - in de voorstelling van de lidstaten grotendeels - geharmoniseerd zijn, is dit een begrijpelijke en ten gunste van overlevering strekkende regel.

De hier uiteengezette autonome uitleg van het begrip “strafbaar feit” levert nog een argument op voor de opvatting dat art. 2 lid 4 en art. 4 onder 1 Kaderbesluit de lidstaten alléén machtigen tot het stellen van de voorwaarde van strafbaarheid, niet van *gekwalificeerde* strafbaarheid. Zoals gezegd, staat het lidstaten niet vrij om de reikwijdte van een weigeringsgrond te *verruimen*. Maakt een lidstaat de overlevering ter zake van een niet lijstfeit afhankelijk van de voorwaarde van *gekwalificeerde* strafbaarheid naar zijn recht - bij niet voldoen aan welke voorwaarde de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering mag weigeren -, dan stelt hij een zwaardere voorwaarde dan art. 2 lid 4 Kaderbesluit toelaat. Aan een *zwaardere* voorwaarde is minder snel voldaan dan aan een lichtere, zodat de aan die zwaardere voorwaarde gekoppelde weigeringsgrond een *ruimere* reikwijdte heeft en, bijgevolg, tot meer weigeringen van de overlevering leidt.

Grondslag voor de toetsing van de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat vormen de door de uitvoerende rechterlijke autoriteit verplicht in het EAB te

¹⁶¹⁸ Hinterhofer 2007, p. 210; Keijzer 2005a, p. 143-144; Murschetz 2007a, p. 323; Schwaighofer 2007, p. 76. Anders Glerum 2005, p. 59 (onder verwijzing naar de hierna te vermelden notitie); Sanders 2011, p. 170 jo. p. 181; Van Sliedregt 2009b, p. 57; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 451, nr. 1, p. 4 (notitie *Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht*).

¹⁶¹⁹ Keijzer 2005a, p. 143-144.

¹⁶²⁰ Vóór analogische transformatie ook: Blekxtoon 2004a, p. 28; Hinterhofer 2007, p. 210; Keijzer 2005a, p. 145; Keijzer 2009b, p. 63-64; Murschetz 2007a, p. 323; Schwaighofer 2007, p. 76.

¹⁶²¹ Zie overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

vermelden gegevens. Ingevolge art. 8 lid 1 onder e Kaderbesluit moet het EAB bevatten “een beschrijving van de omstandigheden waaronder het strafbare feit is gepleegd, met vermelding van onder meer het tijdstip, de plaats en de mate van betrokkenheid van de gezochte persoon bij het strafbare feit”. Rubriek e) van het EAB biedt ruimte voor deze beschrijving en maakt onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten. Van deze laatste moet de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een “volledige omschrijving” geven. Deze volledige omschrijving dient een driedelig doel.¹⁶²² In de eerste plaats informatievervalsing aan de aangehouden opgeëiste persoon (art. 5 lid 2 EVRM; zie paragraaf 3.3.1.4).¹⁶²³ Daarnaast moet deze omschrijving de uitvoerende rechterlijke autoriteit in staat stellen na te gaan of zich een weigeringsgrond voordoet, zoals het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 1 Kaderbesluit).¹⁶²⁴ Ten slotte dient de omschrijving van de gedraging als grondslag voor de specialiteitsbescherming na de overlevering.¹⁶²⁵

Evenmin als in het uitleveringsrecht, is het in het overleveringsrecht aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit om te beoordelen of de opgeëiste persoon het - volledig - omschreven feit daadwerkelijk heeft begaan. Het ontbreken van schuld behoort immers niet tot de *limitatieve*¹⁶²⁶ weigeringsgronden. De omschrijving van de gedraging dient er dan ook niet toe de gegrondheid van de verdenking (of veroordeling) te beoordelen.¹⁶²⁷ Bij het EAB hoeft geen bewijsmateriaal te worden gevoegd waaruit een vermoeden van schuld van de opgeëiste persoon aan het feit blijkt.¹⁶²⁸ De beoordeling van de schuld van de opgeëiste persoon is voorbehouden aan de rechter in de uitvaardigende lidstaat (zie echter ook Hoofdstuk XVI).¹⁶²⁹ De omschrijving van het handelen of nalaten van de opgeëiste persoon wordt dus voor waar gehouden.

VII.3.4.2 Overleveringswet

In de Overleveringswet figureert de voorwaarde van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat ten aanzien van andere dan de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde strafbare feiten als een dwingende weigeringsgrond (art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 2° en

¹⁶²² Glerum & Rozemond 2008a, p. 193; Sanders 2011, p. 62-63.

¹⁶²³ Ginter 2009, p. 6-7; Keijzer 2009a, p. 53.

¹⁶²⁴ Zo ook het *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 18.

¹⁶²⁵ In vergelijkbare zin *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 18. Ook de Rechtbank Amsterdam erkent deze functie van de omschrijving: zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1486; Rb. Amsterdam 25 april 2008, *LJN* BD1641; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490; Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8262.

¹⁶²⁶ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

¹⁶²⁷ Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6318; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490.

¹⁶²⁸ Rb. Amsterdam 14 januari 2005, *LJN* AS4573; Rb. Amsterdam 2 september 2009, *LJN* BK4896. Zie ook Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6318; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490.

¹⁶²⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 17 december 2004, *LJN* AR8294; Rb. Amsterdam 30 mei 2006, *LJN* AX8631; Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8104 en BO8108; Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9508.

onderdeel b Olw).¹⁶³⁰ De Nederlandse wetgever is buiten de grenzen van art. 2 lid 4 Kaderbesluit getreden, door niet alleen strafbaarheid naar Nederlands recht, maar ook een Nederlandse strafbedreiging met een maximale vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden te eisen.¹⁶³¹ Zoals in paragraaf 3.4.1 is gebleken, machtigt art. 2 lid 4 Kaderbesluit de lidstaten niet tot het eisen van *gekwalificeerde* strafbaarheid en betekent de implementatie van gekwalificeerde strafbaarheid een ongeoorloofde verruiming van de reikwijdte van de weigeringsgrond.

De eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht is bewust ingevoerd. In de parlementaire stukken vindt men opgemerkt dat met art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 2° Olw inderdaad een strafbedreiging met een maximum van ten minste twaalf maanden vrijheidsstraf in *beide* lidstaten bedoeld is.¹⁶³² De eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht zou niet onvereenigbaar zijn met art. 2 lid 4 Kaderbesluit, omdat deze bepaling niet ertoe zou strekken om de lidstaten te beperken in de wijze waarop zij de dubbele strafbaarheid handhaven - anders zou de formulering exacter zijn geweest - en omdat tijdens de onderhandelingen over het Kaderbesluit nooit over een dergelijke beperking zou zijn gesproken.¹⁶³³ Het team van buitenlandse deskundigen dat de Nederlandse overleveringspraktijk heeft geëvalueerd, heeft geconstateerd dat art. 7 lid 1 Olw niet strookt met art. 2 lid 4 Kaderbesluit¹⁶³⁴ en heeft de aanbeveling gedaan de implementatiewet op dit punt in overeenstemming te brengen met het Kaderbesluit.¹⁶³⁵ Zoals is besproken in paragraaf 3.2.2, heeft de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer meegedeeld dat aanpassing van de Overleveringswet niet nodig is, omdat naar zijn mening geen sprake is van strijd met het Kaderbesluit.¹⁶³⁶

Het op de minder exacte formulering van art. 2 lid 4 Kaderbesluit gebaseerde argument is weinig overtuigend. Aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit valt namelijk een sterk tegenargument te ontleen. Die bepaling formuleert voor de vervolgingsoverlevering wel uitdrukkelijk de eis van *gekwalificeerde* strafbaarheid, dat wil zeggen niet alleen de eis van strafbaarheid (“feiten die door de wet van de uitvaardigende lidstaat strafbaar zijn gesteld”), maar ook de

¹⁶³⁰ Art. 7 lid 4 Olw verklaart art. 51a UW van overeenkomstige toepassing. De in art. 51a UW genoemde verdragen verplichten de partijen bepaalde gedragingen strafbaar te stellen - zoals vliegtuigkapingen, gijzelnemingen en terroristische bomaanslagen - en maken uitlevering voor de bedoelde strafbare feiten mogelijk, ook al heeft de aangezochte staat geen specifiek uitleveringsverdrag met de verzoekende staat. Indien de aangezochte staat niet uitlevert zonder basis in een verdrag, kan hij de in art. 51a UW bedoelde verdragen als grondslag voor uitlevering ter zake van de in die verdragen bedoelde strafbare feiten beschouwen. Volgens de Memorie van Toelichting ligt het niet voor de hand dat een lidstaat een beroep op die verdragen zal doen, maar is art. 51a UW toch van overeenkomstige toepassing verklaard om buiten twijfel te stellen dat Nederland zich aan zijn verdragsverplichtingen zal houden: *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 14. Het nut van lid 4 valt inderdaad te betwijfelen, omdat op de in art. 51a UW bedoelde strafbare feiten, voor zover zij al geen lijstfeiten opleveren, veelal in beide lidstaten een maximale vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden zal zijn gesteld.

¹⁶³¹ Een jaar is meer dan twaalf maanden: Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR4230.

¹⁶³² *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, C, p. 11.

¹⁶³³ *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, E, p. 3.

¹⁶³⁴ *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”. Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 30 en 45.

¹⁶³⁵ *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”. Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 53.

¹⁶³⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 545, p. 3.

eis van een minimale maximumstraf (“met een vrijheidsstraf of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel, met een maximum van ten minste twaalf maanden”). Wanneer dan hetzelfde artikel het begrip “strafbaar feit” *sec* hanteert, ligt het allerminst voor de hand dit begrip zodanig uit te leggen, dat het tevens de gekwalificeerde strafbaarheid omvat. Bovendien strookt een restrictieve uitleg - alleen de eis van strafbaarheid mag worden gesteld - met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten en met de wens om de overdracht van verdachten en veroordeelden te vergemakkelijken.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat art. 7 lid 1 OLW afwijkt van het Kaderbesluit,¹⁶³⁷ een afwijking die niet is geoorloofd, omdat zij ertoe leidt dat de overlevering in *minder* gevallen kan worden toegestaan dan waarin het Kaderbesluit voorziet.

Zou de nationale rechter een nationaal voorschrift dat met een Kaderbesluit strijdt buiten toepassing moeten laten - een opvatting die geen steun vindt in de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie Hoofdstuk III.3.3.1) -, dan zou de overleveringsrechter art. 7 lid 1 OLW niet mogen toepassen, voor zover daarin de eis van *gekwalificeerde* strafbaarheid naar Nederlands recht besloten ligt. Een kaderbesluitconforme uitleg van art. 7 lid 1 OLW op het punt van de strafbedreiging naar Nederlands recht lijkt mij niet haalbaar. Een aanknopingspunt voor een wetsystematische uitleg die tot een kaderbesluitconform resultaat leidt, ontbreekt. Wetshistorische uitleg leert dat de wetgever bewust de dubbele *gekwalificeerde* strafbaarheid heeft ingevoerd, zij het in de onjuiste veronderstelling dat zulks in overeenstemming met het Kaderbesluit zou zijn. Verdedigbaar is dat de “ondubbelzinnige bewoordingen”¹⁶³⁸ van art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 2° OLW geen ruimte bieden voor een kaderbesluitconforme uitleg, ondanks de kennelijke vergissing van de wetgever. Een kaderbesluitconforme uitleg zou dan ook leiden tot een uitleg *contra legem*.¹⁶³⁹

Ook hier blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak niet of de Rechtbank Amsterdam de mogelijkheid van een kaderbesluitconforme uitleg van art. 7 lid 1, onderdeel a, onder 2° OLW ooit heeft onderzocht. Is het feit weliswaar naar Nederlands recht strafbaar, maar is daarop in Nederland niet een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden gesteld, dan weigert zij de overlevering voor dat feit.¹⁶⁴⁰

Dat de bestanddelen en de kwalificatie van het Nederlandse strafbare feit niet dezelfde hoeven te zijn als die van het buitenlandse strafbare feit (art. 2 lid 4 Kaderbesluit), is niet vastgelegd in de Overleveringswet. Uit de rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam blijkt dat de buitenlandse en de Nederlandse strafbaarstellingen en kwalificaties niet identiek hoeven te zijn.¹⁶⁴¹ In sommige uitspraken stelt de Rechtbank Amsterdam uitdrukkelijk de

¹⁶³⁷ M.J. Borgers in punt 7 van zijn noot onder HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594; Glerum & Rozemond 2006, p. 156; Glerum & Rozemond 2008a, p. 200; Rozemond 2006, p. 133; Rozemond 2008, p. 288; Sanders 2011, p. 180; Van Sliedregt 2009b, p. 57. Anders kennelijk Sanders 2007, p. 15, noot 47.

¹⁶³⁸ Vgl. HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4.

¹⁶³⁹ Ook volgens Rozemond 2008, p. 289 lijkt een kaderbesluitconforme uitleg te leiden tot een uitleg *contra legem*, zodat de wetgever aan zet is. Hij doet de suggestie deze gevolgtrekking door middel van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen.

¹⁶⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6500 (verkoop van marihuana “met een totaalgewicht van minder (*sic*) dan 30 gram”); Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8965 (aanwezig hebben en verstrekken van hoeveelheden marihuana marihuana van ten hoogste dertig gram).

¹⁶⁴¹ Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 juli 2011, *LJN* BR4763 (naar Belgisch recht “weerspanningheid”, naar Nederlands recht “poging tot zware mishandeling”); Rb. Amsterdam 26 oktober 2011, *LJN* BU2958 (de verwerving van 0,5 gram marihuana in ruil voor een gestolen telefoon levert naar Nederlands recht opzetheling op).

eis dat het materiële feit onder een Nederlandse strafbepaling valt die in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de buitenlandse strafbepaling.¹⁶⁴² In andere uitspraken lijkt zij alleen te eisen dat het materiële feit onder enige Nederlandse strafbepaling valt.¹⁶⁴³ In vergelijking met het uitleveringsrecht, is het onder het overleveringsrecht moeilijker om vast te stellen of de Nederlandse strafbepaling in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de buitenlandse. Het EAB hoeft immers niet de tekst van de buitenlandse wettelijke bepalingen te bevatten en de uitvaardigende justitiële autoriteit hoeft daarvan niet steeds een kopie over te leggen (zie paragraaf 3.3.1.4).¹⁶⁴⁴ Bovendien is het de vraag of toepassing van het criterium van de kern van hetzelfde rechtsgoed een toegestane implementatie van art. 2 lid 4 Kaderbesluit oplevert. Toepassing van dat criterium houdt immers een extra eis in, hetgeen een verzwarende van de in art. 2 lid 4 Kaderbesluit bedoelde voorwaarde en dus een verruiming van de reikwijdte van de weigeringsgrond lijkt op te leveren (zie paragraaf 3.4.1). Daar staat tegenover dat de overleveringsrechter deze eis, waar hij die al stelt, kennelijk met souplesse hanteert, evenals de uitleveringsrechter (zie paragraaf 2.3.3.1). Mij is geen uitspraak bekend waarin de Rechtbank Amsterdam heeft vastgesteld dat het materiële feit onder een Nederlandse strafbepaling valt, maar desondanks de overlevering heeft geweigerd, omdat die strafbepaling niet in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de buitenlandse strafbepaling.

Art. 7 lid 3 OLW voorziet uitdrukkelijk - in vrijwel dezelfde bewoordingen als art. 5 lid 2 UW - in analogische transformatie van “nationale” elementen van de feitsomschrijving.¹⁶⁴⁵

VII.3.5 *Accessoire overlevering*

VII.3.5.1 *Kaderbesluit*

Anders dan het Europees Verdrag betreffende uitlevering (zie paragraaf 2.4), voorziet het Kaderbesluit niet in accessoire overlevering,¹⁶⁴⁶ dat wil zeggen overlevering ter zake van een feit dat niet voldoet aan de eis inzake de duur van de strafbedreiging of de eis inzake de duur van de opgelegde sanctie, tezamen met een feit dat daaraan wel voldoet. Enkele auteurs hebben een verband gelegd tussen het ontbreken van een bepaling inzake accessoire overlevering en de onmogelijkheid om *gekwalificeerde* strafbaarheid naar het recht van de *uitvoerende* lidstaat te eisen (zie paragraaf 3.4.1).¹⁶⁴⁷ Inderdaad lijkt om die reden de noodzaak voor de regeling van de accessoire overlevering geringer dan in het

¹⁶⁴² Rb. Amsterdam 17 mei 2005, *LJN* AT5637; Rb. Amsterdam 28 april 2006, *LJN* AW5616 (“eenzelfde strafrechtelijk belang”); Rb. Amsterdam 1 juni 2010, *LJN* BQ5702; Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8108; Rb. Amsterdam 16 april 2012, *LJN* BX4875.

¹⁶⁴³ Zie bijv. Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6497 en BM6498 (uitgangspunt is de feitenomschrijving, niet de kwalificatie of strafbaarstelling naar het recht van de uitvaardigende lidstaat); Rb. Amsterdam 21 januari 2011, *LJN* BP2326 (de overleveringsrechter hoeft alleen te onderzoeken of de materiële feiten in Nederland een inbreuk op de rechtsorde vormen, waarbij de kwalificatie naar het recht van de uitvaardigende lidstaat en naar Nederlands recht niet ter zake doet); Rb. Amsterdam 1 april 2011, *LJN* BQ7168 (de rechtbank dient te toetsen of het feit onder enige Nederlandse strafbepaling te brengen is).

¹⁶⁴⁴ HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.5.1-3.5.2.

¹⁶⁴⁵ Glerum 2005, p. 60; Sanders 2007, p. 15; Sanders 2011, p. 181.

¹⁶⁴⁶ Ang 2005, p. 54; Blektoon 2005, p. 227; Keijzer 2005a, p. 141; Keijzer 2009b, p. 62; Rozemond 2006, p. 137; Sanders 2007, p. 16, noot 52.

¹⁶⁴⁷ Blektoon 2005, p. 227 (impliciet); Keijzer 2009b, p. 62.

uitleveringsrecht. Dit verband verklaart evenwel niet volledig de afwezigheid van een bepaling inzake de accessoire overlevering. Het Kaderbesluit bevat immers ook drempels naar het recht van de *uitvaardigende* lidstaat voor de uitvaardiging van een EAB. Accessoire overlevering kan dus ook van belang zijn voor bijkomende strafbare feiten die onder die drempels blijven, tenzij men aanneemt dat het Kaderbesluit in de weg staat aan de uitvaardiging van een EAB voor dergelijke feiten.

Art. 2 lid 1 Kaderbesluit regelt de voorwaarden waaronder een EAB kan worden uitgevaardigd: strafbaarheid en een maximale strafbedreiging met een vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden (vervolgingsoverlevering) dan wel een opgelegde vrijheidsstraf met een duur van ten minste vier maanden (executieoverlevering). Deze bepaling strekt naar mijn mening tot *minimum*harmonisatie. Steun voor deze opvatting is te vinden in art. 31 lid 2 Kaderbesluit. Zoals volgt uit deze bepaling kunnen de lidstaten overeenkomsten en regelingen die ten tijde van de aanneming van het Kaderbesluit al van kracht waren, blijven toepassen “voor zover deze verder reiken dan de doelstellingen van het kaderbesluit en ertoe bijdragen de procedure voor overlevering van personen tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd verder te vereenvoudigen of te vergemakkelijken”.¹⁶⁴⁸ Art. 31 lid 2 Kaderbesluit regelt bovendien dat de lidstaten vóór de inwerkingtreding van het Kaderbesluit overeenkomsten en regelingen konden sluiten, voor zover deze verder reikten dan de doelstelling van het Kaderbesluit en voor zover deze ertoe bijdroegen de procedures van overlevering verder te vereenvoudigen of te vergemakkelijken, in het bijzonder door “verlaging van de in art. 2, lid 1 (...) bedoelde drempel”. De lidstaten konden dus de bestaande bi- en multilaterale regelingen inzake accessoire uitlevering blijven toepassen en konden bi- en multilaterale regelingen inzake accessoire overlevering treffen.

Het voorgaande wil niet zeggen dat *unilateraal* optreden uitgesloten is. Art. 2 lid 1 Kaderbesluit strekt immers tot minimumharmonisatie. Het nadeel van dergelijk unilateraal optreden is wel dat een lidstaat die de uitvaardiging van EAB's en de overlevering ter zake van accessoire feiten mogelijk heeft gemaakt, van de andere lidstaten niet mag verlangen dat zij eenzelfde gedragslijn volgen. Sommige lidstaten hebben uitdrukkelijk voorzien in accessoire overlevering, andere niet.¹⁶⁴⁹ Binnen de groep van lidstaten die niet uitdrukkelijk hebben voorzien in accessoire overlevering, bestaat in sommige lidstaten de mogelijkheid om de overlevering ter zake van accessoire feiten desondanks toe te staan, terwijl in de

¹⁶⁴⁸ Glerum & Rozemond 2006, p. 156 verwijzen in dit verband naar art. 2 lid 2 EUV en art. 2 lid 2 BUV. Zo ook Rozemond 2006, p. 137 (art. 2 lid 2 EUV). Toepassing van art. 2 lid 2 EUV is niet mogelijk, nu art. 31 lid 2 Kaderbesluit niet ziet op de in art. 31 lid 1 Kaderbesluit bedoelde verdragen: HvJ EG 12 augustus 2008, *NJ* 2009, 48 (Santesteban Goicoechea), r.o. 55. Dat geldt niet voor het Benelux uitleveringsverdrag en voor de Overeenkomst van Wittem (art. II), omdat deze verdragen niet in art. 31 lid 1 Kaderbesluit voorkomen. België, Luxemburg en Nederland hebben zich echter - voor wat betreft de bepalingen over uitlevering - op grond van art. 54 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht teruggetrokken uit het Beneluxuitleveringsverdrag (Rb. Amsterdam 13 september 2005, *LJN* AU2813; Hof van Cassatie van België 24 augustus 2004, AR P.04.1211.N, beschikbaar op www.cass.be), zodat toepassing van art. 2 lid 2 BUV evenmin mogelijk is. Bovendien heeft Nederland verklaringen afgelegd bij het Beneluxuitleveringsverdrag en bij de Overeenkomst van Wittem, die inhouden dat Nederland deze verdragen niet meer toepast met ingang van 1 januari (!) 2004: *Trb.* 2006, 146 en *Trb.* 2006, 100.

¹⁶⁴⁹ De Commissie meldt dat van de 24 lidstaten die op haar daartoe strekkende vraag hebben gereageerd 11 lidstaten accessoire overlevering toestaan en 8 lidstaten niet. Vier lidstaten staan accessoire overlevering alleen als uitvoerende lidstaat toe; één lidstaat (Nederland) staat alleen de uitvaardiging van EAB's ter zake van accessoire feiten toe: *Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2011)430 final, p. 9.

andere lidstaten die ruimte niet aanwezig is. In het kader van de wederzijdse evaluatie van de praktische toepassing van het EAB is daarom voorgesteld dat de voorbereidende organen van de Raad van de Europese Unie “de kwestie van overlevering op grond van accessoire misdrijven zullen bespreken en voorstellen zullen doen”.¹⁶⁵⁰ De Raad heeft de bal teruggekaatst naar de lidstaten. Hij heeft geconcludeerd dat “de lidstaten, wat betreft de kwestie van overlevering op grond van accessoire strafbare feiten, desnoods op nationaal niveau trachten actie te ondernemen om een oplossing te vinden voor moeilijkheden die zich bij gebreke van een voorschrift in het kaderbesluit zouden kunnen voordoen”.¹⁶⁵¹

De bezwaren tegen het ontbreken van een regeling van de accessoire overlevering moeten worden beschouwd in samenhang met de bestaande regeling van de specialiteitsbescherming. Op het verbod van vervolging, berechting en vrijheidsbeneming ter zake van andere feiten dan waarvoor de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering heeft toegestaan (art. 27 lid 2 Kaderbesluit; het specialiteitsbeginsel), bestaat namelijk een aantal uitzonderingen. Na overlevering kan de uitvaardigende lidstaat de overgeleverde persoon *zonder meer* vervolgen ter zake van een ander feit dan waarvoor de overlevering is toegestaan, voor zover dat strafbare feit niet bedreigd wordt met een vrijheidssanctie (art. 27 lid 3 onder b Kaderbesluit). Voor - uitsluitend - zo een feit zou de uitvaardigende rechterlijke autoriteit ingevolge art. 2 lid 1 Kaderbesluit niet een EAB hebben kunnen uitvaardigen.¹⁶⁵² De autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat kunnen de opgeëiste persoon eveneens vervolgen ter zake van een ander feit dan waarvoor de overlevering is toegestaan, voor zover geen maatregel wordt toegepast die de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon beperkt (art. 27 lid 3 onder c Kaderbesluit), zoals voorlopige hechtenis. Deze uitzondering is dus ook van toepassing, indien het strafbare feit bedreigd wordt met een vrijheidssanctie waarvan het maximum onder de drempel van art. 2 lid 1 Kaderbesluit ligt. Ten slotte kan de uitvaardigende lidstaat ter zake van een ander feit dan waarvoor de overlevering is toegestaan een straf of maatregel die geen vrijheidsbeneming meebrengt, zoals “financiële sancties - met name geldboeten - of maatregelen - zoals gemeenschapsdienst - of bevelen of verboden - waaronder bijvoorbeeld het verbod om zich op bepaalde plaatsen op te houden of de verplichting om de betrokken lidstaat niet te verlaten -”,¹⁶⁵³ ten uitvoer leggen, ook als de tenuitvoerlegging kan leiden tot beperking van de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon (art. 27 lid 3 onder d Kaderbesluit). Bij de toepassing van deze uitzonderingen op de bescherming van het specialiteitsbeginsel zijn strafbaarheid en strafbedreiging naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet van belang. De autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat mogen de opgeëiste persoon dus wel vervolgen wegens strafbare feiten die niet voldoen aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit, mits zij niet overgaan tot vrijheidsbeneming ter zake van die feiten.¹⁶⁵⁴ Leidt

¹⁶⁵⁰ Eindverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde - De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten, Raadsdocument 8302/4/09 REV 4 van 28 mei 2009, p. 16.

¹⁶⁵¹ Follow-up van de aanbevelingen in het eindverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde met betrekking tot het Europees aanhoudingsbevel, tijdens het Spaanse voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie - Ontwerpconclusies van de Raad, Raadsdocument 8436/2/10 REV 2 van 28 mei 2010, p. 5. De Raad heeft deze conclusie tijdens de JBZ-vergadering van 3/4 juni 2010 aangenomen.

¹⁶⁵² Murschetz 2007a, p. 327.

¹⁶⁵³ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 70.

¹⁶⁵⁴ Een en ander staat niet in de weg aan vrijheidsbeneming uit hoofde van het feit waarvoor de overlevering is toegestaan: HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 75.

die vervolging tot oplegging van een vrijheidsbenemende sanctie, dan mag deze niet ten uitvoer worden gelegd, tenzij de uitvoerende rechterlijke autoriteit daarvoor haar toestemming heeft gegeven.¹⁶⁵⁵ Hetzelfde geldt voor een vóór de overlevering opgelegde vrijheidssanctie, die qua duur niet aan de eis van art. 2 lid 1 Kaderbesluit voldoet. Ook deze sanctie mag niet ten uitvoer worden gelegd zonder toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit.

Na de overlevering kan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit toestemming tot vervolging, berechting of vrijheidsbeneming verzoeken ter zake van een ander feit dan waarvoor de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering heeft toegestaan (art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit). De uitvoerende rechterlijke autoriteit *moet* de toestemming verlenen, indien het strafbare feit waarvoor zij wordt gevraagd “op zichzelf de verplichting tot overlevering overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit meebrengt” (art. 27 lid 4, tweede volzin Kaderbesluit). Er bestaat dus geen *verplichting* tot het verlenen van toestemming wegens een strafbaar feit dat niet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit voldoet. De uitvoerende justitiële autoriteit *moet* de toestemming weigeren, indien zich een in art. 3 Kaderbesluit genoemde weigeringsgrond voordoet en *mag* in de overige gevallen alleen weigeren, indien zich een in art. 4 Kaderbesluit genoemde weigeringsgrond voordoet (art. 27 lid 4, derde volzin Kaderbesluit). Uit de samenhang tussen de tweede en de derde volzin leid ik af dat de lidstaten de uitvoerende rechterlijke autoriteit de bevoegdheid mogen geven om de aanvullende toestemming te geven ter zake van feiten die wel strafbaar zijn naar het recht van de uitvaardigende lidstaat, maar niet voldoen aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit, behoudens de in de art. 3 en 4 Kaderbesluit bedoelde gevallen.

Het hangt dus van de wetgeving van de uitvoerende lidstaat af of de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat de opgeëiste persoon mogen onderwerpen aan voorlopige hechtenis ter zake van een strafbaar feit dat niet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit voldoet en of zij een voor een dergelijk feit opgelegde vrijheidssanctie dan wel een vrijheidssanctie die qua duur niet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit voldoet ten uitvoer mogen leggen. De uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel compenseren het ontbreken van een regeling van de accessoire overlevering dus slechts ten dele.

VII.3.5.2 Overleveringswet

Evenmin als het Kaderbesluit, bevat de Overleveringswet een voorziening inzake accessoire overlevering.¹⁶⁵⁶ De parlementaire stukken voeren als reden aan dat de figuur accessoire overlevering niet is voorzien in het Kaderbesluit en *derhalve* niet bestaat onder het overleveringsregime.¹⁶⁵⁷ In de vorige paragraaf is gebleken dat op deze *conclusie* valt af te dingen en dat niet alle lidstaten het daarmee eens zijn.¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁵ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 73.

¹⁶⁵⁶ Glerum 2005, p. 67; Glerum & Rozemond 2006, p. 156; Glerum & Rozemond 2008a, p. 200; Rozemond 2006, p. 137; Sanders 2007, p. 16; Sanders 2011, p. 185.

¹⁶⁵⁷ Kamerstukken I 2003/04, 29 042, E, p. 4.

¹⁶⁵⁸ Opmerkelijk is overigens dat Nederlandse officieren van justitie zich kennelijk wel bevoegd achten om EAB's uit te vaardigen ter zake van accessoire feiten die niet voldoen aan art. 2 lid 1 Olw. Opmerkelijk, omdat de aanhef van art. 2 lid 1 Olw inhoudt dat een EAB “slechts” kan worden afgegeven wegens de in die bepaling genoemde feiten. Zie *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 15: “Volgens de voorlopige werkwijze kunnen strafbare feiten die niet voldoen aan de strafdrempels ook in door de

In het systeem van het Kaderbesluit heeft het ontbreken van de accessoire overlevering *alleen* gevolgen voor accessoire feiten die niet voldoen hetzij aan de eis van een strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat met een maximale vrijheidssanctie van ten minste twaalf maanden (vervolgingsoverlevering), hetzij aan de eis van een opgelegde vrijheidssanctie met een duur van ten minste vier maanden (executieoverlevering). Art. 2 lid 4 Kaderbesluit laat immers het stellen van een eis met betrekking tot de strafbedreiging naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet toe. In het systeem van de Overleveringswet heeft het ontbreken van accessoire overlevering gevolgen voor een grotere groep van gevallen. De Overleveringswet laat immers in geval van executieoverlevering - ten onrechte - de eis inzake strafbaarheid en strafbedreiging *cumuleren* met de eis inzake de opgelegde sanctie en eist bovendien - ten onrechte - *gekwalificeerde* dubbele strafbaarheid ten aanzien van andere feiten dan lijstfeiten. Hoe meer eisen men aan de strafbare feiten stelt, des te meer zal men het gemis van accessoire overlevering voelen. In al deze gevallen dwingt de Overleveringswet de Rechtbank Amsterdam tot weigering van de overlevering ter zake van het accessoire feit.¹⁶⁵⁹ Zie over partiële weigering van de executieoverlevering ook paragraaf 3.2.2.

Nederland heeft de in de vorige subparagraaf besproken uitzonderingen op de bescherming van het specialiteitsbeginsel - die aan art. 10 EU-uitleveringsovereenkomst zijn ontleend (zie paragraaf 2.4) - geïmplementeerd (art. 14 lid 1 onder b, c en d Olw), maar, zoals gezegd, lossen deze uitzonderingen de problemen met betrekking tot feiten die niet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit voldoen niet volledig op. Daarbij komt dat de wijze waarop Nederland de regeling van de toestemming door de uitvoerende rechterlijke autoriteit (art. 27 lid 3 onder g en lid 4 Kaderbesluit) heeft geïmplementeerd de zaak verder compliceert. Nederland heeft namelijk geen gebruik gemaakt van de in art. 27 lid 4 Kaderbesluit besloten mogelijkheid om toestemming te verlenen voor een strafbaar feit dat niet “op zichzelf de verplichting tot overlevering overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit meebrengt”. De formulering van art. 14 lid 3 OLW sluit uit dat de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam toestemming verleent ter zake van feiten waarvoor overeenkomstig de Overleveringswet de overlevering niet had kunnen worden toegestaan. Voor het verlenen van de toestemming gelden dezelfde criteria als voor het toestaan van de

Nederlandse autoriteiten uitgevaardigde EAB's worden opgenomen als duidelijk wordt aangegeven dat Nederland voor deze accessoire overlevering geen wederkerigheid kan bieden”. Het zou hier overigens niet gaan om een algemeen gebruik.

¹⁶⁵⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 juli 2004, *LJN* AQ6064 (vervolgingsoverlevering; geweldpleging, met als gevolg tijdelijke arbeidsongeschiktheid van maximaal 8 dagen wordt naar Frans recht niet bedreigd met een maximale vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden); Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN* BC9797 (executieoverlevering; op het besturen van een motorrijtuig zonder verzekering en zonder houder te zijn van een rijbewijs staat naar Belgisch recht niet een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden; hetzelfde geldt voor weerspanning ten aanzien van een drager van de openbare macht); Rb. Amsterdam 16 december 2008, *LJN* BG7290 (vervolgingsoverlevering; op belediging van politieambtenaren staat naar Nederlands recht niet een maximale gevangenisstraf van ten minste twaalf maanden); Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6291 (executieoverlevering; op handelen in strijd met het Nederlandse art. 252 lid 1 onder b Sr staat slechts een gevangenisstraf van maximaal 9 maanden); Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BP5567 (executieoverlevering; op overtreding van art. 8 WVV 1994 staat niet een maximale gevangenisstraf van ten minste twaalf maanden); Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7979 (executieoverlevering; op overtreding van art. 8 WVV 1994 staat niet een maximale gevangenisstraf van ten minste twaalf maanden); Rb. Amsterdam 26 november 2011, *LJN* BU2958 (executieoverlevering; op bezit van minder dan 30 gram (*sic*) marihuana staat naar Nederlands recht slecht hechtens van ten hoogste één maand).

overlevering.¹⁶⁶⁰ Ter zake van niet-lijstfeiten mag de officier van justitie dus geen toestemming verlenen, indien deze feiten niet voldoen aan de eis inzake de strafbedreiging naar het recht van beide lidstaten en/of aan de eis inzake de opgelegde sanctie.

Naar aanleiding van een evaluatie van de Nederlandse overleveringspraktijk¹⁶⁶¹ heeft de Minister van Justitie aangekondigd voornemens te zijn een ommissie in het Kaderbesluit (...) te repareren” door de Overleveringswet aan te vullen met een regeling inzake de accessoire overlevering.¹⁶⁶²

VII.4 Conclusie

In de vorige twee paragrafen zijn de regeling van de gekwalificeerde dubbele strafbaarheid in het uitleveringsrecht (paragraaf 2) en de regelingen van de gekwalificeerde enkelvoudige strafbaarheid en van de dubbele strafbaarheid met enkelvoudige kwalificatie in het overleveringsrecht (paragraaf 3) besproken. Uit de bespreking van het overleveringsrecht komen enkele verschillen en enkele overeenkomsten met het uitleveringsrecht naar voren. Bij deze verschillen en overeenkomsten moet onderscheid worden gemaakt tussen het overleveringsrecht zoals neergelegd in het Kaderbesluit en het overleveringsrecht zoals neergelegd in de Overleveringswet. De Overleveringswet bevat namelijk niet steeds een getrouwe implementatie van het Kaderbesluit.

Bezien vanuit het Kaderbesluit, verschilt het overleveringsrecht op het punt van de gekwalificeerde dubbele strafbaarheid in hoofdzaak in vier opzichten van het uitleveringsrecht, in volgorde van relevantie: (1) de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid ter zake van de zogenaamde lijstfeiten, (2) de optionele dubbele strafbaarheid ter zake van andere feiten, (3) de alternatieve eisen inzake strafbaarheid en strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat (strafvervolgning) en inzake de duur van de opgelegde vrijheidsstraf (executieoverlevering) en (4) het ontbreken van een voorziening inzake accessoire overlevering.

De eerste twee verschillen hangen nauw met elkaar samen. De afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid hoeft geen verbazing te wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Dit beginsel brengt immers mee dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de strafrechtelijke beslissing van een rechterlijke autoriteit uit een andere lidstaat erkent, ook al had zij naar haar eigen regels niet tot een vergelijkbare beslissing kunnen komen, bijvoorbeeld omdat de bewuste gedraging niet strafbaar is naar haar nationale recht.¹⁶⁶³ Het beginsel van wederzijdse erkenning berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, welk vertrouwen gebaseerd is niet op de gelijkheid, maar op de gelijkwaardigheid van de rechtsstelsels van de lidstaten. De afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid wekt evenmin verbazing in het licht van het primaire Unierecht. Het onder meer in art. 7 lid 1 EVRM en in art. 49 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde legaliteitsbeginsel dwingt namelijk niet tot handhaving van de dubbele strafbaarheid. Ook

¹⁶⁶⁰ Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 18.

¹⁶⁶¹ Zie *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008.

¹⁶⁶² Kamerstukken II 2008/09, 23 490, nr. 545, p. 3. Het is de vraag of een dergelijke unilaterale nationale regeling, die geen grondslag heeft in het Kaderbesluit of een verdrag, wel verenigbaar is met art. 2 lid 3 Gw: Rozemond 2006, p. 137.

¹⁶⁶³ In deze zin ook Ouwkerk 2011a, p. 93 en p. 111.

los van het beginsel van wederzijdse erkenning, kan worden betwijfeld of de ratio van de dubbele strafbaarheid nog in volle omvang en in elke uitleveringsverhouding noopt tot handhaving daarvan. Uiteindelijk is de handhaving of afschaffing een politieke keuze van de lidstaten. Die keuze kan worden onderbouwd met een beroep op het beginsel van wederzijdse erkenning (maar nodig is dat niet).

Wel is het op zichzelf verbazingwekkend dat de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid beperkt is tot een lijst van 32 categorieën van strafbare feiten die met een minimale maximumstraf van drie jaren worden bedreigd en dat de lidstaten voor andere feiten het vereiste van dubbele strafbaarheid mogen invoeren. Deze regelingen laten zien dat de lidstaten de consequenties van het beginsel van wederzijdse erkenning niet volledig hebben willen aanvaarden. In de voorstelling van de lidstaten kon de toetsing van de dubbele strafbaarheid worden afgeschaft ter zake van de 32 categorieën, omdat deze categorieën van strafbare feiten in alle lidstaten strafbaar zouden zijn, maar moest het mogelijk zijn om ter zake van andere feiten - niet geharmoniseerde strafbare feiten - de overlevering te weigeren. Het onderscheid tussen feiten die in alle lidstaten strafbaar zijn en feiten, die vanwege het ontbreken van harmonisatie op internationaal of Europees niveau, (mogelijk) niet in lidstaten strafbaar zijn, is voor het beginsel van wederzijdse erkenning irrelevant. De erkenning van strafrechtelijke beslissingen uit andere lidstaten is immers niet afhankelijk van de voorwaarde dat de erkennende autoriteit naar haar nationale recht tot een vergelijkbare beslissing had kunnen komen. Anders gezegd, het beginsel is van meer belang voor *niet* geharmoniseerde strafbare feiten dan voor feiten die - in de voorstelling van de lidstaten - wel geharmoniseerd zijn, maar het Kaderbesluit geeft de lidstaten de mogelijkheid juist die eerste categorie aan de werking van het beginsel te onttrekken.

De regeling van de lijstfeiten en de optionele dubbele strafbaarheid voor andere feiten vormen dan ook een compromis. Kaderbesluiten konden alleen met eenparigheid van stemmen worden aangenomen (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU). Kennelijk was afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid ter zake van de lijstfeiten en de mogelijkheid van handhaving van de dubbele strafbaarheid ter zake van andere feiten ten tijde van de aanneming van het Kaderbesluit de op dat moment meest haalbare balans tussen doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning aan de ene kant en handhaving van de soevereiniteit van de lidstaten aan de andere kant. De lidstaten zien dit compromis klaarblijkelijk als werkbaar, omdat het - zij het soms met aanpassingen - terugkeert in andere kaderbesluiten inzake de justitiële samenwerking in strafzaken.¹⁶⁶⁴

¹⁶⁶⁴ Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevestiging van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59; Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op straffonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102; Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, *PbEU* 2008, L 350/72; Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning

Uit het arrest *Advocaten voor de Wereld* kan worden afgeleid dat de afschaffing van de toetsing van de dubbele strafbaarheid ter zake van lijstfeiten in de voorstelling van het Hof van Justitie niet berust op de gedachte dat de lijstfeiten in alle lidstaten strafbaar zijn gesteld, maar op de gedachte dat deze feiten - ongeacht of zij in alle lidstaten strafbaar zijn - zo gevaarlijk zijn voor de rechtsorde of de openbare veiligheid, dat de lidstaten verplicht zijn om elkaar te helpen bij de bestrijding daarvan. De lidstaten zijn elkaar dus voor deze ernstige feiten solidariteit verschuldigd, ook al zou het feit naar hun recht niet strafbaar zijn. De verplichte solidariteit ter zake van lijstfeiten kent evenwel een aantal grenzen. Nu het Kaderbesluit geen regels bevat met betrekking tot de uitoefening van rechtsmacht, is niet uitgesloten dat de rechtsmacht van een lidstaat zich uitstrekt over feiten die geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat dan wel geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn begaan. In dergelijke gevallen zijn het belang van de uitvaardigende lidstaat bij de overlevering en dus zijn aanspraak op solidariteit minder evident dan wanneer het lijstfeit op zijn grondgebied is begaan. Daarom hebben de lidstaten de bevoegdheid om de overlevering te weigeren in gevallen waarin het (lijst)feit niet geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan. Daardoor kunnen de lidstaten hun soevereiniteit laten prevaleren boven de solidariteit met andere lidstaten in gevallen waarin het lijstfeit niet strafbaar is naar hun recht. Ter zake van niet-lijstfeiten, feiten die naar hun aard of strafbedreiging geen ernstig gevaar voor de rechtsorde of de openbare veiligheid opleveren, hebben de lidstaten eveneens de bevoegdheid om hun soevereiniteit te laten prevaleren boven de solidariteit. Zij mogen de overlevering voor die feiten namelijk afhankelijk stellen van de voorwaarde van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Maken zij daarvan geen gebruik - zoals slechts enkele lidstaten hebben gedaan -, dan geldt dat zij moeten meewerken aan overlevering, ook al is het feit niet strafbaar krachtens hun nationale recht (behoudens de aanwezigheid van een andere weigeringsgrond).

Bezien vanuit de Nederlandse implementatie van de regeling van de lijstfeiten en van de dubbele strafbaarheid inzake andere feiten - zoals neergelegd in art. 7 lid 1 OLW - is ten dele sprake van een verschil met het Kaderbesluit en ten dele van een overeenkomst. De regeling van de lijstfeiten komt overeen met die van het Kaderbesluit, al voerde de overleveringsrechter in de praktijk een met het Kaderbesluit onverenigbare ambtshalve systematische toets uit op de aanduiding van het lijstfeit, een toets waarvoor bij een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet geen plaats is. De Nederlandse wetgever heeft de facultatieve weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid ter zake van niet-lijstfeiten geïmplementeerd als een dwingende weigeringsgrond, hetgeen hem vrijstond. De Nederlandse wetgever is echter buiten de grenzen van het Kaderbesluit getreden door ter zake van andere feiten dan lijstfeiten niet alleen strafbaarheid naar Nederlands recht, maar ook een minimale maximumstrafbedreiging met twaalf maanden vrijheidsstraf te eisen. Het Kaderbesluit machtigt de lidstaten tot het stellen van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid, niet de voorwaarde van *gekwalificeerde* dubbele strafbaarheid. Het lijkt niet goed mogelijk om de Overleveringswet op dit punt kaderbesluitconform uit te leggen. Afgezien van de mogelijkheid van een door de Commissie te instigeren inbreukprocedure zodra de met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon ingevoerde overgangperiode is verstreken (zie Hoofdstuk III.3.3.2), kan alleen de Nederlandse wetgever soelaas bieden, maar naar aanleiding van Europese

op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

kritiek heeft de Minister van Justitie laten weten dat hij niet voornemens is een aanpassing van de Overleveringswet te initiëren. Door de voorwaarde van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht (ter zake van niet-lijstfeiten) komt het Nederlandse overleveringsrecht in zoverre overeen met het uitleveringsrecht, dat (ter zake van alle feiten) de eis van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid stelt.

Het derde verschil van het Kaderbesluit met het uitleveringsrecht is dat voor de uitvaardiging van een EAB alternatieve eisen gelden. In geval van een vervolgingsoverlevering dient het feit strafbaar te zijn naar het recht van de uitvaardigende lidstaat en dient in die lidstaat op dat feit een minimale maximumstrafbedreiging met vrijheidsstraf van twaalf maanden te staan. In geval van executieoverlevering volstaat dat een vrijheidsstraf met een duur van ten minste vier maanden is opgelegd. In het uitleveringsrecht cumuleren deze eisen in geval van executie-uitlevering: de vrijheidsstraf met een duur van vier maanden dient te zijn opgelegd voor een strafbaar feit dat naar het recht van de verzoekende staat wordt bedreigd met een minimale maximumvrijheidsstraf van één jaar. De ont koppeling van de eisen in het overleveringsrecht laat zich verklaren door het streven naar een meer eenvoudige en snellere overdracht van de opgeëiste persoon. Die ont koppeling is mogelijk vanwege de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, in het bijzonder het vertrouwen dat een EAB ter fine van executieoverlevering niet wordt uitgevaardigd wanneer de belasting voor de opgeëiste persoon (en voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit) niet in een redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel.

In ongeoorloofde afwijking van het Kaderbesluit laat de Overleveringswet de eisen in geval van executieoverlevering cumuleren, waardoor de Overleveringswet op dit punt overeenkomt met het uitleveringsrecht. Naar aanleiding van kritiek van de Commissie is van Nederlandse zijde onder meer gewezen op de wenselijkheid te voorkomen dat zou moeten worden overgeleverd wegens bagateldelicten, maar zulks rechtvaardigt niet een eenzijdig afwijken van het Kaderbesluit. Hoewel een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet naar mijn mening mogelijk is, past de overleveringsrechter tot nog toe de Overleveringswet op dit punt toe conform de bedoeling van de wetgever. Op aanpassing van de Overleveringswet is van Europese zijde herhaaldelijk, doch vergeefs aangedrongen. Ook hier zou de Commissie na het verstrijken van de overgangperiode stappen kunnen ondernemen, teneinde de overeenkomst met het uitleveringsrecht te doen beëindigen.

Ten slotte verschilt het Kaderbesluit met het uitleveringsrecht op het punt van de accessoire feiten. In het uitleveringsrecht kunnen accessoire feiten, dat wil zeggen strafbare feiten die niet aan de eisen inzake de strafbedreiging in beide staten en/of inzake de duur van de opgelegde vrijheidsstraf voldoen, tot uitlevering leiden tezamen met ten minste één feit dat wel aan die eisen voldoet (en waarvoor de uitlevering toelaatbaar is). Het Kaderbesluit mist een vergelijkbare voorziening. Aan accessoire overlevering bestaat minder behoefte dan aan accessoire uitlevering, omdat het Kaderbesluit (ten aanzien van niet-lijstfeiten) niet de mogelijkheid geeft om gekwalificeerde dubbele strafbaarheid te eisen, maar alleen dubbele strafbaarheid, dat wil zeggen strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Dat neemt niet weg dat accessoire overlevering een rol zou kunnen vervullen voor feiten die niet voldoen aan hetzij de eis inzake de strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat (in geval van vervolgingsoverlevering), hetzij de eis inzake (de duur van) de opgelegde (vrijheids)sanctie (in geval van executieoverlevering). Gezien de doelstelling van het Kaderbesluit - vereenvoudiging en versnelling van de overdracht van verdachten en veroordeelden - is het ontbreken van een uitdrukkelijke voorziening opmerkelijk. Het Kaderbesluit laat overigens de lidstaten de ruimte om -

unilateraal - de uitvaardiging en tenuitvoerlegging van EAB's ter zake van accessoire feiten mogelijk te maken, maar bij gebreke van een uitdrukkelijke Unierechtelijke voorziening hoeft een lidstaat die deze ruimte niet heeft benut een EAB dat mede is uitgevaardigd ter zake van accessoire feiten niet te aanvaarden, voor zover het die accessoire feiten betreft. In dit opzicht bestaat dan weer geen verschil met het uitleveringsverdragsrecht, omdat accessoire uitlevering niet een plicht, maar een bevoegdheid is.

De Overleveringswet kent evenmin een regeling inzake accessoire overlevering. Ten tijde van de totstandkoming van de Overleveringswet was de Nederlandse wetgever namelijk van mening dat het ontbreken van een regeling in het Kaderbesluit in de weg stond aan opname van een regeling in de Overleveringswet. Het ontbreken van een dergelijke regeling in de Overleveringswet heeft gevolgen voor een grotere groep strafbare feiten dan het ontbreken van een regeling in het Kaderbesluit. De Nederlandse wetgever heeft immers ten onrechte voor executieoverlevering de eis inzake strafbaarheid en strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat laten cumuleren met eis inzake de duur van de opgelegde vrijheidssanctie en heeft ten onrechte voor niet-lijstfeiten de eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht ingevoerd. De Nederlandse overleveringsrechter moet de overlevering weigeren ter zake van feiten waarvoor wel een vrijheidssanctie van voldoende duur is opgelegd, maar die niet voldoen aan de eis inzake strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat, en ter zake van niet-lijstfeiten die wel strafbaar zijn naar Nederlands recht, maar die niet voldoen aan de eis inzake de strafbedreiging naar Nederlands recht, terwijl deze feiten bij een correcte implementatie van het Kaderbesluit zelfstandig aanleiding zouden geven tot overlevering. Nu het Kaderbesluit geen regeling inzake accessoire overlevering bevat, bestaat geen aanknopingspunt voor een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet. Alleen tussenkomst door de wetgever - of door de Commissie na het verstrijken van de overgangsperiode - kan hier uitkomst bieden. De Minister van Justitie heeft inmiddels aangekondigd dat hij voornemens is op dit punt een wetswijziging in te dienen. Gezien het ontbreken van een uitdrukkelijke grondslag in het Kaderbesluit - hetgeen de vraag oproept of een wettelijke regeling van de accessoire overlevering wel verenigbaar is met art. 2 lid 3 Gw -, verdient het naar mijn mening in elk geval aanbeveling dat de wetgever de cumulatie van eisen in geval van executieoverlevering en de eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht zou afschaffen. Aan een eenzijdige wettelijke regeling van de accessoire overlevering zou dan minder behoefte bestaan.

Samengevat kan men stellen dat, waar het Kaderbesluit en de Overleveringswet - voor zover deze wet het Kaderbesluit correct implementeert - afwijken van het uitleveringsrecht, deze afwijkingen geen verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Deze afwijkingen zijn evenmin verbazingwekkend tegen de achtergrond van de in het primaire Unierecht neergelegde verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten. Daar waar de Overleveringswet overeenkomsten met het uitleveringsrecht vertoont, zijn deze overeenkomsten het resultaat van ongeoorloofde afwijkingen van het Kaderbesluit. Deels zouden deze afwijkingen van het Kaderbesluit kunnen worden hersteld door een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet, maar de overleveringsrechter lijkt daartoe niet genegen te zijn. Op de Nederlandse wetgever rust de verplichting om de Overleveringswet alsnog in overeenstemming met het Kaderbesluit te brengen, maar de Minister van Justitie is niet voornemens een wetswijziging te initiëren, omdat hij ten onrechte meent dat die overeenkomsten met het uitleveringsrecht niet in strijd met het Kaderbesluit zijn.

De afwijkingen van het Kaderbesluit - die overeenkomsten met het uitleveringsrecht opleveren - laten zich wellicht verklaren door de wens van de wetgever om bij de implementatie van het Kaderbesluit zoveel mogelijk aan te sluiten bij de tekst van de Uitleveringswet.¹⁶⁶⁵ Daardoor heeft hij kennelijk uit het oog verloren dat het Kaderbesluit in sommige opzichten - duidelijk - afwijkt van het uitleveringsrecht, zoals neergelegd in het Europees Verdrag betreffende uitlevering en in de Uitleveringswet. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de incorrecte implementatie van art. 2 leden 1 en 4 Kaderbesluit.

Daarnaast lijkt de wetgever over het hoofd te hebben gezien dat de Uitleveringswet op sommige punten afwijkt van het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Onder het uitleveringsrecht is een dergelijke afwijking niet problematisch, omdat het verdrag voorrang heeft boven de wet. Waar het Kaderbesluit overeenkomt met het Europees Verdrag betreffende uitlevering, maar afwijkt van de Uitleveringswet, is een dergelijke discrepantie wel problematisch, omdat het Kaderbesluit geen rechtstreekse werking heeft. Voorbeelden leveren de formulering van art. 7 lid 1, onder b Olw, die de overlevering lijkt te beperken tot vrijheidsstraffen waarvan een gedeelte van ten minste vier maanden ten uitvoer valt te leggen, en de formulering van de aanhef van art. 7 lid 1 Olw, die door het woord "alleen" lijkt uit te sluiten dat de overlevering wordt toegestaan voor de tenuitvoerlegging van een naast een vrijheidsstraf van voldoende duur opgelegde niet-vrijheidsbenemende sanctie.

¹⁶⁶⁵ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 7.*

HOOFDSTUK VIII Leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid

VIII.1 Inleiding

VIII.2 Het uitleveringsrecht

VIII.3 Het overleveringsrecht

VIII.4 Conclusie

VIII.1 Inleiding

Het Kaderbesluit en de Overleveringswet bevatten een dwingende weigeringsgrond met betrekking tot personen die naar het recht van de uitvoerende lidstaat op grond van hun leeftijd niet strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor de in het EAB bedoelde feiten. Het uitleveringsrecht kent niet een vergelijkbare uitdrukkelijke bepaling.

De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten biedt geen rechtstreekse verklaring voor de overleveringsrechtelijke weigeringsgrond. Dat het naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet mogelijk is om de opgeëiste persoon strafrechtelijk aan te spreken, betekent immers niet dat zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat, naar het recht waarvan de opgeëiste persoon wel strafrechtelijk aansprakelijk is, een flagrante schending van art. 6 EVRM of een schending van art. 3 EVRM zou opleveren. Het is niet uitgesloten dat een lidstaat in strijd met art. 3 EVRM handelt, indien hij een jeugdige op een te jonge leeftijd strafrechtelijk aansprakelijk stelt.¹⁶⁶⁶ De weigeringsgrond maakt echter de strafrechtelijke aansprakelijkheid naar het recht van de *uitvoerende* lidstaat bepalend, ongeacht of de aansprakelijkstelling in de uitvaardigende lidstaat in strijd is met art. 3 EVRM. Nu de weigeringsgrond geen onderscheid maakt tussen gevallen waarin de uitvoerende lidstaat rechtsmacht heeft en gevallen waarin dat niet het geval is, biedt het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten evenmin een verklaring voor de weigeringsgrond.

Tegen deze achtergrond zal ik in de eerste plaats onderzoeken op welke wijze het uitleveringsrecht, ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling, omgaat met de strafrechtelijke niet-aansprakelijkheid wegens jeugdige leeftijd naar het recht van de aangezochte staat (paragraaf 2). Vervolgens zal ik de regelingen in het Kaderbesluit en de Overleveringswet bespreken (paragraaf 3). Van eventuele overeenkomsten en verschillen zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Ten slotte zal ik uit een en ander de conclusies trekken (paragraaf 4).

VIII.2 Het uitleveringsrecht

De Europese verdragen noch de Uitleveringswet bevatten een uitdrukkelijke weigeringsgrond voor het geval dat de opgeëiste persoon wegens zijn jeugdige leeftijd niet strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt. Het beginsel van dubbele strafbaarheid brengt echter mee dat de uitlevering van een opgeëiste persoon die ten tijde van het begaan van het feit vanwege zijn jeugdige leeftijd niet strafrechtelijk aansprakelijk was ontoelaatbaar is.¹⁶⁶⁷

Hoewel bij de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht in beginsel alleen moet worden onderzocht of het in het uitleveringsverzoek beschreven materiële feit de delictsbestanddelen van een Nederlandse strafbaarstelling vervult, kan een strafuitsluitingsgrond de dubbele strafbaarheid wegnemen, indien deze grond “hetzij rechtstreeks volgt uit de door de verzoekende Staat overgelegde stukken, hetzij anderszins, zonder diepgaand onderzoek, vergelijkbaar met dat in het strafgeding zelf, door de uitleveringsrechter als vaststaand kan worden aangenomen”.¹⁶⁶⁸ Nu regelt het Nederlandse

¹⁶⁶⁶ EHRM (Grote Kamer) 16 december 1999, nr. 24888/94 (V./Verenigd Koninkrijk).

¹⁶⁶⁷ Von Bubnoff, p. 35; Linke 1983, p. 44; Murschetz 2007a, p. 216; Schwaighofer 1988, p. 89-90; Swart 1986, p. 210; Zeder 2003, p. 382.

¹⁶⁶⁸ HR 29 mei 1990, NJ 1991, 467, r.o. 5.2; HR 5 september 2006, NJ 2007, 10, m.nt. Keijzer, r.o. 4.4.

recht de strafrechtelijke niet-aansprakelijkheid van een minderjarige niet als een strafuitsluitingsgrond, maar als een grond die vervolging uitsluit. Art. 486 Sv bepaalt immers dat niemand strafrechtelijk kan worden *vervolgd* wegens een feit, begaan voordat hij de leeftijd van twaalf jaren¹⁶⁶⁹ heeft bereikt. Aangezien aan art. 486 Sv evenwel de gedachte ten grondslag ligt dat een persoon die de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt niet strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor zijn handelen of nalaten,¹⁶⁷⁰ is de uitlevering ook zonder een uitdrukkelijke weigeringsgrond ontoelaatbaar wegens het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht, indien uit het uitleveringsverzoek blijkt dat de opgeëiste persoon ten tijde van het begaan van het feit de leeftijd van twaalf jaren nog niet had bereikt.¹⁶⁷¹

VIII.3 Het overleveringsrecht

Art. 3 onder 3 Kaderbesluit bevat een vernieuwing ten opzichte van het uitleveringsrecht.¹⁶⁷² De bepaling schrijft namelijk *uitdrukkelijk* voor dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigert, indien de opgeëiste persoon “krachtens het recht van de uitvoerende lidstaat op grond van zijn leeftijd niet strafrechtelijk verantwoordelijk [kan] worden gesteld voor de feiten die aan [het EAB] ten grondslag liggen”. De lidstaten zijn verplicht om deze weigeringsgrond in hun implementatiewetgevingen op te nemen en de toepassing daarvan dwingend te maken voor hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten. Bij die verplichte implementatie mogen zij de reikwijdte van deze dwingende weigeringsgrond uitbreiden noch beperken (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).¹⁶⁷³

Art. 10 OLW geeft uitvoering aan art. 3 onder 3 Kaderbesluit en bepaalt dat de overlevering niet wordt toegestaan, “indien de opgeëiste persoon ten tijde van het begaan van het strafbare feit de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt”. De leeftijdsgrens van twaalf jaren is ontleend aan art. 486 Sv.¹⁶⁷⁴ Het overleveringsrecht komt op dit punt dus overeen met het uitleveringsrecht, ook al ontbreekt in het uitleveringsrecht een uitdrukkelijke weigeringsgrond.

Deze overeenkomst wekt naar mijn mening verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Binnen de Europese Unie bestaat geen consensus ten aanzien van de voor strafrechtelijke aansprakelijkheid vereiste minimale leeftijd.¹⁶⁷⁵ De

¹⁶⁶⁹ Het initiatiefwetsvoorstel De Roon beoogt verlaging van die leeftijdsgrens naar 10 jaren (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 938, nr.1-3).

¹⁶⁷⁰ Er is sprake van een “wettelijk niet-weerlegbaar vermoeden van niet-toerekeningvatbaarheid op grond van jeugdige leeftijd”: *Kamerstukken II* 1955/56, 4141, nr. 3, p. 10. Zie ook Swart 1986, p. 210.

¹⁶⁷¹ Zo ook Swart 1986, p. 210. Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat tot de Overleveringswet heeft geleid, merkte de Minister van Justitie overigens op dat Nederland al twintig jaren geen uitleveringsverzoeken betreffende minderjarigen had ontvangen: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 28.

¹⁶⁷² Keijzer 2009a, p. 27.

¹⁶⁷³ Alle lidstaten hebben deze weigeringsgrond correct geïmplementeerd: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 8.

¹⁶⁷⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15. Het initiatiefwetsvoorstel De Roon voorziet in verlaging van deze leeftijdsgrens en van de leeftijdsgrens in art. 10 Olw naar tien jaren (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 938, nrs. 1-3).

¹⁶⁷⁵ Vgl. EHRM (Grote Kamer) 16 december 1999, nr. 24888/94 (V./Verenigd Koninkrijk), § 73: “(...) at the present time, there is not yet a commonly accepted minimum age for the attribution of criminal

strafwetgevingen van de lidstaten lopen op dit punt dan ook sterk uiteen, met als uitschieters leeftijden van 8 jaren en achttien jaren.¹⁶⁷⁶ Art. 3 onder 3 Kaderbesluit maakt echter de strafwetgeving van de uitvoerende lidstaat doorslaggevend voor de overlevering. Zijn nationale opvattingen inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdigen bepalen of de overlevering doorgang vindt of niet.¹⁶⁷⁷ Zijn deze opvattingen strenger dan die van de uitvaardigende lidstaat, dan staan zij in de weg aan overlevering. In wezen ligt aan art. 3 onder 3 Kaderbesluit dus dezelfde ratio ten grondslag als aan het beginsel van dubbele strafbaarheid.¹⁶⁷⁸ Deze weigeringsgrond voorkomt immers dat de uitvoerende lidstaat moet meewerken “aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsancie misplaatst wordt geacht” (zie Hoofdstuk VII.2.1).¹⁶⁷⁹ Deze ratio is niet te verenigen met het beginsel van wederzijdse erkenning. De kern van dat beginsel is immers dat verschillen in de strafwetgevingen van de bij erkenning betrokken lidstaten niet ter zake doen. De rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat moet de strafrechtelijke beslissing uit de andere lidstaat erkennen, ook al had zij naar haar eigen recht niet tot een dergelijke beslissing kunnen komen, bijvoorbeeld omdat de opgeëiste persoon naar haar recht niet strafrechtelijk aansprakelijk is voor het aan het EAB ten grondslag liggende feit.

Nu is het Kaderbesluit zelf op dit punt niet helemaal consistent. Het Kaderbesluit kent immers het onderscheid tussen lijstfeiten, waarvan de dubbele strafbaarheid niet mag worden getoetst (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), en andere feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag maken van de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht (art. 2 lid 4 Kaderbesluit). Verschillen in het materiële strafrecht zijn onder het Kaderbesluit dus niet steeds irrelevant, maar art. 3 onder 3 Kaderbesluit houdt geen rekening met het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten.¹⁶⁸⁰ Ook indien het EAB betrekking heeft op een lijstfeit, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit immers de overlevering weigeren, indien de opgeëiste persoon naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet strafrechtelijk aansprakelijk is. Sommige auteurs juichen art. 3 onder 3 Kaderbesluit toe, omdat het Kaderbesluit de toetsing van de dubbele strafbaarheid gedeeltelijk afschaft,¹⁶⁸¹ maar als deze bepaling die afschaffing zou beogen te compenseren¹⁶⁸² - zoals art. 4 onder 7 Kaderbesluit dat doet - dan gaat zij in tweeërlei

responsibility in Europe. (...) Moreover, no clear tendency can be ascertained from examination of the relevant international texts and instruments (...)” (§ 73). Vanwege het ontbreken van een “clear common standard” binnen de Raad van Europa achtte het Europees Hof de in Engeland en Wales gehanteerde leeftijdsgrens van 10 jaren niet zo laag “as to differ disproportionately from the age-limit followed by other European States” en trok het daaruit de conclusie dat het toerekenen van strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de klager, die op tienjarige leeftijd tezamen met een andere tienjarige het tweejarige jongetje Bulger ontvoerde en vervolgens dood sloeg - op zichzelf niet in strijd met art. 3 EVRM was (§ 74). Zie ook EHRM 23 april 2007, nr. 75694/01 (Kondu/Turkije), § 28: “En ce qui concerne l’âge de la responsabilité pénale, (...) il n’existe aucune norme commune précise au sein des États membres du Conseil de l’Europe sur l’âge minimum de de la responsabilité pénale (...)”.

¹⁶⁷⁶ Schotland respectievelijk België. Zie het overzicht bij Panzavolta 2009, p. 184-190.

¹⁶⁷⁷ Panzavolta 2009, p. 182.

¹⁶⁷⁸ In vergelijkbare zin Murschetz 2007a, p. 366 (“Dieses Erfordernis der Strafmündigkeit ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit (...)”).

¹⁶⁷⁹ Vgl. HR 16 januari 1973, NJ 1973, 281, m.nt. CB; HR 1 juli 1977, NJ 1977, 601, m.nt. ThWvV.

¹⁶⁸⁰ Zo ook Panzavolta 2009, p. 191-192.

¹⁶⁸¹ Von Bubnoff, p. 70; Murschetz 2007a, p. 366; Zeder 2003, p. 382.

¹⁶⁸² Zeder 2003, p. 382, suggereert een dergelijk verband tussen het partiële verbod op toetsing van de dubbele strafbaarheid en de weigeringsgrond van art. 3 onder 3 Kaderbesluit. Zo ook Von Bubnoff, p. 70.

opzicht verder dan voor dat doel noodzakelijk is: door geen rekening te houden met het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten en door de weigering van de overlevering verplicht te stellen. Bovendien gaat art. 3 onder 3 Kaderbesluit voorbij aan het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten (art. 4 onder 7 Kaderbesluit). Dit onderscheid dient als correctiemechanisme op de regeling van de lijstfeiten (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.6). Art. 3 onder 3 Kaderbesluit verplicht tot weigering van de overlevering, ook indien het feit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd. In een dergelijk geval zou de solidariteit tussen de lidstaten moeten leiden tot overlevering, ook al zou de strafwetgeving van de uitvoerende lidstaat afwijken van die van de uitvaardigende lidstaat. In een dergelijk geval mag de opgeëiste persoon er bovendien niet op vertrouwen dat hij geen strafrechtelijke gevolgen zal ondervinden van zijn gedrag, ook al is hij daarvan naar het recht van de uitvoerende lidstaat gevrijwaard.

Het is mogelijk dat de lidstaten de behoefte gevoelden om een absolute ondergrens te stellen aan de mogelijkheid van overlevering van minderjarigen, nu het Kaderbesluit niet de mogelijkheid biedt om de overlevering te weigeren, indien de gevolgen daarvan voor de opgeëiste persoon van bijzondere hardheid zouden zijn vanwege zijn jeugdige leeftijd (zie Hoofdstuk XXI). Anders dan onder het uitleveringsrecht, vormen ernstige humanitaire redenen geen redenen voor weigering, maar slechts voor uitstel van de overlevering (art. 23 lid 4 Kaderbesluit; art. 35 lid 3 Olw). Indien deze bedoeling inderdaad heeft voorgezet bij de opname van art. 3 onder 3 in het Kaderbesluit, dan moet men constateren dat het inzetten van een dwingende weigeringsgrond met een niet humanitair karakter,¹⁶⁸³ teneinde het ontbreken van een humanitaire weigeringsgrond te compenseren, tot een vanuit systematisch oogpunt onbevredigend resultaat leidt.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸³ Panzavolta 2009, p. 182-183.

¹⁶⁸⁴ Mij zijn geen gevallen bekend van weigering van de overlevering op grond van art. 10 Olw. België heeft op grond van de Belgische implementatie van art. 3 onder 3 Kaderbesluit de overlevering aan Zweden geweigerd van een 17-jarige jongen die ten tijde van het begaan van de feiten 15 was (naar Belgisch recht is de leeftijd van strafrechtelijke aansprakelijkheid gesteld op 18 jaren, maar onder omstandigheden is een strafrechtelijke vervolging van jeugdigen wegens tussen hun zestiende en achttiende jaar mogelijk: Dewulf 2009, p. 202; Sanders 2007, p. 62): *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten. Verslag over België*, Raadsdocument 16454/1/06 REV 1, p. 36. Zie voor een geval waarin België de overlevering aan Nederland weigerde van een minderjarige wegens feiten die hij tussen twaalfde en zestiende levensjaar had gepleegd: *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties "De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten". Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 12. Los van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid, komt het niet vaak voor dat een EAB betrekking heeft op een persoon die naar Nederlandse maatstaven minderjarig is. Zie Glerum 2005, p. 72, noot 324 en vergelijk *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 28: "Overigens is in de afgelopen 20 jaren geen sprake geweest van een verzoek van uitlevering van een minderjarige". In Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6786 en Rb. Amsterdam 10 juni 2011, *LJN* BV0496 betrof het EAB telkens een minderjarige die ten tijde van het begaan van de feiten de leeftijd van twaalf jaren al had bereikt. Zie over de vraag of overlevering van minderjarigen in strijd is met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind: Glerum 2005, p. 72-73; Rb. Amsterdam 10 juni 2011, *LJN* BV0496.

VIII.4 Conclusie

Zowel het uitleveringsrecht als het overleveringsrecht kent een dwingende weigeringsgrond inzake het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid vanwege de jeugdige leeftijd van de opgeëiste persoon, zij het dat deze weigeringsgrond onder het uitleveringsrecht impliciet is, omdat zij besloten ligt in het beginsel van dubbele strafbaarheid.

Deze overeenkomst tussen het uit- en overleveringsrecht wekt verbazing tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning. De weigeringsgrond veronderstelt namelijk dat de strafwetgeving van de uitvoerende lidstaat afwijkt van die van de uitvaardigende lidstaat op het punt van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdigen. De - afwijkende - opvattingen van de uitvoerende lidstaat zijn doorslaggevend. De weigeringsgrond heeft dus dezelfde ratio als het beginsel van dubbele strafbaarheid: voorkomen dat de uitvoerende lidstaat moet meewerken aan een strafvervolgning of strafexecutie in gevallen waarin naar de eigen opvattingen de oplegging van een sanctie misplaatst is. De kern van het beginsel van wederzijdse erkenning is echter dat dergelijke verschillen tussen de strafwetgevingen van de lidstaten juist niet relevant zijn voor de erkenning van de strafrechtelijke beslissing. Weliswaar kent het Kaderbesluit een belangrijke uitzondering op dat uitgangspunt, te weten het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten, maar de weigeringsgrond houdt geen rekening met dat onderscheid. Evenmin houdt het Kaderbesluit op dit punt rekening met het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten. Als gevolg van een en ander dwingt art. 3 onder 3 Kaderbesluit ook tot weigering, indien het EAB betrekking heeft op een geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan lijstfeit, terwijl in een dergelijk geval de solidariteit tussen de lidstaten zou moeten leiden tot het negeren van strafrechtelijke verschillen en de opgeëiste persoon er in een dergelijk geval niet op zou moeten kunnen vertrouwen dat de strafwetgeving van de uitvoerende lidstaat hem vrijwaart van strafrechtelijk optreden in en van overlevering aan de uitvaardigende lidstaat.

HOOFDSTUK IX: Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen

IX.1 Inleiding

IX.2 Onderdanen en het uitleveringsrecht

IX.2.1 Inleiding

IX.2.2 Onderdanen en het Europees Verdrag betreffende uitlevering

IX.2.3 Nederlanders en de Uitleveringswet

IX.2.3.1 Geen executie-, wel vervolgingsuitlevering

IX.2.3.2 Wetsgeschiedenis en ratio regeling

IX.2.3.3 De garantie nader bekeken

IX.2.4 Nederlanders en de EU-uitleveringsovereenkomst

IX.2.5 Geïntegreerde vreemdelingen

IX.2.5.1 Inleiding

IX.2.5.2 Reikwijdte verklaring

IX.2.5.3 De garantie nader bekeken

IX.3 Onderdanen en het overleveringsrecht

IX.3.1 Inleiding

IX.3.2 Het Kaderbesluit EAB

IX.3.2.1 Executieoverlevering

IX.3.2.1.1 Inleiding

IX.3.2.1.2 Personele reikwijdte

IX.3.2.1.3 Verbintenis tot tenuitvoerlegging

IX.3.2.2 Vervolgingsoverlevering

IX.3.2.2.1 Inleiding

IX.3.2.2.2 Personele reikwijdte

IX.3.2.2.3 Terugkeergarantie

IX.3.3 De Overleveringswet

IX.3.3.1 Nederlanders en vreemdelingen

IX.3.3.2 Executieoverlevering van Nederlanders

IX.3.3.2.1 Inleiding

IX.3.3.2.2 Verplichte weigering

IX.3.3.2.3 Bereidheid tot tenuitvoerlegging

IX.3.3.2.4 Omzetting van de vrijheidsstraf

IX.3.3.3 Vervolgingsoverlevering van Nederlanders

IX.3.3.3.1 Inleiding

IX.3.3.3.2 Verplichte terugkeergarantie

IX.3.3.3.3 Terugkeergarantie nader bekeken

IX.3.3.4 Gelijkgestelde vreemdelingen

IX.3.3.4.1 Inleiding

IX.3.3.4.2 Verplichte gelijkstelling

IX.3.3.4.3 Vergunningeis

IX.3.3.4.4 Rechtsmachteis

IX.3.3.4.5 Behoud verblijfsrecht

IX.3.4 Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties

IX.3.4.1 Inleiding

IX.3.4.2 Van overeenkomstige toepassing

IX.3.4.3 Personele reikwijdte

HOOFDSTUK IX

IX.3.4.4 (Geen) instemming gevonniste persoon

IX.3.4.5 Instemming tenuitvoerleggingsstaat

IX.3.4.6 Toetsing dubbele strafbaarheid

IX.3.4.7 Geen exequaturprocedure

IX.3.5 Implementatie Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties

IX.3.5.1 Inleiding

IX.3.5.2 Verhouding met de Overleveringswet

IX.3.5.2.1 Systeem

IX.3.5.2.2 Onderbouwing systeem

IX.3.5.2.3 Kritiek

IX.4 Conclusie

IX.1 Inleiding

In het uitleveringsrecht vormt de mogelijkheid om de uitlevering van onderdanen van de aangezochte staat en van personen die deze staat met zijn onderdanen gelijkstelt te weigeren, een belangrijke uitzondering op de verplichting tot uitlevering. Ook het overleveringsrecht kent met betrekking tot onderdanen van de uitvoerende lidstaat optionele uitzonderingen op de verplichting tot overlevering. Deze uitzonderingen zijn mede van toepassing op ingezetenen van de uitvoerende lidstaat, terwijl één van die uitzonderingen ook betrekking heeft op personen die verblijven in de uitvoerende lidstaat.

Weigeringsgronden inzake onderdanen vloeien niet rechtstreeks voort uit het primaire Unierecht. Er bestaat geen mensenrechtelijk verbod op overlevering van onderdanen,¹⁶⁸⁵ al kan hun overlevering indirect, dat wil zeggen los van hun status als onderdaan, wel in strijd komen met de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten (zie daarover uitvoerig Hoofdstuk V). De weigering van de overlevering van onderdanen laat zich evenmin rechtstreeks verklaren uit het *ne bis in idem*-beginsel of uit de omstandigheid dat de lidstaten hun rechtsmachtregelingen niet hebben geharmoniseerd. De in Hoofdstuk IV gesignaleerde grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning zijn hier dus niet in het spel. Zo op het eerste gezicht staat de mogelijkheid van weigering van de overlevering uitsluitend vanwege de nationaliteit van de opgeëiste persoon dus op gespannen voet met het beginsel van wederzijdse erkenning, dat aan het Kaderbesluit ten grondslag ligt. Bovendien beoogt het Kaderbesluit bij te dragen aan de totstandkoming van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.¹⁶⁸⁶ In het licht van die doelstelling ligt het niet voor de hand dat een onderdaan van een lidstaat die, gebruik makend van zijn recht om vrij te reizen en te verblijven binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, een strafbaar feit heeft gepleegd op het grondgebied van een andere lidstaat, zich aan de gevolgen daarvan zou kunnen onttrekken door terug te keren naar de lidstaat waarvan hij onderdaan is.

In dit hoofdstuk zal ik de eventuele verschillen en overeenkomsten tussen de uitleveringsrechtelijke en overleveringsrechtelijke weigeringsgronden inzake onderdaanschap onderzoeken en zal ik trachten de verhouding tussen het beginsel van wederzijdse erkenning en die weigeringsgronden op te helderen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 de regeling inzake de uitlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen uiteenzetten. In paragraaf 3 zullen vervolgens de overleveringsrechtelijke regelingen aan de orde komen. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 de conclusie uit deze paragrafen trekken.

¹⁶⁸⁵ Art. 3 lid 1 Protocol 4 EVRM verbiedt “expulsion” van een persoon “from the territory of a state of which he is a national”. De uitlevering van een onderdaan valt niet onder het bereik van deze bepaling: ECRM 24 mei 1974, nr. 6242/73 (I.B./Bondsrepubliek Duitsland). Zulks was ook het standpunt van de Nederlandse regering bij de goedkeuring van het Protocol: *Kamerstukken II* 1978/79, 15 396 (R1110), nrs. 1-3, p. 7; *Kamerstukken II* 1980/81, 15 396 (R1110), nr. 6, p. 22. Zie ook EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 85: “(...) no right not to be extradited is as such protected by the Convention”.

¹⁶⁸⁶ Overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

IX.2 Onderdanen en het uitleveringsrecht

IX.2.1 Inleiding

In deze paragraaf komen de uitleveringsrechtelijke regelingen inzake onderdanen van de aangezochte staat aan de orde. In paragraaf 2.2 beschrijf ik de regeling in het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Omdat dit verdrag een absolute bevoegdheid tot het weigeren van de uitlevering van onderdanen van de aangezochte staat bevat, zet ik vervolgens in de paragrafen 2.3 en 2.5 uiteen hoe Nederland deze bevoegdheid op nationaal niveau heeft ingevuld. Het Europees Verdrag betreffende de uitlevering kent aan de verdragspartijen de bevoegdheid toe het begrip “national” (“onderdaan”) bij verklaring te definiëren. Nederland heeft daarvan gebruik gemaakt door grofweg twee categorieën van personen als “nationals” van Nederland aan te merken: Nederlanders en in de Nederlandse samenleving geïntegreerde vreemdelingen. Paragraaf 2.3 is gewijd aan de regelingen inzake de uitlevering van Nederlanders. In paragraaf 2.5 zet ik de regelingen inzake de uitlevering van in de Nederlandse samenleving geïntegreerde vreemdelingen uiteen. In paragraaf 2.4 maak ik een tussenstapje en bespreek ik de nooit in werking getreden regeling van de EU-uitleveringsovereenkomst, die Nederland desalniettemin voorlopig heeft toegepast in de verhouding met lidstaten die deze overeenkomst eveneens voorlopig toepasten.

IX.2.2 Onderdanen en het Europees Verdrag betreffende uitlevering

Het Europees Verdrag betreffende uitlevering bevat een uitzondering op de in art. 1 EUV neergelegde verplichting tot uitlevering, namelijk voor zover het uitleveringsverzoek een onderdaan van de aangezochte staat betreft. Op grond van art. 6 lid 1 onder a EUV heeft de aangezochte staat “the right to refuse extradition of its nationals”. De bepaling vormt een compromis tussen staten die hun onderdanen niet uitleveren en staten die dat wel doen. De bepaling geeft staten wier nationale recht zich tegen uitlevering van hun onderdanen verzet de mogelijkheid om hun uitlevering te weigeren, maar verplicht daartoe niet.¹⁶⁸⁷ Het hangt dus van het nationale recht van de aangezochte staat af of een onderdaan van die staat wordt uitgeleverd of niet. Art. 6 lid 1 onder b EUV geeft een verdragspartij de mogelijkheid het begrip “nationals” te definiëren voor zover het haar aangaat. Nederland heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, zoals in de paragrafen 2.3 en 2.5 zal blijken.

Meervoudige nationaliteit staat niet in de weg aan uitoefening van de bevoegdheid tot weigering, mits één van de nationaliteiten waarover de opgeëiste persoon beschikt die van de aangezochte staat is.¹⁶⁸⁸ Bepalend voor de hoedanigheid van onderdaan van de aangezochte staat is het tijdstip van de beslissing op het uitleveringsverzoek, maar indien de opgeëiste persoon ná die beslissing, maar vóór de feitelijke uitlevering¹⁶⁸⁹ alsnog de

¹⁶⁸⁷ Extradition: European standards 2006, p. 24 (*Explanatory report*).

¹⁶⁸⁸ Murschetz 2007a, p. 213; Rimmelink 1990, p. 94; Schwaighofer 1988, p. 87; Swart 1997, p. 107; Zimmermann 2004, p. 502, noot 960.

¹⁶⁸⁹ Art. 6 lid 1 onder c EUV spreekt van “surrender” (overlevering), waar bedoeld wordt op de feitelijke terbeschikkingstelling van de opgeëiste persoon aan de verzoekende staat. Om misverstanden te voorkomen, hanteer ik het begrip “feitelijke uitlevering”.

hoedanigheid van onderdaan van de aangezochte staat verkrijgt, mag de aangezochte staat zijn uitlevering weigeren (art. 6 lid 1 onder c EUV).¹⁶⁹⁰

In geval van weigering uitsluitend op grond van onderdaanschap, is de aangezochte staat verplicht om, desgevraagd, de zaak voor te leggen aan zijn bevoegde nationale autoriteiten, “in order that proceedings may be taken, if they are considered appropriate” (art. 6 lid 2 EUV). Zoals al volgt uit de aangehaalde zinsnede, is de aangezochte staat niet verplicht om daadwerkelijk een vervolging in te stellen tegen zijn onderdaan wegens het feit waarvoor de verzoekende staat zijn uitlevering vergeefs heeft verzocht.¹⁶⁹¹ De mogelijkheid van een vervolging in de aangezochte staat hangt er (onder andere) van af of de aangezochte staat rechtsmacht heeft over het feit waarvoor de uitlevering werd verzocht. Art. 6 lid 2 EUV verplicht echter niet tot het vestigen van rechtsmacht over door onderdanen in het buitenland begane strafbare feiten.¹⁶⁹²

De bepaling maakt geen onderscheid tussen afgewezen verzoeken die strekken tot vervolgingsuitlevering en afgewezen verzoeken die strekken tot executie-uitlevering. In beide gevallen is de aangezochte staat verplicht om een *strafvervolging* te overwegen. In geval van een afgewezen verzoek om executie-uitlevering is overname door de aangezochte staat van de tenuitvoerlegging van de onherroepelijke vrijheidsstraf vanzelfsprekend een - meer voor de hand liggend - alternatief voor de niet verplichte strafvervolging, maar ten tijde van de totstandkoming van het verdrag bestond daartoe nog niet de mogelijkheid.¹⁶⁹³

IX.2.3 Nederlanders en de Uitleveringswet

IX.2.3.1 Geen executie-, wel vervolgingsuitlevering

Nu art. 1 lid 1 UW het begrip “vreemdeling” omschrijft als “ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander wordt behandeld”, volgt daaruit *a contrario* dat een Nederlander in de zin van de Uitleveringswet is ieder die de Nederlandse nationaliteit bezit of die op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander wordt behandeld. De Rijkswet op het Nederlanderschap regelt het bezit van de Nederlandse nationaliteit. Onder de tweede categorie vallen de Molukkers die op grond van de Wet betreffende de positie van Molukkers bij de toepassing van de

¹⁶⁹⁰ Verliest de opgeëiste persoon ná het tijdstip van het begaan van de feiten, maar vóór het tijdstip van de beslissing op het uitleveringsverzoek de hoedanigheid van onderdaan van de aangezochte staat, dan mag de aangezochte staat de uitlevering niet weigeren op grond van die voormalige hoedanigheid: Heimgartner 2002, p. 97; Schwaighofer 1988, p. 88; Zimmermann 2004, p. 502, noot 960.

¹⁶⁹¹ Extradition: European standards 2006, p. 24 (*Explanatory report*); *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 29.

¹⁶⁹² Swart 1986, p. 491; Deen-Racsmany 2007, p. 76, die evenwel opmerkt dat het minder waarschijnlijk is dat de aangezochte staat geen rechtsmacht zal hebben vanwege de “requirement of qualified dual criminality”, daarbij kennelijk over het hoofd ziend dat het voor de aanwezigheid van gekwalificeerde strafbaarheid naar het recht van de aangezochte staat niet nodig is dat die staat rechtsmacht kan uitoefenen. Nu art. 6 lid 2 EUV niet tot het vestigen van rechtsmacht verplicht, laat staan tot het instellen van een vervolging, lijkt het mij dus niet juist om in deze bepaling een uiting van het beginsel *aut dedere aut iudicare* te zien, zoals Dewulf 2009, p. 64, noot 342 en Zimmermann 2004, p. 503, dat doen.

¹⁶⁹³ Zo ook Klip 2010, p. 556. Het eerste Europese verdrag dat in overname van de tenuitvoerlegging voorziet - het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen - dateert van 1970.

Nederlandse wetgeving worden behandeld als Nederlander,¹⁶⁹⁴ overigens zonder daardoor de status van Nederlander te verkrijgen.¹⁶⁹⁵

Art. 4 UW regelt de uitlevering van Nederlanders. Het eerste lid van deze bepaling verklaart dat Nederlanders niet worden uitgeleverd. Het tweede lid maakt daarop echter een uitzondering, voor zover “de uitlevering van een Nederlander is gevraagd ten behoeve van een tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek en naar het oordeel van Onze Minister is gewaarborgd dat, zo hij ter zake van de feiten waarvoor zijn uitlevering kan worden toegestaan in de verzoekende Staat tot onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt veroordeeld, hij deze straf in Nederland zal mogen ondergaan”. In samenhang met art. 6 lid 1 onder a EUV volgt uit het samenstel van beide leden dat de executie-uitlevering van Nederlanders is uitgesloten.¹⁶⁹⁶ Alleen hun vervolgingsuitlevering is mogelijk, voor zover aan de in art. 4 lid 2 UW geformuleerde voorwaarde is voldaan.¹⁶⁹⁷ Of aan die voorwaarde is voldaan en of in dat geval “met toepassing van art. 4 tweede lid Uw een uitzondering kan worden gemaakt op de hoofdregel dat Nederlanders niet worden uitgeleverd”, staat uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie.¹⁶⁹⁸ De omstandigheid dat de verzoekende staat ten tijde van de beslissing van de uitleveringsrechter nog niet de in lid 2 bedoelde waarborg heeft gegeven, raakt dus niet de toelaatbaarheid van de uitlevering.¹⁶⁹⁹ Strekt het uitleveringsverzoek tot tenuitvoerlegging van een aan een Nederlander bij onherroepelijk vonnis¹⁷⁰⁰ opgelegde vrijheidsstraf, dan is de uitzondering van art. 4 lid 2 UW niet van toepassing en is de uitleveringsrechter bevoegd én gehouden om de ontoelaatbaarheid van de uitlevering uit te spreken op grond van art. 4 lid 1 UW in samenhang met art. 6 lid 1 onder a EUV.¹⁷⁰¹

Nederland heeft gebruik gemaakt van de in art. 6 lid 1 onder b EUV gegeven bevoegdheid om een verklaring af te leggen. Deze verklaring reflecteert het systeem van

¹⁶⁹⁴ Zie de art. 1 lid 1, 2, 3 en 6 Wet betreffende de positie van Molukkers.

¹⁶⁹⁵ Art. 1 lid 2 Wet betreffende de positie van Molukkers.

¹⁶⁹⁶ Remmelink 1990, p. 89; Swart 1986, p. 287.

¹⁶⁹⁷ Enkele oudere bilaterale uitleveringsverdragen sluiten de uitlevering van onderdanen van de aangezochte staat zonder meer uit: art. 3 sub 1° NI-Argentinië; art. 1 NI-Mexico. Onder die verdragen heeft art. 4 lid 2 UW vanwege het primaat van het uitleveringsverdrag geen betekenis voor de beoordeling van het uitleveringsverzoek.

¹⁶⁹⁸ HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 15. Zie ook HR 18 juni 1991, *DD* 91.357; HR 14 september 1993, *NJ* 1995 155, m.nt. AHJS (impliciet; de A-G Meijers had geconcludeerd tot vernietiging van de uitspraak *a quo* en tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering op grond van art. 4 lid 1 UW, “met dien verstande dat de uitlevering mag plaatsvinden, indien en zodra de minister van justitie de garantie van de Bondsrepubliek Duitsland heeft verkregen dat verzoeker, indien aan hem in Duitsland terzake van de in het uitleveringsverzoek vermelde feiten een vrijheidsstraf wordt opgelegd, deze straf in Nederland zal kunnen ondergaan”; de Hoge Raad verwierp evenwel het cassatieberoep).

¹⁶⁹⁹ HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 15.

¹⁷⁰⁰ Is het vonnis nog niet onherroepelijk, bijvoorbeeld omdat daartegen nog een rechtsmiddel openstaat, dan mag het uitleveringsverzoek worden opgevat als een verzoek strekkende tot strafvervolgning. Zie bijvoorbeeld HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 640; HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 586; HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 574; HR 15 februari 2000, *LJN* ZD1775. Wendt de opgeëiste persoon na uitlevering dat rechtsmiddel niet tijdig aan of doet hij daarvan afstand, dan staat het de aangezochte staat vrij om over te gaan tot tenuitvoerlegging van het vonnis, met dien verstande dat wanneer “art. 4, tweede lid, Uw toepassing vindt, het recht van de verzoekende staat om dit vonnis ten uitvoer te leggen aan beperkingen onderhevig is”: HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 574, r.o. 5.3.

¹⁷⁰¹ Vgl. HR 24 mei 2005, *LJN* AT6195, AT6197 en AT6200 (met betrekking tot art. 7 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst, in samenhang met het Nederlandse voorbehoud bij die bepaling; zie paragraaf 2.4).

art. 4 UW: “The Government of the Kingdom of the Netherlands will not permit the transit of Netherlands nationals nor their extradition for the purposes of the enforcement of penalties or other measures. However, Netherlands nationals may be extradited for purposes of prosecution if the requesting State provides a guarantee that the person claimed may be returned to the Netherlands to serve his sentence there if, following his extradition, a custodial sentence other than a suspended sentence or a measure depriving him of his liberty is imposed upon him. As regards the Kingdom of the Netherlands, “nationals” for the purposes of the Convention are to be understood as meaning persons of Netherlands nationality (...)”.¹⁷⁰²

IX.2.3.2 Wetsgeschiedenis en ratio regeling

Om de ratio van de regeling van art. 4 UW - alleen vervolgingsuitlevering van Nederlanders, mits dezen de eventueel opgelegde vrijheidsstraf in Nederland mogen ondergaan - vast te stellen, is het dienstig in de wetsgeschiedenis van art. 4 UW te duiken.

Bij de inwerkingtreding van de Uitleveringswet sloot art. 4 UW de uitlevering van Nederlanders nog zonder meer uit. De Memorie van Toelichting voerde als redenen aan dat gerede twijfel mogelijk was aan de grondwettigheid van de uitlevering van Nederlanders¹⁷⁰³ en dat de wenselijkheid van de uitlevering van Nederlanders in de literatuur in meerderheid werd ontkend.¹⁷⁰⁴ Met een beroep op het domiciliebeginsel - de vervolging, de berechting en eventueel de tenuitvoerlegging dienen plaats te vinden in de staat waar de verdachte of veroordeelde zijn woonplaats heeft - hadden enkele kamerleden bezwaren geuit tegen het voorgestelde verbod op uitlevering van Nederlanders. De indieners van het wetsvoorstel wezen erop dat toepassing van het in het voorgestelde art. 4 neergelegde nationaliteitsbeginsel maar in geringe mate zou afwijken van het domiciliebeginsel. De overgrote meerderheid der Nederlanders zou immers in Nederland gevestigd zijn, zodat een verschil tussen beide beginselen zich alleen zou voordoen, indien een in het buitenland gevestigde Nederlander die in de staat van vestiging een strafbaar feit had begaan, naar Nederland zou vluchten. Tegen die Nederlander zou alsdan in Nederland een strafvervolging kunnen worden ingesteld ter zake van het in buitenland gepleegde feit. De indieners van het wetsvoorstel konden zich verenigen met de - aan het domiciliebeginsel ten grondslag liggende - gedachte dat de mogelijkheden van een doeltreffende “behandeling” van een delinquent het grootst zijn, wanneer de berechting en bestraffing in zijn eigen milieu plaatsvinden. Ook als een Nederlander zich in het buitenland heeft gevestigd, is dat doorgaans niet zijn enige of zijn primaire milieu. De kans op een succesvolle strafrechtelijke “behandeling” van een Nederlander zou meestal niet geringer en in veel gevallen zelfs groter zijn in Nederland dan in het buitenland. Daarom verdienen volgens de indieners van het wetsvoorstel in beginsel de berechting in Nederland en zeker de tenuitvoerlegging van de straf in Nederland de voorkeur.¹⁷⁰⁵

¹⁷⁰² *Trb.* 1987, 187. Zoals Paridaens 1996, p. 112-113, terecht opmerkt, maakt de in art. 6 lid 1 onder a EUV neergelegde absolute bevoegdheid tot weigering van eigen onderdanen het ook mogelijk om de uitlevering afhankelijk te maken van voorwaarden, zoals de in art. 4 lid 2 UW bedoelde voorwaarde.

¹⁷⁰³ Art. 4 lid 2 Gw luidde destijds: “De wet regelt de algemene voorwaarden op welke ten aanzien van de uitlevering van *vreemdelingen* verdragen met vreemde mogendheden kunnen worden gesloten” (mijn cursivering).

¹⁷⁰⁴ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 11.

¹⁷⁰⁵ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 3.

De wetgever achtte destijds de band van de Nederlander met de staat van zijn nationaliteit - zijn milieu - dus zodanig sterk, dat een eventueel aan hem opgelegde vrijheidsstraf uit het oogpunt van zijn resocialisatie in Nederland ten uitvoer zou moeten worden gelegd.¹⁷⁰⁶ Zoals in paragraaf 2.2 is gebleken, was toentertijd overname van de tenuitvoerlegging van een buitenlands strafvonnis nog niet mogelijk. De weigering van de uitlevering van een Nederlander zou evenwel niet betekenen dat hij straffeloos zou blijven.¹⁷⁰⁷ Met het oog op het (grond)wettelijke verbod op uitlevering van Nederlanders, was in art. 5 Sr immers het beperkt actieve nationaliteitsbeginsel¹⁷⁰⁸ opgenomen.¹⁷⁰⁹ Op grond daarvan is de Nederlandse strafwet ook toepasselijk op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan “een feit hetwelk door de Nederlandse strafwet als een misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld” (art. 5 lid 1 onder 2° Sr).

Aan de - mogelijke - twijfel aan de grondwettigheid van uitlevering van Nederlanders kwam in 1983 een eind.¹⁷¹⁰ In dat jaar trad een Grondwetswijziging in werking. Art. 2 lid 3 Gw luidt sindsdien: “Uitlevering kan slechts geschieden krachtens verdrag. Verdere voorschriften omtrent uitlevering worden bij de wet gegeven”. De Grondwetgever was van oordeel dat, gezien de groeiende internationalisatie van de rechtsbetrekkingen, de mogelijkheid van de uitlevering van Nederlanders niet diende te worden uitgesloten.¹⁷¹¹ Die mogelijkheid was in het bijzonder van belang in de verhouding met staten die niet het actieve personaliteitsbeginsel hanteerden en die hun onderdanen dus niet konden vervolgen wegens in het buitenland begane strafbare feiten. Deze, vooral Angelsaksische, landen zouden daarom wel bereid zijn tot uitlevering van hun onderdanen op basis van wederkerigheid. Een grondwettelijk verbod op uitlevering van Nederlanders zou een aanbod van wederkerigheid op voorhand uitsluiten.¹⁷¹²

De concrete aanleiding tot de invoering van de huidige regeling van art. 4 UW vormde de goedkeuring van enkele verdragen inzake de overname van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen en de invoering van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen.¹⁷¹³ Als het belangrijkste bezwaar tegen de uitlevering van Nederlanders werd gezien dat Nederlanders de aan hen na uitlevering opgelegde vrijheidsstraf in de verzoekende staat zouden moeten ondergaan. Het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen en het Verdrag inzake de overbrenging van

¹⁷⁰⁶ Paridaens 1996, p. 107, met verwijzingen naar verdere literatuur.

¹⁷⁰⁷ Paridaens 1996, p. 107.

¹⁷⁰⁸ Zie over dit beginsel onder anderen Van Elst & Orië 2008, p. 56-63; Klip 2012, p. 194-196; Klip & Massa 2010, p. 90-93.

¹⁷⁰⁹ Vgl. HR 7 januari 1975, NJ 1975, 206, m.nt. ThWvV, waarin de Hoge Raad een beroep op de onverbindendheid van art. 5 Sr wegens het discriminatoire karakter daarvan verwierpt met de overweging “dat art. 4 Uitleveringswet de uitlevering van de Nederlander terzake van een feit waaraan hij zich buiten Nederland heeft schuldig gemaakt aan een staat wiens rechtsmacht zich over dat feit uitstrekt verbiedt, en daarin een objectieve en redelijke rechtvaardiging is gelegen voor de in art. 5 Sr neergelegde bepaling volgens welke de Nederlandse strafwet toepasselijk is op de Nederlander die zich buiten Nederland heeft schuldig gemaakt aan een feit hetwelk door de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land, waar het begaan is, straf is gesteld”.

¹⁷¹⁰ Paridaens 1996, p. 107; R Emmelink 1990, p. 88; Sjöcrona & Orië 2002, p. 175; Swart 1986, p. 286. Deen-Racsmany 2007, p. 92, noot 86 en p. 143, is daarentegen van mening dat in Nederland een - geclausuleerd - grondwettelijk verbod op de uitlevering van Nederlanders geldt.

¹⁷¹¹ *Kamerstukken II 1976/77*, 14 200 (R1048), nrs. 1-5, p. 7.

¹⁷¹² *Kamerstukken II 1976/77*, 14 200 (R1048), nr. 7, p. 5-6.

¹⁷¹³ Paridaens 1996, p. 108.

gevoonniste personen alsmede de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen maakten het mogelijk een dergelijke vrijheidsstraf in Nederland ten uitvoer te leggen. Gezien deze verdragen, kon de executie-uitlevering van Nederlanders uitgesloten blijven. De weigering van hun uitlevering zou geen straffeloosheid tot gevolg hebben, nu Nederland desgevraagd de tenuitvoerlegging zou kunnen overnemen.¹⁷¹⁴ De vervolgingsuitlevering van Nederlanders zou kunnen worden toegestaan onder de voorwaarde dat zij hun eventuele vrijheidsstraf in Nederland zouden mogen ondergaan, waartoe de bedoelde verdragen de mogelijkheid boden. De mogelijkheid van vervolginguitlevering van Nederlanders werd in het belang van een goede procesgang geacht. De vervolging en berechting zouden plaatsvinden in de staat van de *locus delicti*, de staat waarvan de rechtsorde was aangetast, waar het opsporingsonderzoek was aangevangen en waar het bewijsmateriaal voorhanden was. De tenuitvoerlegging van de daarbij eventueel opgelegde vrijheidsstraf zou kunnen plaatsvinden in de staat waar de meeste kans op resocialisatie zou bestaan.¹⁷¹⁵

Dat de Nederlander na uitlevering zou worden onderworpen aan een voor hem vreemde rechtspleging, te voeren in een voor hem vreemde taal, werd niet als een doorslaggevend bezwaar tegen de vervolgingsuitlevering van Nederlanders gezien. In de eerste plaats zou dit bezwaar ook voor vreemdelingen gelden, die ook wel werden uitgeleverd aan staten waarvan zij geen onderdaan waren. Bovendien zou Nederland alleen uitleveringsrelaties onderhouden met staten die verdachten toestonden zich ter zitting te doen bijstaan door een tolk, voor zover die verdachten de ter zitting gesproken taal niet verstaan of spreken.¹⁷¹⁶ Mochten uit het oogpunt van een goede rechtspleging de belangen van de opgeëiste Nederlander meer gediend zijn met een vervolging in Nederland dan in de verzoekende staat, dan zou in Nederland een strafvervolging kunnen worden ingesteld ter zake van het feit waarvoor de uitlevering werd verzocht, met als gevolg dat de uitlevering zou moeten worden geweigerd (art. 8 EUV jo. art. 9 lid 1 onder a UW).¹⁷¹⁷

Uit de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis van art. 4 UW kan men afleiden dat de ratio van deze regeling is dat de tenuitvoerlegging van een aan een Nederlander opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf bij voorkeur in Nederland dient plaats te vinden. Aan art. 4 UW ligt een aantal veronderstellingen ten grondslag. Belangrijk is de veronderstelling dat Nederlanders uit hoofde van hun Nederlandse nationaliteit niet alleen een juridische, maar ook een feitelijke band hebben met de Nederlandse maatschappij, die hen aanspraak op tenuitvoerlegging in Nederland verleent. Daarnaast ligt aan de regeling de dubbele veronderstelling ten grondslag dat de verzoekende staat de staat van de *locus delicti* is en dat de vervolging daarom het beste in die staat kan plaatsvinden.

Uitgaande van deze veronderstellingen, vormt de regeling een compromis tussen - deels - concurrerende belangen, waaronder die van de opgeëiste Nederlander. De verzoekende staat heeft belang bij vervolging op zijn grondgebied van strafbare feiten die onder zijn rechtsmacht vallen en bij tenuitvoerlegging van straffen op zijn grondgebied die zijn rechters voor dergelijke feiten hebben opgelegd. Nederland heeft belang bij vervolging in

¹⁷¹⁴ Was de verzoekende staat geen partij bij deze verdragen, dan zou de Nederlander desgevraagd in Nederland kunnen worden vervolgd voor het strafbare feit waarvoor hij in de verzoekende staat was veroordeeld. Art. 68 lid 2 Sr stond daaraan niet in de weg, nu de opgelegde straf of maatregel per definitie niet volledig ten uitvoer was gelegd, door gratie kwijtgescholden of verjaard.

¹⁷¹⁵ *Kamerstukken II 1983/84*, 18 129, nrs. 1-3, p. 39-40.

¹⁷¹⁶ *Kamerstukken II 1983/84*, 18 129, nrs. 1-3, p. 40.

¹⁷¹⁷ *Kamerstukken II 1983/84*, 18 129, nrs. 1-3, p. 40.

Nederland van strafbare feiten die onder zijn rechtsmacht vallen. In den vreemde door Nederlanders begane feiten die aldaar strafbaar zijn, vallen immers onder de Nederlandse strafwet, voor zover deze naar Nederlands recht een misdrijf opleveren (art. 5 lid 1 onder 2° Sr). De Nederlander heeft, gezien zijn juridische en - veronderstelde - feitelijke band met Nederland, eveneens belang bij vervolging in Nederland, het land met de rechtspleging waarvan hij vertrouwd mag worden geacht en waarvan hij de taal machtig is. Nederland en de Nederlander hebben er belang bij dat de aan hem opgelegde vrijheidsstraf in Nederland ten uitvoer wordt gelegd, in de maatschappij waarvan de Nederlander na zijn detentie - waarschijnlijk - zal terugkeren. Zulks bevordert immers de resocialisatie van de Nederlander en kan criminele terugval voorkomen. Bij detentie in Nederland kan de Nederlander bovendien makkelijker contacten onderhouden met zijn naasten.¹⁷¹⁸ Nu detentie in Nederland criminele terugval kan voorkomen, heeft uiteindelijk ook de verzoekende staat belang bij tenuitvoerlegging in Nederland.

In geval van executie-uitlevering is het belang van de verzoekende staat bij vervolging al gediend. Die vervolging heeft immers geresulteerd in een onherroepelijke veroordeling door de rechter in de verzoekende staat. Aan zijn belang bij tenuitvoerlegging en aan de belangen van de opgeëiste persoon en van de verzoekende staat bij tenuitvoerlegging in Nederland kán recht worden gedaan, namelijk voor zover Nederland de tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf kan overnemen. Daarvoor is vereist dat tussen Nederland en de verzoekende staat een verdrag van kracht is dat daarin voorziet en dat aan de voorwaarden van dat verdrag is voldaan. Is overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf niet mogelijk, dan betekent dat niet zonder meer dat de opgeëiste Nederlander geen gevolgen ondervindt van de buitenlandse veroordeling. Op grond van het actieve personaliteitsbeginsel kan hij in Nederland worden vervolgd voor het feit waarvoor hij in de verzoekende staat al veroordeeld is, mits dat feit naar Nederlands recht een misdrijf oplevert (art. 5 lid 1 onder 2° Sr). Nederland is ingevolge art. 6 lid 2 EUV desgevraagd verplicht een dergelijke strafvervolging te overwegen.

In geval van vervolgingsuitlevering wordt voorrang verleend aan het belang van de verzoekende staat bij vervolging op zijn grondgebied van strafbare feiten die onder zijn rechtsmacht vallen boven het belang van Nederland en van de opgeëiste Nederlander bij vervolging van die feiten in Nederland. Daar staat tegenover dat de belangen van de verzoekende staat, van Nederland en van de opgeëiste Nederlander bij tenuitvoerlegging in Nederland van de eventueel opgelegde vrijheidsstraf worden gediend met de mogelijke tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf in Nederland. Is de vervolgingsuitlevering van de Nederlander niet mogelijk, omdat tussen Nederland en de verzoekende staat niet een WOTS-verdrag van kracht is of omdat de verzoekende staat weigert de in art. 4 lid 2 UW bedoelde garantie te geven, dan is Nederland desgevraagd verplicht een strafvervolging in Nederland in overweging te nemen.

IX.2.3.3 De garantie nader bekeken

De vervolgingsuitlevering van een Nederlander kan alleen worden toegestaan, indien “naar het oordeel van Onze Minister is gewaarborgd dat, zo hij ter zake van de feiten waarvoor zijn uitlevering kan worden toegestaan in de verzoekende Staat tot onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt veroordeeld, hij deze straf in Nederland zal mogen ondergaan”. De vervolgingsuitlevering van een Nederlander is dus afhankelijk van de mogelijkheid om de

¹⁷¹⁸ Paridaens 1996, p. 107.

tenuitvoerlegging van de eventueel aan hem in het buitenland opgelegde vrijheidsstraf over te nemen. Ingevolge art. 2 WOTS vindt ten uitvoerlegging in Nederland van buitenlandse rechterlijke beslissingen niet dan krachtens een verdrag plaats.¹⁷¹⁹

Vóórdat hij de vervolgingsuitlevering van een Nederlander toestaat, moet de Minister van Justitie met de verzoekende staat overeenstemming hebben bereikt over de - mogelijke - tenuitvoerlegging in Nederland van de vrijheidsstraf.¹⁷²⁰ De verzoekende staat dient zulks te garanderen. Tenuitvoerlegging in Nederland zal echter niet plaatsvinden tegen de wil van de betrokken Nederlander, zoals blijkt uit de woorden “zal mogen ondergaan”. Anders gezegd: de Nederlander hoeft van de door de verzoekende staat gegeven garantie geen gebruik te maken. Hij kan ervoor kiezen de opgelegde straf in de verzoekende staat te ondergaan, bijvoorbeeld omdat zijn woonplaats is gelegen in de verzoekende staat.¹⁷²¹ De terugkeer van een veroordeelde Nederlander is dus geen automatisme.

Gezien art. 2 WOTS, kan de garantie als bedoeld in art. 4 lid 2 UW alleen worden geëffectueerd, voor zover aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag is voldaan. In dit opzicht is het belangrijkste verdrag het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen, omdat alle Europese staten - en een aantal niet-Europese staten- partij zijn bij dit verdrag. Één van de voorwaarden waaraan voor overbrenging van een gevonnisde persoon van de staat van veroordeling naar de staat van tenuitvoerlegging moet zijn voldaan, is dat beide staten het daarmee eens zijn (art. 3 lid 1 onder f VOGP). Nu het verdrag geen verplichting tot overbrenging kent, mag de verzoekende staat zijn instemming met overbrenging zonder meer onthouden. De garantie als bedoeld in art. 4 lid 2 UW ontnemt de verzoekende staat die ruimte.¹⁷²²

Een andere belangrijke voorwaarde voor overbrenging op grond van het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen is dat “the acts or omissions on account of which the sentence has been imposed constitute a criminal offence according to the law of the administering State or would constitute a criminal offence if committed on its territory” (art. 3 lid 1 onder e VOGP). Aan deze voorwaarde zal doorgaans zijn voldaan, nu voor de uitlevering immers al vereist is dat het feit waarvoor wordt uitgeleverd ook in Nederland een strafbaar feit oplevert en de vervolging, bestrafing en vrijheidsbeneming van de uitgeleverde Nederlander ingevolge het specialiteitsbeginsel beperkt dienen te blijven tot dat feit. Hoewel art. 3 lid 1 onder e VOGP verder lijkt te gaan dan onder het uitleveringsrecht gebruikelijk is, doordat niet alleen sprake moet zijn van een strafbaar feit, maar ook van een strafbare dader, is nauwelijks sprake van een verschil. De exequaturrechter is namelijk gebonden aan de vaststelling van de feiten die de buitenlandse rechter aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd en hij mag niet in een nieuw onderzoek naar deze feiten treden (art. 28 lid 3 WOTS).

¹⁷¹⁹ Paridaens 1996, p. 110; Swart 1997, p. 108.

¹⁷²⁰ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 129, nrs. 1-3, p. 40. Bij deze gelegenheid zou de Minister van Justitie een termijn voor de terugkeer kunnen bedingen, zoals Paridaens 1996, p. 111 heeft bepleit. Zie ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2002, *LJN* AD8375. De Nederlandse verklaring staat daaraan niet in de weg, nu deze niet inhoudt dat Nederland zich heeft verplicht tot uitlevering, indien de verzoekende staat de garantie heeft verstrekt (vgl. HR 31 maart 1995, *NJ* 1996, 382, m.nt. AHJS, r.o. 3.4). Zie de relevante passage van de verklaring: “However, Netherlands nationals *may* be extradited for purposes of prosecution if the requesting State provides a guarantee that the person claimed may be returned to the Netherlands to serve his sentence there if, following his extradition, a custodial sentence other than a suspended sentence or a measure depriving him of his liberty is imposed upon him” (mijn cursivering).

¹⁷²¹ *Kamerstukken II* 1984/85, 18 129, nr. 6, p. 13.

¹⁷²² Vgl. Paridaens 1996, p. 112 (“Zowel de staat van veroordeling als Nederland hebben immers reeds op voorhand beslist dat de terugkeer zal worden toegestaan”).

De vaststelling van de strafbaarheid van de dader dient dus op basis van deze feiten plaats te vinden, zodat voor de exequaturrechter weinig ruimte overblijft om de strafbaarheid van de dader te toetsen.¹⁷²³ Onder het uitleveringsrecht heeft de uitleveringsrechter een vergelijkbare - beperkte - ruimte voor een onderzoek naar eventuele strafuitsluitingsgronden. Strafuitsluitingsgronden naar Nederlands recht kunnen alleen tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering leiden, indien zij hetzij rechtstreeks volgen uit de door de verzoekende Staat overgelegde stukken, hetzij anderszins, zonder diepgaand onderzoek, vergelijkbaar met dat in het strafgeding zelf, door de uitleveringsrechter als vaststaand kunnen worden aangenomen, bijvoorbeeld op grond van hetgeen door of namens de opgeëiste persoon bij de behandeling van het uitleveringsverzoek naar voren is gebracht.¹⁷²⁴ Het staat de uitleveringsrechter overigens niet vrij om bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de uitlevering vooruit te lopen op de mogelijke (uitkomst van de) exequaturprocedure.¹⁷²⁵

Anders dan de tekst van art. 4 lid 2 UW en de Nederlandse verklaring bij art. 6 EUV doen vermoeden, dient de door de verzoekende staat te verstrekken garantie niet alleen in te houden dat de Nederlander naar Nederland zal mogen terugkeren om daar de hem opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf te ondergaan, maar ook dat Nederland die straf zal mogen “omzetten” naar Nederlandse maatstaven (mits verenigbaar met het toepasselijke WOTS-verdrag).¹⁷²⁶ Die garantie is niet in strijd met de Nederlandse verklaring bij art. 6 EUV, omdat deze verklaring niet inhoudt dat Nederland zich ten opzichte van de andere verdragspartijen heeft *verplicht* tot uitlevering van Nederlanders, wanneer de in de verklaring bedoelde (enkele) garantie wordt gegeven.¹⁷²⁷ De verdragen inzake de overdracht van de tenuitvoerlegging van buitenlandse veroordelingen - en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen - voorzien - doorgaans - in twee verschillende wijzen van tenuitvoerlegging na de overname daarvan door de staat van tenuitvoerlegging: de voortgezette tenuitvoerlegging en de exequaturprocedure.¹⁷²⁸ In geval van voortgezette tenuitvoerlegging zet de staat van tenuitvoerlegging de tenuitvoerlegging onmiddellijk voort, waarbij hij gebonden is aan het rechtskarakter en de duur van de veroordeling, zoals vastgesteld in de staat van veroordeling. Aanpassing van de duur van de straf of maatregel is alleen mogelijk, voor zover deze onverenigbaar is met het recht van de staat van tenuitvoerlegging, bijvoorbeeld omdat deze het toegelaten maximum overschrijdt.¹⁷²⁹ In geval van de exequaturprocedure zet de bevoegde autoriteit van de staat van tenuitvoerlegging de veroordeling om naar een beslissing van die staat en vervangt zij de buitenlandse sanctie door een sanctie die naar het recht van de staat van tenuitvoerlegging op hetzelfde feit is gesteld, met dien verstande dat zij de strafrechtelijke positie van de gevonniste persoon niet mag verzwaren.¹⁷³⁰ De verdragen die in beide wijzen van tenuitvoerlegging voorzien, laten de keuze over aan de (beoogde) staat van

¹⁷²³ Vgl. *Kamerstukken I/II* 1992/93, 23 321 (R1482), nrs. 375 en 1, p. 4-5.

¹⁷²⁴ Vgl. HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 10, m.nt. N. Keijzer, r.o. 4.4 (met betrekking tot een rechtvaardigingsgrond).

¹⁷²⁵ HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 725, m.nt. Y. Buruma, r.o. 3.2.

¹⁷²⁶ HR 31 maart 1995, *NJ* 1996, 382, m.nt. AHJS, r.o. 3.3.1-3.3.4. Paridaens 1996, p. 111 en p. 113, merkt terecht op dat het de voorkeur had verdiend de exequaturgarantie uitdrukkelijk in de Uitleveringswet en in de verklaring op te nemen.

¹⁷²⁷ HR 31 maart 1995, *NJ* 1996, 382, m.nt. AHJS, r.o. 3.4.

¹⁷²⁸ Doorgaans, omdat het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen uitsluitend in de exequaturprocedure voorziet.

¹⁷²⁹ Zie art. 10 VOGP; art. 8 lid 4 EGTUL; art. 43 WOTS.

¹⁷³⁰ Zie art. 11 VOGP; art. 8 lid 5 EGTUL; art. 44 EVIG; art. 31 WOTS.

tenuitvoerlegging, die desgevraagd vóór de overbrenging van de gevonniste persoon aan de staat van veroordeling dient mee te delen welke van deze procedures hij zal volgen.¹⁷³¹ Aldus heeft de staat van veroordeling de mogelijkheid om zijn instemming met de overbrenging te onthouden, indien hem de voorgenumen wijze van tenuitvoerlegging niet zint. Door de toezegging dat zal worden ingestemd met de exequaturprocedure heeft de staat van veroordeling deze ruimte niet meer.

Door afgifte van de garantie heeft de verzoekende staat zich ten opzichte van Nederland volkenrechtelijk verbonden tot het leveren van de daarin bedoelde prestaties. Nederland kan dus aanspraak maken op naleving van die garantie, voor zover de Nederlander zijn straf in Nederland wenst te ondergaan en voor zover aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag is voldaan. Of de uitgeleverde Nederlander zich tegenover de verzoekende staat op de garantie kan beroepen, zal afhangen van het recht van die staat. Voor wat betreft de verhouding tussen de uitgeleverde Nederlander en Nederland moet worden opgemerkt dat de in de verklaring en in art. 4 lid 2 UW bedoelde waarborg een garantie is van de verzoekende staat aan Nederland, niet een garantie van Nederland aan de opgeëiste persoon. Niettemin kan de opgeëiste persoon de wijze waarop Nederland met de uit de garantie voortvloeiende aanspraak omgaat uit hoofde van onrechtmatige daad in kort geding aanvechten.¹⁷³² Gezien de ratio van de verklaring en van art. 4 lid 2 UW, zou naar mijn mening een Nederlandse weigering om de aanspraak op overbrenging naar Nederland geldend te maken in beginsel onrechtmatig zijn jegens de uitgeleverde Nederlander.¹⁷³³ Die ratio verplicht Nederland dus in beginsel om de aanspraak op levering van de in de garantie bedoelde prestaties geldend te maken.¹⁷³⁴

IX.2.4 Nederlanders en de EU-uitleveringsovereenkomst

De Raad van Europese Unie nam in 1996 op grond van art. K.3 VEU de Overeenkomst betreffende uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie aan. Doel van deze Overeenkomst was de uitlevering tussen de lidstaten doeltreffender en sneller te maken. De band tussen de lidstaten werd zodanig geacht, dat uitlevering tussen de lidstaten aan minder strenge voorwaarden zou moeten worden gebonden dan uitlevering aan derde staten. Om dat doel te bereiken werden traditionele weigeringsgronden als de dubbele strafbaarheid, het politieke delict, de verjaring en de nationaliteit van de opgeëiste persoon geschrapt of ingeperkt.¹⁷³⁵

Art. 7 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst bepaalde dat de aangezochte staat de uitlevering niet mocht weigeren uitsluitend op grond van de omstandigheid dat de opgeëiste persoon zijn onderdaan - in de zin van art. 6 EUV - was.¹⁷³⁶ Reden daarvoor waren “de gemeenschappelijke waarden, en rechtstradities en het wederzijdse vertrouwen

¹⁷³¹ Art. 9 lid 2 VOGP; art. 8 lid 2 EGTUL.

¹⁷³² Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 30 september 2008, *LJN* BF4984 met betrekking tot het al dan niet effectueren van de in art. 6 leden 1 en 5 Olw bedoelde garantie.

¹⁷³³ Een weigering zou wellicht mogelijk zijn in het geval dat de opgeëiste persoon na uitlevering zijn Nederlandse nationaliteit verliest. Daarnaast zou medewerking aan overbrenging naar Nederland niet mogelijk zijn en zou weigering dus gerechtvaardigd zijn, indien de gedraging waarvoor de uitgeleverde persoon werd veroordeeld inmiddels niet meer strafbaar zou zijn naar Nederlands recht.

¹⁷³⁴ Stelliger is Paridaens 1996, p. 109 (“De opgeëiste persoon krijgt daarmee een afdwingbaar recht op terugkeer”).

¹⁷³⁵ Toelichtend Rapport, *PbEG* 1997, C 191/13.

¹⁷³⁶ Zie over deze bepaling Deen-Racsmany 2007, p. 78-80; Sjöcrona & Orié 2002, p. 176-177.

in de goede werking van de strafrechtelijke handhavingssystemen van de lidstaten van de Europese Unie".¹⁷³⁷ Opmerkelijk is dat deze onderbouwing zich alleen richtte tegen één van de *traditionele* redenen voor de nationaliteitsexceptie: bescherming van de eigen onderdaan tegen blootstelling aan een voor hem vreemde - en kennelijk inferieur geachte - strafrechtspleging.¹⁷³⁸ Met het resocialisatiebelang, dat welbeschouwd niet alleen een belang van de opgeëiste persoon en van de aangezochte staat is, maar ook van alle andere lidstaten, hield de uitsluiting van de nationaliteitsexceptie als zodanig geen rekening. Een geslaagde resocialisatie hangt immers niet in de eerste plaats af van de kwaliteit van de rechtspleging in de staat van berechting, maar vooral van de band van de veroordeelde met de staat van tenuitvoerlegging.

Kennelijk was het verzet onder de lidstaten tegen uitlevering van eigen onderdanen nog sterk. Art. 7 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst gaf de verdragspartijen namelijk de bevoegdheid tot het maken van het voorbehoud dat zij uitlevering van eigen onderdanen niet of alleen onder zekere voorwaarden toestonden. Deze bevoegdheid achtte men nodig, omdat aanpassing van de nationale - veelal constitutionele - verboden op uitlevering van eigen onderdanen een complexe en tijdrovende aangelegenheid zou zijn.¹⁷³⁹ Ingevolge art. 7 lid 3 EU-uitleveringsovereenkomst waren zulke voorbehouden maar vijf jaren geldig, telkens met de mogelijkheid van verlenging met vijf jaren. Deze bepaling dwong de verdragspartijen die een voorbehoud hadden gemaakt tot een periodieke heroverweging daarvan.¹⁷⁴⁰

Art. 7 EU-uitleveringsovereenkomst heeft zijn doel maar zeer ten dele kunnen verwezenlijken. Op de eerste plaats is de overeenkomst nooit in werking getreden, al kon zij wel voorlopig worden toegepast tussen de lidstaten die een daartoe strekkende verklaring hadden afgelegd. Een tweede factor die tot het geringe succes van deze overeenkomst bijdroeg, was het ruime gebruik dat de lidstaten van de in art. 7 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst gegeven bevoegdheid maakten. Van de twintig lidstaten die de overeenkomst hadden aangenomen of tot de overeenkomst waren toegetreden, hadden zeven lidstaten het voorbehoud gemaakt dat zij hun onderdanen niet uitleverden,¹⁷⁴¹ acht lidstaten dat zij hun onderdanen alleen onder voorwaarden uitleverden,¹⁷⁴² en twee lidstaten dat zij het recht tot weigering van uitlevering van hun onderdanen voorbehielden.¹⁷⁴³ Slechts drie lidstaten hadden in het geheel geen bezwaren tegen de uitlevering van hun onderdanen.¹⁷⁴⁴

Nederland heeft een voorbehoud ex art. 7 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst gemaakt. Dit voorbehoud kwam inhoudelijk overeen met de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV:¹⁷⁴⁵ Nederlandse "onderdanen" werden niet uitgeleverd ter fine van tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf, maar konden wel worden uitgeleverd ter fine van

¹⁷³⁷ Toelichtend Rapport, *PbEG* 1997, C 191/20.

¹⁷³⁸ Zie voor die traditionele redenen Deen-Racsmany 2007, p. 71; Swart 1986, p. 284-286; Swart 1992a, p. 532.

¹⁷³⁹ Toelichtend Rapport, *PbEG* 1997, C 191/20.

¹⁷⁴⁰ Orië 2000, p. 212 zag in het verlengingsmechanisme een blijvende impuls om de uitsluiting van de uitlevering van eigen onderdanen te slechten.

¹⁷⁴¹ Cyprus, Duitsland, Griekenland, Luxemburg, Oostenrijk, Polen en Slovenië.

¹⁷⁴² België, Finland, Frankrijk, Ierland, Nederland, Portugal, Spanje en Zweden.

¹⁷⁴³ Denemarken en Letland.

¹⁷⁴⁴ Estland, Litouwen en het Verenigd Koninkrijk.

¹⁷⁴⁵ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 8.

strafvervolging, mits gewaarborgd was dat zij hun straf in Nederland zouden mogen ondergaan.¹⁷⁴⁶

Bij beschouwing van de voorbehouden van de lidstaten die uitlevering van hun onderdanen alleen onder voorwaarden toestonden, valt op dat de Nederlandse oplossing - alleen uitlevering van onderdanen ter vervolging en voor zover de terugkeer wordt gegarandeerd - enige navolging had gevonden. Lidstaten als België, Finland, Frankrijk, Spanje en Portugal hadden vergelijkbare voorbehouden gemaakt.

IX.2.5 Geïntegreerde vreemdelingen

IX.2.5.1 Inleiding

In paragraaf 2.3 is gebleken dat de regeling inzake de uitlevering van Nederlanders is gebaseerd op de - veronderstelde - band van Nederlanders met de Nederlandse maatschappij, die meebrengt dat zij aan hen opgelegde vrijheidsstraffen in Nederland moeten kunnen ondergaan. Vreemdelingen missen de juridische band die Nederlanders met Nederland hebben. Zij beschikken immers niet over de Nederlandse nationaliteit.¹⁷⁴⁷ Desondanks is niet uitgesloten, dat zij een zodanige juridische en feitelijke band met Nederland hebben, dat een gelijke behandeling, voor wat betreft de uitlevering, gerechtvaardigd is.¹⁷⁴⁸

Bij de goedkeuring van het Europees Verdrag betreffende uitlevering was de regering van mening dat in de Nederlandse samenleving gewortelde staatlozen en sommige in de Nederlandse samenleving gewortelde vreemdelingen vanwege die worteling - in beginsel - anders behandeld behoorden te worden dan andere vreemdelingen. In beginsel, omdat een algehele uitsluiting van hun uitlevering, zoals voor Nederlanders, zou kunnen leiden tot een “hiaat in de berechting”. Anders dan Nederlanders, kunnen vreemdelingen namelijk niet dan bij uitzondering in Nederland worden vervolgd voor in den vreemde begane strafbare feiten.

Waar zij wel in Nederland kunnen worden vervolgd, waar Nederland met andere worden wel rechtsmacht over hen kan uitoefenen, zou de mogelijkheid moeten bestaan om hun uitlevering te weigeren.¹⁷⁴⁹ Daartoe legde Nederland een verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV af.

¹⁷⁴⁶ “De Nederlandse regering verklaart overeenkomstig artikel 7, tweede lid, dat door Nederland geen uitlevering of doortocht zal worden toegestaan van Nederlandse onderdanen ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een straf of andere maatregelen.

Echter, Nederlandse onderdanen kunnen worden uitgeleverd ten behoeve van strafvervolging voorzover de verzoekende staat een garantie afgeeft dat de opgeëiste persoon weer aan Nederland wordt overgedragen teneinde daar zijn straf te ondergaan, indien aan hem na uitlevering een vrijheidsbenemende straf, anders dan een voorwaardelijke straf, of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel is opgelegd. Wat betreft het Koninkrijk der Nederlanden wordt voor de toepassing van deze Overeenkomst onder Nederlandse onderdanen verstaan personen met de Nederlandse nationaliteit en buitenlanders die zijn geïntegreerd in de Nederlandse samenleving, voorzover zij in Nederland kunnen worden vervolgd voor de feiten die aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggen en voorzover ten aanzien van deze buitenlanders de verwachting is gerechtvaardigd dat zij niet hun recht van verblijf in Nederland verliezen ten gevolge van een hun na uitlevering opgelegde straf of maatregel”: *Trb.* 2001, 24.

¹⁷⁴⁷ Zie art. 1 lid 1 UW.

¹⁷⁴⁸ Zie over de (niet-)uitlevering van “residents” van de aangezochte staat Deen-Racsmany 2007, p. 182-214.

¹⁷⁴⁹ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 29.

De huidige versie van deze verklaring luidt, voor zover hier van belang: “As regards the Kingdom of the Netherlands, “nationals” for the purpose of the Convention are to be understood as meaning persons of Netherlands nationality as well as foreigners integrated into the Netherlands community insofar as they can be prosecuted within the Kingdom of the Netherlands for the act in respect of which extradition is requested and insofar as such foreigners are not expected to lose their right of residence in the Kingdom as a result of the imposition of a penalty or measure subsequent to their extradition”. De beoordeling of een vreemdeling voldoet aan de in de verklaring genoemde voorwaarden inzake integratie in de Nederlandse samenleving, rechtsmacht en behoud van verblijfsrecht en, zo ja, of dit tot toepassing van de verklaring dient te leiden, is voorbehouden aan de Minister van Justitie.¹⁷⁵⁰ De opgeëiste persoon kan het oordeel van de Minister van Justitie inzake de toepassing van de verklaring bij de voorzieningenrechter aanvechten.¹⁷⁵¹

IX.2.5.2 Reikwijdte verklaring

Een vreemdeling komt alleen voor toepassing van de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV in aanmerking, voor zover hij beschikt over een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. De Minister van Justitie vult het begrip “geïntegreerde vreemdeling” op deze wijze in, om op dit punt te komen tot een gelijkstelling tussen de Uitleveringswet en de Overleveringswet.¹⁷⁵² Ingevolge art. 6 lid 5 OLW dient een vreemdeling voor een gelijke behandeling als een Nederlander namelijk te beschikken over een dergelijke vergunning (zie paragraaf 3.3.4).¹⁷⁵³

Gelet op de opbouw van de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV - eerste alinea: géén executie-uitlevering van “nationals” mogelijk; tweede alinea: wel vervolgingsuitlevering van “nationals”, onder de voorwaarde van tenuitvoerlegging in Nederland; derde alinea: definitie van “nationals” -, lijkt voor de geïntegreerde vreemdelingen, voor zover zij aan de in de verklaring genoemde voorwaarden voldoen, hetzelfde te gelden als voor Nederlanders. Die voorwaarden geven echter aanleiding tot twijfel of de verklaring wel betrekking heeft op de *executie*-uitlevering van gewortelde vreemdelingen.

¹⁷⁵⁰ HR 10 januari 1978, *NJ* 1978, 451, m.nt. GEM; HR 10 januari 1978, *NJ* 1978, 642; HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 756; HR 16 maart 1993, *NJ* 1993, 721; HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 163 (executie-uitlevering); HR 14 juni 2005, *LJN* AT4434.

¹⁷⁵¹ Zie Gerechtshof 's-Gravenhage 7 mei 1981, *NJ* 1982, 273 (geworteldheid niet aannemelijk geworden); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 8 december 2009, *LJN* BK6047 (verwachting verlies verblijfsrecht); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 april 2010, *LJN* BM1143 (niet aannemelijk geworden dat Nederland rechtsmacht heeft); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 28 april 2010, *LJN* BM2760 (verbod op uitlevering, nu aannemelijk is geworden dat Nederland rechtsmacht heeft); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, *LJN* BN9924 (Nederland heeft geen rechtsmacht); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2011, *LJN* BT6935 (de opgeëiste persoon heeft geen verblijfsrecht in Nederland); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2011, *LJN* BT8898 (niet kan worden geconcludeerd dat Nederland rechtsmacht heeft).

¹⁷⁵² Circulaire inzake de werkwijze in uitleveringszaken van 21 maart 2007, *Stcrt.* 104, p. 10, noot 2.

¹⁷⁵³ De motivering van deze beleidswijziging is opmerkelijk, nu de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Overleveringswet de vraag “of de categorie met Nederlanders gelijkgestelde personen overeenkomt met die onder de Uitleveringswet en de Nederlandse verklaring bij het Europees uitleveringsverdrag” nog bevestigend beantwoordde: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 13. Destijds was de Minister van Justitie dus van mening dat van een gelijkstelling al sprake was.

Met betrekking tot de eerste voorwaarde (“insofar as they can be prosecuted within the Kingdom of the Netherlands for the act in respect of which extradition is requested”) is deze twijfel niet gerechtvaardigd. Deze voorwaarde beoogt slechts tot uitdrukking te brengen dat Nederland rechtsmacht moet kunnen uitoefenen over de bewuste vreemdeling. Zoals gezegd, kunnen vreemdelingen alleen bij uitzondering¹⁷⁵⁴ in Nederland worden vervolgd voor in het buitenland begane strafbare feiten,¹⁷⁵⁵ terwijl Nederlanders op grond van art. 5 Sr voor dergelijke feiten wel in Nederland kunnen worden vervolgd. Afgezien van mogelijke overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf, zou zonder de mogelijkheid van vervolging in Nederland de weigering van de uitlevering ingevolge de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV tot straffeloosheid leiden, een gevolg dat de voorwaarde van rechtsmacht beoogt te voorkomen. Dat vreemdelingen voor wat betreft uitlevering niet zonder meer op gelijke voet als Nederlanders worden behandeld (voor wie noch op grond van de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV noch op grond van art. 4 UW de voorwaarde inzake rechtsmacht geldt), is dan ook niet in strijd met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.¹⁷⁵⁶

Twijfel over de tweede voorwaarde (“insofar as such foreigners are not expected to lose their right of residence in the Kingdom as a result of the imposition of a penalty or measure subsequent to their extradition”) is daarentegen niet zonder enige grond. Het eerste deel van deze voorwaarde lijkt relevant voor vervolgings- én executie-uitlevering: tenuitvoerlegging in Nederland van de aan de geïntegreerde vreemdeling opgelegde vrijheidsstraf is niet zinvol, indien deze na de tenuitvoerlegging Nederland moet verlaten.¹⁷⁵⁷ De tenuitvoerlegging is dan niet dienstbaar aan zijn resocialisatie in de Nederlandse samenleving. De zinsnede “as a result of the imposition of a penalty or measure subsequent to their extradition”¹⁷⁵⁸ lijkt echter erop te duiden, dat de gelijkstelling met Nederlanders alleen de *vervolgingsuitlevering* geldt. De geschiedenis van de formulering van de verklaring biedt daarentegen argumenten voor de stelling dat de

¹⁷⁵⁴ Zie de art. 3, 4, 4a, 5a, 5b Sr. Volgens R Emmelink 1990, p. 93, is er dan ook niet zo veel perspectief; Swart 1986, p. 294-295, is van mening dat de verklaring vanwege de voorwaarde van rechtsmacht geen of weinig zelfstandige betekenis heeft en in hoofdzaak beperkt is tot op het eigen grondgebied begane strafbare feiten, die op grond van art. 7 lid 1 EUV al tot weigering van de uitlevering kunnen leiden. *Idem* Swart 1997, p. 108-109 (“The importance of the declaration is rather limited (...)”). Vgl. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 697, nr. 5, p. 8: “Veelal blijkt dat reeds aan deze voorwaarde niet wordt voldaan”.

¹⁷⁵⁵ Voor zover een deel van de gedragingen die het strafbare feit constitueren in Nederland is verricht, heeft Nederland ingevolge art. 2 Sr ook rechtsmacht over het deel van de gedragingen die in het buitenland hebben plaatsgevonden (HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 117). Zie Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 28 april 2010, *LJN* BM2760.

¹⁷⁵⁶ HR 11 november 2008, *NJ* 2008, 595, r.o. 3.7.2; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, *LJN* BN9924, r.o. 3.5.

¹⁷⁵⁷ Teneinde vast te stellen of aan deze voorwaarde is voldaan, vraagt de Minister van Justitie aan het Openbaar Ministerie een strafeis te formuleren aan de hand van de buitenlandse tenlastelegging. Die strafeis wordt vervolgens voorgelegd aan de IND. Indien de IND meedeelt dat hij op grond van de strafeis niet tot beëindiging van het verblijfsrecht zou overgaan, vraagt de Minister van Justitie de terugkeergarantie. Zie Bregman 2007, p. 26. De geformuleerde strafeis moet worden beschouwd als een deskundigenadvies aan de Minister van Justitie ten behoeve van de uitoefening van zijn bevoegdheden. Mits dat advies op onpartijdige, objectieve en inzichtelijke wijze is opgesteld, mag de Minister van Justitie daarvan uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid of volledigheid ervan: Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 8 december 2009, *LJN* BK6047.

¹⁷⁵⁸ Mijn cursivering.

gelijkstelling van gewortelde vreemdeling niet alleen de vervolgings-, maar ook de executie-uitlevering betreft.

Vanaf het van kracht worden voor Nederland van het Europees Verdrag betreffende uitlevering, op 15 mei 1969, tot de datum waarop het huidige art. 4 UW in werking trad, op 1 januari 1988, sloot de Nederlandse verklaring de uitlevering van Nederlanders en van in de Nederlandse maatschappij gewortelde vreemdelingen, voor zover zij in Nederland konden worden vervolgd voor het feit waarvoor de uitlevering werd gevraagd, zonder meer uit.¹⁷⁵⁹ Met ingang van 1 januari 1988 werd de vervolgingsuitlevering van Nederlanders wettelijk mogelijk. Zoals in paragraaf 2.3.2 is gebleken, vloeide zulks voort uit de mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van een buitenlandse vrijheidsstraf over te nemen. Deze mogelijkheid gold niet alleen voor Nederlanders, maar ook voor (sommige) vreemdelingen.¹⁷⁶⁰ Met ingang van dezelfde datum werd een wijziging van de Nederlandse verklaring van kracht. Ingevolge de gewijzigde verklaring was de executie-uitlevering van Nederlanders en van in de Nederlandse maatschappij gewortelde vreemdelingen uitgesloten, voor zover zij in Nederland konden worden vervolgd voor het feit waarvoor de uitlevering werd gevraagd.¹⁷⁶¹ Hun vervolgingsoverlevering kon evenwel worden toegestaan, mits gewaarborgd was dat zij de aan hen eventueel opgelegde vrijheidsstraf in Nederland zouden mogen ondergaan.¹⁷⁶²

De tweede voorwaarde werd pas met ingang van 12 december 1994 ingevoerd,¹⁷⁶³ “(f)or the sake of clearness”.¹⁷⁶⁴ Daarmee werd de verklaring in lijn gebracht met de Nederlandse verklaring ex art. 3 lid 4 VOGP. Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen stelt voor overbrenging van de gevonniste persoon van de staat van veroordeling naar de staat van tenuitvoerlegging onder meer als voorwaarde dat hij een “national” van die laatste staat is. Op grond van art. 3 lid 4 VOGP mag een partij bij verklaring het begrip “national” definiëren, voor zover het haar betreft. Nederland heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. De Nederlandse verklaring ex art. 3 lid 4 VOGP beoogt te bewerkstelligen dat ook in de Nederlandse samenleving gewortelde vreemdelingen kunnen profiteren van het verdrag, maar alleen voor zover zij niet het risico lopen hun verblijfstitel in het Koninkrijk te verliezen ten gevolge van de in het buitenland

¹⁷⁵⁹ “The Netherlands Government will not grant extradition or transit of its own nationals. As regards the Netherlands, “nationals” for the purposes of the Convention are to be understood as meaning persons of Netherlands nationality as well as foreigners integrated into the Netherlands community in so far as they can be prosecuted within the Netherlands for the act in respect of which extradition is requested”: *Trb.* 1969, 62, p. 13.

¹⁷⁶⁰ Zie art. 5 lid 1 onder a EVIG; art. 3 lid 4 VOGP.

¹⁷⁶¹ Zo ook Strijards 1988, p. 137.

¹⁷⁶² “The Government of the Kingdom of the Netherlands will not permit the transit of Netherlands nationals nor their extradition for the purposes of the enforcement of penalties or other measures.

However, Netherlands nationals may be extradited for purposes of prosecution if the requesting State provides a guarantee that the person claimed may be returned, to the Netherlands to serve his sentence there if, following his extradition, a custodial sentence other than a suspended sentence or a measure depriving him of his liberty is imposed upon him.

As regards the Kingdom of the Netherlands, “nationals” for the purposes of the Convention are to be understood as meaning persons of Netherlands nationality as well as foreigners integrated into the Netherlands community in so far as they can be prosecuted within the Kingdom of the Netherlands for the act in respect of which extradition is requested”: *Trb.* 1987, 186.

¹⁷⁶³ *Trb.* 1995, 45.

¹⁷⁶⁴ Aldus de aanhef van de verklaring van 12 december 1994, zoals vermeld op de website van het *Treaty Office* van de Raad van Europa (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/v3MenuTraites.asp>).

gewezen veroordeling en van de binnen het Koninkrijk ten uitvoer te leggen sanctie.¹⁷⁶⁵ Bij de toepassing van de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV hield de Minister van Justitie al rekening met de verklaring ex art. 3 lid 4 VOGP. Bestond de verwachting dat de vreemdeling zijn verblijfsrecht in Nederland zou verliezen als gevolg van een eventuele veroordeling in de verzoekende staat, dan vroeg de Minister van Justitie niet de waarborg dat de vreemdeling de vrijheidsstraf in Nederland zou mogen ondergaan. Zou de vreemdeling niet vallen onder de reikwijdte van art. 3 lid 4 VOGP, dan zou een dergelijke garantie immers niet kunnen worden geëffectueerd. In een geval waarin de Minister van Justitie voor een gewortelde vreemdeling, die - naar de letter - aan alle voorwaarden van de verklaring voldeed, maar die naar het oordeel van de Minister van Justitie zijn verblijfsrecht zou verliezen als gevolg van een veroordeling in de verzoekende staat, de in de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV bedoelde garantie weigerde te vragen, oordeelde de rechter in kort geding dat die weigering niet strookte met de tekst van de verklaring.¹⁷⁶⁶ Als gevolg van dit vonnis kon de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV haar doel, de resocialisatie van geïntegreerde vreemdelingen, niet meer dienen en moest zij derhalve worden aangepast. Bij de aanpassing van de verklaring is klaarblijkelijk over het hoofd gezien dat de casus die tot die aanpassing aanleiding gaf een vervolgingsuitlevering betrof. Het lijkt onaannemelijk dat de regering, zonder enige aanleiding, de reikwijdte van de verklaring - die van begin af aan de executie-uitlevering van geïntegreerde vreemdelingen omvatte - in 1994 bewust heeft willen beperken tot de vervolgingsuitlevering van geïntegreerde vreemdelingen. Een belangrijk argument dat tegen een beperkte lezing van de verklaring pleit, is dat een onderscheid tussen executie- en vervolgingsuitlevering van geïntegreerde vreemdelingen in het licht van de ratio van de verklaring niet gerechtvaardigd lijkt. Waarom zou een geïntegreerde vreemdeling die nog moet worden berecht wel mogen profiteren van een eventuele tenuitvoerlegging in Nederland, maar een geïntegreerde vreemdeling die al onherroepelijk is veroordeeld niet?¹⁷⁶⁷

Dat de verklaring mede betrekking heeft op de executie-uitlevering van geïntegreerde vreemdelingen vindt bevestiging in de parlementaire behandeling van de goedkeuring van de EU-uitleveringsovereenkomst. Zoals in paragraaf 2.4 is gebleken, heeft Nederland een voorbehoud bij art. 7 EU-uitleveringsovereenkomst gemaakt, dat inhoudelijk overeenkwam met de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV: Nederlandse “onderdanen” worden niet uitgeleverd ter fine van tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf, maar kunnen wel worden uitgeleverd ter fine van strafvervolgning, mits is gewaarborgd dat zij hun straf in Nederland zullen mogen ondergaan, waarbij onder Nederlandse “onderdanen” ook worden verstaan “buitenlanders die zijn geïntegreerd in de Nederlandse samenleving, voorzover zij in Nederland kunnen worden vervolgd voor de feiten die aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggen en voorzover ten aanzien van deze buitenlanders de verwachting is gerechtvaardigd dat zij niet hun recht van verblijf in Nederland verliezen ten gevolge van een hun na uitlevering opgelegde straf of maatregel”. Op verschillende

¹⁷⁶⁵ “As far as the Kingdom of the Netherlands is concerned, the term “national” should include (...) aliens or stateless persons whose only place of ordinary residence (residence habituelle) is within the Kingdom and who, according to a statement to this effect issued to the government of the sentencing State by the Netherlands Government, do not, under the terms of the present Convention, lose their right of residence in the Kingdom as a result of the execution of a punishment or measures”: *Trb.* 1987, 163.

¹⁷⁶⁶ Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 1993, *RV* 1993, 100, m.nt. AHJS.

¹⁷⁶⁷ Ook de A-G Machielse neemt aan dat de verklaring de executie-uitlevering van de daarin bedoelde geïntegreerde vreemdelingen uitsluit: zie punt 4.5 van zijn conclusie vóór HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 163.

plaatsen geven de parlementaire stukken er blijk van dat het voorbehoud de executie-uitlevering van geïntegreerde vreemdelingen uitsluit.¹⁷⁶⁸

Nu is vastgesteld dat de verklaring ook betrekking heeft op de executie-uitlevering van geïntegreerde vreemdelingen, dient de vraag te worden beantwoord of, en zo ja, in hoeverre de tweede voorwaarde (behoud van verblijfsrecht) geldt in geval van een dergelijke uitlevering. Het volledig buiten beschouwing laten van deze voorwaarde kan ertoe leiden, dat de uitlevering moet worden geweigerd, terwijl overname van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf in Nederland niet geïndiceerd is, omdat die straf aanleiding geeft tot de beëindiging van het verblijfsrecht in Nederland van de vreemdeling. Een redelijke, met de ratio overeenkomende uitleg van de verklaring brengt naar mijn mening mee, dat in geval van executie-uitlevering de verwachting gerechtvaardigd moet zijn dat de vreemdeling niet zijn recht van verblijf in Nederland verliest ten gevolge van de aan hem in de verzoekende staat *reeds* opgelegde straf of maatregel.¹⁷⁶⁹

Opmerkelijk is dat men bij de aanpassing van de verklaring in 1988, vanwege de mogelijkheid van vervolgingsuitlevering van Nederlanders, en ook nadien heeft rechtsmacheis ten aanzien van geïntegreerde vreemdelingen onverminderd heeft gehandhaafd. In geval van weigering van de *executie*-uitlevering ligt immers op de eerste plaats overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf voor de hand. Alleen indien deze overname niet mogelijk is en de opgeëiste vreemdeling niet in Nederland kan worden vervolgd ter zake van het feit waarvoor hij veroordeeld is, dreigt straffeloosheid. In een meer rationele benadering zou dus in geval van weigering van de executie-uitlevering primair als eis moeten gelden dat Nederland de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf kan overnemen en slechts subsidiair, voor het geval dat overname niet mogelijk is, dat Nederland de opgeëiste persoon in Nederland kan vervolgen.

In geval van *vervolgings*uitlevering is de rechtsmacheis evenmin zonder meer begrijpelijk. Vóór de aanpassing van de verklaring diende de rechtsmacheis als voorwaarde voor de weigering van de vervolgingsuitlevering, ná de aanpassing als voorwaarde voor het toestaan van uitlevering onder een terugkeergarantie. Indien de verzoekende staat de gevraagde dubbele garantie geeft, is er echter geen reden om de mogelijkheid van vervolging in Nederland te eisen. Straffeloosheid dreigt immers alleen dan, indien de verzoekende staat de garantie niet wenst te geven en de opgeëiste vreemdeling niet in Nederland kan worden vervolgd. Men zou dus kunnen betogen dat de rechtsmacheis alleen subsidiair zou moeten gelden, namelijk voor zover de verzoekende staat de gevraagde dubbele garantie niet verstrekt. Kan de opgeëiste vreemdeling in een dergelijk geval niet in Nederland worden vervolgd, dan volgt zijn uitlevering zonder garantie. Kan hij wel in Nederland worden vervolgd, dan weigert Nederland zijn vervolgingsuitlevering. Bij een dergelijke benadering bestaat wel het risico dat de verzoekende staat de garantie steeds zal weigeren, indien de opgeëiste persoon een vreemdeling is. In de meeste gevallen zal dan toch zijn uitlevering zónder garantie volgen, omdat rechtsmacht over door vreemdelingen in den vreemde begane strafbare feiten een uitzondering is. De verzoekende staat heeft

¹⁷⁶⁸ Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 697, nr. 3, p. 7-8; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 697, nr. 3, p. 13-14 (met betrekking tot de verderlevering van de in de verklaring bedoelde "onderdanen": niet ter fine van executie, maar wel ter fine van vervolging, onder afgifte van de terugkeergarantie); *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 697, nr. 5, p. 12 (*idem*).

¹⁷⁶⁹ De in paragraaf 2.5.2 gehanteerde argumentatie vindt men ook in de overleveringsrechtelijke tussenuitspraak Rb. Amsterdam 23 januari 2007, *LJN AZ7032*, bij de totstandkoming waarvan ik als stafjurist van de Internationale rechtshulpkamer en als griffier betrokken was.

belang bij een dergelijke handelwijze, omdat het verstrekken van de garantie meebrengt dat de door zijn rechter opgelegde vrijheidsstraf zal worden “omgezet” in een Nederlandse sanctie met - vooral bij drugsdelicten - een doorgaans lagere strafduur.¹⁷⁷⁰ Een wettelijke regeling, inhoudende dat weigering van de uitlevering van een geïntegreerde vreemdeling uitsluitend op grond van de verklaring ex art. 6 lid onder b EUV rechtsmacht schept, zou een oplossing voor dit probleem kunnen zijn.¹⁷⁷¹ Een eenvoudiger oplossing zou zijn om van de exequaturgarantie af te zien (vergelijk paragraaf 3.5.2.3).

IX.2.5.3 De garantie nader bekeken

De garantie waaronder geïntegreerde vreemdelingen worden uitgeleverd, is dezelfde als de garantie waaronder Nederlanders ter fine van vervolging worden uitgeleverd. Deze garantie dient dus een dubbele te zijn: niet alleen moet worden gegarandeerd dat de vreemdeling de eventueel aan hem opgelegde vrijheidsstraf in Nederland zal mogen ondergaan, maar ook dat Nederland deze straf zal mogen ten uitvoer leggen via de exequaturprocedure.

Evenals voor een Nederlander, geldt voor de geïntegreerde vreemdeling ten aanzien van wie de Minister van Justitie de in de verklaring bedoelde garantie heeft verkregen dat terugkeer naar Nederland geen automatisme is. Zoals de Nederlander, kan ook de vreemdeling ervoor kiezen de vrijheidsstraf in de verzoekende staat te ondergaan. Bovendien zal aan de verdragsvoorwaarden voor overbrenging naar Nederland moeten zijn voldaan.

Zoals ik in paragraaf 2.3.3 heb betoogd, richt de garantie zich tot Nederland, niet tot de opgeëiste persoon, maar zou een weigering om mee te werken aan de overbrenging naar Nederland zonder goede reden onrechtmatig zijn jegens de uitgeleverde persoon. Een dergelijke reden kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de inmiddels veroordeelde vreemdeling niet kan worden aangemerkt als een “national” in de zin van het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen. Dit verdrag stelt onder meer als voorwaarde voor overbrenging dat de betrokken een “national” van de staat van tenuitvoerlegging is (art. 3 lid 1 onder a VOGP). Ingevolge de Nederlandse verklaring ex art. 3 lid 4 VOGP vallen, naast Molukkers die door de Wet betreffende de positie van Molukkers worden bestreken, onder dat begrip ook vreemdelingen “whose only place of ordinary residence (résidence habituelle) is within the Kingdom and who, according to a statement to this effect issued to the government of the sentencing State by the Netherlands Government, do not, under the terms of the present Convention, lose their right of residence in the Kingdom as a result of the execution of a punishment or measures”. Zou een vreemdeling zijn verblijfsrecht in Nederland verliezen ten gevolge van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf in Nederland, dan zou hij niet onder de reikwijdte van de verklaring ex art. 3 lid 4 VOGP vallen en zou hij dus geen “national” van Nederland in de zin van art. 3 lid 1 onder a VOGP zijn. Alvorens over te gaan tot overbrenging naar Nederland, dient de Minister van Justitie dan ook te onderzoeken of de vreemdeling wel onder de verklaring ex art. 3 lid 4 VOGP valt.¹⁷⁷²

¹⁷⁷⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VI, nr. 113, p. 1.

¹⁷⁷¹ Vgl. Swart 1986, p. 295-297.

¹⁷⁷² Daartoe vraagt hij het Openbaar Ministerie een Nederlandse strafeis te formuleren voor de feiten waarvoor de vreemdeling in de verzoekende staat is veroordeeld. Deze strafeis wordt vervolgens aan de IND voorgelegd. Komt de IND tot het oordeel dat deze strafeis aanleiding geeft tot beëindiging van het

IX.3 Onderdanen en het overleveringsrecht¹⁷⁷³

IX.3.1 Inleiding

Burgers van de Europese Unie, dat wil zeggen personen die over de nationaliteit van een lidstaat beschikken,¹⁷⁷⁴ hebben het recht om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven.¹⁷⁷⁵ In een ruimte zonder grenscontroles aan de binnengrenzen,¹⁷⁷⁶ zou een absolute bevoegdheid tot weigering van de overlevering van eigen onderdanen ertoe kunnen leiden dat daders van strafbare feiten straffeloos blijven, door na het begaan daarvan en gebruikmakend van hun rechten als burgers van de Unie hun toevlucht te zoeken in hun staat van herkomst. Een dergelijke uitkomst is vanzelfsprekend onwenselijk in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, die de Europese Unie zegt te zijn.¹⁷⁷⁷ De keerzijde van het reis- en verblijfsrecht van burgers van de Europese Unie zou dan ook moeten zijn dat zij vervolgd en berecht kunnen worden in de lidstaat waarin zij een strafbaar feit hebben begaan en dat zij de opgelegde straf of maatregel kunnen ondergaan in de lidstaat van veroordeling, ook al is deze lidstaat niet de lidstaat van herkomst. Er moet, met andere woorden, niet alleen sprake zijn van een vrij verkeer van burgers van de Unie, maar ook van vrij verkeer van strafrechtelijke beslissingen die ten aanzien van zulke personen zijn genomen. Waar de binnengrenzen niet in de weg mogen staan aan het vrije verkeer van burgers van de Unie, mag de nationaliteit van de dader het vrije verkeer van strafrechtelijke beslissingen niet hinderen.¹⁷⁷⁸ Gezien de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten van de Europese Unie in de deugdelijkheid van elkanders rechtspleging, is er bovendien geen plaats meer voor de traditionele reden voor weigering van de uitlevering van eigen onderdanen: het wantrouwen in de rechtspleging in de verzoekende staat.¹⁷⁷⁹

Met betrekking tot eigen onderdanen kent het overleveringsrecht dan ook een radicaal andere regeling dan het uitleveringsrecht. Waar de lidstaten onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering de absolute bevoegdheid hebben om de uitlevering van hun onderdanen te weigeren, ontbreekt een vergelijkbare bevoegdheid in het Kaderbesluit. De lidstaten zijn - in beginsel - verplicht hun onderdanen over te leveren.¹⁷⁸⁰ Voor veel lidstaten leverde de verplichting tot overlevering van de eigen onderdanen een revolutionaire vernieuwing op, omdat hun *nationale* recht een absoluut - ten dele grondwettelijk - verbod op de uitlevering van eigen onderdanen bevatte. In een aantal van

verblijfsrecht in Nederland, dan vindt geen overbrenging plaats. Zie Bregman 2007, p. 26. Bij de uitlevering wordt al aan de verzoekende staat meegedeeld dat, indien de eventuele veroordeling aanleiding geeft tot beëindiging van het verblijfsrecht van de vreemdeling, Nederland geen naleving van de garantie zal verlangen: *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 697, nr. 5, p. 8.

¹⁷⁷³ Paragraaf 3 is - ten dele - een bewerking van Glerum & Rozemond 2008b, Glerum & Rozemond 2009 en Glerum & Rozemond 2010.

¹⁷⁷⁴ Art. 20 lid 1 VWEU (was art. 17 EG).

¹⁷⁷⁵ Zij het onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld: art. 21 lid 1 VWEU (was art. 18 EG).

¹⁷⁷⁶ Art. 67 lid 2 VWEU.

¹⁷⁷⁷ Art. 67 lid 1 VWEU.

¹⁷⁷⁸ Alegre & Leaf 2003, p. 46; Konstadinides 2007, p. 195.

¹⁷⁷⁹ Alegre & Leaf 2003, p. 46; Marin 2011, p. 708; Monville 2003, p. 172. In deze zin ook het Griekse *Supreme Court*: Mitsilegas 2009b, p. 184.

¹⁷⁸⁰ Oostenrijk mocht uiterlijk tot 31 december 2008 zijn rechterlijke autoriteiten toestaan de tenuitvoerlegging van een tegen een Oostenrijkse onderdaan uitgevaardigd EAB te weigeren, indien het feit waarvoor het EAB was uitgevaardigd naar Oostenrijks recht niet strafbaar was (art. 33 lid 1 Kaderbesluit).

deze lidstaten heeft de implementatie van het Kaderbesluit dan ook geleid tot constitutionele procedures waarin de grondwettigheid van de overlevering van eigen onderdanen werd getoetst.¹⁷⁸¹ Voor andere lidstaten daarentegen was het Kaderbesluit op dit punt minder baanbrekend, omdat zij onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering al bereid waren hun onderdanen zonder meer dan wel onder zekere beperkingen uit te leveren.

De verplichting tot overlevering van eigen onderdanen is evenwel niet absoluut.¹⁷⁸² Anders dan de EU-uitleveringsovereenkomst, die de nationaliteitsexceptie - op den duur - geheel beoogde af te schaffen, staat het Kaderbesluit de lidstaten zonder temporele beperkingen toe rekening te houden met hun belang en dat van hun onderdanen bij resocialisatie. De lidstaten mogen namelijk de executieoverlevering van hun onderdanen - en van sommige vreemdelingen - weigeren, voor zover zij zich ertoe verbinden de buitenlandse vrijheidsstraf zelf ten uitvoer te leggen (art. 4 onder 6 Kaderbesluit) en zij mogen de vervolgingsoverlevering van hun onderdanen - en van sommige vreemdelingen - afhankelijk maken van de garantie dat de betrokken persoon wordt teruggezonden naar zijn staat van herkomst om daar de hem eventueel opgelegde buitenlandse vrijheidsstraf te ondergaan (art. 5 onder 3 Kaderbesluit).

Nu het Kaderbesluit aparte regelingen heeft getroffen voor executieoverlevering en vervolgingsoverlevering van onderdanen van de uitvoerende lidstaat - en van sommige vreemdelingen die een sterke band met die lidstaat hebben -, zal ik deze regelingen afzonderlijk behandelen in paragraaf 3.2. Vervolgens zal ik in paragraaf 3.3 de regelingen in de Overleveringwet inzake de overlevering van Nederlanders en van met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen bespreken. Ten slotte zullen in de paragrafen 3.4 en 3.5 het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties, voor zover dit kaderbesluit van invloed is op de regelingen van het Kaderbesluit EAB, en de - voorgestelde - Nederlandse implementatie daarvan aan de orde komen.

IX.3.2 Het Kaderbesluit EAB

IX.3.2.1 Executieoverlevering

IX.3.2.1.1 Inleiding

Ingevolge art. 4 onder 6 Kaderbesluit mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de tenuitvoerlegging van een EAB ter fine van executie van een vrijheidsstraf weigeren, indien en voor zover aan twee voorwaarden is voldaan. De opgeëiste persoon moet hetzij een

¹⁷⁸¹ Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* verklaarde de (eerste) implementatiewet nietig wegens strijd met de Duitse Grondwet: Deen-Racsmany 2007, p. 13-135; Geyer 2006; Janssens 2006-2007. Het Poolse Constitutionele Tribunaal verklaarde de Poolse bepaling ongrondwettig die de vervolgingsoverlevering van een Poolse onderdanen toeliet onder de voorwaarde van terugkeer, maar stelde de gevolgen van deze ongrondwettigheid voor een periode van maximaal 18 maanden uit, teneinde de wetgever in de gelegenheid te stellen de Grondwet aan te passen: Bem 2006; Deen-Racsmany 2007, p. 125-130; Janssens 2006-2007; Lazowski 2005; Lazowski 2009, p. 426-431. Ook het *Supreme Court* van Cyprus verklaarde de overlevering van onderdanen van Cyprus ongrondwettig: Deen-Racsmany 2007, p. 137-139; Janssens 2006-2007; Stefanou & Kapardis 2006. In Griekenland (Deen-Racsmany 2007, p. 135-137; Mitsilegas 2009b, p. 184-185), Roemenië (Streteanu & Ionescu 2009, p. 471-472) en Tsjechië (Kühn 2007, p. 115-116; Šlosarčík 2009, p. 105-107) kwamen de rechters daarentegen tot het oordeel dat de overlevering van eigen onderdanen niet ongrondwettig was.

¹⁷⁸² Vgl. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 50.

onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat zijn, hetzij in die lidstaat verblijven. Daarnaast moet de uitvoerende lidstaat zich ertoe verbinden de vrijheidsstraf overeenkomstig zijn nationale recht zelf ten uitvoer te leggen.

In Hoofdstuk III.2.3.2.5 is gebleken dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit een *facultatieve* weigeringsgrond is, in de zin dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen deze weigeringsgrond al dan niet in hun implementatiewetgeving op te nemen. Laten zij implementatie achterwege, dan hebben hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten niet de bevoegdheid om de executieoverlevering te weigeren van een onderdaan of ingezetene van hun lidstaten noch van een persoon die in hun lidstaten verblijft *uitsluitend vanwege die hoedanigheid*. Het Kaderbesluit heeft immers geen rechtstreekse werking.¹⁷⁸³ Kiezen zij ervoor wel tot implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit over te gaan, dan mogen zij, voor zover de bepaling autonome begrippen van Unierecht bevat, aan de weigeringsgrond niet een *ruimere* strekking geven dan uit de autonome en uniforme betekenis volgt. Wel mogen de lidstaten bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit de reikwijdte van die weigeringsgrond *beperken*. Beperking van een weigeringsgrond leidt namelijk tot minder weigeringen en dus tot meer overleveringen. Bij de invulling van de wijze waarop een lidstaat de weigeringsgrond wenst te beperken heeft hij een *zekere* beoordelingsruimte, een ruimte die begrensd wordt door het Unierecht (bijvoorbeeld door het discriminatieverbod).¹⁷⁸⁴ Kiezen de lidstaten voor implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit, dan mogen zij deze weigeringsgrond dwingend maken voor hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten. Een dwingende omzetting leidt namelijk niet tot meer weigeringen dan het Kaderbesluit de lidstaten toestaat.

Volgens het Hof van Justitie strekt art. 4 onder 6 Kaderbesluit er “in het bijzonder toe de uitvoerende rechterlijke autoriteit in staat te stellen een bijzonder gewicht te hechten aan de mogelijkheid de kansen op sociale re-integratie van de gezochte persoon na het einde van de straf waartoe deze is veroordeeld, te verhogen”.¹⁷⁸⁵

Art. 4 onder 6 Kaderbesluit maakt het de lidstaten mogelijk om een afweging te maken tussen de drie belangen die bij de tenuitvoerlegging van de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf zijn betrokken: het belang van de uitvaardigende lidstaat bij de tenuitvoerlegging van de door zijn rechter opgelegde straf of maatregel, het belang van de opgeëiste persoon bij sociale re-integratie in de uitvoerende lidstaat en ten slotte het belang van de uitvoerende lidstaat bij sociale re-integratie van de opgeëiste persoon. Het belang bij sociale re-integratie van de opgeëiste persoon is niet alleen een belang van hemzelf, maar ook van de lidstaat waarvan hij onderdaan of ingezetene is dan wel waarin hij verblijft. Een geslaagde sociale re-integratie kan immers voorkomen dat de opgeëiste persoon na tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf in crimineel gedrag vervalt. Voorkomen van criminele terugval is daarnaast in het belang van de uitvaardigende lidstaat en meer in het algemeen van alle lidstaten. Bij het tot stand brengen van een ruimte van vrijheid, veiligheid

¹⁷⁸³ Art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 53.

¹⁷⁸⁴ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 42-47; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 39.

¹⁷⁸⁵ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 45; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 62 en 67; HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 52; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), 70; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 32.

en recht, waartoe de regeling van het EAB beoogt bij te dragen,¹⁷⁸⁶ is sociale re-integratie van de opgeëiste persoon dus een belangrijke doelstelling.

Maar hoe belangrijk deze doelstelling ook is, de lidstaten mogen er, zoals gezegd, voor kiezen daarvoor in hun nationale wetgevingen geen dan wel een beperkte plaats in te ruimen, omdat zulks - in de woorden van het Hof van Justitie - de bij het Kaderbesluit ingestelde overleveringsregeling alleen maar versterkt ten gunste van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid).¹⁷⁸⁷ Daartegen kan worden aangevoerd dat ook de weigering van de overlevering op grond van een onbeperkte implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht begunstigt. Van straffeloosheid van de veroordeelde is immers bij een correcte omzetting van deze bepaling geen sprake: de uitvaardigende lidstaat moet zich bij weigering verbinden om de opgelegde straf of maatregel zelf ten uitvoer te leggen (*recht*). Tenuitvoerlegging van de opgelegde straf in de uitvoerende lidstaat verhoogt de kansen van de veroordeelde op sociale re-integratie in de maatschappij waarin hij is geworteld en kan voorkomen dat hij zich opnieuw schuldig maakt aan strafbare feiten (*veiligheid*), hetgeen niet alleen in het belang is van de opgeëiste persoon en van de uitvoerende lidstaat, maar ook van alle andere lidstaten. Veiligheid en recht(vaardigheid) in de ene Europese ruimte scheppen de basisvoorwaarden voor het ongestoorde genot van de rechten en vrijheden van de burgers van die ruimte (*vrijheid*). Het beginsel van wederzijdse erkenning is een middel om de "opdracht van de Unie om een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te worden" uit te voeren.¹⁷⁸⁸ Dat het Kaderbesluit de lidstaten toestaat om met het oog op de sociale re-integratie van de opgeëiste persoon de executieoverlevering te weigeren, is dan ook niet zonder meer onverenigbaar met het beginsel van wederzijdse erkenning. Nu de uitvoerende lidstaat in het algemeen beter gesitueerd zal zijn om te beoordelen of de opgeëiste persoon een zodanige band met hem heeft, dat het belang bij sociale re-integratie gediend is bij tenuitvoerlegging in die lidstaat, ligt het voor de hand om de mogelijkheid van die beoordeling aan de uitvoerende lidstaat over te laten. In de visie van het Hof van Justitie lijkt echter het middel, het beginsel van wederzijdse erkenning, tot doel te zijn verheven.¹⁷⁸⁹

In de drie categorieën van personen die van art. 4 onder 6 Kaderbesluit kunnen profiteren - onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en personen die in die lidstaat verblijven - komt de band met de uitvoerende lidstaat tot uitdrukking, die de doelstelling van sociale re-integratie voor weigering van de overlevering en tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat vereist.

Een belangrijk kenmerk van de weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit is dat, of een lidstaat - gezien zijn band met de opgeëiste persoon - voorrang verleent aan de sociale re-integratie van de opgeëiste persoon of niet, het resultaat nooit straffeloosheid van de opgeëiste persoon mag zijn. De uitvoerende lidstaat heeft immers de keuze tussen overlevering aan de uitvaardigende lidstaat, opdat de opgelegde straf of maatregel daar ten uitvoer wordt gelegd, en een verbintenis tot tenuitvoerlegging, opdat de opgelegde straf of maatregel in de uitvoerende lidstaat ten uitvoer wordt gelegd.

In paragraaf 3.2.1.2 zal ik bespreken welke uniforme betekenis de autonome begrippen "onderdaan", "ingezetene" en "verblijven" hebben, die de personele reikwijdte van art. 4

¹⁷⁸⁶ Overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

¹⁷⁸⁷ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58.

¹⁷⁸⁸ Overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

¹⁷⁸⁹ Zie voor kritiek ook de punten 7 en 8 van de noot van N. Keijzer onder HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591 (Wolzenburg) en Marin 2011, p. 723-724.

onder 6 Kaderbesluit bepalen. Daarbij dient te worden bedacht dat een en ander alleen relevant is, voor zover een lidstaat niet is overgegaan tot een meer beperkte implementatie van de weigeringsgrond.¹⁷⁹⁰ Deze subparagraaf zal dus de buitengrenzen van de implementatieruimte van de lidstaten beschrijven. Aan de hand daarvan zal ik in paragraaf 3.3 kunnen onderzoeken of de Nederlandse wetgever art. 4 onder 6 Kaderbesluit correct heeft geïmplementeerd. In paragraaf 3.2.1.3 zal ik de bijkomende voorwaarde voor toepassing van de weigeringsgrond onder de loep nemen, te weten de verbintenis tot tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat.

IX.3.2.1.2 Personele reikwijdte

Inleiding

In het arrest *Kozłowski* heeft het Hof de door de uitvoerende rechterlijke autoriteit ingevolge art. 4 onder 6 Kaderbesluit aan te leggen toets beschreven. Om vast te stellen of zij in een concreet geval de overlevering mag weigeren, dient zij allereerst te onderzoeken of de betrokken persoon onderdaan of ingezetene is van de uitvoerende lidstaat dan wel of hij in de uitvoerende lidstaat verblijft. Indien de betrokken persoon inderdaad onder één van deze categorieën valt, moet de uitvoerende justitiële autoriteit vervolgens onderzoeken “of de tenuitvoerlegging van de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde straf op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat, door enig rechtmatig belang wordt gerechtvaardigd”.¹⁷⁹¹ Het gaat hier dus om een tweeledige toets.

Uit de algemene en dwingende formulering van deze overweging valt af te leiden, dat in de opvatting van het Hof de enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon in één van de drie categorieën van art. 4 onder 6 Kaderbesluit valt op zichzelf onvoldoende is om tot weigering van de overlevering te kunnen leiden. Opmerkelijk is dat het tweede deel van de toets geen uitdrukkelijke grondslag heeft in de tekst van art. 4 onder 6 Kaderbesluit. Uit ‘s Hof’s letterlijke overwegingen kan men niet afleiden waarom het deze deelttoets introduceert. Een mogelijke reden zou kunnen samenhangen met de mogelijkheid van *facultatieve* implementatie van de weigeringsgrond.¹⁷⁹² Weigeringsgronden die aan de uitvoerende justitiële autoriteiten zonder nadere normering de bevoegdheid toekennen om de overlevering te weigeren, kunnen leiden tot van lidstaat tot lidstaat sterk divergerende toepassingen. Uit de overwegingen van het Hof volgt dat het Hof veel waarde hecht aan gelijke en eenvormige toepassing van het Unierecht. Men zou het tweede deel van de toets dan ook kunnen zien als een poging van het Hof om een zekere mate van eenvormigheid aan te brengen in de toepassing van deze weigeringsgrond, door inperking van de discretionaire ruimte van de uitvoerende justitiële autoriteit. Pas nadat de uitvoerende justitiële autoriteit heeft vastgesteld dat enig rechtmatig belang de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat rechtvaardigt, is een weigering van de overlevering mogelijk. Het tweede deel van de toets vormt dus een drempel die de bevoegdheid tot weigering inperkt, zij het een niet al te hoge, nu het Hof in het midden heeft gelaten wat onder “enig rechtmatig belang” moet worden verstaan.¹⁷⁹³

¹⁷⁹⁰ HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 76; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 42-43.

¹⁷⁹¹ HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 44.

¹⁷⁹² Vgl. punt 4 van de noot van M.J. Borgers onder HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586 (Kozłowski).

¹⁷⁹³ Punt 4 van de noot van M.J. Borgers onder HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586 (Kozłowski).

Zonder te weten wat de begrippen “onderdaan”, “ingezetene” en “verblijven” inhouden, kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit het eerste deel van de door het Hof beschreven toets vanzelfsprekend niet aanleggen. In Hoofdstuk III.2.3.2.5 is gebleken dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte daarvan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, “normaliter” in de hele Unie autonoom en uniform moeten worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de regeling, omdat de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel zulks vereisen. De definitie van zulke bewoordingen kan dus niet worden overgelaten aan de beoordeling van de lidstaten.

Nu art. 4 onder 6 Kaderbesluit voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van de begrippen “onderdaan”, “ingezetene” en “verblijven” niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, mag worden aangenomen dat sprake is van autonome begrippen van Unierecht die uniform moeten worden uitgelegd. Met betrekking tot de begrippen “ingezetene” en “verblijven” heeft het Hof van Justitie zulks in het arrest *Kozłowski* uitdrukkelijk vastgesteld.¹⁷⁹⁴

Onderdaan

Anders dan aan de begrippen “ingezetene” en “verblijven”, die het Hof heeft ingevuld aan de hand van de ratio van de regeling, heeft het Hof nog geen uitleg gegeven aan het autonome, Unierechtelijke begrip “onderdaan van de uitvoerende lidstaat”. Het begrip “onderdaan” (van een lidstaat of van een derde staat) wordt in het Unierecht vaker gehanteerd. Zo kent art. 49 VWEU aan de “onderdanen van een lidstaat” vrijheid van vestiging op het grondgebied van een andere lidstaat toe. In het arrest *Micheletti* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een onderdaan van een lidstaat een persoon is die de nationaliteit van die lidstaat bezit. Het bepalen van de voorwaarden voor de verkrijging en voor het verlies van de nationaliteit behoort namelijk - overeenkomstig het internationale gewoonterecht -¹⁷⁹⁵ tot de bevoegdheid van de afzonderlijke lidstaten,¹⁷⁹⁶ zij het dat zij in situaties die binnen de werkings sfeer van het Unierecht vallen toch het Unierecht in acht moeten nemen.¹⁷⁹⁷ Hoewel dit arrest betrekking heeft op een andere context (uitoefening van één van de fundamentele vrijheden *versus* de mogelijkheid van een uitzondering op de verplichting tot overlevering) en op een andere verhouding (de verhouding van een onderdaan van de ene lidstaat ten opzichte van een andere lidstaat *versus* de verhouding van een onderdaan van de uitvoerende lidstaat ten opzichte van die lidstaat), ligt het naar mijn mening in de rede om voor de uitleg van het begrip “onderdaan van de uitvoerende lidstaat” bij dat arrest aansluiting te zoeken. De uitleg dat onderdaan van de uitvoerende lidstaat is hij die - overeenkomstig het recht van die lidstaat - over de nationaliteit van die lidstaat beschikt, strookt met de ratio van art. 4 onder 6 Kaderbesluit. De bepaling beoogt immers - in het bijzonder - de kansen op sociale re-integratie te verhogen, een doel dat de uitvoerende lidstaat volgens het Hof alleen kan nastreven “ten aanzien van personen die een zekere mate van integratie in de samenleving van die lidstaat hebben aangetoond”.¹⁷⁹⁸

¹⁷⁹⁴ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-43; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 36.

¹⁷⁹⁵ Vgl. ICJ 6 april 1955, *ICJ Reports* 1955, p. 4 at p. 20 (Nottebohm): “(...) it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation”.

¹⁷⁹⁶ HvJ EG 7 juli 1992, zaak C-369/90 (Micheletti), r.o. 10.

¹⁷⁹⁷ HvJ EU 2 maart 2010, zaak C-135/08 (Rottmann), r.o. 41.

¹⁷⁹⁸ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 67.

Het Hof neemt namelijk aan dat de opgeëiste persoon die over de nationaliteit van de uitvoerende lidstaat beschikt “een zodanige band met zijn lidstaat van herkomst [heeft], dat zijn re-integratie in de samenleving nadat de straf waartoe hij is veroordeeld aldaar is uitgevoerd, gewaarborgd is”.¹⁷⁹⁹

Anders dan het voorstel van de Commissie, knoopt het Kaderbesluit niet aan bij het burgerschap van de Unie. Gelet op dat concept, bevatte art. 33 van het Commissievoorstel geen omschrijvingen van de personele reikwijdte van die bepaling die bij de hoedanigheid of status van de opgeëiste persoon aansloten. De enige relevante criteria voor toepassing waren de betere kansen op re-integratie in de uitvoerende lidstaat en de instemming van de betrokkene.¹⁸⁰⁰ Het Kaderbesluit gaat in dit opzicht minder ver dan het Commissievoorstel. De lidstaten wilden kennelijk de uitdrukkelijke bevoegdheid tot weigering van de executieoverlevering van hun eigen onderdanen behouden.¹⁸⁰¹ In dit verband is eveneens van belang dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit, anders dan het Commissievoorstel dat het re-integratiebelang leidend maakte, dit belang niet uitdrukkelijk noemt, waaruit kan worden afgeleid dat de lidstaten dit belang niet als *exclusief* criterium wensten te aanvaarden, zoals Borgers heeft opgemerkt.¹⁸⁰² Weliswaar heeft het Hof van Justitie de sociale re-integratie van de opgeëiste persoon als doelstelling van de bepaling aangemerkt, maar uit de desbetreffende overweging kan worden afgeleid dat deze doelstelling in de visie van het Hof niet de enige is: art. 4 onder 6 Kaderbesluit strekt immers “in het bijzonder” tot verhoging van de kansen op sociale re-integratie.¹⁸⁰³ Het is niet uitgesloten dat het Hof met deze formulering ruimte heeft willen bieden aan de lidstaten om de executieoverlevering van hun onderdanen te weigeren, ongeacht of de sociale re-integratie daartoe noopt (mits zij zich ertoe verbinden de sanctie zelf ten uitvoer te leggen).¹⁸⁰⁴ In zoverre zou men dan ook kunnen stellen dat de lidstaten de consequenties van wederzijdse erkenning voor de overlevering van hun onderdanen niet volledig hebben willen aanvaarden en dat zij van het Hof deze consequenties ook niet hoeven te aanvaarden.¹⁸⁰⁵

¹⁷⁹⁹ HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 70.

¹⁸⁰⁰ Art. 33 lid 1 van het Voorstel luidt, voor zover van belang: “De tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel kan worden geweigerd, indien de gezochte persoon op wie het betrekking heeft, waarschijnlijk betere kansen op reïntegratie heeft in de uitvoerende lidstaat en indien hij of zij ermee instemt zijn of haar straf in deze lidstaat te vervullen. (...)”.

¹⁸⁰¹ Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 23 490, nr. 209, p. 4: “De uitlevering onder de voorwaarde van teruglevering

met het oog op de executie van de opgelegde straf (artikel 38) dient, zo bleek, te worden toegesneden op uitlevering van eigen onderdanen”.

¹⁸⁰² Punt 4 van de noot van M.J. Borgers onder HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586 (Kozłowski).

¹⁸⁰³ HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 45. Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 62 en 67 (“onder meer”) en HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 52 (“met name”); HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 70 (“onder meer”); HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 32 (“met name”).

¹⁸⁰⁴ Punt 4 van de noot van M.J. Borgers onder HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586 (Kozłowski). In het arrest *Wolzenburg* lijkt het Hof overigens aan te nemen dat in geval van onderdanen van de uitvoerende lidstaat het belang bij sociale re-integratie een gegeven is: HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 70.

¹⁸⁰⁵ Rijken 2010, p. 1476, die spreekt van een “old refusal ground”.

Ingezetene en verblijven

Uit de doelstelling van art. 4 onder 6 Kaderbesluit heeft het Hof van Justitie de autonome invulling van de begrippen “ingezetene” en “verblijven” afgeleid.¹⁸⁰⁶ Een “ingezetene” is een persoon die zijn werkelijke verblijfplaats in de uitvoerende lidstaat heeft gevestigd. Een persoon die in de uitvoerende lidstaat “verblijft” is iemand die, op grond van een duurzaam verblijf in deze staat gedurende een bepaalde periode, een band met deze staat heeft opgebouwd die vergelijkbaar is met die van een ingezetene.¹⁸⁰⁷ De invulling brengt tot uitdrukking dat tussen de betrokkene en de uitvoerende lidstaat een zekere band moet bestaan die uit het oogpunt van sociale re-integratie in die lidstaat relevant is. De betrokkene moet namelijk zodanig in de uitvoerende lidstaat zijn geïntegreerd “dat hij zich daadwerkelijk in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van een onderdaan van die lidstaat.”¹⁸⁰⁸ Opvallend is dat het Hof bij de invulling van de hier aan de orde zijnde categorieën niet refereert aan burgers van de EU. Kennelijk gelden de definities zowel voor onderdanen van andere lidstaten dan de uitvoerende lidstaat als voor onderdanen van derde staten.

Ten aanzien van ingezetenen legt het Hof niet uit wat het verstaat onder het vestigen van een werkelijke verblijfplaats. Nu het Hof spreekt van *werkelijke* verblijfplaats (“*tatsächlichen Wohnsitz*”, “*actual residence*”, “*résidence réelle*”) lijkt het echter dat de juridische verblijfsstatus op zichzelf niet beslissend zal zijn. Evenmin kan om die reden naar mijn mening (het ontbreken van) inschrijving in het bevolkingsregister doorslaggevend zijn.

Zowel ten aanzien van “ingezetenen” als ten aanzien van personen die “verblijven” in de uitvoerende lidstaat moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit de vraag of in een concrete situatie sprake is van een band met de uitvoerende lidstaat die vergelijkbaar is met die van een onderdaan, beantwoorden aan de hand van “een globale beoordeling van verschillende objectieve elementen die de situatie van deze persoon kenmerken, waaronder met name de duur, de aard en de voorwaarden van het verblijf van de gezochte persoon, alsook de familiale en economische bindingen die hij met de uitvoerende lidstaat heeft”.¹⁸⁰⁹ Die globale beoordeling brengt mee dat “een enkele omstandigheid die kenmerkend is voor de betrokken persoon, in beginsel op zich niet bepalend kan zijn”.¹⁸¹⁰

Tweede deel toets

Dit deel van de toets lijkt een belangenafweging van de uitvoerende justitiële autoriteit te verlangen. Het rechtmatige belang moet immers de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat rechtvaardigen. Het Hof zegt niet welke belangen bij die belangenafweging moeten of mogen worden betrokken noch wat het verstaat onder een *rechtmatig* belang. Men mag veronderstellen dat bij de vaststelling of een rechtmatig belang de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat rechtvaardigt de bijzondere doelstelling van art. 4 onder 6 Kaderbesluit, verhoging van de kansen op sociale re-integratie, een rol zal kunnen

¹⁸⁰⁶ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 44 (“dus”).

¹⁸⁰⁷ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 46.

¹⁸⁰⁸ HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 58 en r.o. 51.

¹⁸⁰⁹ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 48; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 76; HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 43.

¹⁸¹⁰ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 49; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 76. Zie verder Glerum & Rozemond 2008b, p. 829-830.

spelen.¹⁸¹¹ Ten aanzien van onderdanen van de uitvoerende lidstaat lijkt het Hof aan te nemen dat het belang bij sociale re-integratie in die lidstaat een gegeven is.¹⁸¹² Maar verhoging van de kansen op sociale re-integratie lijkt niet het enige rechtmatige belang te zijn. Art. 4 onder 6 Kaderbesluit strekt volgens het Hof immers *in het bijzonder* tot de verhoging van die kansen. Ook uit het gebruik van het woord “enig” volgt dat ook andere rechtmatige belangen dan het belang van sociale re-integratie bij de belangenafweging een rol kunnen spelen. Het is dan ook niet uitgesloten dat het belang van de uitvoerende lidstaat bij de ontzegging van (verder) verblijf aan vreemdelingen die zich op zijn grondgebied stelselmatig schuldig maken aan strafbare feiten, in een concreet geval zwaarder kan wegen dan het belang van de opgeëiste persoon bij sociale re-integratie in die lidstaat na het uitzitten van de buitenlandse straf.¹⁸¹³ Aan de andere kant is evenmin uitgesloten dat belangen van anderen dan de opgeëiste persoon, bijvoorbeeld de belangen van de echtgenote en/of de kinderen van de opgeëiste persoon, in een concreet geval zwaarder kunnen wegen dan de belangen van de uitvaardigende lidstaat.

IX.3.2.1.3 Verbintenis tot tenuitvoerlegging

Inleiding

Een essentiële voorwaarde voor toepassing van de weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit is dat de uitvoerende lidstaat “zich ertoe verbindt [de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde] straf of maatregel overeenkomstig zijn nationale recht zelf ten uitvoer te leggen”. Weigering van de executieoverlevering op grond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit is alleen mogelijk, indien en voor zover de uitvoerende lidstaat zich tot tenuitvoerlegging verbindt. Kan of wil de uitvoerende lidstaat zich niet verbinden, dan mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de executieoverlevering niet weigeren om de enkele reden dat de opgeëiste persoon onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat is of in die lidstaat verblijft.¹⁸¹⁴ Bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit mogen de lidstaten deze voorwaarde niet achterwege laten, omdat de weigeringsgrond daardoor een ruimer toepassingsbereik zou krijgen, hetgeen afbreuk zou doen aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Een weigering van de executieoverlevering zonder verbintenis tot tenuitvoerlegging betekent immers dat de uitvaardigende lidstaat de opgelegde straf of maatregel niet ten uitvoer kan leggen, terwijl de uitvoerende lidstaat niet gehouden is deze straf of maatregel ten uitvoer te leggen. Alsdan dreigt het gevaar van straffeloosheid van de opgeëiste persoon uitsluitend vanwege zijn persoonlijke hoedanigheid of status. De verbintenis tot tenuitvoerlegging beoogt dit gevaar juist te voorkomen.

Opmerkelijk is dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit, anders dan art. 33 van het Commissievoorstel, niet uitdrukkelijk stipuleert dat de uitvoerende lidstaat de opgelegde straf of maatregel *daadwerkelijk* zelf ten uitvoer legt, maar alleen dat hij zich daartoe verbindt. Uit de omschrijving van de ratio van de bepaling volgt evenwel dat de uitvoerende lidstaat het niet alleen bij woorden mag laten. De weigeringsgrond strekt er immers in het bijzonder toe de kansen op sociale re-integratie van de opgeëiste persoon “na het einde van de straf waartoe deze is veroordeeld” te verhogen. De woorden “het einde van de straf”

¹⁸¹¹ In vergelijkbare zin Tinkl 2010, p. 323, die van mening is dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit aan “der Frage der Resozialisierungschancen Bedeutung” moet kunnen toekennen.

¹⁸¹² HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 70.

¹⁸¹³ Zo ook M.J. Borgers in punt 4 van zijn noot onder HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586 (Kozłowski).

¹⁸¹⁴ Blekxtoon 2005, p. 236; Deen-Racsmany 2007, p. 102, p. 123 en p. 159.

veronderstellen dat de straf daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd. Bovendien zou het achterwege laten van de tenuitvoerlegging, hoewel de verplichting daartoe is aangegaan, betekenen dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft, een resultaat dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit juist beoogt te voorkomen.

Toepasselijkheid executieverdragen?

Weigert de uitvoerende rechterlijke autoriteit de executieoverlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat dan wel van een persoon die in die lidstaat verblijft, dan moet de uitvoerende lidstaat zich ertoe hebben verbonden dat hij de buitenlandse vrijheidsstraf zelf ten uitvoer legt. Op de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van die straf is dan het recht van de uitvoerende lidstaat van toepassing. De uitvoerende lidstaat zal de verbintenis tot tenuitvoerlegging vanzelfsprekend alleen kunnen aangaan, voor zover dat naar zijn recht mogelijk is.¹⁸¹⁵ In dit verband rijst de vraag naar de verhouding tussen de Europese verdragen die de overname van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen mogelijk maken enerzijds en art. 4 onder 6 Kaderbesluit anderzijds. Mogen de lidstaten deze verdragen toepassen bij de beslissing tot het aangaan van de verbintenis tot tenuitvoerlegging of niet? Toepasselijkheid van de Europese executieverdragen zou betekenen dat het aangaan van de verbintenis tot tenuitvoerlegging afhankelijk is van de dubbele strafbaarheid, ook indien de opgeëiste persoon ter zake van een lijstfeit is veroordeeld. Alle Europese executieverdragen stellen de dubbele strafbaarheid namelijk als voorwaarde voor de overname van de tenuitvoerlegging. Ook zou die toepasselijkheid kunnen meebrengen dat de uitvoerende lidstaat de opgelegde buitenlandse vrijheidsstraf omzet in een nationale sanctie.

Art. 4 onder 6 Kaderbesluit verwijst voor wat betreft de inhoud en draagwijdte van het begrip “verbindt” niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten. Daarom mag worden aangenomen dat sprake is van een uniform uit te leggen autonoom begrip van Unierecht.

Een mogelijke autonome lezing van het begrip “verbintenis” zou kunnen zijn, dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit een zelfstandige én voldoende grondslag tot het aangaan van de verbintenis tot tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf biedt. Bij deze lezing bestaat de noodzaak noch de ruimte tot het toepassen van de executieverdragen bij de beantwoording van de vraag of de uitvoerende lidstaat de verbintenis tot tenuitvoerlegging kan of wil aangaan. Zij dwingt de lidstaten dan ook bij de implementatie de toepasselijkheid van die verdragen uit te sluiten.

Dit laatste gevolg van deze lezing geeft aanleiding tot een bezwaar en legt tegelijkertijd de basis voor een andere mogelijke lezing. De bedoelde lezing zou namelijk meer overtuigen, wanneer het Kaderbesluit een uitdrukkelijke afbakening ten opzichte van de Europese executieverdragen zou bevatten. Art. 4 onder 6 Kaderbesluit regelt niets over de voorwaarden voor de overname van de tenuitvoerlegging van de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde straf.¹⁸¹⁶ Overeenkomstig art. 31 lid 1 Kaderbesluit zijn de bepalingen

¹⁸¹⁵ Vgl. Hof van Cassatie van België 7 november 2007, AR P.07.1516.F, beschikbaar op www.cass.be: de ingetreden executieverjaring naar Belgisch recht staat in de weg aan toepassing van de weigeringsgrond. De onmogelijkheid om naar nationaal recht de tenuitvoerlegging van aan onderdanen van andere lidstaten opgelegde sancties over te nemen, rechtvaardigt niet dat de uitvoerende lidstaat bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit deze personen, ongeacht hun binding met de uitvoerende lidstaat, volledig en automatisch uitsluit: HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 44-49.

¹⁸¹⁶ Caeiro & Fidalgo 2009, p. 462; Deen-Racsmany 2007, p. 104 en p. 112; Glerum & Rozemond 2009, p. 84. Vergelijk met betrekking tot art. 5 onder 3 Kaderbesluit Glerum & Rozemond 2008b, p. 843; Glerum & Rozemond 2009, p. 79; Hackner 2007, p. 200; Stessens 2004-2005, p. 571. Het zwijgen van het

van het Kaderbesluit alléén in de plaats getreden van de overeenkomstige *uitleveringsrechtelijke* bepalingen van een aantal verdragen die uitsluitend of ten dele de *uitlevering* betreffen. Het Kaderbesluit regelt dus niet de vervanging van (bepalingen van) de executieverdragen.¹⁸¹⁷ De uitwerking van het beginsel van wederzijdse erkenning in het Kaderbesluit heeft dan ook alleen betrekking op de tenuitvoerlegging van een EAB en niet op het aangaan van de verbintenis tot tenuitvoerlegging van een reeds opgelegde vrijheidsstraf, zo zou men kunnen betogen.¹⁸¹⁸ In deze lezing van het begrip “verbintenis” zouden de lidstaten dus vrij zijn om de voorwaarden waaronder zij een verbintenis tot tenuitvoerlegging willen aangaan zelf te regelen en zouden zij daarop dus de Europese executieverdragen mogen toepassen. Ter ondersteuning van deze lezing zou men nog het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties kunnen inroepen. Dit kaderbesluit beoogt de regels vast te stellen volgens welke een lidstaat, ter bevordering van de reclassering van de gevonniste persoon, een vonnis uit een andere lidstaat erkent en de sanctie ten uitvoer legt.¹⁸¹⁹ Het is van overeenkomstige toepassing, indien de uitvoerende lidstaat zich op grond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit heeft verbonden de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde straf of maatregel zelf ten uitvoer te leggen.¹⁸²⁰ Met ingang van 5 december 2011 hebben de bepalingen van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties de overeenkomende bepalingen van de Europese verdragen inzake de overdracht van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen vervangen (zie paragraaf 3.4).¹⁸²¹ Tot die datum waren deze verdragen dus van toepassing op (de overdracht van) de tenuitvoerlegging van strafvonnissen en mochten de lidstaten deze betrekken bij het al dan niet aangaan van de verbintenis als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit, zo zou men uit deze regeling kunnen afleiden.

Toetsing dubbele strafbaarheid mogelijk?

Zonder op dit moment al een standpunt in te nemen over de correcte lezing van het begrip “verbintenis”, lijkt het mij zinvol om eerst te bezien of toepassing van de Europese executieverdragen, in het bijzonder de daarin neergelegde voorwaarde van dubbele strafbaarheid, tot strijd met het Kaderbesluit zou leiden.

Art. 4 onder 6 Kaderbesluit maakt geen onderscheid tussen gevallen waarin het EAB is uitgevaardigd ter zake van een zogenaamd lijstfeit, waarvan de uitvoerende lidstaat de dubbele strafbaarheid niet mag toetsen (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), en gevallen waarin het EAB betrekking heeft op andere feiten, ten aanzien waarvan hij de voorwaarde van dubbele strafbaarheid mag stellen (art. 2 lid 4 Kaderbesluit).¹⁸²² Nu de Europese verdragen inzake

Kaderbesluit betekent naar mijn mening overigens niet dat de lidstaten de relatie tussen het Kaderbesluit en de executieverdragen en de mogelijke gevolgen daarvan (toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten; de exequaturprocedure etc.) over het hoofd zouden hebben gezien, zoals Blekxtoon 2004b, p. 585 en Lensing 2005, p. 212 menen. Integendeel, ik heb de indruk dat de lidstaten bewust ervoor hebben gekozen elke verwijzing naar de voorwaarden voor overname van de tenuitvoerlegging moet plaatsvinden achterwege te laten, zodat zij - in hun voorstelling - de handen vrij zouden hebben om die verdragen al dan niet toe te passen.

¹⁸¹⁷ Zie overweging 11 van de preambule bij het Kaderbesluit en art. 31 lid 1 Kaderbesluit. In deze zin ook Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, *LJN* AR4214; Glerum & Rozemond 2009, p. 79-80; Keijzer 2009a, p. 33.

¹⁸¹⁸ Vgl. Glerum & Rozemond 2006, p. 137.

¹⁸¹⁹ Art. 3 lid 1 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.

¹⁸²⁰ Overweging 12 van de preambule; art. 25 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.

¹⁸²¹ Art. 26 lid 1 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.

¹⁸²² Lensing 2005, p. 211.

de overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen alle de dubbele strafbaarheid eisen,¹⁸²³ zouden de lidstaten zich op het standpunt kunnen stellen dat hun bevoegde autoriteiten bij de beoordeling of de weigeringsgrond moet of mag worden toegepast steeds zullen moeten onderzoeken of sprake is van dubbele strafbaarheid, óók indien het EAB betrekking heeft op een lijstfeit. De verbintenis tot tenuitvoerlegging veronderstelt immers een overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse veroordeling. Zonder dubbele strafbaarheid zou de uitvoerende lidstaat zich ingevolge deze verdragen niet kunnen verbinden tot (overname van de) tenuitvoerlegging.

De - mogelijke - toepasselijkheid van de executieverdragen openbaart dus minst genomen een *spanning* met de uitdrukkelijke afschaffing van de toetsing van de lijstfeiten. Hier zij echter in herinnering gebracht, dat van een - mogelijke - *strijd* met art. 2 lid 2 Kaderbesluit alleen sprake zou kunnen zijn ten aanzien van feiten die *geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat* zijn begaan. Voor zover het lijstfeit elders is begaan, hebben de lidstaten immers al ingevolge art. 4 onder 7 Kaderbesluit de bevoegdheid om de overlevering te weigeren wegens het ontbreken van de dubbele strafbaarheid, zoals in Hoofdstuk VII.3.3.1.6 is gebleken.¹⁸²⁴

Toch leidt een onderzoek naar de dubbele strafbaarheid van een - geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan - lijstfeit naar mijn mening *niet zonder meer* tot resultaten die in strijd zijn met het Kaderbesluit. Wijst dat onderzoek uit dat het lijstfeit niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat en wenst deze lidstaat zich alleen tot tenuitvoerlegging te verbinden, indien en voor zover aan de verdragsrechtelijke voorwaarden voor overname van de tenuitvoerlegging van een buitenlands strafvonnis is voldaan, dan zal de uitvoerende rechterlijke autoriteit moeten concluderen dat de verbintenis tot tenuitvoerlegging *niet* mogelijk is en dat zij dus de overlevering *niet* mag weigeren op grond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit. Is het feit daarentegen wel strafbaar naar het recht van de uitvoerende lidstaat, dan zal de uitvoerende rechterlijke autoriteit concluderen dat een verbintenis tot tenuitvoerlegging mogelijk is en zal zij de overlevering mogen of moeten weigeren, *mits* de uitvoerende lidstaat de verbintenis tot tenuitvoerlegging aangaat.

Van strijd met het Kaderbesluit is pas sprake, indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigert uitsluitend vanwege het onderdaanschap of ingezetenschap van de opgeëiste persoon dan wel vanwege het verblijf van de opgeëiste persoon in de uitvoerende lidstaat, terwijl de uitvoerende lidstaat zich niet verbindt tot tenuitvoerlegging van de opgelegde straf of maatregel vanwege het ontbreken van de dubbele strafbaarheid. Die strijd is dan niet zozeer gelegen in de toetsing van de dubbele strafbaarheid van een lijstfeit, als wel in de omstandigheid dat de uitvoerende lidstaat niet de verplichting tot tenuitvoerlegging op zich heeft genomen, met als gevolg dat de opgeëiste persoon de hem opgelegde vrijheidsstraf niet ondergaat. Een dergelijke handelwijze kan niet worden gerechtvaardigd met het verweer dat ingevolge het nationale recht de tenuitvoerlegging van een buitenlandse sanctie alleen kan plaatsvinden krachtens

¹⁸²³ Art. 4 lid 1 EVIG; art. 3 lid 1 onder e VOGP; art. 5 onder b EGTUL. Het Verdrag inzake de overbrenging van de gevonniste personen biedt overigens *als zodanig* geen basis voor de overdracht van de tenuitvoerlegging in het in art. 4 onder 6 Kaderbesluit bedoelde geval. Dit is verdrag is namelijk alleen van toepassing op de *overbrenging* naar de staat van tenuitvoerlegging van gevonniste personen die zich nog in de staat van veroordeling bevinden: HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 468; HR 6 mei 2003, *LJN* AF5421; HR 6 februari 2007, *LJN* AZ4730; HR 20 februari 2007, *LJN* AZ5718. In het in art. 4 onder 6 Kaderbesluit bedoelde geval bevindt de gevonniste persoon zich echter al in de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging.

¹⁸²⁴ Zie ook Lensing 2005, p. 211.

een verdrag en dat *ad impossibilia nemo tenetur*.¹⁸²⁵ Van een *impossibilia* is immers geen sprake. Kan en wil de uitvoerende lidstaat de opgelegde vrijheidsstraf niet zelf ten uitvoer leggen, dan kan en moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering toestaan.¹⁸²⁶ Acht de uitvoerende lidstaat het daarentegen wenselijk dat de tenuitvoerlegging plaatsvindt in de uitvoerende lidstaat, dan is het aan hem om de nationaalrechtelijke blokkades weg te nemen die zulks verhinderen.¹⁸²⁷

Tegen het schrappen van de dubbele strafbaarheid ter zake van lijstfeiten als voorwaarde voor de overname van de tenuitvoerlegging zou men kunnen inbrengen dat zulks in strijd zou zijn met de *ordre public* van de uitvoerende lidstaat.¹⁸²⁸ Tenuitvoerlegging door de uitvoerende lidstaat van een buitenlandse vrijheidsstraf ter zake van een feit dat niet strafbaar is naar het recht van die lidstaat is immers veel ingrijpender dan medewerking door de uitvoerende lidstaat aan de overlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een dergelijke vrijheidsstraf.¹⁸²⁹ Bovendien zou men kunnen betogen dat tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf, opgelegd wegens een feit dat in de uitvoerende lidstaat niet strafbaar is, niet zou kunnen bijdragen aan het doel van de regeling, de sociale re-integratie van de opgeëiste persoon.¹⁸³⁰ Die tenuitvoerlegging zou immers ertoe strekken de opgeëiste persoon ervan te weerhouden opnieuw handelingen te verrichten die in de uitvoerende lidstaat niet strafbaar zijn.¹⁸³¹ Ook al zien sommige lidstaten dergelijke bezwaren niet als onoverkomelijk,¹⁸³² deze bezwaren zijn zeker niet zonder verdienste en mogen onder art. 4 onder 6 Kaderbesluit ook een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de uitvoerende lidstaat zich al dan niet tot tenuitvoerlegging zal verbinden. Wenst

¹⁸²⁵ Vgl. Keijzer 2009a, p. 34, die de vraag onbeantwoord laat of de uitvoerende lidstaat de overlevering mag weigeren, indien hij wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid de tenuitvoerlegging niet kan overnemen.

¹⁸²⁶ Ook Deen-Racsmany 2007, p. 101, wijst erop dat de lidstaten zich niet met een beroep op hun nationale recht kunnen onttrekken aan de uit het Kaderbesluit voortvloeiende verplichtingen.

¹⁸²⁷ Vgl. HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 44-49: de onmogelijkheid naar nationaal recht om de tenuitvoerlegging van aan onderdanen van andere lidstaten opgelegde sancties over te nemen, rechtvaardigt niet dat de uitvoerende lidstaat deze personen bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit volledig en automatisch uitsluit, ongeacht hun banden met de uitvoerende lidstaat.

¹⁸²⁸ Murschetz 2007a, p. 363-364.

¹⁸²⁹ Lensing 2005, p. 211-212.

¹⁸³⁰ Van Ballegooij 2009, p. 405, die de opvatting van het Nederlandse ministerie van Justitie weergeeft. Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, nr. 3. p. 10 (wetsvoorstel wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties): “Resocialisatie is in Nederland slecht te realiseren, indien een straf zou moeten worden ondergaan voor iets waarvan de strafbaarheid in ons land niet wordt onderkend”.

¹⁸³¹ Murschetz 2007a, p. 365; Schwaighofer 2007, p. 81.

¹⁸³² Oostenrijk weigert de executieoverlevering van een Oostenrijker en legt de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf zonder nader verzoek ten uitvoer, indien de tenuitvoerlegging van het EAB voor het overige toelaatbaar zou zijn geweest: § 5 Abs. 4 *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*. “In diesem Umfang ist die im Ausstellungsstaat gegen einen österreichischen Staatsbürger verhängte Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugende Maßnahme auch dann im Inland zu vollstrecken, wenn die dem Europäischen Haftbefehl zu Grunde liegende Tat nach österreichischem Recht nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist”: § 39 Abs. 1 *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*. Zo ook Duitsland. § 80 Abs. 3 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* eist voor de executieoverlevering van een Duitser zijn instemming. Ontbreekt die instemming, dan is de voorwaarde van dubbele strafbaarheid niet van toepassing, indien de uitvaardigende lidstaat om overname van de tenuitvoerlegging verzoekt: § 80 Abs. 4 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*.

de uitvoerende lidstaat zijn *ordre public* te beschermen, wenst hij met andere woorden zijn strafrechtelijke soevereiniteit te handhaven, dan dient hij wel te beseffen dat zulks ten koste van het re-integratiebelang van zijn onderdaan gaat.¹⁸³³ De doelstelling van sociale re-integratie beoogt immers mede de mogelijke negatieve gevolgen van vrijheidsbeneming voor het toekomstige maatschappelijke functioneren te beperken en dat maatschappelijke functioneren zo mogelijk te verbeteren.¹⁸³⁴ Sociale re-integratie is dus meer dan het vermijden van *recidive*. Indien de uitvoerende lidstaat zich desondanks vanwege de genoemde bezwaren niet kan en wil verbinden tot tenuitvoerlegging, moet hij, zoals reeds gezegd, zijn implementatiewetgeving zo hebben ingericht, dat zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering niet meer mag weigeren enkel op grond van de hoedanigheid van de opgeëiste persoon.

Voor wat betreft de toetsing van de dubbele strafbaarheid maakt het *bij een correcte implementatie* van art. 4 onder 6 Kaderbesluit - in die zin dat weigering van de executieoverlevering alléén mogelijk is, indien en voor zover de uitvoerende lidstaat zich tot tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf verbindt - dus niet uit welke lezing van het begrip “verbintenis” men hanteert.

Exequaturprocedure mogelijk?

Vergelijkbaar met de toetsing van de dubbele strafbaarheid is het probleem van de wijze van de overname van de tenuitvoerlegging van de opgelegde buitenlandse straf of maatregel. Ook deze kwestie kan men in verband brengen met de Europese executieverdragen. Deze verdragen stellen de exequaturprocedure verplicht¹⁸³⁵ of bieden de beoogde staat van tenuitvoerlegging de keuze tussen de exequaturprocedure en voortgezette tenuitvoerlegging (zie paragraaf 2.3.3).¹⁸³⁶

Opmerkelijk is dat het Kaderbesluit, anders dan art. 33 van het Commissie-voorstel, een verbod op het vervangen van de buitenlandse straf of maatregel door een sanctie “die bij de wetgeving van de uitvoerende lidstaat op hetzelfde feit is gesteld”, ontbeert. Het Commissievoorstel sloot dus de exequaturprocedure uit. Uit de Toelichting bij het voorstel blijkt dat de uitvoerende lidstaat zelfs de bevoegdheid miste tot aanpassing van de straf of maatregel, indien en voor zover deze het strafmaximum van de uitvoerende lidstaat overschreed (art. 10 lid 2 VOGP). De Commissie had dus een tenuitvoerlegging voor ogen die zonder enige wijziging van aard en duur van de opgelegde sanctie zou plaatsvinden. Kennelijk wensten de lidstaten een dergelijke beperking niet te aanvaarden, althans wensten zij op dit punt hun handen vrij te houden.

Volgens de Commissie is toepassing van de exequaturprocedure in strijd met het Kaderbesluit, omdat het Kaderbesluit deze procedure niet noemt.¹⁸³⁷ Inderdaad staat art. 4 onder 6 Kaderbesluit de exequaturprocedure niet uitdrukkelijk toe, maar daaruit volgt niet

¹⁸³³ Vgl. Vernimmen-Van Tiggelen & Surano 2009, p. 556.

¹⁸³⁴ Swart 2008, p. 144.

¹⁸³⁵ Art. 44 EVIG.

¹⁸³⁶ Art. 9 lid 1 VOGP; art. 8 lid 1 EGTUL.

¹⁸³⁷ *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2005)63 def., p. 5; *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*, COM(2006)8 def., p. 5; *Verslag van de Commissie over de uitvoering, sinds 2005, van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2007)407 def., p. 9.

zonder meer dat deze procedure in strijd is met het Kaderbesluit. Een beter argument tegen de exequaturprocedure zou kunnen zijn dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit spreekt van tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat van “die opgelegde straf of maatregel”, dat wil zeggen de *buitenlandse* straf of maatregel. Past de uitvoerende lidstaat de exequaturprocedure toe, dan legt hij niet de *buitenlandse* straf of maatregel ten uitvoer, maar de *nationale* sanctie waarin zijn bevoegde autoriteit die buitenlandse straf of maatregel heeft omgezet.¹⁸³⁸ Voor zover de uitvoerende lidstaat de Europese executieverdragen toepasselijk acht op de tenuitvoerlegging, schaft art. 4 onder 6 Kaderbesluit bij deze lezing de keuzevrijheid af: de uitvoerende lidstaat moet steeds kiezen voor de voortgezette tenuitvoerlegging. De zinsnede “overeenkomstig zijn nationale recht” heeft bij deze lezing alleen betrekking op aangelegenheden als het detentieregime en de mogelijkheden van voorwaardelijke invrijheidstelling.

Voor de beantwoording van de vraag of de uitvoerende lidstaat de verbintenis tot tenuitvoerlegging afhankelijk mag maken van toepassing van de - in de Europese verdragen voorziene - exequaturprocedure maakt het dus wel verschil welke lezing men van het begrip “verbintenis” aanhangt.

Hoewel de exequaturprocedure op gespannen voet lijkt te staan met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen - in deze procedure kan de opgelegde sanctie immers qua aard en duur worden omgezet naar een sanctie die voldoet aan de maatstaven van het recht van de staat van tenuitvoerlegging -, geef ik al met al toch de voorkeur aan de lezing dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit het de uitvoerende lidstaat toestaat om de Europese executieverdragen toe te passen bij de beantwoording van de vraag of hij al dan niet een verbintenis tot tenuitvoerlegging aangaat.¹⁸³⁹ Het Kaderbesluit bevat geen afbakening met de executieverdragen. Indien de Raad van mening zou zijn geweest dat de lidstaten deze verdragen niet, althans niet in volle omvang, mochten hanteren bij de toepassing van art. 4 onder 6 Kaderbesluit, dan had hij een duidelijke, daartoe strekkende regeling moeten opnemen. De bewoordingen van art. 4 onder 6 Kaderbesluit dwingen daarom naar mijn mening niet tot de opvatting dat de uitvoerende lidstaat de exequaturprocedure niet mag toepassen.¹⁸⁴⁰ Ook bij deze lezing heeft de

¹⁸³⁸ Vgl. art. 9 lid 1 VOGP (mijn cursivering): “The competent authorities of the administering State shall:

- a continue the enforcement of the sentence immediately or through a court or administrative order, under the conditions set out in Article 10, or
- b convert the sentence, through a judicial or administrative procedure, into a decision of that State, thereby substituting for the sanction imposed in the sentencing State a sanction prescribed by the law of the administering State for the same offence, under the conditions set out in Article 11”.

¹⁸³⁹ Dat het nationale recht van de uitvoerende lidstaat de overname van de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel alleen mogelijk maakt, indien de gevonnisse persoon de nationaliteit van die lidstaat bezit, rechtvaardigt niet de volledige en automatische uitsluiting van personen die de nationaliteit van een andere lidstaat bezitten (“ingezetenen” en personen die in de uitvoerende lidstaat “verblijven”), omdat het internationale recht er niet toe verplicht zo een nationaal voorschrift vast te stellen. Art. 3 lid 1 onder a VOGP stelt weliswaar als voorwaarde voor overbrenging dat de gevonnisse persoon een “national” van de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging is, maar artikel 3 lid 4 VOGP geeft de verdragspartijen de bevoegdheid om dat begrip zo te omschrijven, dat het “ingezetenen” van de uitvoerende lidstaat en personen die in die lidstaat “verblijven” omvat: HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (Lopes Da Silva Jorge), r.o. 47-49.

¹⁸⁴⁰ Tot dezelfde conclusie komt ook Deen-Racsmany 2007, p. 113-114, zij het op andere gronden. Zij is van mening dat de lidstaten de Europese executieverdragen kunnen blijven toepassen op grond van art. 31 lid 2 Kaderbesluit.

zinsnede “overeenkomstig zijn nationale recht” alleen betrekking op aangelegenheden als het detentieregime en de mogelijkheden van voorwaardelijke invrijheidstelling.¹⁸⁴¹

IX.3.2.2 Vervolgingsoverlevering

IX.3.2.2.1 Inleiding

Op grond van art. 5 onder 3 Kaderbesluit mag de uitvoerende lidstaat de vervolgingsoverlevering van zijn onderdaan of ingezetene afhankelijk stellen van de garantie dat de opgeëiste persoon, na te zijn berecht in de uitvaardigende lidstaat, wordt teruggezonden naar de uitvoerende lidstaat om in die lidstaat de vrijheidsbenemende straf of maatregel te ondergaan die hem eventueel wordt opgelegd in de uitvaardigende lidstaat. Is de opgeëiste persoon al bij verstek veroordeeld, maar is die veroordeling nog niet uitvoerbaar, omdat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit de gelegenheid van een verzoek om een nieuw proces heeft gegarandeerd (art. 5 onder 1 Kaderbesluit) dan wel heeft verklaard dat de opgeëiste persoon recht heeft op een verzetprocedure of een procedure in hoger beroep (art. 4 bis lid 1 onder d Kaderbesluit), dan is ook de toepassing van art. 5 onder 3 Kaderbesluit mogelijk. De overlevering beoogt dan immers “voortzetting van de strafvordering of inleiding van een nieuwe procedure mogelijk te maken, dat wil zeggen dat overlevering plaatsvindt met het oog op strafvervolgning (...)”.¹⁸⁴²

Evenals art. 4 onder 6 Kaderbesluit, is deze bepaling *facultatief* in de zin dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen de garantie al dan niet in hun implementatiewetgeving op te nemen. Zonder implementatie van art. 5 onder 3 Kaderbesluit mogen hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten de vervolgingsoverlevering van hun onderdanen en ingezetenen niet afhankelijk maken van de garantie van terugkeer. Voor zover art. 5 onder 3 Kaderbesluit autonome begrippen van Unierecht bevat, mogen de lidstaten aan deze bepaling bij implementatie niet een *ruimere* strekking geven dan uit de autonome en uniforme betekenis volgt. Wel mogen de lidstaten bij de implementatie van art. 5 onder 3 Kaderbesluit de reikwijdte van die bepaling *beperven*, mits zij daarbij het Unierecht in acht nemen, en mogen zij het vragen van de garantie voorschrijven aan hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten.

De ratio van art. 5 onder 3 Kaderbesluit is dezelfde als die van art. 4 onder 6 Kaderbesluit. Beide bepalingen moeten het mogelijk maken “dat bijzonder gewicht wordt toegekend aan de mogelijkheid, de kansen op sociale re-integratie van de gezochte persoon na het einde van de straf waartoe deze is veroordeeld, te verhogen”.¹⁸⁴³

Art. 5 onder 3 Kaderbesluit stelt de uitvoerende lidstaat in de gelegenheid een afweging te maken tussen het belang van de uitvaardigende lidstaat bij vervolging en berechting van strafbare feiten die onder zijn rechtsmacht vallen alsmede bij tenuitvoerlegging van de

¹⁸⁴¹ Men zou ook nog kunnen betogen dat deze verwijzing naar het recht van de uitvoerende lidstaat al meebrengt dat het de lidstaten vrijstaat om de exequaturprocedure toe te passen: vgl. Glerum & Rozemond 2008b, p. 841. In deze lezing heeft de zinsnede dus mede betrekking op het aangaan van de verbintenis tot tenuitvoerlegging. Opmerkelijk is dat Nederland dit argument niet in stelling heeft gebracht tegen de opvatting van de Commissie dat de exequaturprocedure in strijd is met het Kaderbesluit: *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Council document 11528/05, 2 September 2005, p. 74.

¹⁸⁴² HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 56 (ten aanzien van art. 5 onder 1 Kaderbesluit).

¹⁸⁴³ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 62; HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.), r.o. 52; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 70.

daarbij eventueel opgelegde vrijheidsstraf, het belang van de opgeëiste persoon bij sociale re-integratie in de lidstaat waarvan hij onderdaan of ingezetene is en het belang van de uitvoerende lidstaat bij sociale re-integratie van zijn onderdaan of ingezetene. Het eerste belang wordt gediend door de overlevering ter fine van vervolging en berechting. Zijn aanspraak op tenuitvoerlegging op zijn grondgebied van de eventueel opgelegde vrijheidsstraf moet de uitvaardigende lidstaat evenwel prijsgeven met het oog op de belangen van de opgeëiste persoon en die van de uitvoerende lidstaat. De garantie van terugkeer naar de uitvoerende lidstaat voor tenuitvoerlegging van de opgelegde straf of maatregel dient dus de belangen van de opgeëiste persoon en van de uitvoerende lidstaat, maar uiteindelijk dient de garantie ook de belangen van de uitvaardigende lidstaat, nu een geslaagde re-integratie van de opgeëiste persoon ook in zijn belang is.

Zoals ik al bij de bespreking van art. 4 onder 6 Kaderbesluit heb uiteengezet, kunnen de lidstaten ervoor kiezen voor de doelstelling van sociale re-integratie geen of slechts een beperkte plaats in hun implementatiewetgeving in te ruimen, omdat zulks in de visie van het Hof van Justitie de overleveringsregeling versterkt ten gunste van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Tegen deze opvatting kunnen *mutatis mutandis* de in paragraaf 3.2.1.1 genoemde argumenten worden aangevoerd. Bij een correcte implementatie is straffeloosheid van de opgeëiste persoon geen mogelijkheid (*recht*). Stelt de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk van de terugkeergarantie, dan zal de eventueel opgelegde vrijheidsstraf immers in de uitvoerende lidstaat ten uitvoer worden gelegd. De tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat zal de kansen op sociale re-integratie en op het voorkomen van recidive kunnen verhogen, hetgeen niet alleen in het belang is van de opgeëiste persoon en van de uitvoerende lidstaat, maar ook van alle andere lidstaten (*veiligheid*). Veiligheid en recht zijn, zoals in paragraaf 3.2.1.1 al gesteld is, de voorwaarden voor de uitoefening van de rechten en vrijheden van de burgers van de Unie (*vrijheid*). Evenmin als art. 4 onder 6 Kaderbesluit, is art. 5 onder 3 Kaderbesluit dus zonder meer in strijd met het beginsel van wederzijdse erkenning.

De essentie van art. 5 onder 3 Kaderbesluit is dus dat de uitvoerende lidstaat er weliswaar voor kan kiezen een “voorkeursbehandeling” te geven aan zijn onderdaan of ingezetene, maar dat hij zulks alléén mag doen op een wijze die niet tot straffeloosheid van die onderdaan of ingezetene leidt: *ondanks* zijn hoedanigheid van onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat vindt de berechting van de opgeëiste persoon plaats in de uitvaardigende lidstaat en *dankzij* die hoedanigheid zal hij de hem daarbij eventueel opgelegde vrijheidsstraf ondergaan in de uitvoerende lidstaat.

De personele reikwijdte van art. 5 onder 3 is ten dele gelijk aan die van art. 4 onder 6 Kaderbesluit: alleen de categorie van personen die in de uitvoerende lidstaat verblijven ontbreekt. De personele reikwijdte zal ik in paragraaf 3.2.2.2 bespreken. De terugkeergarantie zal in paragraaf 3.2.2.3 aan de orde komen.

IX.3.2.2.2 Personele reikwijdte

De mogelijkheid om de overlevering afhankelijk te maken van de garantie van terugkeer bestaat alleen in het geval van een ter fine van vervolging en ten laste van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat uitgevaardigd EAB. Nu art. 5 onder 3 Kaderbesluit voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van deze begrippen niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, mag worden aangenomen dat sprake is van autonome begrippen van Unierecht die uniform moeten worden uitgelegd.

Aangezien de ratio van art. 5 onder 3 Kaderbesluit gelijk is aan die van art. 4 onder 6 Kaderbesluit, ligt het in de rede om de in beide bepalingen voorkomende begrippen

“onderdaan” en “ingezetene” op dezelfde wijze uit te leggen (zie paragraaf 3.2.1.2). Duister is waarom de personele reikwijdte van beide bepalingen verschilt, terwijl de doelstelling overeenkomt.¹⁸⁴⁴ Gezien die overeenkomende doelstelling, valt niet goed te rechtvaardigen waarom personen die een band met de uitvoerende lidstaat hebben opgebouwd die vergelijkbaar is met die van een ingezetene niet in aanmerking komen voor een terugkeergarantie.¹⁸⁴⁵

IX.3.2.2.3 Terugkeergarantie

Inleiding

De garantie dient in te houden dat de opgeëiste persoon “na te zijn berecht,¹⁸⁴⁶ wordt teruggezonden naar de uitvoerende lidstaat “om daar de vrijheidsstraf of de tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel te ondergaan die hem eventueel wordt opgelegd in de uitvaardigende lidstaat”. Indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit beslist dat de overlevering inderdaad afhankelijk moet worden gesteld van een dergelijke garantie, is actie van de zijde van de uitvaardigende lidstaat vereist. Een autoriteit van deze lidstaat zal een *concrete* garantie moeten verstrekken, zonder welke de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering niet zal toestaan. Het model EAB bevat weliswaar niet een specifieke rubriek waarin de concrete garantie kan worden opgenomen,¹⁸⁴⁷ maar volgens Stessens vloeit zulks voort uit de omstandigheid dat in veel lidstaten niet de uitvaardigende rechterlijke autoriteit, maar een andere autoriteit, bijvoorbeeld de Minister van Justitie, de garantie verstrekt.¹⁸⁴⁸ Enkele auteurs verdedigen wel dat een concrete garantie niet vereist is. De *uitvoerende* rechterlijke autoriteit zou desgewenst de terugkeer van de opgeëiste persoon als *voorwaarde* aan de overlevering kunnen verbinden. Na de overlevering zou de uitvaardigende lidstaat dan gebonden zijn aan die voorwaarde.¹⁸⁴⁹ Deze lezing is naar mijn mening in strijd met het opschrift van art. 5 Kaderbesluit en de tekst van art. 5 onder 3 Kaderbesluit, die gewag maken van garanties (van de uitvaardigende lidstaat).

¹⁸⁴⁴ Wellicht vond men de met overlevering, terugkeer en tenuitvoerlegging gepaard gaande kosten en moeiten voor personen die slechts in de uitvoerende lidstaat verblijven niet in verhouding staan tot hun - vergeleken met die van onderdanen en ingezetenen - geringere band met de uitvoerende lidstaat.

¹⁸⁴⁵ Glerum & Rozemond 2008b, p. 841; in deze zin ook Marin 2011, p. 709, noot 18.

¹⁸⁴⁶ Vergeleken met de Duitse (“(...) na Gewährung rechtliches Gehör (...)”), Engelse (“(...) after being heard (...)”) en Franse (“(...) après avoir étendue (...)”) taalversies, maakt de Nederlandse duidelijker dat een berechting moet hebben plaatsgevonden: Blekxtoon 2005, p. 242-243.

¹⁸⁴⁷ Keijzer 2009a, p. 54, merkt op dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit de garantie zou kunnen opnemen in rubriek f) van het EAB (“Andere voor de zaak relevante omstandigheden (facultatieve informatie)”).

¹⁸⁴⁸ Stessens 2004-2005, p. 572.

¹⁸⁴⁹ Caeiro & Fidalgo 2009, p. 450. Vgl. *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on the Slovak Republic*, Raadsdocument 7060/1/09 REV 1, p. 13: “The Slovak authorities noted that this issue is covered by Section 12(6) of the implementing law, according to which “if the executing Member State surrenders a person with a reservation, the reservation must be respected”); *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Finland*, Raadsdocument 11787/1/07 REV 1, p. 26: “Where the court makes such an order [i.e. “surrender subject to a condition that a citizen be returned”] it will be recorded on the face of the surrender judgement. The judgement will be transmitted in Finnish with a covering letter in the appropriate language setting out the condition clearly”.

Anders dan het inmiddels vervallen art. 5 onder 1 Kaderbesluit, maakt art. 5 onder 3 Kaderbesluit niet duidelijk welke autoriteit van de uitvaardigende lidstaat de garantie van terugkeer zou moeten geven.¹⁸⁵⁰ Het is duidelijk dat de garantie de uitvoerende rechterlijke autoriteit zal bereiken via de uitvaardigende rechterlijke autoriteit, omdat de uitvoerende en uitvaardigende rechterlijke autoriteiten rechtstreeks met elkaar communiceren.¹⁸⁵¹ Hoewel het Kaderbesluit de rol van de centrale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van een EAB beperkt tot het verlenen van praktische en administratieve ondersteuning en het dus voor de hand ligt om de bevoegdheid tot het garanderen van de terugkeer bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteiten neer te leggen,¹⁸⁵² heeft een aantal lidstaten een minister of een vergelijkbare ambtsdrager als bevoegde autoriteit aangemerkt.¹⁸⁵³

De garantie roept vergelijkbare vragen op als de verbintenis tot tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit. In het bijzonder is de verhouding tussen de Europese executieverdragen en de (effectuering van de) garantie van belang. Als het de lidstaten vrijstaat deze verdragen toe te passen als de grondslag van de gegarandeerde terugkeer en van de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat, rijst het probleem van de toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten en van de keuze tussen voortgezette tenuitvoerlegging en de exequatuurprocedure.

Toepasselijkheid executieverdragen?

Vóór en tegen de mogelijkheid van toepassing van de Europese executieverdragen op de effectuering van de terugkeergarantie pleiten *mutatis mutandis* de argumenten die ik in paragraaf 3.2.1.3 heb besproken.

Zoals uit de evaluatie van de procedures in de verschillende lidstaten blijkt, zien zestien van de zevententwintig lidstaten - als uitvaardigende lidstaat - het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen als grondslag van de terugkeer naar de uitvoerende lidstaat.¹⁸⁵⁴ Of al deze lidstaten ook als uitvoerende lidstaat dat verdrag als grondslag van de

¹⁸⁵⁰ Blekxtoon 2004b, p. 584; Blekxtoon 2005, p. 238-239.

¹⁸⁵¹ Tenzij één of beide betrokken lidstaten een centrale autoriteit voor de ontvangst en/of verzending van EAB's en aan EAB's gerelateerde correspondentie hebben aangewezen (art. 7 Kaderbesluit).

¹⁸⁵² Vgl. Glerum 2005, p. 51.

¹⁸⁵³ België: de Federale Overheidsdienst Justitie (*Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten. Verslag over België*, Raadsdocument 16454/1/06 REV 1, p. 19); Cyprus: de Attorney General (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Cyprus*, Raadsdocument 14240/1/07 REV 1, p. 13); Denemarken: het ministerie van Justitie (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Denmark*, Raadsdocument 13801/1/06 REV 1, p. 17); Frankrijk: het ministerie van Justitie, maar bij wijze van uitzondering en alleen in de verhoudingen met Nederland (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on France*, Raadsdocument 9972/1/07 REV 1, p. 31); Hongarije: het ministerie van Justitie en Rechtshandhaving (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Hungary*, Raadsdocument 15317/1/07 REV 1, p. 15); het Verenigd Koninkrijk: het Home Office (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on the United Kingdom*, Raadsdocument 9974/2/07 REV 2 EXT 2, p. 22).

¹⁸⁵⁴ België (*Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten. Verslag over*

terugkeer zien, is mij niet bekend. De evaluatieverslagen maken daarvan niet in alle gevallen melding.¹⁸⁵⁵ Nederland ziet als uitvoerende lidstaat¹⁸⁵⁶ het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen als grondslag voor de terugkeer,¹⁸⁵⁷ of een ander verdrag dat voorziet in de exequaturprocedure.¹⁸⁵⁸

België, Raadsdocument 16454/1/06 REV 1, p. 18); Bulgarije (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Bulgaria*, Raadsdocument 8265/1/09 REV 1, p. 13); Cyprus (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Cyprus*, Raadsdocument 14135/1/07 REV 1, p. 13); Denemarken (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Denmark*, Raadsdocument 13801/1/06 REV 1, p. 17); Duitsland (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Germany*, Raadsdocument 7058/1/09 REV 1, p. 12); Estland (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Estonia*, Raadsdocument 5301/1/07 REV 1, p. 14); Frankrijk, althans volgens het Franse ministerie van Justitie (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on France*, Raadsdocument 9972/1/07 REV 1, p. 14); Hongarije (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Hungary*, Raadsdocument 15317/1/07 REV 1, p. 15); Ierland (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Ireland*, Raadsdocument 11843/1/06 REV 1, p. 14); Letland (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Latvia*, Raadsdocument 17220/08, p. 10); Litouwen (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Lithuania*, Raadsdocument 12399/1/07 REV 1, p. 14); Luxemburg (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Luxembourg*, Raadsdocument 100843/1/07 REV 1, p. 12); Oostenrijk (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Austria*, Raadsdocument 7024/08, p. 13); Portugal (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Portugal*, Raadsdocument 7593/1/07 REV 1, p. 17); Roemenië (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Romania*, Raadsdocument 8267/1/09 REV 1, p. 12); Slovenië (*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Slovenia*, Raadsdocument 7301/1/08 REV 1, p. 12).

¹⁸⁵⁵ Wel: België (p. 35); Bulgarije (p. 24); Duitsland (p. 27); Estland (p. 25); Frankrijk (p. 31); Letland (p. 10); Litouwen (p. 23); Portugal (p. 27); Slovenië (p. 24).

¹⁸⁵⁶ Als uitvaardigende lidstaat past Nederland "where appropriate" de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnis toe: *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on the Netherlands*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1, p. 34. Daarbij moet worden bedacht dat Nederland voor de overname van de tenuitvoerlegging van een *buitenlands* strafvonnis een verdragsgrondslag eist (art. 2 WOTS), maar niet voor de *overdracht* van de tenuitvoerlegging van een *Nederlands* strafvonnis.

¹⁸⁵⁷ Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, L/JN AR4214.

¹⁸⁵⁸ Vgl. art. 6 lid 3 Olw.

Toetsing dubbele strafbaarheid mogelijk?

In paragraaf 3.2.1.3 heb ik met betrekking tot art. 4 onder 6 Kaderbesluit geconcludeerd dat de toetsing van de dubbele strafbaarheid van het - uitsluitend op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begane - lijstfeit niet zonder meer tot strijd met het Kaderbesluit leidt.

Deze conclusie geldt *mutatis mutandis* ook voor art. 5 onder 3 Kaderbesluit. Wanneer de toetsing van de dubbele strafbaarheid van dat lijstfeit pas ná de veroordeling plaatsvindt, en wel in het kader van de beoordeling van de terugkeer naar de uitvoerende lidstaat op grond van het toepasselijke executieverdrag, dan leidt de conclusie dat de dubbele strafbaarheid ontbreekt tot het gevolg dat de uitvoerende lidstaat de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat niet aan de garantie kan houden. De tenuitvoerlegging zal dan in de uitvaardigende lidstaat plaatsvinden. Acht de uitvoerende lidstaat wenselijk dat zijn onderdaan of ingezetene de aan hem opgelegde vrijheidsstraf op zijn grondgebied ondergaat, dan dient hij dus ervoor te zorgen dat het nationale recht geen belemmeringen voor de terugkeer bevat, bijvoorbeeld de eis dat de terugkeer alleen krachtens verdrag kan geschieden.

Toetst de uitvoerende rechterlijke autoriteit daarentegen al bij haar beslissing op het EAB of het lijstfeit strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat, opdat in geval van een veroordeling aan de garantie gevolg zal kunnen worden gegeven overeenkomstig een executieverdrag, dan is strijd met het Kaderbesluit geenszins ondenkbeeldig. Komt de uitvoerende rechterlijke autoriteit tot het oordeel dat het lijstfeit niet strafbaar is naar het recht van haar lidstaat, dat de terugkeergarantie in geval van een veroordeling om die reden niet zal kunnen worden geëffectueerd en dat de overlevering daarom moet worden geweigerd, dan is sprake van straffeloosheid van de opgeëiste persoon. De uitvaardigende lidstaat kan zijn overlevering niet verkrijgen, terwijl de uitvoerende lidstaat hem niet zelf kan vervolgen wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid. Dit resultaat verdraagt zich niet met het Kaderbesluit. Een dergelijke handelwijze zou immers betekenen dat de uitvoerende lidstaat geen onderdanen overlevert ter zake van feiten die niet strafbaar zijn naar zijn recht. De tijdelijke *uitzonderingspositie* van Oostenrijk - deze lidstaat mocht totdat de nationale wetgeving was gewijzigd en uiterlijk tot 31 december 2008 zijn rechterlijke autoriteiten toestaan de overlevering van een Oostenrijker te weigeren, indien het feit niet strafbaar was naar Oostenrijks recht (art. 33 lid 1 Kaderbesluit) - bevestigt dat zulks niet in overeenstemming met het Kaderbesluit is.

Exequaturprocedure mogelijk?

Met betrekking tot de toelaatbaarheid van de exequaturprocedure gelden in hoofdlijnen de argumenten vóór en tegen, die ik in paragraaf 3.2.1.3 heb besproken. Op de daar weergegeven gronden kom ik tot de conclusie dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen de buitenlandse vrijheidssanctie om te zetten in een nationale sanctie.¹⁸⁵⁹

Instemming gevonniste persoon nodig?

De formulering van de garantie (“wordt teruggezonden”) lijkt uit te sluiten dat de instemming van de veroordeelde opgeëiste persoon wordt geëist voor de terugkeer naar de uitvoerende lidstaat. De lidstaten die zich op de toepasselijkheid van het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen beroepen - het enige Europese executieverdrag waarbij alle lidstaten partij zijn -, zullen evenwel de instemming van de veroordeelde opgeëiste persoon met zijn overbrenging eisen, nu dit verdrag die instemming als

¹⁸⁵⁹ Tot dezelfde conclusie komt ook Deen-Racsmány 2007, p. 113-114, zij het op andere gronden.

voorwaarde voor overbrenging stelt (art. 3 lid 1 onder d VOGP).¹⁸⁶⁰ Toepassing van het instemmingsvereiste leidt niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon. Onthoudt de gevonniste onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat zijn instemming aan de terugkeer naar die lidstaat, dan zal de garantie niet geëffectueerd kunnen worden en zal hij de opgelegde vrijheidsstraf ondergaan in de uitvaardigende lidstaat.

Bindendheid garantie

De in art. 5 onder 3 Kaderbesluit bedoelde garantie zal de uitvaardigende lidstaat - en dus *alle voor de terugkeer relevante* autoriteiten van die lidstaat - moeten binden. De garantie zou immers illusoir zijn, indien zij niet voor alle relevante autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat zou gelden.¹⁸⁶¹ Het Kaderbesluit bevat op dit punt geen uitdrukkelijke voorzieningen. In het woord “garantie” ligt evenwel al besloten dat de uitvaardigende lidstaat zich jegens de uitvoerende lidstaat heeft *verbonden* tot terugkeer in geval van veroordeling van de opgeëiste persoon tot een vrijheidsbenemende sanctie. De uitvoerende lidstaat kan daarop dus aanspraak maken.¹⁸⁶²

Dat de garantie de uitvaardigende lidstaat bindt, wil nog niet zeggen dat de opgeëiste persoon na een veroordeling in de uitvaardigende lidstaat tot een vrijheidsbenemende sanctie *automatisch* zal terugkeren naar de uitvoerende lidstaat om daar de hem opgelegde sanctie te ondergaan. Voor zover de betrokken lidstaten het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen als grondslag voor de terugkeer aanmerken, moet immers aan de voorwaarden van dat verdrag voldaan zijn.¹⁸⁶³ Dat betekent onder meer dat de gevonniste persoon moet vallen binnen de personele reikwijdte van dat verdrag (art. 3 lid 1 onder a en lid 4 VOGP), dat hij moet instemmen met zijn overbrenging naar de uitvoerende lidstaat (art. 3 lid 1 onder d VOGP) en dat de gedraging waarvoor hij in de uitvaardigende lidstaat is veroordeeld strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 3 lid 1 onder e VOGP). De betekenis van de garantie is dat de uitvaardigende lidstaat daardoor zijn voor overbrenging vereiste instemming (art. 3 lid 1 onder f VOGP) niet mag onthouden, voor zover althans aan de overige verdragsvoorwaarden is voldaan.¹⁸⁶⁴ Indien de garantie niet kan worden geëffectueerd, omdat niet aan alle verdragsvoorwaarden is voldaan, leidt zulks niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon: hij zal in dat geval de hem opgelegde vrijheidsstraf in de uitvaardigende lidstaat ondergaan.

IX.3.3 De Overleveringswet

IX.3.3.1 Nederlanders en vreemdelingen

De Overleveringswet bevat niet een definitie van het begrip “Nederlander” noch van het begrip “vreemdeling”. Het ligt in de rede om onder “Nederlander” in de eerste plaats te verstaan een ieder die de Nederlandse nationaliteit bezit. De Rijkswet op het

¹⁸⁶⁰ Zie Glerum & Rozemond 2009, p. 81. Voor België: Stessens 2004-2005, p. 572; Dewulf 2009, p. 179. Voor Duitsland: Hackner 2007, p. 200 en Schwalm 2005, p. 109.

¹⁸⁶¹ Glerum 2005, p. 51.

¹⁸⁶² Een aantal lidstaten heeft in de implementatiewetgeving opgenomen dat de gegeven garantie bindend is voor de nationale autoriteiten: bijvoorbeeld Nederland (art 45 lid 2 Olw; “iedere persoon of instantie die in Nederland is belast met een publieke taak”); Oostenrijk (§ 29(3) *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*; “die österreichischen Justizbehörden”).

¹⁸⁶³ Vgl. Von Bubnoff 2005, p. 75; Glerum 2005, p. 52; Schwalm 2005, p. 109-110.

¹⁸⁶⁴ Glerum 2005, p. 52.

Nederlanderschap regelt wie Nederlander is. In de tweede plaats zal men onder “Nederlander” moeten verstaan een ieder die op grond van een Nederlandse wettelijke bepaling als Nederlander wordt behandeld. Tot deze categorie behoren de Molukkers die - zonder over de Nederlandse nationaliteit te beschikken - op grond van de Wet betreffende de positie van Molukkers bij de toepassing van Nederlandse wetgeving als Nederlander worden behandeld. Onder “vreemdeling” zal dan moeten worden verstaan een ieder die niet de Nederlandse nationaliteit bezit of die niet op grond van een Nederlandse wettelijke bepaling als Nederlander wordt behandeld.

Voor de toepassing van de in de Overleveringswet opgenomen regeling inzake de overlevering van Nederlanders is niet van belang dat de betrokken Nederlander naast de Nederlandse ook over een andere nationaliteit beschikt: de Nederlandse nationaliteit geeft steeds de doorslag.¹⁸⁶⁵ Evenmin is van belang of de opgeëiste persoon het Nederlanderschap door naturalisatie heeft verkregen.¹⁸⁶⁶

Evenmin als het Kaderbesluit, regelt de Overleveringswet naar welk tijdstip de hoedanigheid van onderdaan moet worden beoordeeld. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat de opgeëiste persoon die hoedanigheid moet hebben ten tijde van de beslissing op het EAB.¹⁸⁶⁷ In het - theoretische -¹⁸⁶⁸ geval dat de opgeëiste persoon na die beslissing, maar vóór de feitelijke overlevering de Nederlandse nationaliteit verkrijgt of verliest, zal zijn executieoverlevering niet mogen plaatshebben en zal zijn vervolgingsoverlevering alsnog van een terugkeergarantie afhankelijk moeten worden gemaakt (verkrijging van de Nederlandse nationaliteit)¹⁸⁶⁹ respectievelijk zal zijn executieoverlevering alsnog moeten plaatsvinden¹⁸⁷⁰ en zal de Minister van Justitie in geval van vervolgingsoverlevering moeten

¹⁸⁶⁵ Glerum 2005, p. 49; Glerum & Rozemond 2008a, p. 204, noot 164; Sanders 2011, p. 186. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 23 juni 2006, *LJN* AY4332 (vervolgingsoverlevering met terugkeergarantie van een opgeëiste persoon met de Marokkaanse en de Nederlandse nationaliteit); Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA9847 (weigering van de executieoverlevering van een opgeëiste persoon die over de Nederlandse en de Poolse nationaliteit beschikt); Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490 (vervolgingsoverlevering met terugkeergarantie van een opgeëiste persoon met de Italiaanse en de Nederlandse nationaliteit).

¹⁸⁶⁶ Vgl. Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU2123. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 2388, p. 5012 (antwoord op de vragen van de kamerleden Teeven en Van Baalen): “Daarbij [bij de toepassing van art. 6 lid 2 Olw] maakt het geen verschil of de betrokken persoon het Nederlanderschap door middel van naturalisatie heeft verworven”.

¹⁸⁶⁷ Glerum 2005, p. 49; Sanders 2011, p. 186. Zie ook Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6281: “De toetsing in het kader van de Overleveringswet is ex nunc”.

¹⁸⁶⁸ Theoretisch, omdat de uitvoerende justitiële autoriteit de aanstaande verkrijging en het aanstaande verlies van de Nederlandse nationaliteit veelal zal zien aankomen. Vgl. Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1490: geen aanhouding van de behandeling van het EAB in afwachting van de beslissing op een ingediend naturalisatieverzoek, “temeer niet nu de officier van justitie ter zitting heeft meegedeeld dat een door de opgeëiste persoon ingediende asielaanvraag op 27 februari 2007 is afgewezen”; Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6281: verzoek om aanhouding van de behandeling tot eind mei 2010 in verband met een mogelijk naturalisatieverzoek afgewezen, “reeds omdat - mede in het licht van de informatie van de IND dat de opgeëiste persoon niet voor mei 2011 in aanmerking komt voor naturalisatie - niet is onderbouwd dat de opgeëiste persoon eind mei 2010 daadwerkelijk Nederlander zal zijn, een en ander nog daargelaten of deze reden een aanhouding in een overleveringsprocedure kan dragen”.

¹⁸⁶⁹ De officier van justitie te Amsterdam, die belast is met de feitelijke overlevering, zal daarvoor moeten zorgdragen. De opgeëiste persoon kan trachten zulks via een kort geding tegen de Staat der Nederlanden af te dwingen.

¹⁸⁷⁰ In een dergelijk geval ligt het in de rede dat de officier van justitie de uitvaardigende justitiële autoriteit verzoekt een nieuw EAB uit te vaardigen.

bezien of hij aanspraak maakt op naleving van de afgegeven terugkeergarantie (verlies van de Nederlandse nationaliteit).

IX.3.3.2 Executieoverlevering van Nederlanders

IX.3.3.2.1 Inleiding

Nederland heeft bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit de beide onderdelen van die bepaling - de mogelijkheid van weigering van de executieoverlevering van onderdanen en de verbintenis tot tenuitvoerlegging van de aan hen opgelegde vrijheidsstraf in geval van weigering - van elkaar losgekoppeld, heeft de mogelijkheid van weigering omgezet in een verplichting en heeft de verbintenis tot tenuitvoerlegging afgezwakt tot een bereidheid tot tenuitvoerlegging. Een en ander is neergelegd in art. 6 leden 2, 3 en 4 OLW.¹⁸⁷¹

Art. 6 lid 2 OLW sluit de overlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een bij onherroepelijk vonnis aan een Nederlander opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel uit. Is het vonnis nog niet onherroepelijk - bepalend daarvoor is het recht van de uitvaardigende lidstaat -, dan is sprake van een vervolgingsoverlevering en mist art. 6 lid 2 OLW toepassing.¹⁸⁷²

Indien de uitvoerende justitiële autoriteit de executieoverlevering van een Nederlander uitsluitend op grond van art. 6 lid 2 OLW heeft geweigerd, moet de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam de uitvaardigende justitiële autoriteit in kennis stellen van de Nederlandse bereidheid om de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf over te nemen op basis van een verdrag dat in de exequatuurprocedure voorziet (art. 6 lid 3). Van een weigering uitsluitend op grond van lid 2 en van het aanbod ex lid 3 moet die officier van justitie de Minister van Justitie op de hoogte brengen (art. 6 lid 4).

In paragraaf 3.3.2.2 zal ik de verplichting tot weigering van de executieoverlevering van een Nederlander bespreken. In de daaropvolgende subparagraaf zal ik de bereidheid tot overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf nader bekijken. In paragraaf 3.3.2.4 ten slotte, zal de omzetting naar Nederlandse maatstaven van die straf - de exequatuurprocedure - aan de orde komen.

IX.3.3.2.2 Verplichte weigering

Art. 6 lid 2 OLW bevat een dwingende weigeringsgrond. Zoals ik in Hoofdstuk III.2.3.2.5 heb betoogd, is de imperatieve implementatie van een facultatieve weigeringsgrond op zichzelf niet in strijd met het Kaderbesluit. De imperatieve implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit is echter wel problematisch vanuit het oogpunt van de doelstelling van die bepaling: het verhogen van de kansen van sociale re-integratie van de opgeëiste persoon. Hoewel het Hof van Justitie aanneemt dat de re-integratie van een onderdaan van de uitvoerende lidstaat gegarandeerd is,¹⁸⁷³ valt op deze aanname het nodige af te dingen. Indien de onderdaan van Nederland tevens over de nationaliteit van een andere (lid)staat

¹⁸⁷¹ Opmerkelijk is dat volgens Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667 Nederland de facultatieve weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit niet heeft overgenomen. Zulks is dus onjuist. Hoewel ik hierna nog zal betogen dat de Nederlandse implementatie niet correct is, is wel degelijk sprake van implementatie.

¹⁸⁷² Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 7 mei 2009, *LJN* BK4901 en BK4980.

¹⁸⁷³ HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 70. Ook Böhm 2008, p. 3184, neemt aan dat de re-integratie van onderdanen "im Inland stets besser gelingen wird als im Ausland".

beschikt, rijst immers de vraag of deze Nederlander wel voldoende feitelijke banden heeft met Nederland om de tenuitvoerlegging van de aan hem opgelegde vrijheidsstraf in Nederland te rechtvaardigen. Hetzelfde geldt voor een Nederlander die zijn vaste woonplaats buiten Nederland heeft, bijvoorbeeld in de uitvaardigende lidstaat.¹⁸⁷⁴ Vanuit het oogpunt van sociale re-integratie - én van de kosten die met tenuitvoerlegging in Nederland gemoeid zijn - lijkt het daarom raadzaam om uit te gaan van een *weerlegbaar* vermoeden dat de re-integratie van een Nederlander gebaat zal zijn met tenuitvoerlegging in Nederland.¹⁸⁷⁵ Zulks vergt een opzet van de regeling waarin de uitvoerende justitiële autoriteit de mogelijkheid heeft om af te zien van weigering van de executieoverlevering van een Nederlander, indien bij de behandeling van het EAB blijkt dat de banden van de Nederlander met Nederland onvoldoende zijn om de tenuitvoerlegging van de aan hem in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf in Nederland te rechtvaardigen.

IX.3.3.2.3 Bereidheid tot tenuitvoerlegging

Bij de implementatie van het Kaderbesluit heeft Nederland geen uitzondering gemaakt op art. 2 WOTS, dat bepaalt dat de tenuitvoerlegging in Nederland van buitenlandse - bij vonnis of arrest naar aanleiding van een strafbaar feit geweest -¹⁸⁷⁶ rechterlijke beslissingen niet geschiedt dan krachtens verdrag. Voor de tenuitvoerlegging in Nederland van een aan een Nederlander bij onherroepelijk vonnis opgelegde vrijheidsstraf (art. 6 lid 2 Olw) is dus een verdragbasis nodig.

In paragraaf 3.2.1.3 heb ik betoogd dat toepassing van de Europese executieverdragen op zichzelf niet tot met het Kaderbesluit strijdige resultaten hoeft te leiden. Maakt een lidstaat het aangaan van een verbintenis tot tenuitvoerlegging in de zin van art. 4 onder 6 Kaderbesluit afhankelijk van een basis in een executieverdrag, dan moet hij bij het ontbreken van een dergelijke basis concluderen dat hij die verbintenis niet kan aangaan en dat zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit dus de executieoverlevering niet mag weigeren uitsluitend vanwege het onderdaanschap van de opgeëiste persoon. Zo bezien kan toepassing van een executieverdrag niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon leiden.

De Nederlandse wetgever heeft echter de weigering van de overlevering losgekoppeld van de verbintenis tot tenuitvoerlegging. Indien het EAB strekt tot tenuitvoerlegging van een onherroepelijk aan een Nederlander opgelegde vrijheidsstraf, moet de uitvoerende justitiële autoriteit zijn overlevering weigeren, *ongeacht of Nederland zich al dan niet tot tenuitvoerlegging in Nederland kan verbinden*. Anders gezegd: het ontbreken van een Nederlandse verbintenis tot tenuitvoerlegging betekent niet dat weigering van de overlevering achterwege blijft. De verdragseis brengt mee dat twee omstandigheden aan een verbintenis tot overname van de tenuitvoerlegging in de weg kunnen staan: (1) tussen Nederland en de uitvaardigende lidstaat is niet een verdrag van kracht dat in de overname

¹⁸⁷⁴ Glerum & Rozemond 2008b, p. 835; in vergelijkbare zin Janssens 2010a, p. 174; Janssens 2010b, p. 844; Tinkl 2010, p. 323, noot 27. In WOTS-zaken waaraan geen terugkeergarantie vooraf is gegaan, is het beleid van de Minister van Justitie dan ook niet gericht op de overname van de tenuitvoerlegging in gevallen waarin de Nederlander geen feitelijke band met Nederland (meer) heeft: Sanders & Sjöcrona 2008, p. 337; *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 VI, nr. 30, p. 4 (*Beleidskader inzake de overdracht van buitenlandse strafvonnissen aan Nederland*).

¹⁸⁷⁵ In vergelijkbare zin de punten 123-125 van de conclusie van de A-G Bot in zaak C-123/08 (Wolzenburg).

¹⁸⁷⁶ Art. 1 lid 1 WOTS. Daaruit volgt dat een EAB niet kwalificeert als een rechterlijke beslissing in de zin van art. 2 WOTS.

van de tenuitvoerlegging van het vonnis voorziet en (2) een dergelijk verdrag is wel van kracht, maar aan de voorwaarden die dat verdrag voor overname stelt, is niet voldaan.

Alle lidstaten van de Europese Unie zijn partij bij het *Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen*, maar dit verdrag is niet van toepassing op de in art. 6 lid 2 OLW bedoelde situatie. Het verdrag voorziet alleen in de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen “ten aanzien van veroordeelden die daartoe door de staat van veroordeling worden overgebracht naar het grondgebied van de staat van tenuitvoerlegging”.¹⁸⁷⁷ In geval van weigering van de overlevering op grond van art. 6 lid 2 OLW bevindt de veroordeelde Nederlander zich immers niet meer op het grondgebied van de staat van veroordeling, maar op het grondgebied van de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging, zodat van een overbrenging geen sprake meer kan zijn. Het *Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen* is daarentegen ook van toepassing, indien de veroordeelde zich al op het grondgebied van de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging bevindt, maar dit verdrag is voor een groot aantal lidstaten niet van kracht.¹⁸⁷⁸ Het *Verdrag tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen* is - voor wat betreft de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen - van toepassing, indien de veroordeelde zich op het grondgebied van de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging bevindt (art. 3 EGTUL). Dit verdrag is echter nooit in werking getreden. Slechts drie lidstaten¹⁸⁷⁹ passen het verdrag toe.¹⁸⁸⁰ Ten slotte zijn nog twee verdragen van belang die het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen aanvullen: de *Schengen Uitvoeringsovereenkomst* en het *Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen*. Beide verdragen zijn van toepassing, indien de veroordeelde zich al in de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging bevindt, *mits* aan een bijkomende voorwaarde is voldaan. De veroordeelde moet zich namelijk hebben onttrokken aan de (verdere) tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf door te vluchten naar de staat waarvan hij onderdaan is,¹⁸⁸¹ dat wil zeggen de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging (art. 68 lid 1 SUO; art. 2 lid 1 Aanvullend Protocol VOGP). De Schengen Uitvoeringsovereenkomst maakt deel uit het van Schengenacquis, dat onderdeel vormt van het Unierecht.¹⁸⁸² Art. 68 SUO geldt uit dien hoofde niet alleen voor de lidstaten die partij zijn bij de overeenkomst, maar ook voor alle andere lidstaten, zij het dat sommige lidstaten een uitzonderingspositie innemen.¹⁸⁸³ Het Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen is niet van kracht voor alle lidstaten.¹⁸⁸⁴

¹⁸⁷⁷ HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 468; HR 6 mei 2003, *LJN* AF5421; HR 6 februari 2007, *LJN* AZ4730; HR 20 februari 2007, *LJN* AZ5718.

¹⁸⁷⁸ Stand per 13 oktober 2012: (niet ondertekend) Finland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Malta, Polen, Tsjechië, Slowakije en het Verenigd Koninkrijk; (wel ondertekend, maar niet geratificeerd) Duitsland, Griekenland, Italië, Luxemburg, Portugal, Slovenië.

¹⁸⁷⁹ Duitsland, Letland en Nederland. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de Overleveringswet heeft geleid, meldt ten onrechte dat Spanje het verdrag zou toepassen: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 3, p. 12.

¹⁸⁸⁰ Op grond van art. 21 lid 3 van dat verdrag.

¹⁸⁸¹ De bepalingen zijn ook van toepassing, indien de gevonniste persoon pa na de ontvluchting onderdaan - in de zin van art. 3 lid 4 VOGP - van de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging is geworden: HR 17 april 2012, *LJN* BV8291 (ten aanzien van art. 2 lid 1 Aanvullend Protocol VOGP).

¹⁸⁸² Protocol tot opnemning van het Schengen-acquis in het kader van de Europese Unie, *PbEG* 1997, C 340.

¹⁸⁸³ Art. 68 SUO geldt nog niet voor Ierland. Zie het overzicht bij bij Ford-Claasen 2011, p. 571-572.

¹⁸⁸⁴ Stand per 13 oktober 2012: (niet ondertekend) Slowakije en Spanje; (wel ondertekend, maar niet geratificeerd) Italië, Portugal en Slovenië. Voor deze lidstaten geldt echter wel art. 68 SUO, dat model heeft gestaan voor art. 2 lid 1 Aanvullend Protocol VOGP.

Voor zover tussen Nederland en de uitvaardigende lidstaat al een verdrag van kracht is dat voorziet in overname van de tenuitvoerlegging in het in art. 6 lid 2 OLW bedoelde geval, moet voor een daadwerkelijke overname van de tenuitvoerlegging aan de voorwaarden van dat verdrag zijn voldaan. Al de genoemde verdragen stellen de eis dat de gedraging waarvoor de betrokken persoon is veroordeeld een strafbaar feit oplevert naar het recht van de staat van tenuitvoerlegging (art. 4 lid 1 EVIG; art. 5 onder b EGTUL; art. 69 SUO jo. art. 3 lid 1 onder e VOGP; art. 1 lid 2 Aanvullend Protocol VOGP jo. art. 3 lid 1 onder e VOGP). In geval van lijstfeiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn begaan,¹⁸⁸⁵ kan het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht dus in de weg staan aan overname van de tenuitvoerlegging.

De mogelijkheden tot overname van de tenuitvoerlegging door Nederland vertonen dus lacunes. Uit het voorgaande volgt dat de bereidheid tot overname van de tenuitvoerlegging op grond van een toepasselijk executieverdrag als bedoeld in art. 6 lid 3 OLW niet zonder meer hetzelfde is als een verbintenis tot tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit. Weigering van de overlevering op grond van art. 6 lid 2 OLW in een geval waarin Nederland de tenuitvoerlegging niet kan overnemen - en zich dus niet tot tenuitvoerlegging kan verbinden - vanwege het ontbreken van een verdrag of vanwege de omstandigheid dat niet aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag is voldaan, levert strijd met art. 4 onder 6 Kaderbesluit op.¹⁸⁸⁶

Opmerkelijk is dat de Commissie op zichzelf geen problemen lijkt te hebben met de ontkoppeling van de weigering van de overlevering en de verbintenis tot tenuitvoerlegging. Haar - herhaalde - kritiek richt zich onder meer op de omstandigheid dat Nederland de tenuitvoerlegging in Nederland afhankelijk heeft gemaakt van de dubbele strafbaarheid,¹⁸⁸⁷ hetgeen volgens de Commissie in strijd is met art. 4 onder 6 Kaderbesluit.¹⁸⁸⁸ Nederland heeft zich tegen deze kritiek verweerd door op te merken dat het Kaderbesluit niet de dubbele strafbaarheid zelf, maar alleen de toetsing daarvan heeft afgeschaft. Het ontbreken

¹⁸⁸⁵ Indien het lijstfeit geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied of geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan (en Nederland in een vergelijkbaar geval geen rechtsmacht kan uitoefenen), is de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 Olw van toepassing. Zie Hoofdstuk VII.3.3.2.3 en paragraaf 3.2.1.3.

¹⁸⁸⁶ Dat de regeling van art. 6 leden 2 en 3 Olw in de praktijk tot problemen met andere lidstaten kan leiden, blijkt uit de zaak van de Nederlandse Els Leemans, die in België wegens moord op haar echtgenoot onherroepelijk was veroordeeld tot opsluiting voor de duur van 25 jaren. Haar executieoverlevering werd geweigerd op grond van art. 6 lid 2 Olw. Vervolgens stelde Nederland zich op het standpunt dat Nederland bij gebreke van een verdragsbasis de Belgische straf niet in Nederland ten uitvoer kon leggen. België had namelijk toentertijd het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen nog niet geratificeerd. Zie *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten: Verslag over België*, Raadsdocument 16454/1/07 REV 1, p. 19-20. Uiteindelijk nam Nederland de tenuitvoerlegging van haar straf toch over en wel op grond van de art. 68 lid 1 SUO en 2 lid 1 Aanvullend Protocol VOGP: Rb. Breda 1 oktober 2007, L/JN BB4548. Zie Dewulf 2009, p. 179.

¹⁸⁸⁷ En op de omstandigheid dat Nederland de buitenlandse straf in de exequaturprocedure omzet (zie paragraaf 3.3.2.4).

¹⁸⁸⁸ Zie *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2005)267, p. 11; *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (revised version)*, SEC(2006)79, p. 12; *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 13.

van dubbele strafbaarheid ter zake van een lijstfeit zou “rather theoretical” zijn. De weigering om aan Nederlanders opgelegde vrijheidsstraffen in Nederland ten uitvoer te leggen wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid zou *de facto* dan ook alleen andere feiten dan lijstfeiten betreffen, waarvoor Nederland op grond van art. 2 lid 4 Kaderbesluit toch al de dubbele strafbaarheid mag eisen.¹⁸⁸⁹ De strafbaarheid naar Nederlands recht van de lijstfeiten mag dan wel veelal aanwezig zijn, het is niet uitgesloten dat deze in een concreet geval toch ontbreekt,¹⁸⁹⁰ zoals ook de Minister van Justitie heeft erkend.¹⁸⁹¹ Bovendien is de stelling dat weigering van de tenuitvoerlegging vanwege het ontbreken van dubbele strafbaarheid alleen betrekking zou hebben op andere feiten dan lijstfeiten onjuist. In dergelijke gevallen is immers geen sprake van weigering van de overlevering *uitsluitend* op grond van art. 6 lid 2 Olw, maar van weigering *mede* op grond van art. 7 lid 1 Olw.

Ook het team van buitenlandse deskundigen dat de Nederlandse overleveringspraktijk heeft geëvalueerd, heeft kritiek geuit op de regeling van art. 6 leden 2 en 3 Olw. Deze regeling zou in strijd met de geest van het Kaderbesluit zijn.¹⁸⁹² De deskundigen hebben dan ook aanbevolen om de implementatiewetgeving zodanig aan te passen “dat in Nederland vonnissen tegen Nederlandse onderdanen gemakkelijker kunnen worden uitgevoerd, overeenkomstig de letter (“zich ertoe verbindt zelf ten uitvoer te leggen”) en de geest van het kaderbesluit”.¹⁸⁹³ De Minister van Justitie heeft meegedeeld dat hij deze aanbeveling zal betrekken bij de implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties (zie daarover paragraaf 3.5).¹⁸⁹⁴

Het buiten toepassing laten van het nationale voorschrift dat in strijd is met het Kaderbesluit - waartoe de rechtspraak van het Hof van Justitie de nationale rechter niet verplicht (zie Hoofdstuk III.3.3.1) - biedt geen soelaas. Het buiten toepassing laten van art. 6 lid 2 OLW is onwenselijk met het oog op het belang van Nederlanders bij tenuitvoerlegging van de aan hen opgelegde buitenlandse vrijheidssancties in Nederland. Het middel is dan erger dan de kwaal. Het niet toepassen van art. 6 lid 3 OLW en art. 2 WOTS heft de strijd met art. 4 onder 6 Kaderbesluit niet op, omdat daardoor nog geen verbintenis tot tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf tot stand komt.

De “ondubbelzinnige bewoordingen”¹⁸⁹⁵ van art. 6 leden 2 en 3 OLW én de samenhang met art. 2 WOTS lijken geen ruimte te bieden voor een kaderbesluitconforme uitleg, in die zin dat weigering van de executieoverlevering van een Nederlander niet mogelijk is, voor zover een verdragsbasis voor overname van de tenuitvoerlegging ontbreekt of aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag niet is voldaan. Een dergelijke uitleg zou een

¹⁸⁸⁹ *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Council document 11528/05, 2 September 2005, p. 74.

¹⁸⁹⁰ Zie Rb. Amsterdam 22 maart 2006, LJN AX9288: vervolgingsoverlevering van een Nederlander geweigerd ter zake van het lijstfeit “deelname aan een criminele organisatie”, nu in de beschrijving van dit feit een bestanddeel van art. 140 Sr ontbreekt.

¹⁸⁹¹ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken I 2010/11*, 32 188, E, p. 2.

¹⁸⁹² *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*: Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1, p. 46.

¹⁸⁹³ *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*: Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1, p. 53.

¹⁸⁹⁴ *Kamerstukken II 2008/09*, 23 490, nr. 545, p. 4.

¹⁸⁹⁵ Vgl. HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

uitleg *contra legem* opleveren, een uitleg waarvoor de verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie geen grondslag biedt.¹⁸⁹⁶

In die gevallen waarin een verdragsbasis voor overname van de tenuitvoerlegging ontbreekt of waarin niet is voldaan aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag, zou Nederland de Nederlander kunnen vervolgen ter zake van het feit waarvoor zij overlevering is geweigerd.¹⁸⁹⁷ Een dergelijke strafvervolgning is evenwel niet economisch, is omslachtig en roept het risico van conflicterende vonnissen in het leven (bijvoorbeeld een Nederlandse vrijspraak). Strafvervolgning in Nederland is dus niet een volwaardig alternatief voor de verbintenis tot tenuitvoerlegging waarvan art. 4 onder 6 Kaderbesluit spreekt. De mogelijkheid van een strafvervolgning in Nederland ontbreekt bovendien, indien de weigering van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf is gelegen in de omstandigheid dat de dubbele strafbaarheid ontbreekt. In een dergelijk geval blijft de Nederlander wiens executieoverlevering is geweigerd daadwerkelijk straffeloos.¹⁸⁹⁸

IX.3.3.2.4 Omzetting van de vrijheidsstraf

In geval van weigering van de overlevering uitsluitend op grond van lid 2 van art. 6 Olw, is Nederland bereid tot overname van de tenuitvoerlegging “overeenkomstig de procedure voorzien in artikel 11 van het op 21 maart 1983 te Straatsburg tot stand gekomen Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen (Trb. 1983, 74), of op basis van een ander toepasselijk verdrag” (art. 6 lid 3 Olw). Art. 11 VOGP regelt de procedure tot omzetting van de buitenlandse veroordeling in een beslissing van de staat van tenuitvoerlegging en tot vervanging van de buitenlandse sanctie door een sanctie die het recht van de staat van tenuitvoerlegging op het feit stelt, kort gezegd de exequaturprocedure (zie paragraaf 2.3.3). Art. 6 lid 3 OLW beoogt dus duidelijk te maken dat de buitenlandse vrijheidsstraf in Nederland alleen ten uitvoer zal worden gelegd overeenkomstig de exequaturprocedure, zoals opgenomen in art. 11 VOGP of in enig ander verdrag dat tussen Nederland en de uitvaardigende lidstaat van toepassing is.

¹⁸⁹⁶ Vgl. Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1772 (met betrekking tot de executieoverlevering van de in art. 6 lid 5 Olw bedoelde vreemdelingen). Zie voor kritiek Klip 2010, p. 556-557, die, onder verwijzing naar de r.o. 43 en 45-46 van *Pupino*, opmerkt dat het oordeel van de rechtbank berust op een verkeerde lezing van dat arrest. Nu art. 4 onder 6 Kaderbesluit niet de strafrechtelijke positie van de opgeëiste persoon bepaalt, nu art. 6 lid 5 Olw strijdt met het Kaderbesluit en nu deze bepaling ongunstiger is voor de opgeëiste persoon, had zij volgens Klip buiten toepassing moeten worden gelaten. Klip lijkt aldus te veronderstellen dat 's Hofs oordeel inzake uitleg *contra legem* alleen van belang is, indien de bepaling uit het kaderbesluit de strafrechtelijke positie van de betrokkene bepaalt of verzwart. Dit lijkt mij onjuist. Ongeacht of de bepaling uit het kaderbesluit strafrechtelijke aansprakelijkheid bepaalt of verzwart, dwingt het Unierecht niet tot een kaderbesluitconforme uitleg *contra legem*. Vgl. HvJ EG 15 april 2008, zaak C-268/06 (Impact), r.o. 100-103, waarin het Hof overweegt dat de nationale rechter moet nagaan of zijn recht een duidelijke en ondubbelzinnige aanwijzing bevat die aan een nationale *arbeidsrechtelijke* bepaling terugwerkende kracht kan verlenen. “Bij gebreke van een dergelijke bepaling kan het gemeenschapsrecht, met name het vereiste van conforme uitlegging, niet aldus worden uitgelegd dat het de verwijzende rechter dwingt aan Section 6 van de wet van 2003 terugwerkende kracht te verlenen tot de datum van het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 1999/70. *Anders zou hij het nationale recht contra legem moeten uitleggen*” (mijn cursivering).

¹⁸⁹⁷ Glerum & Rozemond 2009, p. 83.

¹⁸⁹⁸ Deze Nederlander zal hoogstwaarschijnlijk geen buitenlandse reizen meer maken, om te voorkomen dat een andere (lid)staat hem uit- of overlevert ter tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf, maar deze - zelf opgelegde - beperking van zijn bewegingsvrijheid kan naar mijn mening niet als (afdoende) “straf” gelden.

De in art. 6 lid 3 OLW bedoelde verdragen zijn het Verdrag inzake de overbrenging van gevangene personen, het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen, het Verdrag tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen, de Schengen Uitvoeringsovereenkomst en het Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de overbrenging van gevangene personen.¹⁸⁹⁹ De verwijzing naar art. 11 VOGP wekt op het eerste gezicht verbazing, omdat dit verdrag niet van toepassing is, indien de gevangene persoon zich al op het grondgebied van de (beoogde) staat van tenuitvoerlegging bevindt, zoals in paragraaf 3.3.2.3 is gebleken. Het Verdrag inzake de overbrenging van gevangene personen fungeert als “moederverdrag” ten opzichte van het Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de overbrenging van gevangene personen en ten opzichte van het deel van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst dat betrekking heeft op de overdracht van de tenuitvoerlegging van strafvonnissen. In samenhang met deze twee verdragen heeft de verwijzing naar art. 11 VOGP dus wel zin. De genoemde verdragen stellen het volgen van de executieprocedure verplicht (art. 44 EVIG) of bieden de staat van tenuitvoerlegging de keuze tussen voortgezette tenuitvoerlegging en de executieprocedure (art. 8 lid 1 EGTUL; art. 69 SUO jo. art. 9 lid 1 VOGP; art. 1 lid 1 Aanvullend Protocol VOGP jo. art. 9 lid 1 VOGP).

Op de kritiek van de Commissie dat de executieprocedure niet is opgenomen in het Kaderbesluit,¹⁹⁰⁰ heeft Nederland gereageerd met de opmerking dat, nu het Kaderbesluit geen regels bevat met betrekking tot de overname van de tenuitvoerlegging van een veroordeling, de Commissie niet kan staande houden dat Nederland de executieprocedure niet mag toepassen.¹⁹⁰¹ In paragraaf 3.2.1.3 heb ik uiteengezet waarom ik het met deze opvatting eens ben. Bij gelegenheid van de evaluatie van de Nederlandse overleveringspraktijk heeft een team van buitenlandse deskundigen geconcludeerd dat de Nederlandse praktijk strijdig is met de geest van het Kaderbesluit en heeft aanbevolen de implementatiewetgeving op dit punt aan te passen,¹⁹⁰² een aanbeveling die de Minister van Justitie, zoals in paragraaf 3.3.2.3 is besproken, zal betrekken bij de implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.¹⁹⁰³

¹⁸⁹⁹ De Memorie van Toelichting noemt, naast het Verdrag inzake de overbrenging van gevangene personen, alleen de Schengen Uitvoeringsovereenkomst en het Verdrag tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen: *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 12.

¹⁹⁰⁰ Zie *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2005)63 def., p. 5; *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*, COM(2006)8 def., p. 5; *Verslag van de Commissie over de uitvoering, sinds 2005, van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2007)407 def., p. 9.

¹⁹⁰¹ *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Council document 11528/05, 2 September 2005, p. 74.

¹⁹⁰² *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*: *Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1, p. 46 en p. 53. Men wees erop dat de executieprocedure kan leiden tot een aanzienlijke vermindering van de straf. Vgl. Rb. Breda 1 oktober 2007, LJN BB4548: Belgische veroordeling tot 25 jaren opsluiting wegens (mede)plegen van moord omgezet in een gevangenisstraf voor de duur van twaalf jaren en zes maanden.

¹⁹⁰³ *Kamerstukken II 2008/09*, 23 490, nr. 545, p. 4.

Opmerkelijk in dit verband is dat de Minister van Justitie met ingang van 1 oktober 2011 zijn WOTS-beleid heeft gewijzigd in die zin dat hij in de verhouding met *andere lidstaten van de EU - in niet EAB gerelateerde zaken* - de procedure van voortgezette tenuitvoerlegging tot hoofdprocedure heeft gemaakt.¹⁹⁰⁴ Redenen daarvoor zijn dat de meerderheid van de lidstaten alleen bereid is om veroordeelden naar Nederland over te brengen, indien Nederland deze procedure toepast, en dat het beginsel van wederzijdse erkenning steeds meer op de voorgrond is komen te staan, zoals blijkt uit een aantal kaderbesluiten, waaronder het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties, dat niet voorziet in de executurprocedure.

IX.3.3.3 Vervolgingsoverlevering van Nederlanders

IX.3.3.3.1 Inleiding

Ingevolge art. 6 lid 1 OLW kan de overlevering van een Nederlander worden toegestaan “voor zover deze is gevraagd ten behoeve van een tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek en naar het oordeel van de uitvoerende justitiële autoriteit is gewaarborgd dat, zo hij ter zake van de feiten waarvoor de overlevering kan worden toegestaan in de uitvaardigende lidstaat tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt veroordeeld, hij deze straf in Nederland zal mogen ondergaan”. Van elke overlevering onder de in lid 1 bedoelde garantie moet de officier van justitie de Minister van Justitie in kennis stellen (art. 6 lid 4 OLW). Art. 6 leden 1 en 4 OLW vormt ten aanzien van onderdanen van Nederland de implementatie van art. 5 onder 3 Kaderbesluit.

In paragraaf 3.3.3.2 zal ik het verplichtende karakter van deze bepaling bespreken. In de daarop volgende paragraaf zal ik de terugkeergarantie nader bekijken.

IX.3.3.3.2 Verplichte terugkeergarantie

Gelet op de formulering van art. 6 lid 1 OLW (“De overlevering van een Nederlander *kan* worden toegestaan (...)”),¹⁹⁰⁵ zou men kunnen menen dat de Nederlandse wetgever art. 5 onder 3 Kaderbesluit facultatief heeft geïmplementeerd, in die zin dat de uitvoerende justitiële autoriteit de vervolgingsoverlevering *mag* toestaan, voor zover de bedoelde garantie voorhanden is. Dat zou betekenen dat de uitvoerende justitiële autoriteit de vervolgingsoverlevering van de Nederlander ook zou mogen weigeren, ook al zou de in art. 6 lid 1 OLW bedoelde garantie zijn afgegeven en ook al zou zich geen andere grond tot weigering voordoen. Een dergelijke bedoeling blijkt evenwel niet uit de wetsgeschiedenis en strookt bovendien niet met het systeem van art. 28 OLW. Ingevolge art. 28 lid 2 OLW moet de Rechtbank Amsterdam de overlevering - onder meer - weigeren, indien “de overlevering niet kan worden toegestaan”. In andere dan de in art. 28 lid 2 OLW bedoelde gevallen *moet* de Rechtbank Amsterdam de overlevering toestaan. Art. 6 lid 1 OLW dient dus zo te worden gelezen, dat de overlevering van een Nederlander ter fine van strafvervolging alleen wordt toegestaan, voor zover naar het oordeel van de uitvoerende justitiële autoriteit - kort gezegd - een afdoende terugkeergarantie is afgegeven (en voor zover zich geen andere grond tot weigering van de overlevering voordoet).

Betreft het EAB een Nederlander en strekt het tot strafvervolging, dan moet de uitvoerende justitiële autoriteit dus de overlevering afhankelijk maken van de in art. 6 lid 1 OLW bedoelde garantie. In Hoofdstuk III.2.3.2.5 heb ik uiteengezet dat een dergelijke

¹⁹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VI, nr. 113, p. 3.

¹⁹⁰⁵ Mijn cursivering.

dwingende implementatie is toegestaan. Tegen de verplichte terugkeergarantie voor Nederlanders kunnen echter dezelfde bezwaren worden ingebracht als tegen de verplichte weigering van de executieoverlevering van Nederlanders (zie paragraaf 3.3.2.2). Hoewel het Hof van Justitie daar anders over denkt,¹⁹⁰⁶ betekent de enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon de Nederlandse nationaliteit heeft naar mijn mening nog niet dat zijn terugkeer naar Nederland om hier de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf te ondergaan in het belang is van zijn sociale re-integratie. Uit het oogpunt van sociale re-integratie - en gezien de met de terugkeer naar en de tenuitvoerlegging in Nederland gemoeide kosten -, lijkt het raadzaam de uitvoerende justitiële autoriteit de mogelijkheid te geven om af te zien van het vragen van een terugkeergarantie, indien naar haar oordeel de banden met Nederland onvoldoende zijn om de terugkeer naar en de tenuitvoerlegging in Nederland te rechtvaardigen.

Het is de Rechtbank Amsterdam die als uitvoerende justitiële autoriteit beoordeelt of de in art. 6 lid 1 OLW bedoelde garantie vereist is en of een gegeven garantie aan de eisen van die bepaling voldoet. Op grond van art. 23 lid 1 OLW kan de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam de overlevering weigeren, indien hij “reeds aanstonds van mening is dat de overlevering niet kan worden toegestaan op grond van het voorliggende [EAB]”. In dat geval maakt hij het EAB niet aanhangig bij de Rechtbank Amsterdam. Van deze bevoegdheid kan de officier van justitie gebruik maken, wanneer de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat weigert de in art. 6 lid 1 OLW bedoelde garantie af te geven.¹⁹⁰⁷

IX.3.3.3.3 Terugkeergarantie nader bekeken

Welke autoriteit geeft de garantie af?

Evenals art. 5 onder 3 Kaderbesluit, duidt art. 6 lid 1 OLW niet de autoriteit van de uitvaardigende lidstaat aan die de garantie zou moeten afgeven. Art. 28 lid 5 OLW verplicht echter tot vermelding in de overleveringsuitspraak van de “letterlijke tekst van de door de uitvaardigende justitiële autoriteit afgegeven garanties, bedoeld in art. 6, eerste lid (...)”. De wetgever lijkt dus aan te nemen dat de autoriteit die het EAB heeft uitgevaardigd naar het recht van haar lidstaat ook bevoegd zal zijn tot afgifte van de garantie als bedoeld in art. 6 lid 1 Olw. Tenzij men onder het begrip “afgegeven” ook de feitelijke verstrekking van de garantie verstaat, is art. 28 lid 5 OLW problematisch. Het is immers niet aan de Nederlandse wetgever om aan andere lidstaten voor te schrijven welke van hun autoriteiten tot afgifte van de garantie bevoegd is.¹⁹⁰⁸ In paragraaf 3.2.2.3 is gebleken, dat in een aantal lidstaten een andere autoriteit dan de uitvaardigende justitiële autoriteit bevoegd

¹⁹⁰⁶ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 70.

¹⁹⁰⁷ Het *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*: Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1, p. 29, meldt dat de officier van justitie in 2006 driemaal de overlevering heeft geweigerd, omdat de uitvaardigende autoriteit de garantie niet bood. Volgens Kurtovic & Langbroek 2010, p. 841, geeft Spanje de terugkeergarantie niet. Hoewel zich op dit punt inderdaad wel eens problemen hebben voorgedaan (Rb. Amsterdam 27 juli 2005, L/JN AU0326; Rb. Amsterdam 6 juli 2007, L/JN BB2690; Rb. Amsterdam 1 augustus 2008, L/JN BF1897), lijkt deze opmerking in het algemeen toch onjuist (Rb. 22 april 2005, L/JN AT5243; Rb. Amsterdam 1 juli 2005, L/JN AT8580; Rb. Amsterdam 6 maart 2007, L/JN BA0993; Rb. Amsterdam 4 maart 2009, L/JN BH6183).

¹⁹⁰⁸ Glerum 2005, p. 51; Glerum 2011, (T&C Isr), art. 6 Overleveringswet, aant. 2c.

is ter zake van de garantie.¹⁹⁰⁹ De Rechtbank Amsterdam heeft geen bezwaar tegen de afgifte van de garantie door een andere, naar het recht van de uitvaardigende lidstaat bevoegde autoriteit, mits deze garantie voldoet aan de eisen¹⁹¹⁰ van art. 6 lid 1 Olw.¹⁹¹¹ Gelet op het beginsel van wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen waarop het systeem van het EAB berust, moet de uitvoerende justitiële autoriteit - in beginsel - aannemen dat de garantie die haar via de uitvaardigende justitiële autoriteit heeft bereikt, is afgegeven door een daartoe bevoegde autoriteit.¹⁹¹²

Verdragsbasis voor terugkeer

Anders dan art. 6 lid 3 Olw, vereist art. 6 lid 1 OLW niet uitdrukkelijk een verdragsbasis voor de (effectuering van de) terugkeergarantie. Uit wetsgeschiedenis blijkt evenwel dat de wetgever de terugkeer naar Nederland ter fine van tenuitvoerlegging ziet als de overname van de tenuitvoerlegging van een buitenlands strafvonnis, waarvoor ingevolge art. 2 WOTS een verdragsbasis is vereist.¹⁹¹³ Om die reden moet de officier van justitie de Minister van Justitie op de hoogte brengen van elke overlevering onder de terugkeergarantie (art. 6 lid 4 Olw). De Minister van Justitie is namelijk onder de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen de autoriteit die bevoegd is tot het ontvangen en het in behandeling nemen van buitenlandse verzoeken om overname van de tenuitvoerlegging van een strafvonnis.¹⁹¹⁴

Twee verdragen bieden een grondslag voor de terugkeer naar Nederland: het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen en het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen. Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen is voor de effectuering van de terugkeergarantie het belangrijkste van de twee, omdat alle lidstaten daarbij partij zijn. De terugkeer naar Nederland lijkt steeds plaats te vinden op grond van dit verdrag.¹⁹¹⁵

Toetsing dubbele strafbaarheid lijstfeiten

De eis van een verdragsbasis brengt mee dat de terugkeer naar Nederland alleen kan plaatsvinden, voor zover de gedraging waarvoor de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat is veroordeeld naar Nederlands recht een strafbaar oplevert. De verdragen die als grondslag voor de terugkeer zouden kunnen dienen en waarbij Nederland partij is, stellen namelijk de voorwaarde van de strafbaarheid van het feit (en van de dader) naar het recht van de staat van tenuitvoerlegging (art. 3 lid 1 onder e VOGP; art. 4 lid 1 EVIG). De vereiste strafbaarheid naar het recht van de staat van tenuitvoerlegging is niet een *gekwalificeerde* strafbaarheid in de zin dat de strafbedreiging dient te bestaan uit een

¹⁹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 januari 2005, L/JN AS7084 (*Ministry of Justice of the Slovak Republic*); Rb. Amsterdam 12 januari 2007, L/JN AZ7048 (*Danish Ministry of Justice*); Rb. Amsterdam 9 april 2010, L/JN BM6337 (*Ministry of Justice of Finland*).

¹⁹¹⁰ Zie voor rechtspraak over de genoegzaamheid van de garantie Glerum 2011, (T&C Isr), art. 6 Overleveringswet, aant. 2e; Sanders 2011, p. 189-190.

¹⁹¹¹ Rb. Amsterdam 1 augustus 2008, L/JN BF1897.

¹⁹¹² Rb. Amsterdam 22 december 2006, L/JN BD4744.

¹⁹¹³ Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 8 en p. 12 (met betrekking tot de toepasselijkheid van art. 3 lid 1 onder e VOGP).

¹⁹¹⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13.

¹⁹¹⁵ In elk geval bevatten de terugkeergaranties in de gepubliceerde uitspraken steeds een verwijzing naar het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen.

vrijheidsbenemende sanctie van een bepaalde minimale maximumduur.¹⁹¹⁶ Voldoende is dat het feit strafbaar is naar het recht van de staat van tenuitvoerlegging en dat de strafbedreiging niet uitsluitend bestaat uit een geldstraf (“a pecuniary sanction”). Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen sluit namelijk de omzetting van een vrijheidsbenemende sanctie in een geldstraf uit (art. 11 lid 1 onder b VOGP).¹⁹¹⁷

Eerder heb ik betoogd dat toepassing van de verdragsvoorwaarde van dubbele strafbaarheid op de terugkeer naar en de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat niet tot met het Kaderbesluit strijdige resultaten hoeft te leiden (zie paragraaf 3.2.2.3). Beoordeelt de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat eerst ná de veroordeling in de uitvaardigende lidstaat of aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag voor terugkeer naar en tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat is voldaan, dan leidt het ontbreken van de dubbele strafbaarheid ter zake van de gedraging waarvoor de opgeëiste persoon is veroordeeld tot de conclusie dat zijn terugkeer naar de uitvoerende lidstaat niet mogelijk is. Die lidstaat zal dan geen aanspraak op naleving van de garantie maken, zodat de uitvaardigende lidstaat de opgelegde sanctie op zijn grondgebied ten uitvoer zal mogen leggen. In de parlementaire stukken valt evenwel te lezen dat de uitvoerende justitiële autoriteit de dubbele strafbaarheid moet toetsen *voorafgaand* aan de overlevering.¹⁹¹⁸ Het ontbreken van dubbele strafbaarheid staat immers ingevolge art. 3 lid 1 onder e VOGP in de weg aan tenuitvoerlegging in Nederland. Dat de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat de terugkeer heeft gegarandeerd doet daaraan niets af. Deze garantie kan niet worden geëffectueerd, omdat niet aan de verdragsvoorwaarden voor overbrenging naar Nederland is voldaan.¹⁹¹⁹ In de opvatting van de wetgever moet de uitvoerende justitiële autoriteit in geval van een ten laste van een Nederlander uitgevaardigd EAB ter fine van vervolging dus steeds onderzoeken of de gedraging waarop dat EAB betrekking heeft naar Nederlands recht een strafbaar feit oplevert, ook indien de uitvaardigende justitiële autoriteit die gedraging als een lijstfeit heeft aangemerkt.¹⁹²⁰ Het gevolg van een en ander is dat Nederland een Nederlander niet overlevert ter zake van een feit dat in Nederland niet strafbaar is.¹⁹²¹ De Rechtbank Amsterdam is de wetgever in die opvatting gevolgd (zie Hoofdstuk VII.3.3.2.4). Komt zij tot de conclusie dat de strafbaarheid naar Nederlands recht ontbreekt, dan weigert zij de overlevering (voor het betrokken feit).¹⁹²² Anders dan in het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2.3.3),¹⁹²³ loopt de

¹⁹¹⁶ Blekxtoon 2004a, p. 25 en p. 28; Blekxtoon 2004b, p. 585; Glerum 2005, p. 64; Glerum & Rozemond 2006, p. 150; Glerum & Rozemond 2008a, p. 199; Sanders 2007, p. 18; Sanders 2011, p. 191. Blekxtoon 2004, p. 25 en p. 28, meent echter ten onrechte dat de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen gekwalificeerde strafbaarheid eist (een vrijheidsbenemende sanctie met een minimale maximumduur van ten minste twaalf maanden).

¹⁹¹⁷ Het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen laat de omzetting van een vrijheidsbenemende sanctie in een geldstraf toe.

¹⁹¹⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 12.

¹⁹¹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 12. Blekxtoon 2004a, p. 28, spreekt in dit verband van een “lege dop”.

¹⁹²⁰ Glerum 2005, p. 64; Glerum & Rozemond 2006, p. 137; Glerum & Rozemond 2008a, p. 206-207; Rozemond 2008, p. 290; Sanders 2007, p. 18; Sanders 2011, p. 190-191.

¹⁹²¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 12.

¹⁹²² Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR7213 (het oordeel van de rechtbank dat de betrokken feiten in Nederland niet strafbaar zijn, is overigens onjuist); Rb. Amsterdam 17 december 2004, *LJN* AR8196; Rb. Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH5931; Rb. Amsterdam 22 maart 2006, *LJN* AX9288.

¹⁹²³ HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 725, m.nt. Y. Buruma, r.o. 3.2.

rechter in het overleveringsrecht dus wel vooruit op de uitkomst van een - eventuele - WOTS-procedure.¹⁹²⁴ Opmerkelijk is dat de Nota naar aanleiding van het Verslag, die de voorafgaande toetsing van de dubbele strafbaarheid introduceert, met geen woord rept over de rechtspraak die in het uitleveringsrecht aan een dergelijke toetsing in de weg staat. Het lijkt erop dat men zich niet bewust was van die rechtspraak noch van een discrepantie met het uitleveringsrecht.¹⁹²⁵

De Commissie heeft de staf gebroken over deze praktijk: “NL’s position obviously runs counter to” art. 2 lid 2 Kaderbesluit.¹⁹²⁶ Tegen deze kritiek heeft Nederland zich met hetzelfde argument verweerd als tegen de kritiek op art. 6 lid 3 Olw: de mogelijkheid van weigering van de overlevering betreft *de facto* alleen niet-lijstfeiten.¹⁹²⁷ Wat er ook zij van de *merites* van dit verweer (zie paragraaf 3.3.2.3), toetsing van de dubbele strafbaarheid *voorafgaand* aan de overlevering kan tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon leiden. Ontbreekt immers de strafbaarheid ter zake van een - geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan -¹⁹²⁸ lijstfeit, dan wordt de opgeëiste Nederlander niet overgeleverd. De opgeëiste Nederlander kan in Nederland niet worden vervolgd voor het feit waarvoor de uitvaardigende lidstaat zijn overlevering heeft gevraagd, omdat dit feit niet strafbaar is naar Nederlands recht. Een dergelijk resultaat is niet in overeenstemming met het Kaderbesluit, zoals ik in paragraaf 3.2.2.3 heb betoogd.

Een kaderbesluitconforme uitleg van art. 6 lid 1 OLW lijkt mij niet onmogelijk. De bewoordingen van art. 6 lid 1 OLW verplichten de uitvoerende justitiële autoriteit immers niet *expressis verbis* om *in het kader van de beoordeling of de overlevering al dan niet kan worden toegestaan* de dubbele strafbaarheid te onderzoeken van het lijstfeit waarop het EAB betrekking heeft. Van “ondubbelzinnige bewoordingen” die in de weg zouden staan aan een kaderbesluitconforme uitleg is dus geen sprake.¹⁹²⁹ De omstandigheid dat de wetgever een dergelijke beoordeling wel voor ogen had, zoals uit de parlementaire stukken blijkt, is niet relevant. De nationale wetgever moet immers geacht worden het Kaderbesluit correct te hebben willen implementeren.¹⁹³⁰ De Hoge Raad maakt daarop een uitzondering voor

¹⁹²⁴ Y. Buruma veronderstelde in punt 4 van zijn noot onder HR 20 mei 2003, NJ 2003, 725 juist dat “we dankzij het onderhavige arrest niet in de situatie komen dat we via de WOTS de opheffing van de dubbele strafbaarheid in de Overleveringswet zouden frustreren”.

¹⁹²⁵ De Tweede Kamer heeft de Nota naar aanleiding van het Verslag op 20 november 2003, dus ruim na ’s Raads arrest van 20 mei 2003, ontvangen: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 1.

¹⁹²⁶ Zie *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2005)267, p. 12; *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (revised version)*, SEC(2006)79, p. 13; *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 17.

¹⁹²⁷ *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, Council document 11528/05, 2 September 2005, p. 76 jo. p. 74.

¹⁹²⁸ Indien het lijstfeit geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied is begaan of geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat (en Nederland in een vergelijkbaar geval geen rechtsmacht kan uitoefenen), is de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 Olw van toepassing. Zie Hoofdstuk VII.3.3.2.3 en paragraaf 3.2.2.3.

¹⁹²⁹ Vgl. HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

¹⁹³⁰ HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911, (Wagner Miret), r.o. 20 (ten aanzien van richtlijnconforme uitleg).

gevallen waarin in de parlementaire stukken “ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe [het kaderbesluit] zou verplichten of de vrijheid zou laten”,¹⁹³¹ maar deze uitzondering doet zich hier niet voor.¹⁹³² Ook indien de Rechtbank Amsterdam aanneemt dat art. 2 WOTS betrekking heeft op de effectuering van de terugkeergarantie, zou zij art. 6 lid 1 OLW dus zo kunnen uitleggen dat zij bij de beoordeling of de vervolgingsoverlevering van een Nederlander kan worden toegestaan (vgl. art. 28 lid 2 OLW) niet mag betrekken of het lijstfeit waarop het EAB betrekking heeft naar Nederlands recht strafbaar is. Die vraag staat ter beantwoording in een eventuele WOTS-procedure. Zo wordt de discrepantie tussen het uit- en overleveringsrecht weggelaten.¹⁹³³ Bij deze uitleg ontstaat wel een onderscheid tussen Nederlanders wier overlevering wordt gevraagd ter fine van executie en Nederlanders wier overlevering wordt gevraagd ter fine van vervolging. Indien de dubbele strafbaarheid ontbreekt, zullen de eersten niet de aan hen opgelegde vrijheidsstraf (in Nederland) ondergaan, terwijl de tweeden zullen worden overgeleverd en, in geval van veroordeling, de aan hen opgelegde vrijheidsstraf (in het buitenland) zullen ondergaan. Voor dat onderscheid bestaat een objectieve rechtvaardiging: de - gunstiger - behandeling van Nederlanders wier executieoverlevering is gevraagd, is het gevolg van een fout van de wetgever die de rechter niet kan herstellen.

Garantie instemming met exequaturprocedure

De parlementaire stukken vermelden dat een aan een Nederlander na overlevering opgelegde vrijheidsstraf na zijn terugkeer zal worden omgezet.¹⁹³⁴ Hiervoor heb ik betoogd dat toepassing van de exequaturprocedure op zichzelf niet in strijd is met het Kaderbesluit.

De Rechtbank Amsterdam heeft bepaald dat de uitvaardigende lidstaat niet alleen de garantie dient te geven dat de Nederlander, indien hij ter zake van de feiten waarvoor de overlevering kan worden toegestaan in de uitvaardigende lidstaat tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt veroordeeld, deze straf in Nederland zal mogen ondergaan, maar ook de garantie dat de uitvaardigende lidstaat instemt met toepassing door Nederland van de in art. 11 VOGP neergelegde exequaturprocedure.¹⁹³⁵ Bij het ontbreken van deze tweede garantie, weigert zij de overlevering.¹⁹³⁶ Voor de vervolgingsoverlevering van een Nederlander is dus een dubbele garantie nodig, vanwaar ook wel wordt gesproken van de dubbele WOTS-garantie.¹⁹³⁷ De uitleg die de Rechtbank Amsterdam aan art. 6 lid 1 OLW heeft gegeven, komt overeen met de op de wetsgeschiedenis van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen gebaseerde uitleg die de Hoge Raad aan art. 4 lid 2 UW heeft gegeven.¹⁹³⁸ Nu in de opvatting van de wetgever het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen van toepassing zijn op de terugkeer ingevolge art. 6 lid 1 OLW, nu de regelingen van het Kaderbesluit inzake de overlevering van

¹⁹³¹ HR 10 augustus 2007, *LJN* AZ3758, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

¹⁹³² Uit de parlementaire stukken blijkt niet dat de wetgever zich bewust was van strijd met het Kaderbesluit.

¹⁹³³ Zie HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 725, m.nt. Y. Buruma, r.o. 3.2.

¹⁹³⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 3.

¹⁹³⁵ Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, *LJN* AR4214.

¹⁹³⁶ Rb. Amsterdam 2 juli 2004, *LJN* AQ6068; Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, *LJN* AR4214; Rb. Amsterdam 6 juli 2007, *LJN* BB2690.

¹⁹³⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 17 mei 2005, *LJN* AT5628 (tussenuitspraak).

¹⁹³⁸ HR 31 maart 1995, *NJ* 1996, 382, m.nt. AHJS.

onderdanen gebaseerd zijn op het zogenaamde Nederlandse model en nu de inhoud van art. 4 UW grotendeels is overgenomen in art. 6 OLW,¹⁹³⁹ is de Rechtbank Amsterdam van oordeel dat de wetgever heeft beoogd de vervolgingsoverlevering van Nederlanders afhankelijk te stellen van een dubbele garantie, zoals ook de vervolgingsuitlevering van Nederlanders dat is.¹⁹⁴⁰

Men kan zich afvragen of de garantie van instemming met toepassing van art. 11 VOGP nodig is. De extra garantie beoogt kennelijk te voorkomen dat, in geval van een veroordeling tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, de terugkeer naar Nederland zou worden belemmerd door bezwaren van de uitvaardigende lidstaat tegen omzetting van de door zijn rechter opgelegde vrijheidsstraf. Maar indien de uitvaardigende lidstaat de garantie heeft gegeven dat de opgeëiste persoon de eventueel aan hem opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf in Nederland zal mogen ondergaan, is hij al gehouden om mee te werken aan de overbrenging naar Nederland, voor zover aan de voorwaarden van het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen is voldaan. Andere lidstaten die evenals Nederland dat Verdrag als grondslag van de terugkeer zien en die de buitenlandse straf na terugkeer overeenkomstig de executurprocedure omzetten, eisen dan ook niet dat de uitvaardigende lidstaat voorafgaand aan de overlevering een garantie inzake omzetting geeft.¹⁹⁴¹ Wat er ook zij van het nut van de extra garantie, het afhankelijk stellen van de vervolgingsoverlevering van een Nederlander van deze garantie is naar mijn mening in strijd met art. 5 onder 3 Kaderbesluit, omdat deze bepaling alleen de mogelijkheid biedt tot het vragen van de terugkeergarantie. In zoverre ben ik het dus met de kritiek van de Commissie eens,¹⁹⁴² hoewel ik anders dan de Commissie de omzetting van de buitenlandse vrijheidsstraf als zodanig niet in strijd met het Kaderbesluit acht (zie paragraaf 3.2.2.3).

Nu art. 6 lid 1 OLW geen gewag maakt van de instemming van de uitvaardigende lidstaat met de executurprocedure lijkt op dit punt een kaderbesluitconforme uitleg mogelijk. De wetsgeschiedenis van art. 6 OLW maakt geen melding van de voorafgaande instemming van de uitvaardigende lidstaat. Bovendien zou de wetsgeschiedenis alleen relevant zijn, voor zover daaruit ondubbelzinnig de welbewuste intentie van de wetgever zou blijken om af te wijken van hetgeen waartoe het Kaderbesluit verplicht of de vrijheid laat, *quod non*. De Rechtbank Amsterdam zou art. 6 lid 1 OLW dus zo kunnen uitleggen,

¹⁹³⁹ Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 12.

¹⁹⁴⁰ Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, LJN AR4214.

¹⁹⁴¹ Bulgarije: *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Bulgaria*, Raadsdocument 8265/1/09 REV 1, p. 24; Duitsland: *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Germany*, Raadsdocument 7058/1/09 REV 1, p. 28; Letland: *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Latvia*, Raadsdocument 17220/2/08 REV 1, p. 20.

¹⁹⁴² Zie *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2005)63 def., p. 5; *Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie)*, COM(2006)8 def., p. 6; *Verslag van de Commissie over de uitvoering, sinds 2005, van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten*, COM(2007)407 def., p. 9.

dat naast de garantie van terugkeer niet de garantie van instemming met de exequaturprocedure mag worden geëist.

Voor het vragen van andere garanties dan de dubbele WOTS-garantie, zoals een garantie inzake de termijn waarbinnen de terugkeer naar Nederland dient plaats te vinden, biedt de Overleveringswet volgens de Rechtbank Amsterdam geen ruimte.¹⁹⁴³

Terugkeer geen automatisme

In geval van een veroordeling tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf is de terugkeer naar Nederland van de overgeleverde Nederlander geen automatisme. Omdat Nederland het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnenen personen ziet als de grondslag voor die terugkeer, moeten de in dat verdrag genoemde voorwaarden voor overbrenging vervuld zijn (zie paragraaf 3.2.2.3).¹⁹⁴⁴ Bovendien formuleert art. 6 lid 1 OLW de garantie van terugkeer zo, dat de terugkeer naar Nederland afhankelijk is van de instemming van de opgeëiste persoon (“(...) hij deze straf in Nederland zal mogen ondergaan”). Die formulering is klaarblijkelijk ontleend aan art. 4 lid 2 UW, waarin dezelfde zinsnede voorkomt.¹⁹⁴⁵ Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnenen personen stelt de instemming van de gevonnenen persoon uitdrukkelijk als voorwaarde voor de overbrenging (art. 3 lid 1 onder d VOGP).¹⁹⁴⁶ De voorwaarde dat beide staten het met elkaar eens zijn over de overbrenging (art. 3 lid 1 onder f VOGP) is, voor wat betreft de uitvaardigende lidstaat, zonder betekenis. Door de garantie af te geven heeft hij zich op voorhand verbonden mee te werken aan de overbrenging, mits aan de overige voorwaarden is voldaan (zie paragraaf 3.2.2.3). Formeel zou Nederland nog kunnen weigeren om aan de overbrenging mee te werken. Door de garantie heeft de uitvaardigende lidstaat zich jegens Nederland verbonden, maar Nederland zou ervan kunnen afzien om aanspraak te maken op naleving van de garantie. Gezien de ratio van art. 6 lid 1 Olw, zou een Nederlandse weigering in beginsel onrechtmatig zijn jegens de overgeleverde Nederlander, indien aan de overige voorwaarden van het verdrag is voldaan (vergelijk paragraaf 2.3.3).¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴³ Rb. Amsterdam 7 maart 2008, *LJN* BD2427; Rb. Amsterdam 7 mei 2009, *LJN* BK4980; Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9773; Rb. Amsterdam 20 januari 2012, *LJN* BV1745. Vgl. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323. In Rb. Amsterdam 21 januari 2005, *LJN* AS7084 overweegt de Rechtbank Amsterdam dat het niet aan haar is om garanties te vragen met betrekking tot de “procesduur, duur van het voorarrest en/of de voortvarendheid van de opsporing van mogelijke medeverdachten” en wijst zij op de mogelijke interveniërende rol van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Zie ook Klip 2010, p. 558, die wijst op het probleem dat noch de duur van de procedure noch het instellen van rechtsmiddelen aan termijnen of voorwaarden kan worden gebonden.

¹⁹⁴⁴ Wenst de opgeëiste persoon terugkeer naar Nederland, dan zal hij dit aan de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat kenbaar moeten maken: Rb. Amsterdam 17 november 2006, *LJN* BD4013. De uitvaardigende lidstaat zal dan een verzoek tot overbrenging moeten doen, dat door de Minister van Justitie in behandeling zal worden genomen.

¹⁹⁴⁵ Glerum 2005, p. 52, noot 213. Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 30 september 2008, *LJN* BF4984 (met betrekking tot een vreemdeling als bedoeld in art. 6 lid 5 Olw). Voor kritiek zie Klip 2010, p. 558.

¹⁹⁴⁶ Het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen vereist niet de instemming van de veroordeelde met zijn overbrenging naar de staat van tenuitvoerlegging.

¹⁹⁴⁷ Stelliger is Klip 2010, p. 558, die opmerkt dat de garantie in het belang van de opgeëiste persoon wordt gevraagd en dat de rechtbank daarop haar beoordeling heeft afgestemd, zodat de opgeëiste persoon zich ten opzichte van beide lidstaten op de garantie zou moeten kunnen beroepen.

IX.3.3.4 *Gelijkgestelde vreemdelingen*

IX.3.3.4.1 Inleiding

Art. 6 lid 5 OLW verklaart de regeling van art. 6 leden 1 tot en met 4 OLW van overeenkomstige toepassing op vreemdelingen die in het bezit zijn van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, mits aan twee overige, in lid 5 opgesomde eisen is voldaan, namelijk dat de opgeëiste persoon in Nederland kan worden vervolgd voor de feiten die aan het EAB ten grondslag liggen en dat ten aanzien van hem de verwachting bestaat dat hij niet zijn recht van verblijf in Nederland verliest ten gevolge van een hem na overlevering opgelegde straf of maatregel. Voor zover de vreemdeling met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd aan deze cumulatieve¹⁹⁴⁸ eisen voldoet, brengt lid 5 mee dat de uitvoerende justitiële autoriteit zijn executieoverlevering weigert - in welk geval Nederland bereid is tot overname van de tenuitvoerlegging overeenkomstig lid 3 - en zijn vervolgingsoverlevering afhankelijk maakt van de garantie als bedoeld in lid 1.¹⁹⁴⁹ Van de weigering van een executieoverlevering en van de vervolgingsoverlevering met de terugkeergarantie moet de officier van justitie de Minister van Justitie op de hoogte brengen (lid 4).

Lid 5 vormt de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit, voor zover betrekking hebbend op ingezetenen van Nederland en op personen die in Nederland verblijven, en van art. 5 onder 3 Kaderbesluit, voor zover betrekking hebbend op ingezetenen van Nederland.¹⁹⁵⁰ De bepaling vloeit volgens de Memorie van Toelichting voort uit het sinds 1988 gevoerde Nederlandse beleid inzake gelijkstelling van bepaalde vreemdelingen met Nederlanders, welk beleid is neergelegd in de verklaring bij art. 6 EUV en in het voorbehoud op grond van art. 7 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst (zie paragraaf 2.5).¹⁹⁵¹ In de parlementaire stukken wordt opgemerkt dat de categorie van met Nederlanders gelijkgestelde vreemdelingen overeenkomt met die onder de Nederlandse verklaring bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering.¹⁹⁵²

Juist vanwege de aansluiting bij die verklaring en dat voorbehoud, heeft de toepasselijkheid van art. 6 lid 5 OLW op de *executieoverlevering* aanleiding gegeven tot discussie. De zinsnede “ten gevolge van een hem *na* overlevering opgelegde straf of maatregel”¹⁹⁵³ zou de gedachte kunnen doen postvatten dat de gelijkstelling van de in art. 6 lid 5 OLW bedoelde vreemdelingen alleen geldt voor *vervolgingsoverlevering*. Nu de uitleveringsrechtelijke verklaring en het uitleveringsrechtelijke voorbehoud waarop art. 6 lid 5 OLW is gebaseerd ook betrekking hebben op de executie-uitlevering van geïntegreerde vreemdelingen (zie paragraaf 2.5.2), nu de ratio van art. 6 lid 5 OLW een onderscheid tussen executie- en vervolgingsoverlevering niet rechtvaardigt en nu art. 6 lid 5 OLW uitdrukkelijk de leden 1 tot en met 4 van die bepaling van overeenkomstige

¹⁹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13.

¹⁹⁴⁹ Opmerkelijk is dat Rb. Amsterdam 3 januari 2012, *LJN* BV1119 spreekt van de “facultatieve weigeringsgrond van artikel 6 lid 5 OLW”. Nu deze bepalingen twee *dwingende* voorzieningen van overeenkomstige toepassing verklaart, heeft zij zelf ook een dwingend karakter.

¹⁹⁵⁰ Curieus is dat volgens Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667 Nederland de weigeringsgrond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit niet zou hebben overgenomen.

¹⁹⁵¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13.

¹⁹⁵² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 13.

¹⁹⁵³ Mijn cursivering.

toepassing verklaart, is deze bepaling mede van toepassing op de executieoverlevering van de in die bepaling bedoelde vreemdelingen.¹⁹⁵⁴

In paragraaf 3.3.4.2 zal ik ingaan op het verplichtende karakter van art. 6 lid 5 in verband met de leden 1 en 2 van die bepaling. In de daarop volgende paragrafen zal ik de drie eisen voor toepassing van art. 6 lid 5 OLW één voor één onder de loep nemen: de vergunningeis (paragraaf 3.3.4.3), de rechtsmacheis (paragraaf 3.3.4.4) en de verwachting van behoud van verblijfsrecht (paragraaf 3.3.4.5).

IX.3.3.4.2 Verplichte gelijkstelling

In de paragrafen 3.3.2.2 en 3.3.3.2 heb ik betoogd dat de dwingende implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit en van art. 5 onder 3 Kaderbesluit ten aanzien van Nederlanders op zichzelf niet in strijd is met het Kaderbesluit, maar dat een dergelijke implementatie wel problematisch is in het licht van de ratio van beide bepalingen. De enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon een Nederlander is, hoeft niet zonder meer mee te brengen dat zijn sociale re-integratie gediend is met tenuitvoerlegging van de aan hem opgelegde vrijheidsstraf in Nederland. Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de verplichte toepassing van art. 6 leden 1 en 2 OLW op de in art. 6 lid 5 OLW bedoelde vreemdelingen. De omstandigheid dat aan alle eisen voor gelijkstelling met een Nederlander is voldaan, zou daarom slechts een vermoeden moeten opleveren dat de toepassing van art. 6 lid 1 of 2 OLW de kansen op sociale re-integratie van de opgeëiste persoon verhoogt, een vermoeden dat moet wijken, indien bij de behandeling van het EAB mocht blijken dat de banden van de vreemdeling met Nederland toch onvoldoende zijn om de tenuitvoerlegging van de aan hem in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf in Nederland te rechtvaardigen.

IX.3.3.4.3 Vergunningeis

Inleiding

De eerste eis voor gelijkstelling met een Nederlander is dat de opgeëiste vreemdeling in het bezit is van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd (“met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd”).¹⁹⁵⁵ Het bezit van een Nederlandse verblijfsvergunning voor bepaalde tijd volstaat volgens de wetgever niet, omdat - zoals ik in paragraaf 3.3.4.5 zal bespreken - ten aanzien van hem de verwachting moet bestaan dat hij

¹⁹⁵⁴ Rb. Amsterdam 23 januari 2007, *LJN AZ7032* (tussenuitspraak). Ook Lensing 2005, p. 214, is van mening dat art. 6 lid 5 Olw mede betrekking heeft op executieoverlevering. In punt 21 van zijn noot onder HR 28 november 2006, *NJ 2007*, 489 merkt A.H. Klip op dat de tussenuitspraak *LJN AZ7032* geschikt is voor cassatie in het belang der wet. (Hij verwijst naar Rb. Amsterdam 16 juni 2006, *LJN AX9227*, maar uit het vervolg van zijn kritiek blijkt dat hij het oog heeft op *LJN AZ7032*). Klip acht het door de Rechtbank Amsterdam gegeven overzicht van de geschiedenis van het verbod van uitlevering van Nederlanders juist, maar niet relevant voor de te beantwoorden rechtsvraag. Hij vervolgt met de volgende twee volzinnen: “De wetgever heeft niet bedoeld terzake van executieoverlevering uit te leveren, noch ten aanzien van Nederlanders, noch ten aanzien van geïntegreerde vreemdelingen. Ook het kaderbesluit laat deze garantie slechts toe bij vervolgingsoverlevering (art. 5 lid 3 KdB)”. In de eerste volzin lijkt hij te zeggen dat de Nederlandse wetgever de executieoverlevering van geïntegreerde vreemdelingen niet heeft gewenst. Tot die conclusie is ook de Rechtbank Amsterdam gekomen, zodat de vraag rijst waarom haar tussenuitspraak dan in het belang der wet gecasseerd zou moeten worden. De tweede volzin is raadselachtig: in het voorgaande is geen sprake geweest van een garantie (“deze garantie”) en de verwijzing naar art. 5 onder 3 Kaderbesluit is niet ter zake dienend, nu de tussenuitspraak betrekking heeft op een *executieoverlevering*.

¹⁹⁵⁵ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 13.

niet zijn verblijfsrecht in Nederland verliest en omdat in geval van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd een dergelijk verlies “al vrij snel aan de orde [is]”.¹⁹⁵⁶

De Minister van Justitie heeft bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Overleveringswet de vraag “of de categorie met Nederlanders gelijkgestelde personen overeenkomt met die onder de Uitleveringswet en de Nederlandse verklaring bij het Europees uitleveringsverdrag” bevestigend beantwoord,¹⁹⁵⁷ hoewel noch de Uitleveringswet¹⁹⁵⁸ noch de verklaring de vergunningeis noemt. In 2007 heeft de Minister van Justitie in de Circulaire werkwijze inzake uitleveringszaken¹⁹⁵⁹ het begrip “geïntegreerde vreemdeling” als bedoeld in de verklaring zo ingevuld, dat daaronder alleen een vreemdeling met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd valt, omdat hij het “van belang vindt dat op dit punt sprake is van gelijkstelling tussen de Uitleveringswet en de Overleveringswet”. Deze onderbouwing impliceert dat de reikwijdte van art. 6 lid 5 OLW op dit punt toch niet overeenkwam met die van de verklaring bij art. 6 EUV.¹⁹⁶⁰ Hoewel een formeel criterium als het bezit van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd wellicht makkelijker te hanteren valt dan een materieel criterium als de mate van integratie in de Nederlandse samenleving, heeft uit het oogpunt van re-integratie een materieel criterium de voorkeur. Het ontbreken van een dergelijke verblijfsvergunning betekent immers niet zonder meer dat de opgeëiste persoon onvoldoende in de Nederlandse samenleving is geïntegreerd.¹⁹⁶¹

Onderdanen van andere lidstaten

De vreemdeling die niet in het bezit is van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd valt - in de voorstelling van de wetgever - om die reden al niet onder het bereik van art. 6 lid 5 Olw. Deze bepaling maakt bewust geen onderscheid tussen de vreemdeling die onderdaan is van een andere lidstaat en de vreemdeling die onderdaan is van een derde staat. De formele vergunningeis heeft in dit verband tot veel discussie geleid. De onderdanen van lidstaten hebben namelijk als burgers van de Unie het recht om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten (onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld).¹⁹⁶² Zij ontleen dat recht *direct* aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Om twee redenen heeft de wetgever geen rekening gehouden met de bijzondere rechtspositie van burgers van de Unie.¹⁹⁶³ In de eerste plaats zou het vrije verkeer van personen meebrengen dat veel burgers van de Unie voor langere of kortere duur in een

¹⁹⁵⁶ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 12, p. 25. Als voorbeeld wordt gegeven dat bij een verblijfsduur van vijf jaren een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden al voldoende is om de verlenging van de vergunning te weigeren (art. 3.86 lid 2 Vreemdelingenbesluit 2000). Vgl. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 8 december 2009, *LJN BK6047* (uitleveringszaak): bij een verblijfsduur van ten minste twee jaren, doch minder dan drie jaren, brengt een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van negen maanden of meer het verlies van de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd mee.

¹⁹⁵⁷ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 12, p. 13.

¹⁹⁵⁸ De Uitleveringswet bevat helemaal geen voorziening inzake geïntegreerde vreemdelingen.

¹⁹⁵⁹ *Stcrt.* 2007, 104.

¹⁹⁶⁰ *Blekttoon 2004a*, p. 28; *Glerum & Rozemond 2006*, p. 145-146; *Glerum & Rozemond 2008b*, p. 840, noot 50.

¹⁹⁶¹ *Glerum & Rozemond 2006*, p. 146-147.

¹⁹⁶² Art. 21 lid 1 VWEU (was art. 18 lid 1 EG); art. 45 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹⁹⁶³ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 13.

andere lidstaat verblijven zonder met dat land een zodanige band op te bouwen, dat zij op grond daarvan gelijkgesteld zouden moeten worden met eigen onderdanen. De keerzijde van dit argument is dat het vrije verkeer van personen ook kan meebrengen dat burgers van de Unie wel zodanig lang in Nederland verblijven dat zij een rechtens te respecteren band met Nederland opbouwen. De tweede reden is dat het vaker zal voorkomen dat een lidstaat de overlevering verzoekt van eigen, in Nederland verblijvende onderdanen. Kennelijk is in een dergelijk geval volgens de Minister van Justitie resocialisatie in het land van verblijf niet aan de orde. Dat argument is naar mijn mening irrelevant. Waar het immers om gaat is of zulke personen een rechtens te respecteren band met de Nederlandse samenleving hebben opgebouwd, ondanks hun nationaliteit van de uitvaardigende lidstaat.

Van een verboden discriminatie op grond van nationaliteit (art. 18 VWEU; was art. 12 EG) zou geen sprake zijn, omdat de betrokkenen na verloop van vijf jaren verblijf in Nederland een reguliere verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd zouden kunnen verkrijgen, hoewel zij niet verplicht zijn om een dergelijke vergunning aan te vragen.¹⁹⁶⁴

Geen vergunningeis onderdanen andere lidstaten

Aangezien de lidstaten de facultatieve weigeringsgronden van art. 4 Kaderbesluit bij de implementatie kunnen beperken, zou men kunnen betogen dat het stellen van de eis van het bezit van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd ook toelaatbaar is. Een dergelijke eis vormt immers een beperking ten opzichte van de autonome en uniforme uitleg van de begrippen “ingezetene” en “verblijven”. Een beperking moet echter in overeenstemming zijn met het Unierecht. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Wolzenburg* naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam art. 4 onder 6 Kaderbesluit zo uitgelegd, dat het in overeenstemming is met de Unierechtelijke bepalingen over het duurzaam verblijfsrecht van burgers van de Europese Unie, zoals neergelegd in Richtlijn 2004/38/EG.¹⁹⁶⁵ Volgens art. 16 lid 1 van deze Richtlijn heeft iedere burger van de Europese Unie die gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar legaal heeft verbleven op het grondgebied van een lidstaat waarvan hij geen onderdaan is daar een duurzaam verblijfsrecht. Uit art. 19 lid 1 van de Richtlijn blijkt dat de lidstaten *op verzoek* van zo een burger aan hem een document “ter staving” van dat verblijfsrecht dienen te verstrekken. Deze bepaling bevat niet de verplichting dat degene die het duurzaam verblijfsrecht heeft verworven *houder* is van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Een desgevraagd aan een burger van de Europese Unie verstrekt verblijfsdocument heeft dan ook alleen “declaratoire en bewijstechnische waarde, maar kan niet constitutief zijn”. Daaruit volgt dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit zich ertegen verzet dat een lidstaat bij de implementatie daarvan ten aanzien van een onderdaan van een andere lidstaat de eis stelt van het bezit van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd.¹⁹⁶⁶

¹⁹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 20.

¹⁹⁶⁵ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, *PbEU* L158/77.

¹⁹⁶⁶ HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 49-53. Zie verder Glerum & Rozemond 2010, p. 281. Over de positie van onderdanen van *derde* staten: Glerum & Rozemond 2010, p. 282.

Geen strijd met discriminatieverbod

In de zaak *Wolzenburg* heeft de Rechtbank Amsterdam ook de vraag opgeworpen of de vergunningeis ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten in strijd is met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit (art. 18 lid 1 VWEU; was art. 12 EG).¹⁹⁶⁷

Het Hof heeft deze vraag in één belangrijk opzicht opnieuw geformuleerd. Niet ten aanzien van de vergunningeis, maar ten aanzien van de eis dat de opgeëiste onderdaan van een andere lidstaat gedurende een onderbroken periode van vijf jaar rechtmatig op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat heeft verbleven, onderzoekt het Hof of sprake is van verboden discriminatie op grond van nationaliteit.¹⁹⁶⁸

Die herformulering vloeit voort uit het eerdere oordeel van het Hof dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten in de weg staat aan de vergunningeis. De wettelijke vergunningeis is als het ware een samenstel van een formeel vereiste en een aantal materiële eisen: het bezit van de vergunning en de eisen waaraan een vreemdeling moet voldoen voor de verlening van die vergunning. Het bezit van de vergunning betekent immers dat de houder aan de voorwaarden voor verlening daarvan voldoet. Voor de verlening van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd dient de vreemdeling - in beginsel - gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar rechtmatig in Nederland te hebben verbleven. Het Hof verwijst in dit verband naar art. 21 lid 1 onder a Vreemdelingenwet 2000.¹⁹⁶⁹ Omdat een lidstaat de formele eis op grond van de uitleg die het Hof aan art. 4 onder 6 Kaderbesluit geeft niet mag stellen, hoeft het Hof niet meer te onderzoeken of deze eis discriminatie van onderdanen van andere lidstaten oplevert. Wat overblijft, is de materiële eis inzake verblijfsduur, zo luidt kennelijk de redenering.

Zoals het Hof in *Kozłowski* al had overwogen, strekt art. 4 onder 6 Kaderbesluit ertoe de kansen op sociale re-integratie van de veroordeelde te verhogen. In het licht daarvan acht het Hof de doelstelling van de vijfjareneis legitiem. Deze eis beoogt te verzekeren dat de veroordeelde in zekere mate geïntegreerd is in de Nederlandse samenleving. Zowel de enkele nationaliteitsvoorwaarde voor Nederlanders als de vijfjareneis voor onderdanen van andere lidstaten garandeert naar het oordeel van het Hof dat de betrokken persoon voldoende is geïntegreerd in Nederland.¹⁹⁷⁰

Het onderscheid is ook evenredig aan de doelstelling, omdat eigen onderdanen een zodanige band met Nederland hebben, dat hun re-integratie in de Nederlandse samenleving gewaarborgd is (in de paragrafen 3.4.2.2 en 3.4.3.2 heb ik deze aanname bekritiseerd), terwijl de onderdanen van andere lidstaten als gevolg van de vijfjareneis geacht kunnen worden geïntegreerd te zijn, aldus het Hof.¹⁹⁷¹

Ter ondersteuning van zijn oordeel dat het onderscheid evenredig is, wijst het Hof nog op de omstandigheid dat de vijfjareneis overeenstemt met de verblijfsduur waaraan burgers van de Europese Unie moeten voldoen om duurzaam verblijfsrecht op grond van Richtlijn 2004/38/EG te verwerven. Bovendien kunnen lidstaten op grond van art. 4 lid 7 onder a Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties, dat tot bevordering van de reclassering van de veroordeelde persoon strekt, een vonnis voor tenuitvoerlegging aan

¹⁹⁶⁷ Zie over de toepasselijkheid van dit verbod Glerum & Rozemond 2010, p. 283-286; Janssens 2010a, p. 172-173; Janssens 2010b, p. 837-840.

¹⁹⁶⁸ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 54.

¹⁹⁶⁹ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 25.

¹⁹⁷⁰ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 67-68.

¹⁹⁷¹ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 70.

die lidstaat zenden, waar de veroordeelde woont en er sinds vijf jaar ononderbroken rechtmatig verblijft.¹⁹⁷²

Een en ander brengt het Hof tot de conclusie dat ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten die op grond van 18 lid 1 EG (thans art. 21 lid 1 VWEU) verblijfsrecht in Nederland hebben de vijfjareneis niet in strijd is met het discriminatieverbod.¹⁹⁷³

Kaderbesluitconforme uitleg vergunningeis

Nu de vijfjareneis ten aanzien van rechtmatig in Nederland verblijvende onderdanen van andere lidstaten niet in strijd is met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit, valt deze eis binnen de toegestane uitoefening van de beoordelingsmarge die de lidstaten bij de implementatie van de facultatieve weigeringsgrond hebben, aldus het Hof van Justitie.¹⁹⁷⁴ Deze eis beperkt immers de weigeringsgrond en leidt dus tot meer overleveringen (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5). Nederland mag de vijfjareneis dus wel stellen ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten die rechtmatig in Nederland verblijven, maar de vergunningeis niet. Die laatste eis staat echter in art. 6 lid 5 Olw, de eerste niet. Art. 4 onder 6 Kaderbesluit heeft geen rechtstreekse werking en kan de wettelijke vergunningeis van art. 6 lid 5 OLW dus niet opzij zetten.

Een en ander roept de vraag op of de Nederlandse rechter de vergunningeis kaderbesluitconform kan interpreteren. Ter bevestigende beantwoording van deze vraag kan men erop wijzen dat de vergunningeis de toegestane vijfjareneis omvat. Nu de eerste eis niet mag worden gesteld, zou men de bepaling zo kunnen lezen, dat daarin alleen de tweede eis is opgenomen. Zo lijkt het Hof zelf art. 6 lid 5 OLW ook te lezen. Dat volgt uit de wijze waarop het Hof de vraag naar de verenigbaarheid van de vergunningeis met het discriminatieverbod onderzoekt. Na te hebben vastgesteld dat de vergunningeis onverenigbaar is met art. 4 onder 6 Kaderbesluit, herformuleert het Hof die vraag en onderzoekt het Hof vervolgens of de vijfjareneis in strijd is met het discriminatieverbod. Het Hof spreekt van de “voorwaarde inzake verblijfsduur (...) gesteld in de uitoefening door de betrokken lidstaat van de beoordelingsmarge die artikel, punt 6, van kaderbesluit 2002/584 hem verleent”, alsof art. 6 lid 5 OLW niet de vergunningeis, maar de vijfjareneis bevat. Het Hof gaat er daarbij van uit dat in het hoofdgeding “vaststaat dat enkel wanneer de gezochte persoon die onderdaan is van een andere lidstaat ten minste vijf jaar op het grondgebied

¹⁹⁷² Janssens wijst erop dat 's Hofs oordeel inzake de vijfjareneis strookt met het arrest *Förster* (HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07) inzake de toekenning van een onderhoudsuitkering aan een onderdaan van een andere lidstaat. De eis van een verblijf van ten minste vijf jaren die de betrokken lidstaat voor de toekenning als voorwaarde stelde, was naar het oordeel van het Hof geschikt om te garanderen dat de aanvrager van de uitkering in die lidstaat is geïntegreerd. Zie Janssens 2010a, p. 174; Janssens 2010b, p. 843-844. Kritisch N. Keijzer in punt 5 van zijn noot onder HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591 (Wolzenburg).

¹⁹⁷³ Dit discriminatieverbod geldt alleen “binnen de werkingssfeer van de Verdragen”, zodat onderdanen van derde staten deze bepaling niet lijken te kunnen inroepen. Hetzelfde geldt voor art. 21 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Zij zouden evenwel een beroep kunnen doen op art. 1 lid 2 Protocol 12 EVRM en art. 26 IVBPR, maar een andere uitkomst lijkt niet waarschijnlijk: Glerum & Rozemond 2010, p. 289, noot 65. Ook Klip 2010, p. 553, merkt op dat derdelanders niet zo maar rechten aan de *Unierechtelijke* non-discriminatie bepalingen kunnen ontlenen. Hij meent evenwel ten onrechte dat art. 1 lid 2 Protocol 12 EVRM “slechts betrekking [heeft] op discriminatie ten aanzien van de uitoefening van EVRM-rechten”, zoals reeds de tekst van die bepaling duidelijk maakt (“any right set forth by law”).

¹⁹⁷⁴ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 77.

van de uitvoerende lidstaat heeft verbleven, het Europees aanhoudingsbevel niet ten uitvoer zal worden gelegd”.¹⁹⁷⁵

Wiersum heeft aangevoerd dat men het arrest *Wolzenburg*, in het bijzonder overweging 68, ook zo kan lezen, dat weliswaar na vijf jaar ononderbroken verblijf *vaststaat* dat de betrokken onderdaan van een andere lidstaat in Nederland geworteld is, maar dat dit geworteldheid in Nederland bij een kortere verblijfsduur onverlet laat. Bovendien heeft hij de stelling geponeerd dat, nu de vergunningeis niet mag worden gesteld, er in art. 6 lid 5 OLW geen aan Richtlijn 2004/38/EG te koppelen vereiste meer voorkomt. Dat zou tot gevolg hebben dat moet worden teruggevallen op de autonome en uniforme interpretatie uit het arrest *Kozłowski* (zie paragraaf 3.2.1.2).¹⁹⁷⁶ Beide stellingen gaan er echter aan voorbij dat de vijfjareneis besloten ligt in de vergunningeis van art. 6 lid 5 Olw. Nu die eis niet in strijd is met het Kaderbesluit en met het discriminatieverbod, kan zij niet opzij worden gezet. Die eis betekent bovendien dat Nederland bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit “specifieke voorwaarden” heeft gesteld, dat wil zeggen de actieradius van die bepaling heeft beperkt, zodat de in het arrest *Kozłowski* gegeven uniforme uitleg van de autonome begrippen “ingezetene” en “verblijven” niet van belang is voor art. 6 lid 5 Olw.¹⁹⁷⁷

Tegen deze uitleg van art. 6 lid 5 OLW zou men kunnen inbrengen dat zij *contra legem* is. Het Hof neemt aan dat de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg ophoudt daar waar zij zou leiden tot een uitleg *contra legem* van de nationale wettelijke bepaling.¹⁹⁷⁸ Deze grens aan de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg vloeit voort uit het rechtszekerheidsbeginsel. De hier besproken interpretatie strekt echter ten voordele van het individu en tast zijn rechtszekerheid dan ook niet aan.

De Rechtbank Amsterdam volgt kennelijk deze uitleg. Na het arrest *Wolzenburg* heeft zij een aantal uitspraken gewezen waarin zij ten aanzien van legaal in Nederland verblijvende onderdanen van andere lidstaten niet de formele vergunningeis, maar de materiële eisen om een vergunning te verkrijgen, waaronder “uitzonderingen daargelaten”¹⁹⁷⁹ de vijfjareneis, stelt.¹⁹⁸⁰ Voor de onderbouwing van deze voorwaarde is een

¹⁹⁷⁵ HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 77.

¹⁹⁷⁶ Wiersum 2009, p. 673.

¹⁹⁷⁷ Glerum & Rozemond 2010, p. 277 en p. 291-292. Zo ook Janssens 2010a, p. 173; Janssens 2010b, p. 841. Anders kennelijk Klip 2010, p. 554 (“Uit *Wolzenburg* blijkt dat ook een verblijfsduur van minder dan vijf jaar best mogelijk zou kunnen zijn en dat verblijfsduur niet het enige criterium is dat relevant is”).

¹⁹⁷⁸ HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (*Pupino*).

¹⁹⁷⁹ Bedoeld zijn die gevallen waarin de vreemdelingenwetgeving een uitzondering maakt op de vijfjareneis. Bovendien staat verblijf in het buitenland onder omstandigheden niet in de weg aan het aannemen van ononderbroken verblijf in Nederland (zie bijv. Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9114).

¹⁹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 december 2009, *LJN* BK5504 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9107 (vervolgingsoverlevering), BK9114 (executieoverlevering), BK9117 (vervolgingsoverlevering), BK9119 (executieoverlevering) en BK9120 (vervolgingsoverlevering); Rb. Amsterdam 23 februari 2010, *LJN* BL5259 (vervolgingsoverlevering); Rb. Amsterdam 19 maart 2010, *LJN* BP5537 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 11 februari 2011, *LJN* BP5564 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7846 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 1 juli 2011, *LJN* BR0807 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 23 augustus 2011, *LJN* BR5812 (vervolgingsoverlevering); Rb. Amsterdam 18 november 2011, *LJN* BU9317 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV7120 (executieoverlevering); Rb. Amsterdam 6 juli 2012, *LJN* BX1729 (vervolgingsoverlevering). De peildatum voor het voldoen aan de vijfjareneis is de datum van de eindspraak van de rechtbank (Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9114, BK9117 en BK9119; Rb. Amsterdam 18 november 2011, *LJN* BU9317).

inschrijving in de GBA leidend, maar de opgeëiste persoon kan zijn verblijfsduur ook met andere stukken onderbouwen, mits deze voldoende concreet en objectief zijn.¹⁹⁸¹

Voor onderdanen van *derde* staten houdt de Rechtbank Amsterdam vast aan het vereiste van het bezit van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd.¹⁹⁸²

IX.3.3.4.4 Rechtsmacheis

De tweede voorwaarde die art. 6 lid 5 OLW stelt, is dat de opgeëiste vreemdeling “in Nederland kan worden vervolgd voor de feiten welke aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag liggen”. Deze voorwaarde heeft het oog op Nederlandse rechtsmacht.¹⁹⁸³ Ten opzichte van de autonome en uniforme uitleg die het Hof van Justitie in het arrest *Kozłowski* aan de begrippen “ingezetene” en “ingezetene” heeft gegeven (zie paragraaf 3.2.1.2), bevat de rechtsmacheis een beperking van de mogelijkheid voor een vreemdeling om zich op art. 6 lid 2 OLW (weigering van executieoverlevering) of op art. 6 lid 1 Olw (terugkeergarantie bij vervolgingsoverlevering) te beroepen. De Memorie van Toelichting spreekt zelfs van een “aanzienlijke beperking, omdat Nederland slechts in uitzonderingsgevallen bevoegd is om een vreemdeling die in het buitenland een strafbaar feit heeft gepleegd, zelf te vervolgen”.¹⁹⁸⁴

In zijn conclusie in de zaak *Wolzenburg* achtte de A-G Bot de rechtsmacheis om drie redenen in strijd met art. 4 onder 6 Kaderbesluit.¹⁹⁸⁵ In de eerste plaats noemt art. 4 onder 6 Kaderbesluit de rechtsmacheis niet. Ten tweede zijn de lidstaten naar zijn mening verplicht om de in het arrest *Kozłowski* gegeven autonome en uniforme uitleg te volgen bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit. Ten slotte rechtvaardigt de doelstelling van die bepaling het stellen van de rechtsmacheis niet. In het arrest *Wolzenburg* liet het Hof van Justitie zich niet uit over de rechtsmacheis, waarover de Rechtbank Amsterdam geen prejudiciële vragen had gesteld.¹⁹⁸⁶ Wel maakte het Hof duidelijk dat het Hof het in algemene zin niet eens was met de opvatting van de A-G. De lidstaten zijn namelijk bevoegd om bij de implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit de reikwijdte van de weigeringsgrond te beperken, opdat een lidstaat vaker tot overlevering overgaat, ook al zou daardoor de kans op sociale re-integratie niet worden verhoogd.¹⁹⁸⁷ Tegen deze achtergrond lijkt de rechtsmacheis, als beperking van de reikwijdte van de weigeringsgrond, op zichzelf toelaatbaar.¹⁹⁸⁸

Op zichzelf, omdat de lidstaten bij de - beperkende - implementatie van een facultatieve weigeringsgrond wel het Unierecht in acht moeten nemen. Een belangrijke grens die het Unierecht aan een beperkte implementatie stelt, is gelegen in het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit (art. 18 VWEU; art. 21 lid 2 Handvest).¹⁹⁸⁹ Art. 6 lid 5 OLW stelt met betrekking tot vreemdelingen een eis die de Overleveringswet met betrekking tot Nederlanders niet stelt. De uitvoerende justitiële autoriteit moet art. 6 leden 1 en 2 OLW

¹⁹⁸¹ Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9117 en BK9119.

¹⁹⁸² Rb. Amsterdam 23 maart 2010, *LJN* BM1677; Rb. Amsterdam 3 januari 2012, *LJN* BV1119; Rb. Amsterdam 12 oktober 2012, *LJN* BY2645. Zie ook Glerum & Rozemond 2010, p. 282.

¹⁹⁸³ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13.

¹⁹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 13.

¹⁹⁸⁵ Punten 82 en 83 van de conclusie van de A-G Bot in zaak C-123/08 (*Wolzenburg*).

¹⁹⁸⁶ Dit vereiste leverde in de zaak *Wolzenburg* geen belemmering voor de toepassing van art. 6 lid 5 Olw op: Nederland had rechtsmacht ten aanzien van het feit (invoer van hasj in Duitsland vanuit Nederland).

¹⁹⁸⁷ HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (*Wolzenburg*), r.o. 62.

¹⁹⁸⁸ Zo ook Klip 2010, p. 554.

¹⁹⁸⁹ HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), r.o. 39.

op Nederlanders toepassen, ongeacht of zij in Nederland kunnen worden vervolgd ter zake van het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt, terwijl zij die toepassing op vreemdelingen die niet in Nederland kunnen worden vervolgd, maar voldoen aan de overige eisen van art. 6 lid 5 Olw, moet weigeren. De rechtsmachten van art. 6 lid 5 OLW levert in deze gevallen dus een onderscheid op grond van nationaliteit op.¹⁹⁹⁰

Om te beoordelen of dit onderscheid tussen Nederlanders en vreemdelingen een verboden discriminatie op grond van nationaliteit oplevert, is het doel van de rechtsmachten relevant. De wetsgeschiedenis biedt hierover geen opheldering. Met een beroep op de wetsgeschiedenis van de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV - waarop art. 6 lid 5 OLW is gebaseerd (zie paragraaf 3.3.4.1) -, oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat de rechtsmachten de straffeloosheid van de in art. 6 lid 5 OLW bedoelde vreemdeling beoogt te voorkomen.¹⁹⁹¹

Bij de beantwoording van de vraag of deze doelstelling een objectieve rechtvaardiging biedt voor het onderscheid, moet onderscheid worden gemaakt tussen executieoverlevering en vervolgingsoverlevering.¹⁹⁹² In geval van de weigering van de *executie*overlevering op grond van art. 6 lid 2 OLW kan Nederland niet steeds de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf overnemen, zoals gebleken is in paragraaf 3.3.2.3. Wanneer Nederland zich er niet toe kan verbinden om de straf over te nemen, vanwege het ontbreken van een verdragsbasis voor de overname van de straf of omdat niet voldaan is aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag, zou de rechtsmachten een redelijk doel kunnen dienen. Is aan de rechtsmachten en aan de overige vereisten van art. 6 lid 2 en lid 5 OLW voldaan, zonder dat overname van de straf mogelijk is, dan dient de rechtsmachten inderdaad ter voorkoming van straffeloosheid van de opgeëiste persoon. De Nederlandse uitvoerende justitiële autoriteit moet in dergelijke gevallen op grond van art. 6 leden 2 en 5 OLW de overlevering weigeren, waarna de opgeëiste persoon in Nederland kan worden vervolgd. Ontbreekt Nederlandse rechtsmacht ten aanzien van de feiten die aan het EAB ten grondslag liggen, terwijl Nederland de straf niet kan overnemen, dan is executieoverlevering van een onderdaan van een andere lidstaat gerechtvaardigd ter voorkoming van straffeloosheid in het geval dat overname van de straf niet mogelijk is. De Rechtbank Amsterdam komt in wezen tot hetzelfde resultaat: het voorkomen van straffeloosheid kan het onderscheid tussen Nederlanders en vreemdelingen rechtvaardigen, *mits* het doel van voorkomen van straffeloosheid niet op een andere, minder bezwarende manier kan worden bereikt. Bestaat die mogelijkheid niet, omdat een verdragsbasis daartoe ontbreekt, is overlevering van een vreemdeling vanwege het ontbreken van Nederlandse rechtsmacht toelaatbaar.¹⁹⁹³

¹⁹⁹⁰ In vergelijkbare zin Klip 2010, p. 556.

¹⁹⁹¹ Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1772 en BJ1773. Zie ook Rb. Amsterdam 16 oktober 2009, *LJN* BK6551; Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9060; Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6281; Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667.

¹⁹⁹² Klip 2010, p. 556, acht de rechtsmachten zonder meer in strijd met art. 21 VWEU. Zijn onderbouwing is mij niet geheel duidelijk.

¹⁹⁹³ Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1772; Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9060; Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667. Anderzijds acht de Rechtbank Amsterdam de enkele *mogelijkheid* van overname van de tenuitvoerlegging onvoldoende, omdat de daadwerkelijke overname afhankelijk is van de wil van de uitvaardigende lidstaat en Nederland. Geeft de uitvaardigende lidstaat de voorkeur aan tenuitvoerlegging op zijn grondgebied boven tenuitvoerlegging in Nederland, dan is geen sprake van een minder bezwarend alternatief en moet de opgeëiste persoon ter voorkoming van straffeloosheid worden overgeleverd (Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2118 (tussenuitspraak) en Rb. Amsterdam 16

Problematisch aan deze redenering is wel dat zij de keuzes van de Nederlandse wetgever om de weigering van de executieoverlevering los te koppelen van de verbintenis tot tenuitvoerlegging en om, in geval van weigering van de overlevering, slechts te voorzien in een bereidheid tot tenuitvoerlegging op grond van een executieverdrag, aanvaardt. Uit die keuzes vloeit de rechtsmachtis voor vreemdelingen rechtstreeks voort. Die keuzes kunnen immers leiden tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon, hetgeen de rechtsmachtis beoogt te voorkomen. In het licht van de toetsing aan het discriminatieverbod zijn die keuzes echter niet neutraal. Zij zijn immers in strijd met de uit het Kaderbesluit voor Nederland voortvloeiende verplichtingen. Bovendien berusten zij in wezen op de wens om vast te houden aan het *nationale* voorschrift van art. 2 WOTS, dat inhoudt dat Nederland de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen alleen krachtens een verdrag overneemt. Naar analogie van het arrest *Lopes Da Silva Jorge* zou men kunnen betwijfelen of (de wens om vast te houden aan) een dergelijk nationaal voorschrift een objectieve rechtvaardiging oplevert voor het onderscheid op basis van nationaliteit dat de rechtsmachtis vormt. In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie dat de onmogelijkheid om naar Frans recht de tenuitvoerlegging van een aan een onderdaan van een andere lidstaat opgelegde sanctie over te nemen geen objectieve rechtvaardiging oplevert voor de volledige en automatische uitsluiting in de Franse implementatie van art. 4 onder 6 Kaderbesluit van onderdanen van andere lidstaten, ongeacht hun banden met Frankrijk. Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen noch enige ander regel van internationaal recht dwingt immers tot een nationaal voorschrift dat de overname van de tenuitvoerlegging alleen mogelijk maakt ten aanzien van aan Fransen opgelegde sancties.¹⁹⁹⁴ Evenmin dwingt dat verdrag noch enige ander regel van internationaal recht tot (het handhaven van) een nationale wettelijke regeling als art. 2 WOTS. Omdat de rechtsmachtis voortvloeit uit de wens om die wettelijke regeling te handhaven, zou men dus kunnen betogen dat een objectieve rechtvaardiging voor de rechtsmachtis ontbreekt, ook al beoogt deze eis straffeloosheid van de opgeëiste persoon te voorkomen in die gevallen waarin Nederland de buitenlandse vrijheidsstraf niet kan overnemen. Nu geen noodzaak bestaat om de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf afhankelijk te maken van een executieverdrag, bestaat evenmin de noodzaak om door het stellen van de rechtsmachtis de negatieve gevolgen van de afhankelijkheid van een executieverdrag teniet te doen.

De gedachte achter de rechtsmachtis in *vervolgings*gevallen is kennelijk dat, zo de uitvaardigende justitiële autoriteit de terugkeergarantie niet zou verstrekken en Nederland geen rechtsmacht zou kunnen uitoefenen, de opgeëiste vreemdeling noch in de uitvaardigende lidstaat noch in Nederland zou kunnen worden vervolgd.¹⁹⁹⁵ Ten aanzien

oktober 2009, *LJN* BK6551). Mijns inziens is niet zozeer de wil van de uitvaardigende lidstaat als wel die van de Staat der Nederlanden van belang. Art. 4 onder 6 Kaderbesluit eist immers dat de *uitvoerende lidstaat* zich in geval van weigering van de overlevering *verbindt* tot tenuitvoerlegging. Is er een verdragsgrondslag voor overname voorhanden en wenst de Staat der Nederlanden zich tot die overname te verbinden, dan is mijns inziens recht gedaan aan het belang van het voorkomen van straffeloosheid.

¹⁹⁹⁴ HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), r.o. 47-49.

¹⁹⁹⁵ Glerum & Rozemond 2006, p. 143; Glerum & Rozemond 2008b, p. 836. In deze zin ook Rb. Amsterdam 13 september 2005, *LJN* AU2813; Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1773. In de eerstgenoemde uitspraak overweegt de Rechtbank Amsterdam ook dat de rechtsmachtis tot doel heeft "te waarborgen dat als een opgeëiste persoon met een terugkeergarantie naar Nederland wordt teruggebracht zijn in het buitenland opgelegde straf ook daadwerkelijk kan worden omgezet in een Nederlandse straf (...)". Dit is onjuist. Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen noch de Wet overdracht

van door vreemdelingen in den vreemde begane strafbare feiten heeft Nederland immers alleen bij uitzondering rechtsmacht.¹⁹⁹⁶ Met betrekking tot een Nederlander hoeft de rechtsmacht niet te worden gesteld, omdat Nederland doorgaans rechtsmacht heeft over door Nederlanders in den vreemde begane strafbare feiten.¹⁹⁹⁷ Kortom, zonder de rechtsmacht zou het ontbreken van de vereiste terugkeergarantie tot straffeloosheid van de opgeëiste vreemdeling leiden.

Het Kaderbesluit kent de uitvaardigende lidstaat niet de bevoegdheid toe om het verstrekken van de in art. 5 onder 3 Kaderbesluit bedoelde terugkeergarantie te weigeren. Het Kaderbesluit bevat evenmin een voorziening voor gevallen waarin de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering afhankelijk maakt van de in art. 5 onder 3 bedoelde garantie en de uitvaardigende lidstaat deze garantie niet afgeeft. De regeling veronderstelt kennelijk dat de uitvaardigende lidstaat gevolg zal geven aan een verzoek om de terugkeergarantie. Het kan natuurlijk niet worden uitgesloten dat de uitvaardigende lidstaat - om welke reden dan ook - de gevraagde terugkeergarantie niet afgeeft.¹⁹⁹⁸ Doet zich een dergelijk geval voor, dan zal de overlevering geen doorgang vinden en zal de opgeëiste vreemdeling bij het ontbreken van rechtsmacht inderdaad niet kunnen worden vervolgd in de uitvoerende lidstaat. Deze straffeloosheid komt echter geheel op het conto van de uitvaardigende lidstaat, die de gevraagde terugkeergarantie niet heeft verstrekt. In dergelijke gevallen legt het Kaderbesluit niet de verplichting aan de uitvoerende lidstaat op om eigener beweging tot strafvervolgning over te gaan noch om desgevraagd een eigen strafvervolgning te overwegen.

De rechtsmacht van art. 6 lid 5 OLW loopt dus vooruit op een geval dat zich, gelet op de voor de uitvaardigende lidstaat uit het Kaderbesluit voortvloeiende verplichtingen, niet zou mogen voordoen en dat, als het zich al voordoet, de uitvoerende lidstaat niet noopt tot compensatoir handelen. Voor zover de uitvaardigende lidstaat een terugkeergarantie afgeeft of zou kunnen afgeven, lijkt het eisen van een mogelijkheid tot strafvervolgning in Nederland dan ook geen redelijk doel te dienen.¹⁹⁹⁹ In een dergelijk geval staat immers vast dat de opgeëiste persoon met een terugkeergarantie kan worden overgeleverd aan en worden vervolgd in de uitvaardigende lidstaat en daarmee is het doel van de rechtsmacht al bereikt: de vervolgingsoverlevering (met terugkeergarantie) is een waarborg tegen straffeloosheid. Weigert de uitvaardigende lidstaat de terugkeergarantie af te geven, dan dient de rechtsmacht naar mijn mening evenmin een redelijk doel. De uit die weigering voortvloeiende straffeloosheid komt geheel voor rekening van de uitvaardigende lidstaat.

tenuitvoerlegging strafvonnissen eist voor die omzetting dat Nederland rechtsmacht kan uitoefenen over het feit dat aan de veroordeling ten grondslag ligt: Van Ballegooij & Koch-Hartmanová 2006, p. 297; Glerum & Rozemond 2006, p. 143. Klip 2010, p. 556, ziet kennelijk een vergelijkbaar, maar onjuist verband tussen de rechtsmacht en de overname van de tenuitvoerlegging ("Thans staat de rechtsmachtvoorwaarde er [in art. 6 lid 5 Olw] niet in om zelf te kunnen vervolgen, maar om te mogen overleveren en later de strafexecutie te kunnen overnemen").

¹⁹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 12.

¹⁹⁹⁷ Ingevolge art. 5 lid 1 Sr.

¹⁹⁹⁸ De door de Rechtbank Amsterdam gevraagde "omzettingsgarantie" geeft wel eens problemen (zie paragraaf 3.3.3.3), maar deze garantie zou bij een kaderbesluitconforme uitleg van art. 6 lid 1 Olw niet mogen worden gevraagd.

¹⁹⁹⁹ Volgens Van Ballegooij & Koch-Hartmanová 2006, p. 297, kan straffeloosheid ook worden voorkomen door afspraken te maken over de overname van de strafvervolgning. Zonder originele rechtsmacht zal een dergelijke overname moeten plaatsvinden op grond van het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgning, waarbij niet alle lidstaten partij zijn: Glerum & Rozemond 2008b, p. 837.

Volgens de Rechtbank Amsterdam rechtvaardigt de doelstelling van de rechtsmacheis - het voorkomen van straffeloosheid, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit de terugkeergarantie niet verstrekt - in het beginsel het onderscheid tussen Nederlanders en vreemdelingen.²⁰⁰⁰ De stelling dat de opgeëiste vreemdeling na een eventuele veroordeling in de uitvaardigende lidstaat op grond van het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen naar Nederland kan worden overgebracht om hier de straf te ondergaan, acht zij niet relevant. Deze stelling zou namelijk berusten op een onjuiste aanname over het systeem van de Overleveringswet, zou miskennen dat de opgeëiste persoon bij gebreke van rechtsmacht niet in Nederland zou kunnen worden vervolgd in geval van weigering van de terugkeergarantie en zou slechts zien op een mogelijke toekomstige gebeurtenis. De Rechtbank Amsterdam concludeert dat - in het onderhavige geval - het doel van de rechtsmacheis niet op een andere, voor de opgeëiste persoon minder bezwarende manier kan worden bereikt. Deze redenering is niet onproblematisch. Weliswaar zit het systeem van art. 6 leden 1 en 5 OLW zo in elkaar, dat de terugkeergarantie pas gevraagd en verkregen dient te worden, indien mede aan de rechtsmacheis is voldaan, maar het beroep op het discriminatieverbod roept juist de vraag op of dat systeem al dan niet opzij moet worden gezet. In dat kader ligt het voor de hand om te onderzoeken of de uitvaardigende justitiële autoriteit bereid is de terugkeergarantie te verstrekken. Bovendien berust ook de redenering van de Rechtbank Amsterdam op een mogelijke toekomstige gebeurtenis, te weten de mogelijke weigering van de uitvaardigende justitiële autoriteit om een terugkeergarantie af te geven. Zonder dat vast staat dat deze garantie inderdaad niet zal worden verstrekt, legt het doel van het voorkomen van straffeloosheid naar mijn mening weinig gewicht in de schaal.²⁰⁰¹

In een latere uitspraak²⁰⁰² verwijst de Rechtbank Amsterdam ter onderbouwing van haar standpunt nog naar een uitleveringsrechtelijk arrest van de Hoge Raad.²⁰⁰³ In het bedoelde arrest verwerpt de Hoge Raad het verweer dat de opgeëiste persoon op grond van het discriminatieverbod als burger van de Europese Unie moet worden gelijkgesteld met een Nederlander, wiens executie-uitlevering ingevolge art. 4 lid 1 UW dient te worden geweigerd. Volgens de Hoge Raad bestaat een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling, omdat de opgeëiste persoon, een Kroaat, in geval van weigering van de uitlevering “niet alsnog in Nederland [kan] worden vervolgd voor het misdrijf waarvoor hij in Kroatië is veroordeeld, terwijl een Nederlander in zo een geval op grond van art. 5 Sr wel alsnog hier te lande vervolgd kan worden”.²⁰⁰⁴ Daargelaten dat dit arrest betrekking heeft op een executie-uitlevering, moeten 's Raads overwegingen geplaatst worden in de context van een ander systeem dan dat van art. 5 onder 3 Kaderbesluit en van art. 6 leden 1 en 5 Olw. Art. 6 lid 1 onder a EUV geeft de partijen immers de absolute bevoegdheid om de uitlevering van hun “nationals” te weigeren, zij het dat zij - desgevraagd - gehouden zijn om de strafvervolgning van een “national” wiens uitlevering zij hebben

²⁰⁰⁰ Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1773.

²⁰⁰¹ In vergelijkbare zin Van Ballegooij & Koch-Hartmanová 2006, p. 297.

²⁰⁰² Zie voor eerdere uitspraken Glerum & Rozemond 2010, p. 294-294, noot 86, en p. 300, noot 96.

²⁰⁰³ Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6281. Ook Rb. Amsterdam 11 februari 2009, *LJN* BI0737 en Rb. Amsterdam 25 februari 2009, *LJN* BH7010 verwijzen naar het arrest.

²⁰⁰⁴ HR 11 november 2008, *NJ* 2008, 595, r.o. 3.7.2. De Hoge Raad liet overigens onder meer uitdrukkelijk in het midden of de opgeëiste persoon - een Kroaat en dus onderdaan van een *derde* staat - onder de personele werkingssfeer van het EG-verdrag viel. Art. 12 EG verbood discriminatie op grond van nationaliteit binnen de werkingssfeer van dat verdrag.

geweigerd in overweging te nemen. Zonder rechtsmacht kan Nederland niet daadwerkelijk een strafvervolgning instellen. Bovendien valt op de noodzaak en zin van de rechtsmacheits bij *uitlevering* al het nodige af te dingen, zoals ik in paragraaf 2.5.2 heb betoogd. Het valt dan ook te betreuren dat de wetgever het problematische systeem van de verklaring ex art. 6 lid 1 onder EUV zonder meer heeft overgenomen in art. 6 lid 5 Olw.

Tot nog toe heeft de Rechtbank Amsterdam noch in executiezaken noch in vervolgingszaken aangenomen dat in een concreet geval een ander, minder bezwarend alternatief bestaat voor de doelstelling van de rechtsmacheits.²⁰⁰⁵ Toepassing van art. 6 lid 5 OLW stuit daarom al af op het ontbreken van rechtsmacht.²⁰⁰⁶

Uit het voorafgaande blijkt dat de rechtsmacheits voor complicaties kan zorgen. De rechtsmacheits kan meebrengen dat een vreemdeling, die rechtmatig in Nederland verblijft, die naar verwachting niet zijn verblijfsrecht in Nederland verliest tengevolge van de - eventueel - opgelegde sanctie en die uit het oogpunt van re-integratie voldoende banden met Nederland heeft om de gelijkstelling met een Nederlander te rechtvaardigen, niet onder de reikwijdte van art. 6 lid 5 OLW valt. Voor wat betreft *executieoverlevering* hadden deze complicaties kunnen worden vermeden, wanneer Nederland art. 4 onder 6 Kaderbesluit correct had geïmplementeerd en in art. 6 leden 2 en 5 OLW had bepaald dat *executieoverlevering* alleen kan worden geweigerd, indien en voor zover Nederland zich ertoe verbindt om de straf over te nemen. De rechtsmacheits zou dan overbodig zijn. In verband met de *vervolgingsoverlevering* lijkt de rechtsmacheits geen enkel redelijk doel te dienen.²⁰⁰⁷

IX.3.3.4.5 Behoud van verblijfsrecht

Aangezien art. 6 lid 5 OLW ook van toepassing is op *executieoverlevering* (zie paragraaf 3.3.4.1), moet de derde voorwaarde die deze bepaling stelt - de voorwaarde dat ten aanzien van de betrokken vreemdeling “de verwachting bestaat dat hij niet zijn recht van verblijf in Nederland verliest ten gevolge van een hem na overlevering opgelegde straf of maatregel” - zo worden gelezen, dat ten aanzien van de betrokken vreemdeling de verwachting bestaat dat hij niet zijn verblijfsrecht in Nederland verliest ten gevolge van *de hem bij onherroepelijk vonnis opgelegde* vrijheidsstraf tot de tenuitvoerlegging waarvan het EAB strekt.²⁰⁰⁸

De derde voorwaarde levert eveneens een beperking van de autonome begrippen “ingezetene” en “verblijven” op (zie paragraaf 3.2.1.2). Op zichzelf is deze voorwaarde dus

²⁰⁰⁵ Sommige uitspraken lijken zelfs erop te duiden dat de Rechtbank Amsterdam een dergelijk alternatief niet (meer) voor mogelijk houdt. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6281: “Volgens vaste rechtspraak van deze rechtbank (onder meer *LJN* BJ1772, BH2341) en het arrest van de Hoge Raad van 11 november 2008 (NJ 2008/595) rechtvaardigt het voorkomen van straffeloosheid het maken van onderscheid naar nationaliteit en kan dit doel niet op een andere minder bezwarende manier worden bereikt”.

²⁰⁰⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 11 mei 2010, *LJN* BP5537 (*executieoverlevering*); Rb. Amsterdam 11 februari 2011, *LJN* BP5564 (*executieoverlevering*); Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7832 (*vervolgingsoverlevering*) en BQ7846 (*executieoverlevering*); Rb. Amsterdam 6 juli 2011, *LJN* BR4144 (*executieoverlevering*); Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667 (*executieoverlevering*).

²⁰⁰⁷ Zie verder Glerum & Rozemond 2010, p. 293-301.

²⁰⁰⁸ Rb. Amsterdam 23 januari 2007, *LJN* AZ7032 (tussenuitspraak), r.o. 6.28. Zie voor een geval waarin de *executieoverlevering* niet toelaatbaar was op grond van art. 6 lid 5 Olw: Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9114.

toegelaten, omdat deze de reikwijdte van de weigeringsgrond inperkt en dus tot meer overleveringen leidt.²⁰⁰⁹

Van een verboden discriminatie op grond van nationaliteit ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten lijkt geen sprake te zijn. De voorwaarde streeft een legitiem doel na, te weten het verhogen van de kansen op sociale re-integratie. Daarvoor is toekomstperspectief in Nederland vereist. Re-integratie veronderstelt immers dat de betrokkene zijn verblijf in de uitvoerende lidstaat mag voortzetten.²⁰¹⁰ Dat voor Nederlanders enkel de nationaliteitsvoorwaarde geldt en voor onderdanen van andere lidstaten de voorwaarde van behoud van verblijfsrecht garandeert dat dit perspectief aanwezig is. Voor Nederlanders geldt namelijk uit hoofde van hun nationaliteit dat aan hen de toegang tot Nederland niet kan worden ontzegd en dat zij niet uit Nederland kunnen worden uitgezet.²⁰¹¹ Voor onderdanen van andere staten bestaat dat perspectief niet, voor zover zij hun verblijfsrecht in Nederland zullen verliezen. Van een onevenredigheid tussen het onderscheid en de daarmee nagestreefde doelstelling lijkt geen sprake te zijn.²⁰¹²

IX.3.4. Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties

IX.3.4.1 Inleiding

Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties beoogt regels te stellen over de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen uit de ene lidstaat, de beslissingsstaat, door de andere lidstaat, de tenuitvoerleggingsstaat, ter bevordering van de reclassering van de gevonnisse persoon (art. 3 lid 1).²⁰¹³ Het systeem van dit kaderbesluit is geschoeid op de leest van het beginsel van wederzijdse erkenning, waarvan de Europese Raad van Tampere in 1999 heeft verklaard dat het de hoeksteen van de justitiële samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie dient te worden en waarvan art. 82 lid 1 VWEU inmiddels zegt dat die samenwerking op dat beginsel berust. De tenuitvoerleggingsstaat is in beginsel verplicht tot erkenning van het vonnis en tenuitvoerlegging van de sanctie uit de beslissingsstaat, maar heeft - beperkte - mogelijkheden tot weigering van die erkenning en tenuitvoerlegging (art. 9). De regels van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties komen, in de verhoudingen tussen de lidstaten, in de plaats van de regels van de Europese verdragen inzake de overdracht van de tenuitvoerlegging van strafvonnissen (art. 26 lid 1).²⁰¹⁴ Het

²⁰⁰⁹ Teneinde vast te stellen of aan deze voorwaarde is voldaan, vraagt de officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam aan het Openbaar Ministerie om een Nederlandse strafreis te bepalen aan de hand van de buitenlandse tenlastelegging, die vervolgens aan de IND wordt voorgelegd. Deelt de IND mee dat hij op grond van deze strafreis niet voornemens zou zijn om tot intrekking van de verblijfsvergunning over te gaan, dan vraagt de officier van justitie de terugkeergarantie op. Zie Bregman 2007, p. 26.

²⁰¹⁰ Punt 84 van de conclusie van de A-G Bot in zaak C-123/08 (Wolzenburg). In soortgelijke zin Rb. Amsterdam 13 september 2005, *LJN* AU2813.

²⁰¹¹ Art. 3 Protocol 4 EVRM.

²⁰¹² Voor onderdanen van derde staten is op grond van art. 1 lid 2 Protocol 12 EVRM en art. 26 IVBPR een soortgelijke redenering verdedigbaar. Vgl. Rb. Amsterdam 7 maart 2006, *LJN* BD2493.

²⁰¹³ Zie ook de eerste volzin van overweging 9 van de preamble bij het kaderbesluit: "De tenuitvoerlegging van de sanctie in de tenuitvoerleggingsstaat dient de reclassering van de gevonnisse persoon te bevorderen".

²⁰¹⁴ Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisse personen; het Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisse personen; het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen; titel III, hoofdstuk 5 van de Schengen uitvoeringsovereenkomst; het Verdrag tussen de

kaderbesluit is van toepassing zowel wanneer de gevonnisse persoon zich nog in de beslissingsstaat bevindt als wanneer hij zich al in de tenuitvoerleggingsstaat ophoudt (art. 3 lid 2). Dit toepassingsbereik is een verbetering ten opzichte van de Europese executieverdragen, die ofwel een meer beperkte reikwijdte hebben, ofwel niet gelden voor alle lidstaten (zie paragraaf 3.3.2.3).

In paragraaf 3.4.2 zal ik eerst onderzoeken in hoeverre het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties van overeenkomstige toepassing is op de overlevering van onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en van personen die in die lidstaat verblijven. Tegen de achtergrond van hetgeen ik in die paragraaf zal hebben vastgesteld, zal ik in de volgende paragrafen enkele onderwerpen bespreken die (mogelijk) van belang zijn voor de overlevering: de personele reikwijdte van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties (paragraaf 3.4.3), de instemming van de gevonnisse persoon (paragraaf 3.4.4), de instemming van de tenuitvoerleggingsstaat (paragraaf 3.4.5), de toetsing van de dubbele strafbaarheid (paragraaf 3.4.6) en de uitsluiting van de exequaturprocedure (paragraaf 3.4.7).

IX.3.4.2 Van overeenkomstige toepassing

Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbeneming refereert op twee plaatsen aan de overlevering op grond van het Kaderbesluit EAB. Art. 25 draagt het opschrift “Tenuitvoerlegging van vonnissen volgend op een Europees aanhoudingsbevel”. Deze bepaling verklaart de regels van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties van overeenkomstige toepassing op de tenuitvoerlegging van vonnissen in geval van de verbintenis tot tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit en van overlevering onder de garantie van terugkeer als bedoeld in art. 5 onder 3 Kaderbesluit, zij het “(o)nverminderd” en “voor zover verenigbaar” met het Kaderbesluit EAB, “zulks teneinde straffeloosheid te voorkomen”. Deze aangehaalde zinsneden maken dat deze bepaling qua transparantie enigszins onder de maat is.

De zinsnede “Onverminderd Kaderbesluit 2002/584/JBZ” bedoelt kennelijk tot uitdrukking te brengen dat het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbeneming niet kan afdoen aan verplichtingen die voor de lidstaten uit het Kaderbesluit EAB voortvloeien. Hetzelfde geldt voor de zinsnede “voor zover verenigbaar met Kaderbesluit 2002/584/JBZ”. Dat roept de vraag op welke bepalingen van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties niet onverenigbaar zijn met het Kaderbesluit EAB en dus van overeenkomstige toepassing zijn.

Hoewel het ontwerp aanvankelijk die bepalingen uitdrukkelijk opsomde, hebben de lidstaten uiteindelijk ervoor gekozen om die bepalingen niet meer te noemen. Deze keuze werd onder meer ingegeven door de gedachte om de regeling eenvoudig te houden.²⁰¹⁵ Naar mijn mening zal ook hebben meegespeeld dat een uitdrukkelijke en specifieke opsomming van de toepasselijke bepalingen minder implementatieruimte geeft dan de huidige algemene verwijzing. Ook hier hebben de lidstaten mijns inziens hun handen vrij willen houden (zie paragraaf 3.2.2.3). In verband met de problemen die - allicht - uit de algemene verwijzing zouden kunnen voortvloeien, moet een lidstaat die bij de toepassing van art. 25 “herhaaldelijk moeilijkheden heeft ondervonden die niet door bilateraal overleg

Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen.

²⁰¹⁵ Council document 14040/06, 18 October 2006, p. 9.

zijn opgelost” daarvan de Raad van de Europese Unie en de Commissie in kennis stellen. De Commissie stelt dan in een dergelijk geval een verslag op en meldt de initiatieven die zij passend acht om de moeilijkheden op te lossen (art. 29 lid 4).²⁰¹⁶

Art. 25 spreekt van de “tenuitvoerlegging van vonnissen”, terwijl andere bepalingen spreken van de “erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie” (art. 3 lid 1; art. 6 lid 1; art. 9 lid 1). Strikt genomen, zou men daaruit kunnen concluderen dat de bepalingen inzake de *erkenning* van het vonnis, zoals de weigeringsgronden (art. 9), niet van overeenkomstige toepassing zijn. Alleen de bepalingen die op de daadwerkelijke tenuitvoerlegging betrekking hebben, zouden dan van belang zijn, zoals de bepalingen over de vervroegde of voorwaardelijke invrijheidstelling (art. 17 lid 1), over specialiteit (art. 18) en over amnestie, gratie en herziening (art. 19). Bij deze lezing vormt de laatste zinsnede van art. 25 - “zulks ten einde straffeloosheid te voorkomen” - een probleem. De mededeling dat de overeenkomstige toepassing van de bepalingen van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbeneming straffeloosheid beoogt te voorkomen, lijkt dan namelijk zinloos.

Overweging 12 van de preambule werpt meer licht op de bedoeling van art. 25. De eerste volzin stelt dat het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sanctie overeenkomstig moet worden toegepast op “de tenuitvoerlegging van sancties in de gevallen, bedoeld in artikel 4, lid 6, en artikel 5, lid 3, [Kaderbesluit EAB]”. De daaropvolgende zin biedt een verklaring van deze overeenkomstige toepassing: “Dit betekent onder meer dat, onverminderd dat kaderbesluit, de lidstaat kan nagaan of er gronden tot weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging in de zin van artikel 9 van dit kaderbesluit voorhanden zijn (...)”. Daarmee is nog niet gezegd, dat *alle* weigeringsgronden van art. 9 relevant zijn. Voor zover een weigeringsgrond onverenigbaar is met het Kaderbesluit EAB, is deze immers ingevolge art. 25 niet van overeenkomstige toepassing.

Het tijdstip waarop de betrokken lidstaat nagaat of zich gronden tot weigering van de erkenning van het vonnis en tenuitvoerlegging van de sanctie voordoen, is van groot belang. Onderzoekt de uitvoerende lidstaat pas nadat hij zich heeft verbonden tot tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf en de overlevering heeft geweigerd (art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB) of er gronden tot weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging zijn, dan zou de verbintenis tot tenuitvoerlegging mogelijk een slag in de lucht zijn. Het vervolg van overweging 12 van de preambule maakt duidelijk, dat dit onderzoek plaatsvindt, vóórdat de uitvoerende lidstaat zich al dan niet verbindt tot tenuitvoerlegging. De overeenkomstige toepassing van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties betekent namelijk “meer bepaald” dat de uitvoerende lidstaat, “indien door hem een verklaring in de zin van artikel 7, lid 4, van dit kaderbesluit is afgelegd, in de gevallen bedoeld in artikel 4, lid 6, van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, alvorens het vonnis te erkennen en ten uitvoer te leggen kan onderzoeken of er sprake is van dubbele strafbaarheid, zodat overlevering van de betrokkene of tenuitvoerlegging van de sanctie kan worden overwogen”.

Om deze passage te verklaren, moet ik hier vooruitlopen op een nog te bespreken onderwerp, de status van de dubbele strafbaarheid in het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties. Dit kaderbesluit kent net als het Kaderbesluit EAB een regeling inzake lijstfeiten. Die 32 categorieën van strafbare feiten moeten zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid leiden tot erkenning van het vonnis en tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende sanctie, mits daarop in de beslissingsstaat

²⁰¹⁶ Deze bepaling laat art. 35 lid 7 (oud) VEU onverlet.

een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste drie jaren is gesteld (art. 7 lid 1). Ter zake van andere feiten mag de tenuitvoerleggingsstaat de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie afhankelijk maken van de voorwaarde dat het feit strafbaar is naar zijn recht (art. 7 lid 3). De lidstaten hebben echter de mogelijkheid om te verklaren dat zij art. 7 lid 1 niet toepassen (art. 7 lid 4). Heeft een lidstaat van die mogelijkheid gebruik gemaakt, dan mag hij de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie weigeren, indien het feit waarvoor die sanctie is opgelegd niet strafbaar is naar zijn recht (art. 9 lid 1 onder d).

De uitvoerende lidstaat die de verklaring ex art. 7 lid 4 heeft afgelegd, mag dus in het kader van de beslissing op het EAB - onder meer - onderzoeken of het feit waarvoor de opgeëiste persoon is veroordeeld strafbaar is naar zijn recht. Is het feit dubbel strafbaar, dan mag hij zich verbinden tot tenuitvoerlegging en mag hij de overlevering weigeren. De uitvoerende lidstaat (tenuitvoerleggingsstaat) zal dan de opgelegde vrijheidsstraf overeenkomstig het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties ten uitvoer leggen. De verbintenis tot tenuitvoerlegging, als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB, houdt dus de erkenning van het vonnis in en leidt tot de tenuitvoerlegging van de sanctie, als bedoeld in het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties. Is het feit daarentegen niet strafbaar naar het recht van de uitvoerende lidstaat, dan mag deze lidstaat ervoor kiezen om het buitenlandse vonnis niet te erkennen en de opgelegde sanctie niet ten uitvoer te leggen. In dat geval mag hij zich niet verbinden tot tenuitvoerlegging en mag hij dus de overlevering niet weigeren enkel vanwege de hoedanigheid van de opgeëiste persoon. In het kader van art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB heeft de uitvoerende lidstaat dus de keuze tussen overlevering enerzijds en erkenning van het vonnis, gevolgd door tenuitvoerlegging van de sanctie in de uitvoerende lidstaat, anderzijds. Deze keuze vormt een illustratie van de laatste zinsnede van art. 25 (“zulk teneinde straffeloosheid te voorkomen”).

Uit overweging 12 van de preambule volgt dat in geval van *executie*overlevering de - eventuele - overeenkomstige toepassing van de weigeringsgronden van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties plaatsvindt, vóórdat de uitvoerende lidstaat zich tot tenuitvoerlegging verbindt en de overlevering weigert. Toepassing van die weigeringsgronden nádat de uitvoerende lidstaat zich tot tenuitvoerlegging heeft verbonden en de overlevering heeft geweigerd, zou in strijd zijn met de jegens de uitvaardigende lidstaat aangegane verplichting en zou tot straffeloosheid leiden. De weigering van de overlevering overeenkomstig art. 4 onder 6 Kaderbesluit brengt mee dat de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat geen ruimte meer heeft tot weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging van het veroordelende vonnis. Bij de weigering van de overlevering heeft de uitvoerende lidstaat zich immers al tot tenuitvoerlegging verbonden.

In geval van *vervolgings*overlevering is er nog geen - te erkennen - onherroepelijk vonnis en nog geen - ten uitvoer te leggen - vrijheidsstraf op het tijdstip dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit op het EAB moet beslissen. De beslissing om de overlevering afhankelijk te maken van een terugkeergarantie brengt bovendien strikt genomen niet mee dat de uitvoerende lidstaat zich al heeft verbonden jegens de uitvaardigende lidstaat. Men zou dus kunnen betogen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij gebreke van een vonnis en van een opgelegde sanctie bij de beslissing om de overlevering al dan niet afhankelijk te maken van de terugkeergarantie de gronden tot weigering van de erkenning van het vonnis en tenuitvoerlegging van de sanctie (art. 9 lid 1) niet overeenkomstig mag toepassen. In deze lezing zou de toetsing aan die weigeringsgronden pas kunnen plaatsvinden, nadat de onder een terugkeergarantie overgeleverde persoon onherroepelijk

zou zijn veroordeeld, en wel in het kader van de beantwoording van de vraag of de uitvoerende lidstaat dat vonnis moet erkennen en of hij de daarbij opgelegde sanctie ten uitvoer moet leggen. Het voordeel van een toetsing *post sententiam* is dat zij straffeloosheid van de opgeëiste persoon uitsluit. Besluit de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat het vonnis niet te erkennen, dan zal de overgeleverde opgeëiste persoon de aan hem opgelegde vrijheidsstraf immers in de uitvaardigende lidstaat ondergaan. De Belgische wet tot implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties voorziet in geval van vervolgingsoverlevering in een dergelijke toetsing *post sententiam*.²⁰¹⁷

Anderzijds is een onderzoek naar de gronden tot weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging *ante sententiam* vanuit het oogpunt van proceseconomie aantrekkelijk. De beslissing dat de overlevering dient plaats te vinden onder een terugkeergarantie houdt dan al de beslissing tot erkenning van het eventuele vonnis en tot tenuitvoerlegging van de eventuele vrijheidsstraf in. De Oostenrijkse wetgeving tot implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties voorziet in een dergelijke toetsing.²⁰¹⁸ Na de eventuele onherroepelijke veroordeling tot een vrijheidsstraf in de uitvaardigende lidstaat hoeft dan geen afzonderlijke procedure tot erkenning en tenuitvoerlegging meer te volgen.²⁰¹⁹ Zulks is in de eerste plaats voordelig voor de beide betrokken lidstaten, maar ook de overgeleverde persoon profiteert van een dergelijke handelwijze. Zodra de uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft beslist dat hij alleen onder een terugkeergarantie zal worden overgeleverd, weet de opgeëiste persoon immers dat hij in geval van een onherroepelijke vrijheidsstraf zal terugkeren naar de uitvoerende lidstaat. Vindt een toetsing pas *post sententiam* plaats, dan kan de terugkeergarantie de spreekwoordelijke dode mus blijken te zijn waarmee de opgeëiste persoon blij is gemaakt. Bovendien zal de terugkeer bij een toetsing *ante sententiam* sneller plaatsvinden dan bij een toetsing *post sententiam*. Een nadeel is dat toetsing in de overleveringsprocedure kan leiden tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon. Acht de uitvoerende rechterlijke autoriteit een terugkeergarantie gewenst, maar doet zich een grond tot weigering van de erkenning voor, dan zou de uitvoerende rechterlijke autoriteit kunnen concluderen dat - ondanks een eventuele garantie - de terugkeer naar de uitvoerende lidstaat niet gegarandeerd is en zou zij de overlevering op die grond kunnen weigeren. Dat is precies wat art. 25 Kaderbesluit

²⁰¹⁷ Vgl. art. 39 § 2 van die wet: “Indien België de overlevering onderwerpt aan de voorwaarde dat de persoon, na in een andere lidstaat te zijn berecht, wordt teruggezonden naar het Belgische grondgebied teneinde daar de sanctie te ondergaan die te zijnen laste werd uitgesproken, omvat deze beslissing het voorafgaand akkoord dat vereist zou zijn voor de erkenning en de tenuitvoerlegging van het vonnis in België. De territoriaal bevoegde procureur des Konings zal het vonnis vergezeld van het certificaat eisen van de autoriteit die het Europees aanhoudingsbevel heeft uitgevaardigd, hij zal overgaan tot het onderzoek van de weigeringsgronden en indien nodig tot de aanpassing van de straf. De sanctie wordt vervolgens ten uitvoer gelegd overeenkomstig de bepalingen van deze wet” (mijn cursivering).

²⁰¹⁸ § 41j sluit uit toetsing aan de “Voraussetzungen für die Strafvollstreckung, da diese bereits im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl geprüft wurden” en toetsing aan de “Unzulässigkeitsgründe, da eine Ablehnung der bereits zugesagten Vollstreckung in den betreffenden Fällen nicht in Betracht kommt”: *Erläuterende Bemerkungen Entwurf Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG), das Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz und das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den internationalen Gerichten geändert werden (EU-JZG-ÄndG 2011)*, p. 14, beschikbaar op www.justiz.gv.at.

²⁰¹⁹ Al is niet uitgesloten dat het vonnis en de opgelegde vrijheidsstraf mede betrekking hebben op een ander feit dan waarvoor de overlevering werd toegestaan (zie art. 27 lid 3 onder b, c, e en f Kaderbesluit EAB). In een dergelijk geval zal alsnog erkenning moeten worden verzocht met betrekking tot dat feit.

wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties beoogt te voorkomen. Bij een toetsing aan de gronden tot weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging in de overleveringsprocedure, zal het oordeel dat zich een dergelijke grond voordoet hoogstens tot de conclusie mogen leiden dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering niet afhankelijk stelt van de terugkeergarantie.

De besproken tekstuele en systematische argumenten en in het bijzonder de overweging dat het risico van straffeloosheid is uitgesloten, brengen mij ertoe in geval van vervolgingsoverlevering de voorkeur te geven aan de toetsing *post sententiam*. Een dergelijke toetsing strookt bovendien met het *uitleveringsrechtelijke* verbod op vooruitlopen op de uitkomst van een - eventuele - WOTS-procedure.²⁰²⁰

Ik concludeer dat art. 25 meebrengt dat de uitvoerende lidstaat de weigeringsgronden van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties mag betrekken bij de vraag of de uitvoerende lidstaat zich verbindt tot tenuitvoerlegging (art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB) en bij de vraag of de uitvoerende lidstaat het na toepassing van art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB gewezen vonnis erkent, althans voor zover deze weigeringsgronden verenigbaar zijn met het Kaderbesluit EAB. De overeenkomstige toepassing van de weigeringsgronden dient op een dusdanige wijze plaats te vinden, dat straffeloosheid van de opgeëiste persoon wordt vermeden. De verplichtingen die voor de uitvoerende lidstaat uit het Kaderbesluit EAB voortvloeien, blijven dus overeind, zoals ook al blijkt uit de zinsneden “(o) nverminderd [het Kaderbesluit EAB]” en “voor zover verenigbaar met [het Kaderbesluit EAB]”. In de volgende paragrafen zal ik dan ook van een aantal onderwerpen, die onder het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties weigeringsgronden opleveren, nagaan in hoeverre zij verenigbaar zijn met het Kaderbesluit EAB.

IX.3.4.3 *Personele reikwijdte*

Art. 4 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties regelt de personele reikwijdte van dit kaderbesluit en wel in de vorm van criteria voor de toezending van het vonnis aan de tenuitvoerleggingsstaat ter fine van erkenning en tenuitvoerlegging. Is aan deze criteria niet voldaan, dan mag de tenuitvoerleggingsstaat de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie weigeren (art. 9 lid 1 onder b).

Art. 4 knoopt in beginsel aan bij de hoedanigheid van onderdaan van de tenuitvoerleggingsstaat, zij het dat deze bepaling daaraan een bijkomende voorwaarde toevoegt. De beslissingsstaat mag het vonnis namelijk ter erkenning en tenuitvoerlegging sturen aan: (a) de lidstaat waarvan de gevonnisde persoon onderdaan is én waarin hij zijn woonplaats heeft²⁰²¹ of (b) de lidstaat waarvan de gevonnisde persoon onderdaan is, maar waarin hij niet zijn woonplaats heeft “en waarheen hij, na zijn invrijheidstelling, zal worden uitgewezen als gevolg van een bevel tot uitzetting of verwijdering dat deel uitmaakt van het vonnis of van een gerechtelijke of bestuurlijke beschikking of een andere ingevolge het vonnis getroffen maatregel” (art. 4 lid 1 onder a en b).²⁰²² Aangenomen dat het autonome begrip van Unierecht “onderdaan” in het Kaderbesluit wederzijdse erkenning

²⁰²⁰ HR 20 mei 2003, NJ 2003, 725, m.nt. Y. Buruma.

²⁰²¹ Overweging 17 van de preambule verstaat onder de lidstaat waar de gevonnisde persoon zijn woonplaats heeft “de staat (...) waarmee hij verbonden is uit hoofde van een gewone verblijfplaats en, bijvoorbeeld, familiale, sociale of professionele banden”.

²⁰²² Deze categorie van personen is kennelijk ontleend aan art. 3 lid 1 Aanvullend Protocol VOGP.

vrijheidsbenemende sancties dezelfde autonome betekenis heeft als in het Kaderbesluit EAB (zie paragraaf 3.2.1.2) - en ik zie geen reden waarom dat niet zo zou zijn -, lijkt het erop dat de personele reikwijdte van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties beperkter is dan die van de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit EAB. Art. 4 kent echter nog een derde categorie van gevallen van toezending ter erkenning en tenuitvoerlegging. De beslissingsstaat mag het vonnis namelijk ook ter erkenning en tenuitvoerlegging sturen aan een andere lidstaat dan de in art. 4 lid 1 onder a en b bedoelde lidstaat, *mits* deze andere lidstaat daarin toestemt (art. 4 lid 1 onder c), een vereiste dat voor de andere twee gevallen niet geldt. Onder deze categorie vallen gevestigde personen die onderdaan van de tenuitvoerleggingsstaat zijn, maar die niet onder art. 4 lid 1 onder a en b vallen, én andere gevestigde personen.²⁰²³

De personele reikwijdte van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties wijkt dus af van die van de art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB. Deze bepalingen zien immers op onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3), alsmede op personen die verblijven in de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 6).

Men zou kunnen betogen dat art. 4 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties onverenigbaar is met het Kaderbesluit EAB. De personele reikwijdte van art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB is in deze opvatting bepalend. Valt de opgeëiste persoon binnen *die* reikwijdte en past de uitvoerende rechterlijke autoriteit die bepalingen toe, dan mag art. 4 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties niet eraan in de weg staan dat de buitenlandse sanctie ten uitvoer wordt gelegd. Kortom, de uitvoerende lidstaat mag art. 9 lid 1 onder b Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties niet toepassen.²⁰²⁴

Een andere lezing zou kunnen zijn, dat de personele reikwijdte van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties niet onverenigbaar is met art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB. De onderdanen van de uitvoerende lidstaat die niet aan de criteria van art. 4 lid 1 onder a of b voldoen, de ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en de personen die in die lidstaat verblijven vallen in beginsel - namelijk voor zover die lidstaat daarin toestemt (zie paragraaf 3.4.5) - onder de personele reikwijdte van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.

Alleen voor het geval dat de uitvoerende lidstaat niet zou instemmen met toezending van het vonnis, maakt het dus verschil welke lezing men aanhangt. Is art. 4 lid 1 onverenigbaar met het Kaderbesluit EAB, dan maakt het ontbreken van die instemming niet uit. In de andere lezing staat het ontbreken van die instemming in de weg aan erkenning en tenuitvoerlegging. In paragraaf 3.4.5 zal ik uiteen zetten dat de lidstaat wiens rechterlijke autoriteit de terugkeergarantie heeft gevraagd - doorgaans - geen reden zal hebben om zijn instemming met toezending van het vonnis te weigeren.

²⁰²³ *Bijvoorbeeld*, zo zegt overweging 7 van de preambule, een persoon die in de betrokken lidstaat woont, er sedert ten minste vijf jaren ononderbroken verblijft en het recht op permanent verblijf zal behouden.

²⁰²⁴ Swart is kennelijk deze opvatting toegedaan. Hij neemt aan dat naast de in art. 4 lid 1 onder a en b bedoelde gevallen de verplichting tot erkenning en tenuitvoerlegging bestaat voor de lidstaat die art. 4 onder 6 of art. 5 onder Kaderbesluit EAB heeft toegepast: Swart 2008, p. 143.

IX.3.4.4 (Geen) instemming gevonniste persoon

Als hoofdregel mag de beslissingsstaat een vonnis alleen ter erkenning en tenuitvoerlegging aan een lidstaat toezenden, voor zover de gevonniste persoon daarmee heeft ingestemd (art. 6 lid 1). In zoverre stemt het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties overeen met het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen, dat de overbrenging - onder meer - afhankelijk maakt van de instemming van de opgeëiste persoon (art. 3 lid 1 onder d VOGP). Achter de hoofdregel en de verdragsvoorwaarde ligt de gedachte dat de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie respectievelijk de overbrenging tegen de wil van de gevonniste persoon het algemene doel - bevordering van zijn reclassering - zouden kunnen doorkruisen.

Op de hoofdregel van instemming maakt het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties een drietal belangrijke uitzonderingen (art. 6 lid 2). Die instemming is niet vereist, indien: (1) de betrokken persoon onderdaan is van en woont in de tenuitvoerleggingsstaat, (2) de betrokken persoon na zijn invrijheidstelling, als gevolg van een van het veroordelende vonnis deel uitmakend bevel tot uitzetting of verwijdering, zal worden uitgewezen naar de tenuitvoerleggingsstaat en (3) de betrokken persoon is gevlucht of anderszins is teruggekeerd naar de tenuitvoerleggingsstaat naar aanleiding van de strafvervolging of veroordeling in de beslissingsstaat. In het eerste geval veronderstelt de regeling kennelijk dat de reclassering gewaarborgd is, zodat de instemming van de gevonniste persoon niet nodig is. De andere twee gevallen zijn kennelijk ontleend aan art. 3 lid 1 respectievelijk art. 2 leden 1 en 3 Aanvullend Protocol VOGP.

Het ontbreken van de instemming van de gevonniste waar deze vereist is, levert een facultatieve grond tot weigering van de erkenning van het vonnis en tenuitvoerlegging van de straf op (art. 9 lid 1 onder b jo. art. 4 lid 1 en art. 6).

Voor onverenigbaarheid van deze regeling zou kunnen pleiten dat het Kaderbesluit EAB de toepassing van art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 niet afhankelijk maakt van de instemming van de opgeëiste persoon. Men zou daarentegen ook kunnen betogen dat die bepalingen niets regelen omtrent de overdracht van de tenuitvoerlegging (zie de paragrafen 3.2.1.3 en 3.2.2.3), zodat de regeling van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbeneming daarmee niet onverenigbaar is.²⁰²⁵ Een ander argument ten gunste van deze lezing is dat, gezien de ratio van de instemmingseis en gezien de overeenkomende algemene doelstellingen van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties en van de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit EAB, een onderscheid tussen gevonniste personen tegen wie een EAB is uitgevaardigd en andere gevonniste personen niet te rechtvaardigen lijkt. Al met al voel ik het meeste voor deze lezing, mits de regels inzake de instemming zo worden toegepast, dat zij niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon voeren.

In geval van *executie*overlevering zal de uitvoerende lidstaat dus mogen onderzoeken of instemming van de gevonniste persoon vereist is en, zo ja, of de opgeëiste persoon daadwerkelijk instemt, alvorens zich al dan niet tot tenuitvoerlegging te verbinden. Ontbreekt de vereiste instemming, dan mag de uitvoerende lidstaat de erkenning en tenuitvoerlegging weigeren. Hij mag zich in geval van weigering niet verbinden tot

²⁰²⁵ Tot dezelfde conclusie komt kennelijk ook Dewulf 2009, p. 200, aangezien hij het ontbreken van de instemming van de gevonniste persoon als voorbeeld aanvoert van een obstakel voor de verbintenis tot tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit.

tenuitvoerlegging en zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit moet de opgeëiste persoon dan overleveren ter fine van tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat (tenzij zich een overleveringsrechtelijke weigeringsgrond voordoet). Is die vereiste instemming aanwezig, dan mag de uitvoerende lidstaat zich tot tenuitvoerlegging verbinden en mag zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren. In geval van *vervolgings*overlevering zal de uitvoerende lidstaat na de onherroepelijke veroordeling in de uitvaardigende lidstaat een dergelijk onderzoek mogen uitvoeren. Ontbreekt de vereiste instemming, dan mag hij de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie weigeren. In dat geval keert de gevonniste persoon niet terug naar de uitvoerende lidstaat ter tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf, maar ondergaat hij die straf in de uitvaardigende lidstaat. Is de vereiste instemming aanwezig en doet zich geen andere weigeringsgrond voor, dan moet de uitvoerende lidstaat het in de uitvaardigende lidstaat gewezen vonnis erkennen en de daarbij opgelegde vrijheidsstraf ten uitvoer leggen.

IX.3.4.5 Instemming tenuitvoerleggingsstaat

In paragraaf 3.4.3 is gebleken dat de (beoogde) tenuitvoerleggingsstaat moet instemmen met de toezending van het vonnis ter erkenning en tenuitvoerlegging daarvan, indien de gevonniste persoon niet valt onder art. 4 lid 1 onder a of b (art. 4 lid 1 onder c). Deze bepaling maakt het mogelijk de in de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit EAB bedoelde onderdanen - voor zover deze niet onder art. 4 lid 1 onder a of b vallen -, ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en personen die in die lidstaat verblijven in het systeem van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties in te passen.

Heeft een EAB ter fine van *tenuitvoerlegging* betrekking op dergelijke personen, dan ligt aan een verbintenis tot tenuitvoerlegging (art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB) dus de instemming van de uitvoerende lidstaat als tenuitvoerleggingsstaat ten grondslag. Ziet een EAB ter fine van *strafvervolg*ing op zulke personen, dan is voor de effectuering van de verkregen terugkeergarantie (art. 5 onder 3 Kaderbesluit) zijn instemming als tenuitvoerleggingsstaat vereist. Wanneer de uitvoerende rechterlijke autoriteit de vervolgingsoverlevering afhankelijk heeft gemaakt van de terugkeergarantie, mag men veronderstellen dat de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat/tenuitvoerleggingsstaat - die autoriteit hoeft niet een rechterlijke autoriteit te zijn (art. 2) - in het algemeen geen reden zal hebben om de instemming met de terugkeer te onthouden. De Belgische wet ter implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties bevat op dit punt een elegante oplossing. De beslissing tot vervolgingsoverlevering onder de terugkeergarantie "omvat" de vereiste instemming van de tenuitvoerleggingsstaat.²⁰²⁶ Die instemming betekent overigens niet dat de terugkeer naar Nederland een automatisme is. Ook indien de tenuitvoerleggingsstaat heeft ingestemd met toezending van het vonnis ter erkenning en tenuitvoerlegging, behoudt hij de bevoegdheid om erkenning en tenuitvoerlegging van dat vonnis te weigeren op grond van de - overige - facultatieve weigeringsgronden van art. 9 lid 1. Daartoe behoren, zoals al gezegd, het ontbreken van de dubbele strafbaarheid (voor zover deze getoetst mag worden) en het ontbreken van de instemming van de gevonniste persoon (voor zover deze vereist is).

²⁰²⁶ Art. 39 § 2.

IX.3.4.6 Toetsing dubbele strafbaarheid

In paragraaf 3.4.2 is gebleken dat het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties een regeling van de lijstfeiten kent, die grotendeels overeenkomt met die van het Kaderbesluit EAB. Een belangrijk verschil is dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen om deze regeling niet toe te passen, in welk geval zij als tenuitvoerleggingsstaat de erkenning van een vonnis en de tenuitvoerlegging van een sanctie mogen weigeren om de reden dat het aan het vonnis ten grondslag liggende lijstfeit niet strafbaar is naar hun recht. De eis dat op dat feit een bepaalde sanctie met een zeker minimaal strafmaximum is gesteld, behoort niet tot de mogelijkheden.

Met betrekking tot executieoverlevering zet overweging 12 van de preambule uiteen dat de uitvoerende lidstaat die een dergelijke keuze heeft gemaakt al bij de beantwoording van de vraag of hij zich zal verbinden tot tenuitvoerlegging mag onderzoeken of het lijstfeit strafbaar is naar zijn recht. De toetsing van de dubbele strafbaarheid van een lijstfeit is in een dergelijk geval dus niet onverenigbaar met het Kaderbesluit EAB.

Over de vervolgingsoverlevering laat de overweging zich niet uit. In paragraaf 3.4.2 heb ik betoogd dat in geval van vervolgingsoverlevering toepassing van de weigeringsgronden van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbeneming pas aan de orde kan komen na een onherroepelijke veroordeling in de uitvaardigende lidstaat. Zulks geldt dus ook voor de dubbele strafbaarheid, indien de uitvoerende lidstaat de verklaring ex art. 7 lid 4 heeft afgelegd. Heeft het EAB betrekking op een lijstfeit, dan moet of mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit, zonder de dubbele strafbaarheid van dat feit te toetsen, de overlevering afhankelijk maken van de terugkeergarantie. Pas in geval van een onherroepelijke veroordeling tot een vrijheidsstraf mag de uitvoerende lidstaat, die ingevolge de terugkeergarantie de beoogde tenuitvoerleggingsstaat is, onderzoeken of het lijstfeit waarvoor de opgeëiste persoon is veroordeeld strafbaar is naar zijn recht. Indien het lijstfeit niet dubbel strafbaar is, mag de uitvoerende lidstaat de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie weigeren. De terugkeer naar de uitvoerende lidstaat vindt dan niet plaats. De opgelegde vrijheidsstraf wordt vervolgens in de uitvaardigende lidstaat ten uitvoer gelegd. Op deze wijze leidt de overeenkomstige toepassing van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon.²⁰²⁷

Toetsing van de dubbele strafbaarheid van een lijstfeit bij de beantwoording van de vraag of de uitvoerende rechterlijke autoriteit de vervolgingsoverlevering afhankelijk moet of mag maken van de terugkeergarantie kan daarentegen wel tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon leiden. Eist de uitvoerende lidstaat ex art. 7 lid 4 dubbele strafbaarheid voor de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie en staat hij de overlevering van zijn onderdanen en ingezetenen alleen toe onder de garantie van terugkeer, dan zal de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij het ontbreken van de dubbele strafbaarheid van het lijstfeit moeten oordelen dat - ondanks de garantie - de terugkeer na een eventuele veroordeling tot een vrijheidsstraf niet gewaarborgd is en zal hij de overlevering moeten weigeren. In wezen komt deze benadering neer op de visie van de Nederlandse wetgever en van de Rechtbank Amsterdam op het huidige art. 6 lid 1 Olw: vervolgingsoverlevering van een Nederlander is alleen mogelijk ter zake van feiten die in Nederland strafbaar zijn. Die benadering lijdt aan hetzelfde euvel als die visie. Zij is in strijd met Kaderbesluit EAB en zij garandeert straffeloosheid van de opgeëiste persoon (zie de

²⁰²⁷ Vgl. HR 20 mei 2003, NJ 2003, 725, m.nt. Y. Buruma.

paragrafen 3.2.2.3 en 3.3.3.3). Toetsing van de dubbele strafbaarheid van het lijstfeit voorafgaand aan de vervolgingsoverlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat leidt alleen dan niet tot straffeloosheid, indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit de bevoegdheid heeft om bij het ontbreken van die dubbele strafbaarheid over te gaan tot overlevering zónder de terugkeergarantie (zie paragraaf 3.3.3.3).

In geval van vervolgingsoverlevering dient bij de toetsing van de dubbele strafbaarheid van een lijstfeit dus voorop te staan dat, wat de uitkomst van die toetsing ook moge zijn, de straffeloosheid van de opgeëiste persoon wordt vermeden. Houdt de uitvoerende lidstaat vast aan de dubbele strafbaarheid als voorwaarde voor erkenning van het vonnis en tenuitvoerlegging van de sanctie, dan moet hij - ter vermindering van straffeloosheid - het re-integratiebelang van de opgeëiste persoon, dat welbeschouwd ook zijn belang is, opofferen aan zijn wens om de eigen soevereiniteit te handhaven. Anders gezegd, hij moet toestaan dat de uitvaardigende lidstaat de - eventueel - opgelegde vrijheidsstraf ten uitvoer legt. De opgeëiste persoon is van een en ander de dupe. Een oplossing zou kunnen zijn dat de uitvoerende lidstaat de regeling van de lijstfeiten wél toepast in EAB-gevallen, maar niet in alle andere gevallen. Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties regelt niet de mogelijkheid van een dergelijke partiële verklaring, maar men zou kunnen betogen dat wie het meerdere mag, ook tot het mindere bevoegd is. Het onderscheid dat daardoor ontstaat tussen gevonniste personen tegen wie een EAB was uitgevaardigd en andere gevonniste personen kent een objectieve rechtvaardiging: de verplichting tot het vermijden van straffeloosheid.

IX.3.4.7 *Geen exequaturprocedure*

Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties kent niet de exequaturprocedure. Dit kaderbesluit schrijft namelijk de voortgezette tenuitvoerlegging voor, met dien verstande dat de tenuitvoerleggingsstaat de duur en de aard van de sanctie mag aanpassen - zonder deze te verzwaren (art. 8 lid 4) -, voor zover deze onverenigbaar zijn met het recht van die staat. De duur van de sanctie mag de tenuitvoerleggingsstaat alleen aanpassen, voor zover deze zwaarder is dan de maximumsanctie die het recht van die staat op vergelijkbare feiten stelt. In geval van een dergelijke aanpassing mag de sanctie niet lager zijn dan de maximumsanctie die krachtens het recht van de tenuitvoerleggingsstaat geldt (art. 8 lid 2). De tenuitvoerleggingsstaat mag in geval van onverenigbaarheid de aard van de sanctie aanpassen aan de straf of maatregel die het recht van de tenuitvoerleggingsstaat op vergelijkbare feiten stelt. De aangepaste sanctie moet zoveel mogelijk overeenstemmen met de opgelegde sanctie, zodat de opgelegde sanctie niet mag worden omgezet in een geldboete (art. 8 lid 3).

Tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf overeenkomstig art. 8 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties is in de in art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB bedoelde gevallen niet onverenigbaar met het Kaderbesluit EAB. Het Kaderbesluit EAB bevat op dit punt immers geen regeling, zoals ik in de paragrafen 3.2.1.3 en 3.2.2.3 heb betoogd.²⁰²⁸ De exequaturprocedure mag niet worden toegepast,²⁰²⁹ zodat *a fortiori* niet op voorhand van de uitvaardigende lidstaat mag worden geëist dat hij met

²⁰²⁸ Anders kennelijk Dewulf 2009, p. 200.

²⁰²⁹ Glerum & Rozemond 2008b, p. 844; Glerum & Rozemond 2009, p. 87; Sanders 2011, p. 189.

toepassing van die procedure instemt.²⁰³⁰ Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties noopt dus tot aanpassing van de huidige Nederlandse praktijk inzake de terugkeergarantie en tot wijziging van art. 6 lid 3 Olw.²⁰³¹

IX.3.5 Implementatie Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties

IX.3.5.1 Inleiding

De Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (WWETVVS)²⁰³² strekt tot implementatie van - onder meer - het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties en is op 1 november 2012 in werking getreden.²⁰³³ In de relatie met de andere lidstaten van de Europese Unie is deze wet in de plaats getreden van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (art. 5:2 lid 1 WWETVVS). Dat betekent dat art. 2 WOTS en daarmee de Europese executieverdragen niet van toepassing zijn op de erkenning van vonnissen en de tenuitvoerlegging van sancties die onder de reikwijdte van de implementatiewetgeving vallen. Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties vervangt namelijk in de relaties tussen de lidstaten van de Europese Unie die Europese executieverdragen (art. 26 lid 1).²⁰³⁴ De Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties voorziet evenwel in een overgangsregeling (art. 5:2 lid 3 WWETVVS): de wet is niet van toepassing op rechterlijke uitspraken die onherroepelijk zijn geworden vóór 5 december 2011, de datum waarop de lidstaten het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties moeten hebben geïmplementeerd. De wet is evenmin van toepassing in de verhouding met een lidstaat, voor zover en voor zolang deze lidstaat het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties nog niet heeft geïmplementeerd (art. 5:2 lid 2 WWETVVS). In deze twee gevallen kan ingevolge art. 2 WOTS de tenuitvoerlegging van een buitenlands strafvonnis alleen plaatsvinden overeenkomstig een executieverdrag en de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen.²⁰³⁵

In de volgende paragrafen zal ik onderzoeken hoe de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties de verhouding met de Overleveringswet regelt.

IX.3.5.2 Verhouding met de Overleveringswet

IX.3.5.2.1 Systeem

Zoals gezegd, bepaalt art. 5:2 lid 1 WWETVVS dat de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties in de relatie met de lidstaten van de Europese Unie in de plaats treedt van de Wet overdracht tenuitvoerlegging

²⁰³⁰ Swart 2008, p. 149.

²⁰³¹ Glerum & Rozemond 2008b, p. 847.

²⁰³² *Stb.* 2012, 333.

²⁰³³ *Stb.* 2012, 373.

²⁰³⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 63.

²⁰³⁵ Zie ten aanzien van de in art. 5:2 lid 3 WWETVVS bedoelde overgangsregeling ook art. 28 lid 2 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties: “de bestaande, vóór 5 december 2011 toepasselijke, rechtsinstrumenten inzake de overbrenging van gevonnisde personen”. In een dergelijk geval zijn die instrumenten van toepassing ten aanzien van alle overige lidstaten.

strafvonnissen. De Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen, in het bijzonder art. 2 WOTS dat een verdragsbasis eist voor de overname van de tenuitvoerlegging van een buitenlands strafvonnis, is dus niet van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlandse vrijheidsbenemende sanctie.²⁰³⁶

Voor wat betreft de *executie*overlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen brengt de wet geen wijziging in de verplichting tot weigering van de overlevering (art. 6 leden 2 en 5 Olw). De Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties laat de ont koppeling van de weigering van de overlevering en de overname van de tenuitvoerlegging (art. 6 lid 3 Olw) eveneens in stand: in geval van een weigering van de overlevering uitsluitend op grond van art. 6 lid 2 OLW zal de officier van justitie de uitvaardigende justitiële autoriteit in kennis stellen van de bereidheid om de tenuitvoerlegging van het vonnis over te nemen. Wel houdt de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties een wijziging van art. 6 lid 3 OLW in, die voortvloeit uit de omstandigheid dat het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties in de verhoudingen tussen de lidstaten van de Europese Unie het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen en de andere Europese executieverdragen vervangt.²⁰³⁷ Ingevolge art. 4:2 WWETVVS komt in art. 6 lid 3 OLW namelijk de zinsnede “overeenkomstig de procedure voorzien in artikel 11 van het op 21 maart 1983 te Straatsburg tot stand gekomen Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen (Trb. 1983, 74), of op basis van een ander toepasselijk verdrag” te vervallen. Nu art. 2:13 lid 1 onder f WWETVVS verplicht tot weigering van de erkenning van de buitenlandse uitspraak wegens het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht,²⁰³⁸ zal de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk aan een Nederlander of aan een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling opgelegde vrijheidsstraf niet kunnen worden overgenomen ter zake van een feit dat naar Nederlands recht niet strafbaar is, ook al is dit feit een lijstfeit.

Voor wat betreft de *vervolg*ingsoverlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen houdt de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties geen wijziging van de Overleveringswet in. Wel meldt de Memorie van Toelichting dat de uitvoerende justitiële autoriteit niet meer zal mogen eisen dat de uitvaardigende lidstaat op voorhand instemt met aanpassing (omzetting) van de opgelegde vrijheidssanctie (overeenkomstig het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen). Op de erkenning en tenuitvoerlegging van die sanctie zal het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen immers niet meer van toepassing zijn.²⁰³⁹ Gezien het hiervoor genoemde art. 2:13 lid 1 onder f WWETVVS, zal een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling alleen ter vervolging worden overgeleverd ter zake van een feit dat naar Nederlands recht strafbaar is, ook als dit feit een lijstfeit is. Ook al zal de uitvoerende justitiële autoriteit niet meer de

²⁰³⁶ Aanvankelijk hield het wetsvoorstel in dat de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties niet van toepassing zou zijn “in geval van toepassing van artikel 6, eerste lid, van de Overleveringswet” (art. 5:2 lid 2 WWETVVS). Op de terugkeer naar Nederland en de tenuitvoerlegging in Nederland van de buitenlandse sanctie zou de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen van toepassing blijven.

²⁰³⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 61.

²⁰³⁸ Nederland is namelijk voornemens om de in art. 7 lid 4 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties bedoelde verklaring af te leggen: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 10.

²⁰³⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 16.

omzettinggarantie mogen vragen, het wetsvoorstel voorziet toch in omzetting van de buitenlandse vrijheidssanctie, zij het dat het wetsvoorstel deze omzetting “aanpassing” noemt. Art. 2:11 lid 5 bepaalt dat, indien de veroordeelde is overgeleverd onder de garantie van teruglevering als bedoeld in art. 6 lid 1 Olw, aanpassing van de buitenlandse sanctie naar een in Nederland voor de gepleegde feiten sanctie mogelijk is. Bij die aanpassing zal rekening worden gehouden met internationale gevoeligheden, overeenkomstig de rechtspraak van de Hoge Raad in WOTS-zaken.²⁰⁴⁰ In geval van een aan een overgeleverde Nederlander opgelegde vrijheidssanctie zal dus niet zonder meer sprake zijn van voortgezette tenuitvoerlegging.

Is de garantie als bedoeld in art. 6 lid 1 OLW verstrekt vóór de inwerkingtreding van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties, maar vindt de terugkeer naar Nederland plaats na de inwerkingtreding van die wet, dan is de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties van toepassing (art. 5:2 lid 4 WWETVVS). Heeft de Rechtbank Amsterdam de overlevering in een dergelijk geval vóór 1 november 2012 toegestaan, dan brengt de toepasselijkheid van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties mee dat de verstrekte “omzettings”garantie geen betekenis meer heeft en dat alleen de mogelijkheid van aanpassing van de vrijheidssanctie overeenkomstig art. 2:11 lid 5 WETS bestaat (tenzij de vrijheidssanctie is opgelegd bij een vóór 5 december 2011 onherroepelijk geworden uitspraak, in welk geval het regime van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnis en de executieverdragen van toepassing blijft, ook al heeft ook de uitvaardigende lidstaat het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties geïmplementeerd (art. 5: 2 lid 3 WETS)). Beoordeelt de Rechtbank Amsterdam het EAB op of na 1 november 2012, dan is alléén de garantie van terugkeer vereist. Op de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf vindt art. 2:11 lid 5 WWETVVS toepassing.²⁰⁴¹ De eventueel door de uitvaardigende justitiële autoriteit vóór 1 november 2012 verstrekte “omzettings”garantie speelt in een dergelijk geval geen rol meer bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering.²⁰⁴² De overleveringsrechter acht zich niet bevoegd om zich uit te laten over de vraag of de Minister van Justitie gehouden is tot medewerking aan de terugkeer naar Nederland en tot aanpassing van de buitenlandse vrijheidssanctie.²⁰⁴³

Geconcludeerd kan worden dat de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties in wezen het bestaande regime handhaaft, afgezien van de voortgezette tenuitvoerlegging na weigering van de executieoverlevering en afgezien van het wegvallen van de omzettinggarantie in geval van vervolgingsoverlevering.

IX.3.5.2.2 Onderbouwing systeem

Gezien art. 25 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties, is die handhaving van het bestaande regime op zijn zachtst gezegd opmerkelijk. De Memorie van Toelichting motiveert een en ander juist met een beroep op die bepaling.²⁰⁴⁴ De tekst van art. 25 is voor meerdere uitleg vatbaar, zo zegt de Memorie van Toelichting. De lidstaten

²⁰⁴⁰ *Kamerstukken II 2011/12*, 32 885, nr. 8, p. 4.

²⁰⁴¹ *Kamerstukken II 2011/12*, 32 885, nr. 8, p. 4.

²⁰⁴² Rb. Amsterdam 9 november 2012, *LJN BY2931*.

²⁰⁴³ Rb. Amsterdam 9 november 2012, *LJN BY2931*.

²⁰⁴⁴ *Kamerstukken II 2010/11*, 32 885, nr. 3, p. 14-15.

hebben daarvoor bewust gekozen, omdat de standpunten te zeer uiteen liepen. Bij de onderhandelingen hechte Nederland aan het standpunt dat van heronderhandeling van het ten aanzien van de overlevering van eigen onderdanen bereikte resultaat geen sprake kon zijn, hetgeen de andere lidstaten erkenden. Een en ander komt tot uitdrukking in de tekst van art. 25, dat zegt dat de overeenkomstige toepassing plaatsvindt “onverminderd” en “voor zover verenigbaar met” het Kaderbesluit EAB. Hierin ziet de Minister van Justitie de ruimte om het bestaande beleid ten aanzien van de overlevering van eigen onderdanen in stand te houden.²⁰⁴⁵

Met betrekking tot de executieoverlevering als bedoeld in art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB bestaat de verwachting dat deze na enige tijd²⁰⁴⁶ haar betekenis zal verliezen als gevolg van de mogelijkheid om de regels van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning direct toe te passen: het vonnis kan ter erkenning en tenuitvoerlegging worden aangeboden aan de lidstaat waarvan de gevonnisse persoon onderdaan is.²⁰⁴⁷

Met betrekking tot de vervolgingsoverlevering als bedoeld in art. 5 onder 3 Kaderbesluit EAB is het bestaande beleid gericht op “een zo effectief mogelijke strafvervolgung, waarbij een balans tussen alle in het geding zijnde belangen is nagestreefd”.²⁰⁴⁸ Dat beleid kent drie kernelementen: (1) een adequate en effectieve strafvervolgung buiten Nederland op de plaats van delict; (2) een optimale resocialisatie van de opgeëiste persoon in zijn belang en dat van de Nederlandse samenleving en (3) omzetting van de buitenlandse straf in een in Nederland voor een soortgelijk feit gebruikelijke straf. Dit derde kernelement beoogt een gelijke behandeling te waarborgen tussen een over te leveren Nederlander, die ook in Nederland had kunnen worden berecht, en een Nederlander die daadwerkelijk in Nederland wordt berecht. Voorts dient dit element het belang van een beheersbare detentiecapaciteit. Toepassing van de regels van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties zou meebrengen dat Nederland de na overlevering aan een Nederlander opgelegde straf integraal ten uitvoer zou moeten leggen, terwijl het bij berechting in Nederland tot een Nederlandse straf zou zijn gekomen, die bij drugsdelicten²⁰⁴⁹ lager zou zijn uitgevallen.²⁰⁵⁰

IX.3.5.2.3 Kritiek

Executieoverlevering

Toepassing van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties op de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf, indien de uitvoerende justitiële autoriteit de overlevering uitsluitend op grond van art. 6 lid 2 OLW heeft geweigerd, roept het risico van straffeloosheid in het leven. Nu de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties geen wijziging van art. 6 lid 2 OLW beoogt, moet de uitvoerende

²⁰⁴⁵ Zo ook *Kamerstukken II* 2011/12, 32 885, nr. 8, p. 3.

²⁰⁴⁶ Zoals gezegd, is de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties niet van toepassing op vonnissen die vóór 5 december 2011 onherroepelijk zijn geworden (art. 5:2 lid 3 WWETVVS).

²⁰⁴⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 15.

²⁰⁴⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 15.

²⁰⁴⁹ Volgens *Kamerstukken II* 2011/12, 32 885, nr. 7, p. 14 kent Nederland in vergelijking met andere West- en Noord-Europese landen een streng straffklimaat; enkel voor wat drugsdelicten is bekend dat de strafmaat in Nederland aanzienlijk lager ligt dan in de andere lidstaten van de Europese Unie.

²⁰⁵⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 15.

justitiële autoriteit de overlevering steeds weigeren, indien deze strekt tot tenuitvoerlegging van een aan een Nederlander of aan een met een Nederlander gelijkgestelde vreemdeling opgelegde onherroepelijke vrijheidsstraf. De erkenning van het buitenlandse vonnis en de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf *moet* vervolgens bijvoorbeeld worden geweigerd, indien de vereiste instemming van de gevonniste persoon ontbreekt (art. 2:13 lid 1 onder b jo. art. 2:3 WWETVVS), indien de vereiste instemming van de Minister van Justitie ontbreekt (art. 2:13 lid 1 onder b jo. art. 2:3 WWETVVS) en indien het feit dat aan de buitenlandse veroordeling ten grondslag ligt naar Nederlands recht niet strafbaar is (art. 2:13 lid 1 onder f WWETVVS). Een dergelijke weigering leidt tot strijd met art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB en met art. 25 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties: indien Nederland zich niet tot tenuitvoerlegging kon verbinden, omdat Nederland de erkenning en tenuitvoerlegging moest weigeren, had Nederland de opgeëiste persoon moeten overleveren ter fine van tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat, teneinde diens straffeloosheid te voorkomen.

Indien de lidstaat die de Nederlander onherroepelijk tot een vrijheidsstraf veroordeeld heeft ervoor kiest het vonnis ter erkenning en tenuitvoerlegging aan Nederland toe te zenden in plaats van een EAB ter fine van tenuitvoerlegging uit te vaardigen, moet Nederland in de hiervoor bedoelde gevallen de erkenning en tenuitvoerlegging eveneens weigeren. Een dergelijke weigering is niet in strijd met het Unierecht. Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties verplicht de tenuitvoerleggingsstaat die erkenning en tenuitvoerlegging weigert niet om maatregelen ter voorkoming van straffeloosheid te nemen.

De Memorie van Toelichting veronderstelt dat art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB op termijn zijn betekenis zal verliezen, omdat de lidstaten voortaan hun vonnissen rechtstreeks ter erkenning en tenuitvoerlegging kunnen toezenden aan de lidstaat waarvan de gevonniste persoon onderdaan is. Daardoor kunnen zij een omslachtige procedure vermijden die veelal toch niet tot overlevering zal leiden, omdat “veel EU-lidstaten standaard de overlevering van eigen onderdanen met het oog op de strafexecutie” weigeren.²⁰⁵¹

Men kan bij deze veronderstelling een kanttekening plaatsen. Bij een *correcte* implementatie van het Kaderbesluit EAB én van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties biedt de uitvaardiging van een EAB ter fine van tenuitvoerlegging namelijk meer kansen op een *daadwerkelijke* tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf dan de toezending van het vonnis ter erkenning en tenuitvoerlegging. De uitvoerende lidstaat heeft immers de keuze uit twee opties: zelf ten uitvoer leggen of tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat. Bij toezending van het vonnis ter erkenning en tenuitvoerlegging vindt evenwel geen tenuitvoerlegging plaats, indien de tenuitvoerleggingsstaat besluit het vonnis niet te erkennen en ten uitvoer te leggen. Men kan zich dus afvragen of het voor de veroordelende lidstaat niet aantrekkelijker is om een EAB uit te vaardigen dan het vonnis toe te zenden ter erkenning en tenuitvoerlegging. Ook als deze lidstaat weet dat de beoogde uitvoerende lidstaat de beide kaderbesluiten niet correct heeft geïmplementeerd, heeft de uitvaardiging van een EAB altijd nog het voordeel dat de uitvaardigende lidstaat zich bij een eventuele weigering van de overlevering zónder daadwerkelijke tenuitvoerlegging kan beroepen op een schending van het Unierecht door de uitvoerende lidstaat.

²⁰⁵¹ *Kamerstukken II 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 15.*

Vervolgingsoverlevering

Opvallend is dat de onderbouwing van het voorgestane systeem verwijst naar de in art. 25 voorkomende zinsneden “(o)nverminderd [het Kaderbesluit EAB]” en “voor zover verenigbaar met [het Kaderbesluit EAB]”, maar niet naar de laatste zinsnede van die bepaling “zulks teneinde straffeloosheid te voorkomen”. Bij bestendiging van de huidige praktijk (minus de extra garantie inzake de exequaturprocedure) is straffeloosheid niet ondenkbeeldig. Aangezien de dwingende formulering van art. 6 lid 1 OLW niet de ruimte biedt om af te zien van een terugkeergarantie en aangezien de huidige praktijk inhoudt dat Nederland alleen Nederlanders overlevert ter zake van feiten die in Nederland strafbaar zijn, zal de uitvoerende justitiële autoriteit de vervolgingsoverlevering van een Nederlander laten afhangen van de uitkomst van de toetsing van de dubbele strafbaarheid van het lijstfeit, zoals zij dit ook thans doet.²⁰⁵² In geval van weigering van de vervolgingsoverlevering van een Nederlander, omdat de dubbele strafbaarheid van het lijstfeit ontbreekt en daardoor de terugkeergarantie niet kan worden geëffectueerd (art. 2:13 lid 1 onder f WWETVVS), kan Nederland de opgeëiste persoon niet in Nederland berechten, terwijl de uitvaardigende lidstaat hem alleen buiten zijn aanwezigheid kan berechten en een eventueel opgelegde vrijheidsstraf niet ten uitvoer kan leggen. Indien de overleveringsrechter zich op het standpunt blijft stellen dat hij voorafgaand aan de overlevering moet onderzoeken of de gegeven terugkeergarantie zal kunnen worden geëffectueerd, zal hij in dat kader waarschijnlijk ook overgaan tot een onderzoek naar de aanwezigheid van *andere* dwingende gronden tot weigering van de erkenning (art. 2:13 lid 1 WWETVVS). Komt hij daarbij tot de conclusie dat zich zo een grond voordoet, dan zal hij waarschijnlijk oordelen dat de garantie niet zal kunnen worden geëffectueerd en zal hij, omdat hij niet van het eisen van een terugkeergarantie mag afzien, de overlevering om die reden weigeren. Ook in een degelijk geval dreigt straffeloosheid van de opgeëiste persoon. Om die straffeloosheid te voorkomen, zou Nederland de opgeëiste persoon zelf moeten vervolgen wegens het feit waarop het EAB betrekking heeft.

Voor de Minister van Justitie lijkt de pijn vooral te zitten in de uitsluiting van de exequaturprocedure. Aan de in de Memorie van Toelichting gegeven onderbouwing ligt de veronderstelling ten grondslag dat art. 8 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties, dat de omzetting van de buitenlandse sanctie uitsluit, onverenigbaar is met art. 5 onder 3 Kaderbesluit. Aangezien het Kaderbesluit EAB niets regelt over de wijze waarop de terugkeer naar en de tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat dient plaats te vinden, zoals ook de Memorie van Toelichting erkent,²⁰⁵³ vermag ik niet in te zien hoe de toepassing van art. 8 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties zou kunnen afdoen aan het Kaderbesluit EAB (“(o)nverminderd”) of onverenigbaar zou kunnen zijn met het Kaderbesluit EAB (zie paragraaf 3.4.7). Het ene kaderbesluit regelt immers iets wat het andere ongeregeld heeft gelaten. Duidelijk is dat de Minister van Justitie art. 8 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties onverenigbaar acht met *nationaal*rechtelijke opvattingen over de tenuitvoerlegging van een aan een Nederlander na overlevering opgelegde vrijheidsstraf, maar zulks kan geen rechtvaardiging opleveren om zich aan een *Unierechtelijke* verplichting te onttrekken.

²⁰⁵² Zie Rb. Amsterdam 9 november 2012, L/JN BY2931, waarin de rechtbank onder verwijzing naar art. 2:13 lid 1 onder f WWETVVS de strafbaarheid naar Nederlands recht van een lijstfeit onderzoekt.

²⁰⁵³ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3, p. 15.

Om de ongelijke behandeling tussen Nederlanders die in Nederland worden berecht en Nederlanders die in Nederland kunnen worden berecht, maar wier vervolgingsoverlevering wordt verzocht, te voorkomen, heeft Nederland een alternatief dat niet tot strijd met een Unierechtelijke verplichting leidt. Zodra de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam een tegen een Nederlander uitgevaardigd EAB ter fine van vervolging ontvangt, kan de bevoegde officier van justitie in Nederland een vervolging instellen tegen die Nederlander wegens het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt. Zulks levert een dwingende weigeringsgrond op (art. 9 lid 1 onder a Olw), tenzij de Minister van Justitie opdracht geeft om deze strafvervolging te staken (art. 9 lid 2 Olw). De Minister van Justitie zou zich bij de uitoefening van deze bevoegdheid kunnen laten leiden door de wens om ongelijke behandeling te voorkomen. De opgeëiste Nederlander zou dan steeds in Nederland worden berecht en de eventueel opgelegde vrijheidsstraf zou dus een Nederlandse vrijheidsstraf zijn.

Vervolging in Nederland biedt zeker niet een volmaakte oplossing. Waar de opgeëiste Nederlander al in de uitvaardigende lidstaat wordt vervolgd, is een eigen vervolging afhankelijk van de medewerking van de uitvaardigende lidstaat, is kostbaar en is omslachtig. Bovendien is een Nederlandse strafvervolging niet mogelijk, indien het lijstfeit niet strafbaar is naar Nederlands recht. Hoewel deze gebreken reël zijn - zij het dat volgens Nederland het ontbreken van dubbele strafbaarheid van lijstfeiten "rather theoretical" zou zijn (zie paragraaf 3.3.2.3) -, heeft de besproken oplossing met al haar gebreken wél het voordeel dat zij niet in strijd met het Kaderbesluit EAB noch met Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties is.

Gaat de bevoegde officier van justitie niet tot strafvervolging van de opgeëiste Nederlander over, dan is de omstandigheid dat hij dit *had* kunnen doen naar mijn mening een te smalle basis voor de gelijkstelling van de overgeleverde Nederlander met een Nederlander die in Nederland berecht is. Het niet uitoefenen van de Nederlandse aanspraak op berechting, betekent toch dat men tegemoet komt aan de aanspraak van de uitvaardigende lidstaat. Men zou daarom ook kunnen betogen dat *hetzelfde* regime zou dienen te gelden voor *alle* gevallen waarin Nederland een vonnis uit een andere lidstaat erkent en de daarbij opgelegde vrijheidssanctie ten uitvoer legt. Daardoor zou een onderscheid ontstaan tussen Nederlanders die na een berechting in Nederland een Nederlandse vrijheidsstraf ondergaan en Nederlanders die in Nederland een in een andere lidstaat opgelegde vrijheidsstraf ondergaan. Met betrekking tot de tweede categorie van gevallen heeft een andere lidstaat dan Nederland (ook) belang bij strafvervolging en strafexecutie. Dat belang rechtvaardigt het onderscheid tussen de twee categorieën.

Conclusie

Ik concludeer dat de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties geen getrouwe implementatie van art. 25 Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties bevat.

De overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf na de weigering van de *executie*overlevering van een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling zal moeten plaatsvinden overeenkomstig de geïmplementeerde regels van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties. Een en ander kan tot straffeloosheid leiden, omdat de uitvoerende justitiële autoriteit verplicht is de executieoverlevering van een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling te weigeren, *ongeacht* of Nederland de buitenlandse vrijheidsstraf kan erkennen en ten uitvoer leggen. In zoverre is de wet dus in strijd met art. 25

Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties en bestendigt de wet de incorrecte omzetting van art. 4 onder 6 Kaderbesluit EAB.

Een kaderbesluitconforme uitleg zal waarschijnlijk afstuiten op de “ondubbelzinnige bewoordingen”²⁰⁵⁴ van art. 6 leden 2 en 3 OLW (paragraaf 3.3.2.3). Uiteindelijk zal alleen ingrijpen door de Commissie na het verstrijken van de overgangperiode²⁰⁵⁵ soelaas kunnen bieden.

Met de inwerkingtreding van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties blijft de huidige praktijk inzake *vervolgings*overlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen grotendeels in stand. Die praktijk is voor wat betreft de toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten in strijd met het Kaderbesluit EAB én met het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties, zij het dat de strijdigheid met het laatste kaderbesluit niet zit in de toetsing als zodanig, maar in het tijdstip waarop die toetsing plaatsvindt en in de mogelijke gevolgen van die toetsing. De omzetting van de buitenlandse vrijheidsstraf in een Nederlandse sanctie is niet in strijd met het Kaderbesluit EAB, maar wel in strijd met het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties. Het enige punt waarop de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties winst boekt, is de garantie inzake instemming met toepassing van de exequaturprocedure. Deze garantie, die in strijd is met het Kaderbesluit EAB, mag, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting, niet meer worden gevraagd.

De bewoordingen van art. 6 lid 1 OLW staan niet in de weg aan een kaderbesluitconforme uitleg in die zin dat de toetsing aan de in de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties neergelegde eisen voor erkenning en tenuitvoerlegging *post sententiam* plaatsvindt (zie paragraaf 3.3.3.3). Bij een dergelijke uitleg kan het vereiste van dubbele strafbaarheid (art. 2:13 lid 1 onder f WWETVVS) niet aan overlevering ter zake van een (geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan) lijstfeit in de weg staan en wordt straffeloosheid dus vermeden. De “ondubbelzinnige bewoordingen” van art. 2:11 lid 5 WWETVVS staan naar mijn mening daarentegen wel in de weg aan een kaderbesluitconforme uitleg in die voege dat uitsluitend voortgezette tenuitvoerlegging plaatsvindt.

IX.4 Conclusie

In de vorige twee paragrafen zijn de regelingen inzake de uit- en overlevering van Nederlandse onderdanen en daarmee gelijk te stellen personen uitvoerig besproken. Bij die bespreking zijn een aantal overeenkomsten en een aantal verschillen tussen het uit- en overleveringsrecht aan het licht gekomen. Zoals bij de bespreking van de regeling van de dubbele strafbaarheid en de lijstfeiten is gedaan (Hoofdstuk VII.4), moet ook bij dit onderwerp een onderscheid worden gemaakt tussen het overleveringsrecht zoals

²⁰⁵⁴ Vgl. HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²⁰⁵⁵ Die overgangperiode verstrijkt vijf jaren na de datum van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009) of, bij een eerdere wijziging van het Kaderbesluit EAB, vanaf de inwerkingtreding van die wijziging: art. 10 leden 1 tot en met 3 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen.

neergelegd in het Kaderbesluit en het overleveringsrecht zoals neergelegd in de Overleveringswet. Ook ten aanzien van de regelingen inzake onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en van de personen die in die lidstaat verblijven, moet namelijk worden geconcludeerd dat de Overleveringswet niet altijd een correcte implementatie van het Kaderbesluit bevat dan wel dat de rechtspraak daaraan niet altijd, waar mogelijk, een kaderbesluitconforme uitleg geeft.

Op het niveau van het Kaderbesluit is het eerste verschil met het uitleveringsrecht dat het overleveringsrecht aan de lidstaten niet een absolute bevoegdheid tot weigering van de overlevering van hun eigen onderdanen toekent. Waar het Europees Verdrag betreffende uitlevering het de partijen toestaat om de uitlevering van hun “nationals” om hun moverende redenen te weigeren, zijn de lidstaten onder het Kaderbesluit in beginsel verplicht om hun eigen onderdanen over te leveren, althans mogen zij de overlevering van hun eigen onderdanen niet weigeren uitsluitend vanwege hun status als onderdaan. Dit strookt met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het Kaderbesluit berust. De klassieke onderbouwing van de uitleveringsrechtelijke onderdanenexcepte berust immers onder meer op wantrouwen, althans onvoldoende vertrouwen in de deugdelijkheid van buitenlandse rechtsstelsels. De verplichting tot overlevering van de eigen onderdanen is voorts in lijn met het beginsel van wederzijdse erkenning en wekt dus geen verbazing in het licht van dat beginsel. Het vrije verkeer van strafrechtelijke beslissingen is namelijk de keerzijde van het vrije verkeer van onderdanen van de lidstaten binnen de Europese Unie. De burger van de Unie die, gebruik makend van het recht om vrij te reizen en te verblijven, een strafbaar feit in een andere lidstaat begaat en vervolgens zijn toevlucht in zijn eigen lidstaat zoekt, mag zich niet met een beroep op zijn nationaliteit - de nationaliteit op grond waarvan hem juist dat reis- en verblijfsrecht toekomt - onttrekken aan vervolging en berechting in de lidstaat van de *locus delicti*.

Toch biedt het Kaderbesluit de lidstaten in de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit twee mogelijkheden om in het kader van overlevering aan hun eigen onderdanen - en aan sommige onderdanen van andere (lid)staten - een voorkeurs-behandeling te geven. Die voorkeursbehandeling houdt in dat de tenuitvoerlegging van de - eventueel - in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf in de uitvoerende lidstaat dient plaats te vinden.

Een belangrijk verschil met het uitleveringsrecht is dat de beide voorzieningen “in het bijzonder” in dienst staan van de verhoging van de kansen op sociale re-integratie van de opgeëiste persoon. Ook het uitleveringsrecht laat een voorkeursbehandeling voor onderdanen toe, maar laat de partijen vrij in de motieven voor die behandeling. De verhoging van de kansen op sociale re-integratie is overigens niet de enige doelstelling van de bepalingen, getuige de woorden “in het bijzonder”. Men zou kunnen veronderstellen dat het Hof van Justitie met deze formulering de lidstaten de ruimte heeft willen geven om hun traditionele beleid inzake de niet-uitlevering van eigen onderdanen ter fine van tenuitvoerlegging voort te zetten, ongeacht of zulks de sociale re-integratie van die onderdanen dient. In zoverre zou het overleveringsrecht dan weer overeenkomen met het uitleveringsrecht. In elk geval lijkt het Hof de enkele hoedanigheid van onderdaan van de uitvoerende lidstaat reeds als voldoende waarborg voor een geslaagde re-integratie te beschouwen.

Een ander verschil met het uitleveringsrecht is dat de lidstaten niet de bevoegdheid hebben om zelfstandig een invulling te geven aan de personele reikwijdte van art. 4 onder 6 en art. 5 onder 3 Kaderbesluit. Art. 6 lid 1 onder b EUV geeft de partijen de bevoegdheid om het begrip “national” te definiëren voor zover het hen betreft. De in het Kaderbesluit

voorkomende begrippen “onderdaan”, “ingezetene” en “persoon die in de uitvoerende lidstaat verblijft” zijn daarentegen autonome begrippen van Unierecht die in de gehele Unie uniform moeten worden uitgelegd. Tegen de achtergrond van de doelstelling van de beide bepalingen heeft het Hof van Justitie dan ook een betekenis aan de laatste twee van deze begrippen gegeven, die de lidstaten bij de implementatie niet mogen verruimen. Wel mogen de lidstaten bij de implementatie aan de bepalingen een meer beperkte invulling geven dan uit de autonome en uniforme betekenis volgt, ook al gaat zulks ten koste van het belang van sociale re-integratie, mits zij daarbij de grenzen van het Unierecht in acht nemen. Dit verschil wekt geen verbazing, nu het voortvloeit uit de inbedding van het overleveringsrecht in het Unierecht, hetgeen de toepasselijkheid van de daarin besloten liggende verhouding tussen Unierecht en nationaal recht van de lidstaten meebrengt.

Een verder belangrijk verschil met het uitleveringsrecht is dat de vermijding van straffeloosheid onder het overleveringsrecht beter is geborgd dan onder het uitleveringsrecht. De uitvoerende rechterlijke autoriteit mag de *executie*overlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat dan wel van een persoon die in die lidstaat verblijft alléén weigeren, indien de uitvoerende lidstaat zich ertoe verbindt de opgelegde vrijheidsstraf zelf ten uitvoer te leggen. Deze regeling garandeert dat de opgeëiste persoon de hem opgelegde sanctie hetzij in de uitvaardigende lidstaat hetzij in de uitvoerende lidstaat ondergaat. Onder het uitleveringsrecht bestaat de bevoegdheid tot weigering van de executie-uitlevering, ongeacht of de aangezochte staat tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf kan of wil overnemen. De verplichting om in geval van weigering van de executie-uitlevering desgevraagd een eigen strafvervolging in overweging te nemen, sluit niet uit dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft. Indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit het wenselijk acht dat de onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat in geval van een eventuele veroordeling de opgelegde vrijheidsstraf in de uitvoerende lidstaat ondergaat, mag zij de *vervolgings*overlevering afhankelijk maken van een daartoe strekkende garantie. In een dergelijk geval vindt de vervolging plaats in de uitvaardigende lidstaat en de tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde vrijheidsstraf in de uitvoerende lidstaat. De omstandigheden dat het Kaderbesluit de terugkeergarantie uitdrukkelijk regelt, dat die regeling niet de vorm heeft van een weigeringsgrond en dat het Kaderbesluit geen voorziening bevat voor het geval dat de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat de garantie niet verstrekt, duiden erop dat die autoriteit de terugkeergarantie desgevraagd dient te verstrekken. Onder het uitleveringsrecht kan de verzoekende staat om hem moverende redenen weigeren de in de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV bedoelde garantie af te geven. De daaropvolgende weigering van de vervolgingsuitlevering roept slechts de zwakke verplichting in het leven om desgevraagd een strafvervolging in Nederland te overwegen.

Onder het Kaderbesluit is het vermijden van straffeloosheid van groter belang dan onder het uitleveringsrecht. Nu toetsing van de dubbele strafbaarheid van de lijstfeiten niet mag plaatsvinden (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), is de uitvoerende lidstaat - in beginsel - verplicht tot overlevering van een onderdaan ter zake van een lijstfeit dat naar zijn recht niet strafbaar is. De tijdelijke uitzonderingspositie van Oostenrijk (art. 33 lid 1 Kaderbesluit) bevestigt zulks. Waar een - eventuele - veroordeling betrekking heeft op een lijstfeit dat niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat, mag deze omstandigheid er niet aan in de weg staan dat de opgeëiste persoon de - eventueel - opgelegde vrijheidsstraf ondergaat. Onder het uitleveringsrecht is het ontbreken van dubbele strafbaarheid een *zelfstandige* reden tot weigering van de uitlevering. Weigert de aangezochte staat zijn onderdaan uit te leveren ter zake van een feit dat niet strafbaar is

naar zijn recht, dan rust op hem daarom niet de verplichting om de straffeloosheid van zijn onderdaan te voorkomen, dat wil zeggen de verplichting ex art. 6 lid 2 EUV tot het - desgevraagd - overwegen van een binnenlandse strafvervolgning van zijn onderdaan. Een dergelijke verplichting zou ook zinloos zijn, juist vanwege het ontbreken van dubbele strafbaarheid.

Hoewel duidelijk is dat de toepassing van de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit er niet toe mag leiden dat de opgeëiste persoon zich vanwege zijn hoedanigheid aan de berechting en/of de tenuitvoerlegging onttrekt, houdt de omstandigheid dat het Kaderbesluit geen regels bevat over de overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf een zeker risico van straffeloosheid in. Bij het ontbreken van die regels ligt het voor de hand dat de lidstaten teruggrijpen op de Europese verdragen inzake de overname van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen. Deze verdragen bevatten alle het vereiste van dubbele strafbaarheid. De eventuele toepassing van deze verdragen leidt echter niet noodzakelijkerwijs tot straffeloosheid. Is een onderdaan van de uitvoerende lidstaat veroordeeld wegens een - geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan - lijstfeit dat niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat, dan kan de uitvoerende lidstaat, indien hij de tenuitvoerlegging alleen overneemt krachtens een executieverdrag, zich niet verbinden tot tenuitvoerlegging en mag zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit de executieoverlevering dus niet weigeren op grond van art. 4 onder 6 Kaderbesluit. De opgeëiste persoon zal dan de aan hem opgelegde vrijheidsstraf in de uitvaardigende lidstaat ondergaan. Wenst de uitvaardigende lidstaat een onderdaan van de uitvoerende lidstaat te vervolgen wegens een - geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan - lijstfeit dat niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat en staat de uitvoerende lidstaat erop dat buitenlandse straffen alleen krachtens een verdrag ten uitvoer worden gelegd, dan mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de vervolgingoverlevering niet afhankelijk maken van een terugkeergarantie. Ook hier geldt dat de opgeëiste persoon de - eventueel - aan hem opgelegde straf in de uitvaardigende lidstaat zal ondergaan.

Het voorkomen van straffeloosheid gaat in dergelijke gevallen dus boven en ten koste van het re-integratiebelang. Dat is evenwel niet zozeer een gevolg van het Kaderbesluit, als wel van een keuze van de uitvoerende lidstaat. In het belang van de re-integratie van zijn onderdanen en ingezetenen en van personen die op zijn grondgebied verblijven, lijkt het aangewezen dat de uitvoerende lidstaat voorziet in ruime mogelijkheden om - in elk geval in het kader van het EAB - de tenuitvoerlegging van strafvonnissen uit de andere lidstaten over te nemen, ook indien die strafvonnissen gewezen zijn met betrekking tot lijstfeiten die niet strafbaar zijn in de uitvoerende lidstaat.⁴

Als geheel bezien, wekken de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit naar mijn mening geen verbazing tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning. Weliswaar vormen zij een uitzondering op de verplichting tot erkenning en tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke beslissing van een rechterlijke autoriteit uit een andere lidstaat, maar dit beginsel is slechts een middel tot het bereiken van een doel, niet een doel op zichzelf. Het doel waartoe het beginsel van wederzijdse erkenning beoogt bij te dragen is de (totstandkoming van een) ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid). Tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf in de lidstaat in de samenleving waarvan de gevonnisse persoon na zijn invrijheidstelling zal terugkeren, verhoogt de kansen op zijn sociale re-integratie in die samenleving. Een geslaagde re-integratie kan de kansen op crimineel gedrag verminderen, hetgeen niet alleen in het belang is van de opgeëiste persoon, maar ook van alle lidstaten van de Europese Unie. Bovendien mag toepassing van

de regelingen niet leiden tot straffeloosheid: de tenuitvoerlegging van de - eventueel - opgelegde vrijheidsstraf vindt steeds plaats, hetzij in de uitvaardigende lidstaat, hetzij in de uitvoerende lidstaat. Rekening houden met de kansen op sociale re-integratie draagt dus bij aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid). Zo beschouwd, wekt het eerder verbazing dat het Kaderbesluit de lidstaten de ruimte laat om ten koste van sociale re-integratie de reikwijdte van de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit in te perken en zelfs om van de implementatie van die bepalingen af te zien.

Op het niveau van de Overleveringswet is sprake van een grote mate van overeenkomst met het Nederlandse uitleveringsrecht, zoals dat is neergelegd in de verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV en in art. 4 UW. De Nederlandse wetgever heeft namelijk de eerderbedoelde lacune in het Kaderbesluit - het ontbreken van bepalingen met betrekking tot de overname van de tenuitvoerlegging van de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf - aangegrepen om het Nederlandse uitleveringsrechtelijke beleid inzake Nederlanders, het "Nederlandse model", onder het overleveringsrecht te handhaven.

De uitvoerende justitiële autoriteit moet de executieoverlevering van een Nederlander zonder meer weigeren (art. 6 lid 2 Olw). Indien de overlevering uitsluitend op die grond is geweigerd, verbindt Nederland zich niet tot tenuitvoerlegging van de in de uitvaardigende lidstaat onherroepelijk opgelegde vrijheidsstraf, maar verklaart zich bereid tot overname van die tenuitvoerlegging (art. 6 lid 3 Olw). Zulks dient dan te geschieden krachtens een verdrag (art. 2 WOTS) en wel een verdrag dat voorziet in de exequaturprocedure (art. 6 lid 3 Olw). In deze verdragsreis schuilt een belangrijk probleem. Niet alle lidstaten van de Europese Unie zijn partij bij de relevante verdragen. Bovendien eisen die verdragen de dubbele strafbaarheid. Waar de opgeëiste persoon is veroordeeld ter zake van een lijstfeit dat naar Nederlands recht niet strafbaar is, kan van overname dus geen sprake zijn. Materieel komt art. 6 lid 2 OLW overeen met art. 4 lid 1 UW en met het relevante onderdeel van de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV. Art. 6 lid 3 OLW heeft als zodanig geen pendant in het uitleveringsrecht, maar vormt een codificatie van de praktijk onder het uitleveringsrecht.

De weigering van de executieoverlevering van een Nederlander gaat dus - in strijd met art. 4 onder 6 Kaderbesluit - niet steeds gepaard met een verbintenis tot tenuitvoerlegging van de buitenlandse straf in Nederland. Een kaderbesluitconforme uitleg van deze regeling lijkt af te stuiten op de "ondubbelzinnige bewoordingen" van art. 6 leden 2 en 3 OLW en van art. 2 WOTS.

De uitvoerende justitiële autoriteit mag de vervolgingsoverlevering van een Nederlander alleen toestaan onder de garantie dat de opgeëiste persoon de hem eventueel opgelegde vrijheidsstraf in Nederland zal mogen ondergaan (art. 6 lid 1 Olw). Voor de effectuering van deze garantie geldt eveneens dat een verdragsbasis vereist is (art. 2 WOTS). Deze basis is gelegen in het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnenen personen, waarbij alle lidstaten van de Europese Unie aangesloten zijn. De garantie van art. 6 lid 1 OLW komt overeen met die zoals bedoeld in art. 4 lid 2 UW en in de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV, maar wijkt af van art. 5 onder 3 Kaderbesluit. Nu de lidstaten de Europese executieverdragen mogen hanteren als grondslag voor de effectuering van de terugkeerгарantie - mits zulks niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon leidt - en nu het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnenen personen de overbrenging afhankelijk maakt van de toestemming van de gevonnenen persoon, is de formulering van art. 6 lid 1 OLW niet problematisch.

De uitvoerende justitiële autoriteit eist daarnaast nog een andere garantie: de uitvaardigende lidstaat dient op voorhand in te stemmen met toepassing van de

exequaturprocedure. Ook deze extra garantie is ontleend aan het uitleveringsrecht, maar zij heeft geen grondslag in het Kaderbesluit of in de Overleveringswet. Hoewel omzetting van de buitenlandse straf op zichzelf niet in strijd is met het Kaderbesluit - omdat het Kaderbesluit hierover niets regelt -, is het vragen van de garantie inzake instemming met die omzetting wel in strijd met het Kaderbesluit. Op dit punt is een kaderbesluitconforme uitleg van art. 6 lid 1 OLW mogelijk, nu de extra garantie geen uitdrukking heeft gevonden in de “ondubbelzinnige bewoordingen” van die bepaling.

Bij de beoordeling van de genoegzaamheid van de terugkeergarantie moet de uitvoerende justitiële autoriteit steeds onderzoeken of het feit waarvan de Nederlander in de uitvaardigende lidstaat wordt verdacht naar Nederlands recht strafbaar is, ook als de uitvaardigende justitiële autoriteit het als lijstfeit heeft aangeduid, zo volgt uit de wetsgeschiedenis. Het Verdrag inzake de overbrenging van gevonniste personen stelt namelijk als voorwaarde voor overbrenging de aanwezigheid van dubbele strafbaarheid. Of aan deze voorwaarde voldaan is, moet de uitvoerende justitiële autoriteit voorafgaand aan de overlevering beoordelen, omdat een garantie ter zake van een feit dat naar Nederlands recht niet strafbaar is niet kan worden geëffectueerd. Een negatieve uitkomst leidt tot weigering van de overlevering en dus tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon, die bij gebreke van strafbaarheid naar Nederlands recht niet in Nederland kan worden vervolgd voor het feit waarvoor zijn overlevering werd gevraagd. Deze benadering, die de overleveringsrechter tot de zijne heeft gemaakt, heeft tot gevolg dat Nederland geen Nederlanders overlevert ter zake van feiten die niet strafbaar zijn in Nederland. Ook op dit punt komt art. 6 lid 1 OLW materieel overeen met het Nederlandse uitleveringsrecht. Nederland levert immers geen Nederlanders (of vreemdelingen) ter fine van vervolging uit, indien het uitleveringsverzoek betrekking heeft op een feit dat naar Nederlands recht niet (gekwalificeerd) strafbaar is.

De opvatting van wetgever en overleveringsrechter miskent evenwel het onderscheid tussen - geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begane - lijstfeiten, waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de dubbele strafbaarheid niet mag toetsen, en andere strafbare feiten. Dat onderscheid geldt ook bij de implementatie van de regelingen inzake onderdanen. Ook hier is een kaderbesluitconforme uitleg van art. 6 lid 1 OLW mogelijk. De verplichting tot voorafgaande toetsing van de dubbele strafbaarheid is immers niet in “ondubbelzinnige bewoordingen” in de wet neergelegd. Met een beroep op art. 5 onder 3 Kaderbesluit zou de overleveringsrechter zich dan ook op het standpunt kunnen stellen dat een dergelijke toetsing pas aan de orde is in kader van de - mogelijke - overname van de tenuitvoerlegging door Nederland. Een dergelijke uitleg zou ook een discrepantie met het uitleveringsrecht wegnemen, nu de *uitleveringsrechter niet* op de uitkomst van een - eventuele - WOTS-procedure mag vooruitlopen.

De Nederlandse implementatie van de bepalingen inzake ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en van personen die in die lidstaat verblijven (art. 6 lid 5 Olw) komt overeen met de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV, zoals deze - thans - door de Minister van Justitie wordt geïnterpreteerd. Ook op dit punt was de Nederlandse wetgever van oordeel dat het Kaderbesluit de ruimte bood voor het “Nederlandse model” en ook op dit punt is dit oordeel onjuist. Hoewel een inperkende invulling van de autonome en uniforme begrippen is toegestaan, dienen de lidstaten bij een dergelijke invulling wel de grenzen van het Unierecht in acht te nemen. De voorwaarde van het bezit van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd is ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten die rechtmatig in Nederland verblijven in strijd met art. 4 onder 6 Kaderbesluit - en naar men mag aannemen met art. 5 onder 3 Kaderbesluit -, uitgelegd

tegen de achtergrond van de Unierechtelijke bepalingen inzake het reis- en verblijfsrecht van burgers van de Unie. De overleveringsrechter heeft die strijd door middel van een kaderbesluitconforme uitleg weten weg te nemen.

Een andere, uit het oogpunt van Unierecht problematische voorwaarde is dat Nederland rechtsmacht moet kunnen uitoefenen. Deze aan het uitleveringsrecht ontleende voorwaarde beoogt te voorkomen dat de opgeëiste persoon in geval van weigering van de overlevering straffeloos zou blijven, maar bij een correcte implementatie zou deze voorwaarde overbodig zijn. Los daarvan, lijkt de voorwaarde in strijd met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit in die gevallen waarin het doel van de rechtsmachtvoorwaarde - het vermijden van straffeloosheid in geval van weigering van de overlevering uitsluitend op grond van de hoedanigheid van de opgeëiste persoon - op een voor de opgeëiste persoon minder bezwarende manier zou kunnen worden bereikt. In geval van executieoverlevering zou een dergelijk geval zich kunnen voordoen, indien Nederland de tenuitvoerlegging van de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf zou kunnen overnemen. In die zaken waarin de opgeëiste persoon zich op het discriminatieverbod beriep, bleek steeds een verdragsgrondslag voor die overname te ontbreken. Men kan zich overigens afvragen of de wens om vast te houden aan overname van de tenuitvoerlegging krachtens een verdrag (art. 2 WOTS), waaruit de rechtsmachtis rechtstreeks voortvloeit, überhaupt wel een objectieve rechtvaardiging voor die eis oplevert, ook al zou deze eis in een concreet geval straffeloosheid voorkomen. Het internationale recht dwingt immers niet tot een dergelijke nationale regeling. In geval van vervolgingsoverlevering zou het stellen van de rechtsmachtvoorwaarde niet gerechtvaardigd zijn, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit bereid zou zijn om de terugkeergarantie te verstrekken. Hoewel de Rechtbank Amsterdam de mogelijkheid openlaat dat het doel van de rechtsmachtvoorwaarde in een concreet geval op een voor de opgeëiste persoon minder bezwarende manier zou kunnen worden bereikt, is zij kennelijk niet bereid om, bij gebreke van rechtsmacht, te onderzoeken of de uitvaardigende justitiële autoriteit de terugkeergarantie zou willen verstrekken, omdat zulks in strijd zou zijn met het systeem van de Overleveringswet. Het is evenwel juist de vraag of dit systeem verenigbaar is met het discriminatieverbod.

Een meer abstracte overeenkomst tussen de overleveringsrechtelijke en de uitleveringsrechtelijke regelingen inzake Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen is het imperatieve karakter daarvan. De dwingende implementatie van facultatieve bepalingen is niet in strijd met het Kaderbesluit, maar bij de wenselijkheid van een dergelijke implementatie van de bepalingen inzake onderdanen kunnen vraagtekens worden geplaatst. Ook al heeft het Hof van Justitie op dit punt een andere opvatting, is naar mijn mening de enkele hoedanigheid van Nederlander of van met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling namelijk niet steeds een voldoende garantie voor de mate van integratie in de Nederlandse samenleving en dus voor een geslaagde re-integratie in die samenleving. Het dwingende karakter van art. 6 leden 1 en 2 OLW brengt mee dat deze regelingen ook moeten worden toegepast in gevallen waarin het belang van sociale re-integratie daartoe niet noopt. Gezien de hiervoor gesignaleerde defecten klemt zulks te meer, omdat die defecten en het imperatieve karakter van de regelingen het gevaar van straffeloosheid in het leven roepen, terwijl zelfs een re-integratiebelang niet aanwezig is. Een betere oplossing zou daarom zijn dat de enkele hoedanigheid van Nederlander of van met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling het wettelijke vermoeden in het leven roept dat zijn sociale re-integratie met toepassing van de regelingen is gediend, een vermoeden dat moet wijken, indien in een concreet geval blijkt dat de banden van de

opgeëiste persoon met Nederland vanuit het oogpunt van sociale re-integratie onvoldoende zijn om toepassing van de regelingen te rechtvaardigen.

De hoge mate van overeenkomst met het Nederlandse uitleveringsrecht is het gevolg van de *onjuiste* veronderstelling dat het “Nederlandse model” verenigbaar is met het Kaderbesluit en met het Unierecht. Evenals dit bij de implementatie van de regeling inzake dubbele strafbaarheid het geval is, laten de overeenkomsten met het Nederlandse uitleveringsrecht, die afwijkingen van het Kaderbesluit en van het Unierecht opleveren, zich verklaren door de wens van de wetgever om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de tekst van de uitleveringsrechtelijke regelingen. Daardoor vertonen de Overleveringswet en de wijze waarop deze wet in de praktijk wordt toegepast ongeoorloofde afwijkingen van het Kaderbesluit.

Bij de implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties had Nederland een aantal van deze ongeoorloofde afwijkingen en ongeoorloofde overeenkomsten kunnen én moeten recht zetten. Waar het risico van straffeloosheid van de opgeëiste persoon een belangrijk bezwaar vormt tegen het systeem van het huidige art. 6 Olw, zijn de bepalingen van dat kaderbesluit namelijk - onverminderd het Kaderbesluit EAB en voor zover daarmee verenigbaar - van overeenkomstige toepassing op de in de art. 4 onder 6 en 5 onder 3 Kaderbesluit EAB bedoelde gevallen, *teneinde straffeloosheid te voorkomen*. Het ontbreken van een verdragsgrondslag voor de overname van de tenuitvoerlegging zou geen probleem meer moeten opleveren, omdat de bepalingen van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties voor alle lidstaten gelden. De omstandigheid dat de opgeëiste persoon wordt verdacht van of is veroordeeld wegens een lijstfeit evenmin, omdat de uitvoerende lidstaat de erkenning van een strafvonnis mag weigeren, indien het onderliggende feit niet strafbaar is naar zijn recht. Maakt hij van die bevoegdheid gebruik, dan moet hij dat doen op een wijze die straffeloosheid van de opgeëiste persoon vermijdt, dat wil zeggen in geval van executieoverlevering vóór de eventuele overlevering en in geval van vervolgingsoverlevering ná de overlevering en de eventuele veroordeling. Scherper nog dan onder het Kaderbesluit EAB wordt de uitvoerende lidstaat geconfronteerd met de keuze tussen handhaving van de eigen soevereiniteit (geen erkenning van het buitenlandse strafvonnis, indien het lijstfeit niet strafbaar is) en bevordering van de sociale re-integratie van zijn onderdanen en ingezetenen en van personen die op zijn grondgebied verblijven (erkenning van het buitenlandse strafvonnis, ook al is het lijstfeit niet strafbaar).

De wet die tot implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties strekt, kiest ervoor om het bestaande regime grotendeels te handhaven. In geval van *vervolgingsoverlevering* van een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling zal daarom het risico van straffeloosheid van de opgeëiste persoon blijven bestaan. De Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties maakt omzetting van de buitenlandse vrijheidssancties (“aanpassing”) mogelijk, hoewel het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties uitsluitend voorziet in voortgezette tenuitvoerlegging. Een en ander is het gevolg van de opvatting dat de regels van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties onverenigbaar zijn met het Kaderbesluit EAB, welke opvatting weer berust op de onjuiste veronderstelling dat de bestaande praktijk in overeenstemming is met het Kaderbesluit EAB. Het enige verschil met de bestaande praktijk zal zijn dat de uitvoerende justitiële autoriteit niet meer de garantie van instemming met de exequaturprocedure zal mogen vragen. Een kaderbesluitconforme uitleg lijkt te kunnen bewerkstelligen dat de toetsing van de strafbaarheid naar Nederlands

recht van een lijstfeit *post sententiam* plaatsvindt, zodat het gevaar van straffeloosheid wordt vermeden. Een kaderbesluitconforme uitleg in die zin dat alleen de procedure van voortgezette tenuitvoerlegging wordt toegepast, lijkt mij daarentegen niet haalbaar.

Ook voor wat betreft de *executie*overlevering zal het risico van straffeloosheid blijven bestaan. De Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties laat namelijk de verplichting tot weigering van de executieoverlevering, ongeacht of Nederland de tenuitvoerlegging kan overnemen, ongewijzigd. Daarbij komt dat de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties de verplichting tot weigering van de erkenning van een buitenlands vonnis inhoudt, indien het lijstfeit waarop de veroordeling betrekking heeft niet strafbaar is naar Nederlands recht. Een belangrijk verschil met de bestaande praktijk is dat, indien Nederland het strafvonnis uit de uitvaardigende lidstaat erkent en de opgelegde vrijheidsstraf ten uitvoer legt, omzetting van de buitenlandse straf niet meer mogelijk is. De “ondubbelzinnige bewoordingen” van art. 6 leden 2 en 3 OLW lijken in de weg te staan aan een kaderbesluitconforme uitleg in die zin dat weigering van de executieoverlevering alleen is toegestaan, indien Nederland het buitenlandse vonnis erkent, zodat de redding uit Brussel zal moeten komen.

Ik concludeer dat de huidige en de toekomstige implementaties van de bepalingen inzake onderdanen, ingezetenen en personen die in de uitvoerende lidstaat verblijven afbreuk doen aan een belangrijk element van die bepalingen, namelijk dat toepassing van deze bepalingen niet mag leiden tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon. De enige keuze die het Kaderbesluit EAB en het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties aan de lidstaten - die tot implementatie van die bepalingen overgaan - bieden, is de keuze tussen tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat en tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat. Binnen die keuzemogelijkheid kan een lidstaat de wens tot handhaving van de eigen soevereiniteit, dat wil zeggen de wens tot handhaving van de dubbele strafbaarheid, laten prevaleren boven de sociale re-integratie van de opgeëiste persoon. Deze wens leidt immers tot tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat. In de Nederlandse implementatie weegt echter de handhaving van de soevereiniteit zwaarder dan het vermijden van straffeloosheid van de opgeëiste persoon.

HOOFDSTUK X *Ne bis in idem*

X.1 Inleiding

X.2 *Ne bis in idem* in het uitleveringsrecht

X.2.1 Inleiding

X.2.2 De Uitleveringswet

X.2.2.1 Beëindigde Nederlandse strafvervolgning

X.2.2.2 Rechterlijke gewijsden

X.2.2.3 Achtergrond en ratio

X.2.3 Het verdragsrecht

X.2.3.1 Het Europees Verdrag betreffende uitlevering

X.2.3.2 Het Eerste Aanvullend Protocol EUV

X.2.4 Hetzelfde feit

X.3 *Ne bis in idem* in het overleveringsrecht

X.3.1 Inleiding

X.3.2 Art. 54 SUO

X.3.2.1 Inleiding

X.3.2.2 Uitgangspunten

X.3.2.3 Bij onherroepelijk vonnis berecht

X.3.2.4 Uitvoeringsvoorwaarde

X.3.2.5 Dezelfde feiten

X.3.3 Art. 50 Handvest

X.3.4 Het Kaderbesluit

X.3.4.1 Onherroepelijke berechting lidstaat

X.3.4.2 Onherroepelijke berechting derde staat

X.3.4.3 Beslissing inzake vervolging (uitvoerende) lidstaat

X.3.5 De Overleveringswet

X.3.5.1 Inleiding

X.3.5.2 Onherroepelijke berechting (lid)staat

X.3.5.3 Vervolgingsbeslissing Nederland

X.3.5.4 Vervolgingsbeslissing andere lidstaat

X.4 Conclusie

X.1 Inleiding

Het *ne bis in idem* beginsel, dat - kort gezegd - beoogt te voorkomen dat dezelfde persoon andermaal aan een strafvervolgning wordt onderworpen wegens dezelfde feiten, vindt uitdrukking in het nationale recht van de lidstaten, in het internationale recht en in het recht van de Europese Unie. In Nederland is het *het ne bis in idem* beginsel neergelegd in art. 68 Sr.²⁰⁵⁶ Op het internationale niveau vindt men het beginsel terug in art. 14 lid 7 IVBPR²⁰⁵⁷ en in art. 4 Protocol 7 EVRM.²⁰⁵⁸ Het *ne bis in idem* beginsel is een algemeen beginsel van Unierecht²⁰⁵⁹ en is neergelegd in art. 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie²⁰⁶⁰ en in art. 54 SUO.²⁰⁶¹ Daarbij dient men te bedenken dat deze uitingen

²⁰⁵⁶ Deze bepaling luidt: “1. Behoudens de gevallen waarin rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn, kan niemand andermaal worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao, Sint Maarten of de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba onherroepelijk is beslist.

2. Is het gewijsde afkomstig van een andere rechter, dan heeft tegen dezelfde persoon wegens hetzelfde feit geen vervolging plaats in geval van:

1°. vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning;

2°. veroordeling, indien een straf is opgelegd, gevolgd door gehele uitvoering, gratie of verjaring der straf.

3. Niemand kan worden vervolgd wegens een feit dat te zijnen aanzien in een vreemde staat onherroepelijk is afgedaan door de voldoening aan een voorwaarde, door de bevoegde autoriteit gesteld ter voorkoming van strafvervolgning”.

²⁰⁵⁷ Deze bepaling luidt: “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country”.

²⁰⁵⁸ Deze bepaling luidt: “1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State”.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case”.

Het *ne bis in idem* beginsel “is embodied solely in Article 4 of Protocol No. 7” en “other provisions of the Convention do not guarantee compliance with it”: EHRM 14 september 1999, nrs. 36855/97 en 41371/98 (Ponsetti en Chesnel/Frankrijk); EHRM 18 september 2001, nr. 49195/99 (Hermanus/België); EHRM 7 november 2002, nr. 36769/02 (Bolat/Turkije); EHRM 9 februari 2006, nr. 43371/02 (Rabus/Duitsland); EHRM 12 juni 2008, nr. 32071/04 (Menelaou/Cyprus); EHRM 16 juni 2009, nr. 13079/03 (Ruotsalainen/Finland). Nederland heeft Protocol 7 nog niet geratificeerd, maar deze bepaling en de daarop betrekking hebbende rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kunnen wel “van belang zijn voor de gedachtevorming over de toepassing van art. 68 Sr”: HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.7.2. De regering is voornemens om tot ratificatie over te gaan: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 127, p. 4.

²⁰⁵⁹ HvJ EG 2 maart 2006, NJ 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 40 en de daar vermelde rechtspraak. Zie over dit beginsel Van Bockel 2009, in het bijzonder p. 127-183.

²⁰⁶⁰ Deze bepaling luidt: “Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet”.

²⁰⁶¹ Deze bepaling luidt: “Een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een Overeenkomstsluitende Partij is berecht, kan door een andere Overeenkomstsluitende Partij niet worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, op voorwaarde ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende Overeenkomstsluitende Partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden”.

van het beginsel van elkaar verschillen voor wat betreft het toepassingsbereik. Sommige zijn uitsluitend van toepassing op nationale gevallen, zoals art. 4 Protocol 7 EVRM²⁰⁶² en art. 14 lid 7 IVBPR.²⁰⁶³ De eerdere berechting in een staat verhindert dan de vervolging of veroordeling van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten in dezelfde staat. Andere uitingen, zoals art. 50 Handvest en art. 54 SUO, zijn (mede)²⁰⁶⁴ van toepassing op transnationale gevallen. De omstandigheid dat in de ene lidstaat al een onherroepelijke berechting heeft plaatsgevonden, staat dan in de weg aan een vervolging of veroordeling van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat.

Voor het onderwerp van dit proefschrift is - vooral - de toepassing van het *ne bis idem* beginsel op transnationale gevallen van belang: de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat wenst de opgeëiste persoon te vervolgen of een aan hem opgelegde vrijheidsstraf ten uitvoer te leggen, terwijl in een andere (lid)staat een eerdere berechting van de opgeëiste persoon heeft plaatsgevonden wegens dezelfde feiten. Het uit- en overleveringsrecht bevatten regelingen op grond waarvan de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat de uit- of overlevering moet of mag weigeren in verband met het *ne bis in idem* beginsel. Waar de eerdere berechting in een lidstaat heeft plaatsgevonden, hebben weigeringsgronden inzake het *ne bis in idem* beginsel een nauwe band met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De beslissing die het resultaat vormt van de eerdere berechting is immers evenzeer een te erkennen strafrechtelijke beslissing als het EAB. Bovendien raken dergelijke weigeringsgronden aan de omstandigheid dat de regels inzake strafrechtsmacht niet geharmoniseerd zijn. Dat de uitvaardigende lidstaat rechtsmacht wenst uit te oefenen of al heeft uitgeoefend ter zake van de feiten die eerder in een andere lidstaat onderwerp vormden van berechting van dezelfde persoon, betekent immers dat beide betrokken lidstaten rechtsmacht menen te hebben.

Voor de goede orde merk ik op dat, hoewel het *ne bis in idem* beginsel gronden tot weigering van de uit- of overlevering oplevert, de beslissing op het uitleveringsverzoek of op het EAB zelf géén *ne bis in idem* effect heeft. De eerdere ontoelaatbaar verklaring van de uitlevering respectievelijk de eerdere weigering van de overlevering staat er niet aan in de weg dat de rechter zich opnieuw buigt over de toelaatbaarheid van de uitlevering respectievelijk van de overlevering van dezelfde opgeëiste persoon wegens dezelfde feiten.²⁰⁶⁵ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering na een eerdere ontoelaatbaarheid van de uitlevering van dezelfde opgeëiste

²⁰⁶² Zie bijvoorbeeld ECRM 21 oktober 1993, nr. 17265/90 (Baragiola/Zwitserland); ECRM 20 mei 1994, nr. 24015/94 (E.G.M./Luxemburg); ECRM 5 juli 1994, nr. 24132/94 (H.P.L./Oostenrijk); ECRM 17 januari 1996, nr. 25336/94 (Sommer/Italië); EHRM 28 juni 2001, nr. 56811/00 (Amrollahi/Denemarken); EHRM 9 juli 2002, nr. 46468/99 (Manoussos/Tsjechië en Duitsland); EHRM 18 mei 2003, nr. 64117/00 (Guala/Frankrijk); EHRM 6 december 2011, nr. 67611/10 (Segura Naranjo/Polen).

²⁰⁶³ MRC 2 november 1987, nr. 204/1986 (A.P./Italië); MRC 11 augustus 1997, nr. 692/1996 (A.R.J./Australië). Zie ook *General Comment No. 32 (2007) on article 14 (Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial), paragraph 57*. Voor literatuurverwijzingen: Van Bockel 2009, p. 15.

²⁰⁶⁴ Art. 50 Handvest is ook van toepassing op nationale gevallen.

²⁰⁶⁵ HR 14 april 2006, NJ 2006, 446, r.o. 3.6 (uitlevering); HR 25 oktober 2011, L/JN BT2515, r.o. 2.3 (uitlevering). In dezelfde zin Hof van Cassatie van België 9 maart 2010, AR P.10.0361.N (overlevering), beschikbaar op www.cass.be. Evenmin staat de eerdere overlevering van de opgeëiste persoon door lidstaat A aan lidstaat B in de weg aan de overlevering van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten door lidstaat C aan lidstaat B: Rb. Amsterdam 14 juni 2011, L/JN BQ9849.

persoon wegens dezelfde feiten.²⁰⁶⁶ In de uit- of overleveringsprocedure wordt immers niet beslist over de gegrondheid van de tegen de opgeëiste persoon ingestelde strafvervolgning (zie Hoofdstuk II.4.3 en Hoofdstuk III.4.3).²⁰⁶⁷

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regelingen inzake onherroepelijke strafrechtelijke beslissingen van lidstaten en van derde staten ter zake van het aan het EAB ten grondslag liggende feit afwijken van de uitleveringsrechtelijke regelingen. Van de eventuele verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst de regelingen in de Uitleveringswet en in de Europese uitleveringsverdragen bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de regelingen in het Kaderbesluit en de implementatie daarvan in de Overleveringswet uiteenzetten. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 de conclusies uit het voorgaande trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

X.2 *Ne bis in idem* in het uitleveringsrecht

X.2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal ik de uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regelingen van de Uitleveringswet en van de Europese uitleveringsverdragen bespreken.

Ik zal beginnen met een bespreking van de *ne bis in idem* bepalingen van de Uitleveringswet (paragraaf 2.2). Daarbij dient te worden bedacht dat deze bepalingen in een concrete uitleveringszaak alleen kunnen worden toegepast, voor zover het toepasselijke uitleveringsverdrag daartoe de ruimte biedt. Desondanks is een bespreking van deze bepalingen voorafgaand aan die van de verdragen nuttig, omdat zij een beeld zal schetsen van hetgeen naar Nederlandse opvattingen een uitleveringsverdrag zou moeten bevatten op het gebied van het *ne bis in idem* beginsel.

Art. 9 UW bevat een ruime regeling ter zake van de ontoelaatbaarheid van de uitlevering in verband met het *ne bis in idem* beginsel. De bepaling bevat grofweg twee categorieën van *ne bis in idem* gevallen. De eerste categorie betreft gevallen waarin in Nederland tegen de opgeëiste persoon ter zake van het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt een strafvervolgning aanhangig is geweest, maar is beëindigd. Deze gevallen zal ik bespreken in paragraaf 2.2.1. De tweede categorie ziet op gevallen waarin de

²⁰⁶⁶ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 35. Zie ook Rb. Amsterdam 27 oktober 2006, *LJN* BA2645 (ingetrokken eerder uitleveringsverzoek); Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6606 (ingetrokken eerder uitleveringsverzoek); Rb. Amsterdam 3 april 2012, *LJN* BW0696 (eerdere uitleveringsverzoeken ontoelaatbaar verklaard).

²⁰⁶⁷ In deze zin ook Hof van Cassatie van België 9 maart 2010, AR P.10.0361.N, beschikbaar op www.cass.be: "Dit beginsel houdt niet in dat wanneer een onderzoeksgerecht de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel heeft geweigerd, het later geen uitspraak meer kan doen over de tenuitvoerlegging van een nieuw aanhoudingsbevel uitgevaardigd wegens dezelfde feiten als het eerste dat door de uitvaardigende staat is ingetrokken. In dat geval spreekt het onderzoeksgerecht zich immers niet uit over de strafvervolgning". In vergelijkbare zin eveneens Peers 2011, p. 843 ("(...), it is also clear that multiple extradition or surrender proceedings are not covered by Article 54 of the Convention, since multiple requests to obtain the hand-over of a fugitive in relation to the same acts do not amount to multiple prosecutions for those acts").

rechter in een strafzaak tegen de opgeëiste persoon onherroepelijk een materiële einduitspraak heeft gedaan over dat feit. Deze gevallen zullen in paragraaf 2.2.2 aan de orde komen. In de daarop volgende subparagraaf zal ik onderzoeken wat de ratio is van de Nederlandse *strafrechtelijke* en *strafvorderlijke ne bis in idem* bepalingen, wat het verband is tussen deze bepalingen en de besproken *uitleveringsrechtelijke* bepalingen en wat de ratio is van deze laatste voorschriften.

Vervolgens zullen in paragraaf 2.3 de verdragsrechtelijke *ne bis in idem* regelingen aan de orde komen, zoals opgenomen in het Europees Verdrag betreffende uitlevering (paragraaf 2.3.1) en in het Eerste Aanvullend Protocol bij dat verdrag (paragraaf 2.3.2). Aan de hand van de eerdere uiteenzetting over de Uitleveringswet (paragraaf 2.2) zal ik onderzoeken in hoeverre deze overeenkomen met hetgeen de wetgever met de regelingen van de Uitleveringswet voor ogen had.

Ten slotte zal ik in paragraaf 2.4 onderzoeken welke betekenis toekomt aan het begrip “hetzelfde feit”.

X.2.2 De Uitleveringswet

X.2.2.1 Beëindigde strafvervolgning in Nederland

Een in Nederland ter zake van hetzelfde feit beëindigde strafvervolgning van de opgeëiste persoon staat alleen in de weg aan uitlevering, indien hernieuwde strafvervolgning in Nederland op grond van art. 255 lid 1 of lid 2 Sv of art. 255a lid 1 of lid 2 Sv is uitgesloten (art. 9 lid 1 onder b UW).

De genoemde strafvorderlijke bepalingen bestrijken vier gevallen: (1) de opgeëiste persoon is buiten vervolging gesteld (art. 250 lid 4 jo. art. 255 lid 1 Sv), (2) aan de opgeëiste persoon is een verklaring houdende dat de zaak is geëindigd, betekend (art. 36 jo. art. 255 lid 1 Sv), (3) aan de opgeëiste persoon is een kennisgeving niet verdere vervolging betekend (art. 243 jo. art. 255 lid 1 Sv) en (4) de aan de opgeëiste persoon opgelegde strafbeschikking is volledig ten uitvoer gelegd of is ingetrokken (art. 257a jo. art. 255a lid 1 Sv).

In de eerste drie gevallen kan de verdachte evenwel opnieuw worden vervolgd, indien sprake is van nieuwe bezwaren (art. 255 lid 1 Sv *in fine*), welke nieuwe bezwaren moeten bestaan in verklaringen van getuigen of van de verdachte of in stukken, bescheiden en processen-verbaal, die later bekend zijn geworden of nog niet zijn onderzocht (art. 255 lid 2 Sv). Is de officier van justitie van oordeel dat zich nieuwe bezwaren voordoen, dan mag hij de verdachte niet ter terechtzitting dagvaarden dan nadat een gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld ter zake van de nieuwe bezwaren (art. 255 lid 3 Sv).²⁰⁶⁸ Alsdan is de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder b UW niet van toepassing. Omdat in een dergelijk geval de opgeëiste persoon in Nederland wordt vervolgd,²⁰⁶⁹ is sprake van een in Nederland gaande vervolging ter zake van hetzelfde feit, als bedoeld in art. 9 lid 1 onder a UW, hetgeen een andere dwingende weigeringsgrond oplevert (zie Hoofdstuk XI.2), tenzij de Minister van Justitie bij zijn beslissing tot inwilliging van het uitleveringsverzoek tevens opdracht geeft tot staking van die vervolging (art. 9 lid 2 UW).

²⁰⁶⁸ Zie echter HR 11 september 2012, NJ 2012, 539, r.o. 2.7.

²⁰⁶⁹ Het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek en het dagvaarden van de verdachte zijn immers daden van vervolging.

De uitzondering van nieuwe bezwaren geldt voor al de in art. 255 Sv genoemde wijzen van beëindiging van de strafvervolgning. Op één van deze drie wijzen bestaan nog twee bijzondere uitzonderingen. Op de eerste plaats verhindert een betekende kennisgeving niet verdere vervolging de uitlevering niet, indien het gerechtshof op het beklag van een belanghebbende heeft gelast dat de strafvervolgning wordt voortgezet (art. 255 lid 1 jo. art. 12i Sv). In een dergelijk geval is wel de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder a UW aan de orde. Ten tweede heeft een betekende kennisgeving niet verdere vervolging geen blokkerende werking, indien de reden van die kennisgeving is gelegen in de onbevoegdheid van de rechtbank (art. 255 lid 1 jo. art. 246 lid 2 Sv).

Ook een volledig ten uitvoer gelegde of ingetrokken strafbeschikking staat niet in de weg aan uitlevering, indien het gerechtshof voortzetting van de strafvervolgning heeft gelast (art. 255a leden 1 en 2 jo. art. 12i Sv). Dan is wel de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder a UW van toepassing.

Op de verplichting tot ontoelaatbaar verklaring van de uitlevering bestaat een *algemene* uitzondering: die verplichting geldt niet, indien de reden van de staking van de Nederlandse vervolging is gelegen in de omstandigheid dat Nederland geen rechtsmacht bleek te hebben of dat aan berechting in het buitenland de voorkeur werd gegeven (art. 9 lid 3 UW). Deze uitzonderingen liggen voor de hand. Indien Nederland een Nederlandse strafvervolgning heeft beëindigd, omdat Nederland niet over vervolgingsrecht beschikte, heeft Nederland geen belang bij weigering van de uitlevering aan een staat die wel over vervolgingsrecht beschikt. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor weigering van de uitlevering aan de verzoekende staat, indien de Nederlandse strafvervolgning juist is beëindigd met het oog op de strafvervolgning in die staat.

Deze uitzondering van lid 3 kan niet aan de orde zijn in geval van een buitenvervolginstelling of een betekende beschikking, houdende de verklaring dat de zaak is geëindigd. De rechter beoordeelt immers in de procedures die tot dergelijke beslissingen leiden niet de opportuniteit van de vervolging.²⁰⁷⁰ Naar de letter van lid 3 zijn beide uitzonderingen ook van toepassing op strafbeschikkingen, maar een *wegens* het ontbreken van Nederlandse rechtsmacht of de voorkeur voor berechting in het buitenland opgelegde strafbeschikking is uit de aard van de zaak ondenkbaar.

Art. 9 lid 1 onder b UW verwijst niet naar de volledig voldane transactie, die ook een *ne bis in idem* effect heeft (art. 74 lid 1 Sr *in fine*), behoudens de last van het gerechtshof tot voorzetting van de strafvervolgning (art. 74b lid 1 Sr). Hoewel deze wijze van afdoening van strafzaken op den duur geheel zal verdwijnen in verband met de volledige inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening, kunnen in het verleden voldane transacties van belang zijn voor de toelaatbaarheid van de uitlevering (zie paragrafen 2.3.1 en 2.3.2).²⁰⁷¹

X.2.2.2 Rechterlijke gewijsden

Niet alleen materiële einduitspraken van Nederlandse rechters - waaronder rechters in de andere Koninkrijkslanden -²⁰⁷² vallen onder art. 9 lid 1 onder c en d UW, maar ook

²⁰⁷⁰ Swart 1986, p. 232.

²⁰⁷¹ De rechtsgevolgen van vóór de daadwerkelijke afschaffing aangeboden transacties worden beheerst door het oude regime: art. XI van de Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening), *Stb.* 330.

²⁰⁷² De Memorie van Toelichting stelt dat onder "rechterlijk gewijsde" mede moet worden verstaan een gewijsde van de rechter in Suriname of de Nederlandse Antillen: *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p.

materiële einduitspraken van buitenlandse rechters, waaronder rechters in de verzoekende staat.²⁰⁷³

Onherroepelijke *Nederlandse* rechterlijke beslissingen houdende vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgving van de opgeëiste persoon en daarmee overeenkomende *buitenlandse* onherroepelijke beslissingen ter zake van het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt, leiden zonder meer tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering (art. 9 lid 1 onder c UW).

Onherroepelijke *buitenlandse* rechterlijke beslissingen houdende een veroordeling ter zake van hetzelfde feit leiden daarentegen niet zonder meer tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering. Voor ontoelaatbaarheid dient aan één van drie nadere voorwaarden te zijn voldaan: (1) de bij de veroordeling opgelegde straf of maatregel is al ondergaan (art. 9 lid 1 onder d, 1° UW); (2) die straf of maatregel is niet voor onmiddellijke tenuitvoerlegging of verdere tenuitvoerlegging vatbaar, dat wil zeggen dat van een voorwaardelijke veroordeling, een voorwaardelijke invrijheidstelling of een gratie sprake is (art. 9 lid 1 onder d, 2° UW)²⁰⁷⁴ of (3) de veroordeling houdt een schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel in (art. 9 lid 1 onder d, 3° UW).

In geval van strafoplegging staat een *buitenlands* veroordelend gewijsde dus in de weg aan uitlevering, indien de sanctie ten uitvoer wordt gelegd (voorwaardelijke veroordeling; voorwaardelijke invrijheidstelling), indien de sanctie geheel ten uitvoer is gelegd en indien de sanctie niet meer ten uitvoer gelegd kan worden (gratie). Uit art. 9 lid 1 onder d, 1°-2° UW volgt dat een gewijsde houdende strafoplegging dat voor onmiddellijke tenuitvoerlegging vatbaar is, maar dat niet ten uitvoer wordt gelegd, bijvoorbeeld omdat de opgeëiste persoon zich door ontvluchting aan de tenuitvoerlegging daarvan heeft onttrokken, niet in de weg staat aan uitlevering.

Een onherroepelijke *Nederlandse* rechterlijke beslissing houdende een veroordeling heeft wel zonder meer *ne bis in idem* werking, *tenzij* “bij verdrag voor zodanig geval de bevoegdheid tot uitlevering is voorbehouden” (art. 9 lid 1 onder d, 4° UW). In het oorspronkelijke wetsvoorstel ontbrak deze regeling, zodat het voorgestelde art. 9 zich niet verzette “tegen uitlevering voor feiten die wel in Nederland zijn terecht, maar waarvoor de opgelegde straf - voor zover vatbaar voor onmiddellijke tenuitvoerlegging - nog niet, of niet geheel, is ondergaan”. Volgens de Memorie van Toelichting zou een absoluut verbod “ook niet wenselijk zijn, vooral niet met het oog op de mogelijkheid dat de verzoekende staat bereid - en krachtens zijn interne wetgeving ook bevoegd - is de Nederlandse straf (verder) te executeren”.²⁰⁷⁵ Later bedacht de wetgever zich en achtte hij het in het algemeen wenselijk dat de tenuitvoerlegging van Nederlandse gewijsden in Nederland zou plaatsvinden, maar wilde hij wel rekening houden met de mogelijkheid dat het toepasselijke verdrag het zou toelaten om in een dergelijk geval de voorkeur aan berechting en tenuitvoerlegging in de verzoekende staat te geven.²⁰⁷⁶ Nu de relevante Europese verdragen niet een dergelijke bevoegdheid bevatten, staat art. 9 lid 1 onder d, 4° UW steeds aan uitlevering in de weg in geval van een onherroepelijke Nederlandse veroordeling van de opgeëiste persoon ter zake van het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende feit,

14. Gelet op de huidige staatkundige verhoudingen binnen het Koninkrijk, valt onder het begrip “rechterlijk gewijsde” ook een gewijsde van de rechter in de Koninkrijkslanden Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Bonaire, Sint Eustatius en Saba maken thans deel uit van het Koninkrijk Nederland.

²⁰⁷³ *Kamerstukken II 1965/66, 8054, nr. 10, p. 4-5.*

²⁰⁷⁴ *Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr. 3, p. 14.*

²⁰⁷⁵ *Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr. 3, p. 14.*

²⁰⁷⁶ *Kamerstukken II 1965/66, 8054, nr. 10, p. 5.*

ongeacht of aan één van de in de nummers 1°-3° genoemde voorwaarden is voldaan.²⁰⁷⁷ Op het punt van veroordelingen maakt de Uitleveringswet *per saldo* dus onderscheid tussen Nederlandse en buitenlandse gewijsden: de eerste categorie leidt tot meer bescherming dan de tweede.²⁰⁷⁸

X.2.2.3 Achtergrond en ratio

De regeling inzake rechterlijke materiële gewijsden houdt onmiskenbaar verband met art. 68 Sr, dat het strafrechtelijke *ne bis in idem* beginsel regelt.²⁰⁷⁹ Ook art. 68 Sr strekt zich uit over ten aanzien van dezelfde persoon en hetzelfde feit gewezen onherroepelijke uitspraken, ontslagen van rechtsvervolging en veroordelingen,²⁰⁸⁰ afkomstig van Nederlandse rechters (lid 1), waaronder rechters in de andere Koninkrijkslanden,²⁰⁸¹ én van buitenlandse rechters (lid 2), en ook art. 68 Sr stelt ten aanzien van onherroepelijke *buitenlandse* veroordelingen houdende strafoplegging nadere voorwaarden (de strafoplegging moet zijn gevolgd door volledige tenuitvoerlegging, gratie of verjaring der straf). Evenals art. 9 lid 1 onder d UW, stelt art. 68 lid 1 Sr geen nadere eisen ten aanzien van Nederlandse gewijsden houdende een veroordeling. Een onherroepelijke Nederlandse veroordeling heeft dus zonder meer negatief gezag van gewijsde.²⁰⁸²

Van onherroepelijkheid is sprake, indien tegen de betrokken beslissing geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat.²⁰⁸³ De mogelijkheid van een toekomstige vordering tot cassatie in het belang der wet of van een toekomstige aanvraag tot herziening doet dus niet af aan het aan onherroepelijke materiële einduitspraken toekomende *ne bis in idem* effect.²⁰⁸⁴ Art. 68 lid 1 Sr maakt overigens uitdrukkelijk een uitzondering “voor de gevallen waarin rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn”. Daarmee brengt de wet tot uitdrukking dat een vervolging als gevolg van herziening van de onherroepelijke uitspraak niet in strijd met art. 68 lid 1 Sr is. Herziening levert een heropening van de strafzaak op, niet een nieuwe vervolging.²⁰⁸⁵

²⁰⁷⁷ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 5. Zie over de weinig inzichtelijk geredigeerde regeling inzake veroordelende gewijsden verder Swart 1986, p. 239-241.

²⁰⁷⁸ Anders: Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 9 Uitleveringswet, aant. 5c; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1114; Sjöcrona & Orië 2002, p. 162; Strijards 1988, p. 139; Swart 1986, p. 239-240; Swart 1997, p. 111.

²⁰⁷⁹ Zie over de ontwikkeling van dat beginsel Van Hattum 2012.

²⁰⁸⁰ Lid 1 spreekt van een onherroepelijke einduitspraak *over het feit*. Daaronder vallen alleen de genoemde materiële einduitspraken: Baauw 1997, p. 76; Corstens/Borgers 2011, p. 190-191; De Hullu 2009, p. 515-516; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1094; Lensing 2000, p. 110; Machielse, aant. 1 op art. 68 Sr (suppl. 154, september 2011), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink; Sjöcrona & Orië 2002, p. 420-421.

²⁰⁸¹ Onherroepelijke vonnissen van rechters uit de andere Koninkrijkslanden kunnen ingevolge art. 40 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden in Nederland ten uitvoer worden gelegd.

²⁰⁸² Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1096.

²⁰⁸³ Corstens/Borgers 2011, p. 190; De Hullu 2009, p. 515.

²⁰⁸⁴ Cassatie in het belang der wet en herziening zijn *buitengewone* rechtsmiddelen.

²⁰⁸⁵ Baauw 1997, p. 76; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1097; Valkenburg 2010b, (T&C Sr), art. 68 Sr, aant. 6a. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. p. 9 (Wetsvoorstel herziening ten nadele): “Aangenomen wordt wel dat daarvan [een tweede vervolging] bij herziening geen sprake is, omdat het daarbij veeleer gaat om een heropening van een strafzaak. Maar ook bij een ruimere opvatting van het beginsel wordt aan de strekking daarvan niet afgedaan door herziening toelaatbaar te achten in bijzondere gevallen. Artikel 68 Sr stelt - blijkens de zinsnede “behoudens voor zover rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn” - buiten twijfel dat het in dat artikel gecodificeerde beginsel geen beletsel vormt voor herziening”.

Ten aanzien van gewijsden van *Nederlandse* rechters ligt aan art. 68 Sr een aantal motieven ten grondslag.²⁰⁸⁶ De bepaling beoogt het individu te beschermen tegen hernieuwde vervolging en bestraffing ter zake van een feit waarover de rechter zich al onherroepelijk heeft gebogen. Naast de individuele rechtsbescherming staat het meer algemene belang van de rechtszekerheid. Hernieuwde vervolging van een verdachte die ter zake van hetzelfde feit al onherroepelijk is berecht, tast de rechtszekerheid en het gezag van rechterlijke uitspraken aan, hetgeen zou kunnen leiden tot verminderd vertrouwen in de rechtspraak.

De erkenning van het gezag van *buitenlandse* gewijsden berust op solidariteit die “beschaafde” staten elkaar op het gebied van de bestrijding van de criminaliteit moeten betonen en op het vertrouwen in de deugdelijkheid van elkanders rechtspraak.²⁰⁸⁷ Voor misbruik en corruptie behoefde men niet bevreesd te zijn, omdat de meeste internationale contacten zich ten tijde van de totstandkoming van art. 68 Sr voordeden met België en Duitsland, landen die “op zoodanigen trap van beschaving gekomen zijn, dat wij waarlijk wel eenig vertrouwen mogen stellen in hunne wetgeving en hunnen justitie”.²⁰⁸⁸ Daarnaast speelt ook hier de individuele rechtsbescherming een rol.

Art. 68 lid 2 Sr bevat een ruime regeling inzake het negatieve gezag van buitenlandse gewijsden. De regeling maakt geen onderscheid tussen buitenlandse staten. Hoewel uit de wetsgeschiedenis blijkt dat men het oog had op gewijsden uit “beschaafde natiën”, genieten zowel gewijsden uit staten met een democratische en rechtsstatelijke regeringsvorm als gewijsden uit staten die zuchten onder een totalitair regime hetzelfde negatieve gezag van gewijsde,²⁰⁸⁹ onder de voorwaarden van art. 68 lid 2 Sr. Een uitdrukkelijke uitzondering²⁰⁹⁰ voor - evidente - rechtsverkrachtingen en schijnvertoningen kent art. 68 lid 2 Sr niet.²⁰⁹¹ Evenmin is van belang op welk rechtsmachtbeginsel het gewijsde uit de buitenlandse staat berust, anders dan in sommige staten die de (mate van) *ne bis in idem* effect van buitenlandse gewijsden daarvan laten afhangen.²⁰⁹²

Het negatieve gezag van buitenlandse gewijsden is echter niet onbepaald. Is sprake van een veroordeling waarbij een straf - waaronder ook een maatregel moet worden verstaan -²⁰⁹³ is opgelegd, dan moet die straf volledig ten uitvoer zijn gelegd, door gratie zijn kwijtgescholden dan wel door verjaring niet meer voor tenuitvoerlegging vatbaar zijn. Een voorwaardelijke veroordeling of voorwaardelijke invrijheidstelling ten aanzien waarvan in de betrokken staat nog een last tot tenuitvoerlegging kan volgen, staat dus niet in de weg aan een vervolging in Nederland.²⁰⁹⁴ De Nederlandse wet regelt niet dat, indien de Nederlandse strafvervolging tot oplegging van een vrijheidsbenemende sanctie leidt, de in

²⁰⁸⁶ Baauw 1997, p. 75; Corstens/Borgers 2011, p. 190; De Hullu 2009, p. 514-515; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1094; Lensing 2000, p. 100.

²⁰⁸⁷ Smidt 1891 I, p. 506.

²⁰⁸⁸ Smidt 1891 I, p. 506.

²⁰⁸⁹ Corstens/Borgers 2011, p. 196.

²⁰⁹⁰ Klip heeft betoogd dat, nu de wetgever zich niet kon voorstellen dat Nederland een door misbruik of corruptie tot stand gekomen gewijsde zou moeten erkennen, dergelijke gewijsden niet onder de reikwijdte van art. 68 lid 2 Sr vallen: Klip 1998, p. 2072. De Hullu 2009, p. 519-520; Sjöcrona & Orië 2002, p. 423-424; Lensing 2000, p. 164, bepleiten een wetswijziging.

²⁰⁹¹ Vgl. Vogel & Norouzi 2005, p. 156, die erop wijzen dat het Duitse *Grundgesetz* alleen *ne bis in idem* werking toekent aan nationale gewijsden, omdat Duitse rechters anders “unlawful foreign judgments” zouden moeten aanvaarden.

²⁰⁹² Zie bijvoorbeeld voor Oostenrijk Murschetz 2007a, p. 84-87.

²⁰⁹³ HR 4 februari 1969, NJ 1970, 325, m.nt. Enschedé.

²⁰⁹⁴ Corstens/Borgers 2011, p. 197; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1112.

de andere staat ondergane vrijheidsbeneming in mindering wordt gebracht op de Nederlandse sanctie.²⁰⁹⁵ Is tussen de andere staat en Nederland de Schengen Uitvoeringsovereenkomst van kracht, dan moet de rechter ingevolge art. 56 SUO de afrek van de eerdere vrijheidsbeneming gelasten. Art. 9 lid 1 onder d UW biedt een ruimere bescherming aan de voorwaardelijk veroordeelde of voorwaardelijk in vrijheid gestelde: een voorwaardelijke veroordeling of voorwaardelijke invrijheidstelling staat zonder meer in de weg aan uitlevering, zolang deze niet wordt herroepen. Alleen indien een last tot tenuitvoerlegging niet meer mogelijk is, is de straf volledig ten uitvoer gelegd in de zin van art. 68 lid 2 Sr en is een vervolging in Nederland niet mogelijk.²⁰⁹⁶ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de woorden “veroordeling, indien een straf is opgelegd, gevolgd door gehele uitvoering (...)” in art. 68 lid 2 Sr niet alleen een veroordeling tot een straf of maatregel, maar ook een schuldigverklaring zonder oplegging van een sanctie, waaronder mede begrepen uitstel van vonniswijziging en “probation”,²⁰⁹⁷ omvatten.²⁰⁹⁸

Een onherroepelijke buitenlandse veroordeling heeft dus alleen *ne bis in idem* effect, indien deze geheel ten uitvoer is gelegd, indien deze niet meer ten uitvoer kan worden gelegd (gratie of verjaring) of indien deze een schuldigverklaring zonder oplegging van een sanctie inhoudt. Een buitenlandse veroordeling die voor tenuitvoerlegging vatbaar is, maar niet daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, bijvoorbeeld omdat de veroordeelde zich door ontvluchting aan tenuitvoerlegging heeft onttrokken, staat dus niet in de weg aan een Nederlandse strafvervolging.²⁰⁹⁹ In zoverre heeft het vermijden van straffeloosheid dus voorrang boven individuele rechtsbescherming. Daarbij dient te worden bedacht dat gewijsden van de Nederlandse rechter hier te lande zonder meer executabel zijn,²¹⁰⁰ terwijl buitenlandse gewijsden dit alleen krachtens een verdrag zijn (art. 2 WOTS).²¹⁰¹

Niet alleen buitenlandse rechterlijke gewijsden, maar ook buitenlandse wijzen van onherroepelijke afdoening van strafzaken die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse transactie (“voldoening aan een voorwaarde, door de bevoegde autoriteit gesteld ter voorkoming van strafvervolging”) staan in de weg aan een strafvervolging (art. 68 lid 3 Sr). Aan een voldane Nederlandse transactie komt ingevolge art. 74 lid 1 Sr *ne bis in idem*

²⁰⁹⁵ Baauw 1997, p. 80; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1111; Machielse, aant. 12 op art. 68 Sr (suppl. 154, september 2011), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink. Zo ook HR 19 februari 2008, NJ 2008, 132.

²⁰⁹⁶ Baauw 1997, p. 80; Machielse, aant. 12 op art. 68 Sr (suppl. 154, september 2011), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink.

²⁰⁹⁷ *Kamerstukken II 1979/80*, 15 972, nrs. 1-3, p. 14.

²⁰⁹⁸ Ook Baauw 1997, p. 78; Corstens/Borgers 2011, p. 196; De Hullu 2009, p. 519 en Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1112 zijn van mening dat een schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel onder de reikwijdte van art. 68 lid 2 Sr valt. Anders kennelijk Machielse, aant. 15 op art. 68 Sr (suppl. 154, september 2011), in: Noyon-Langemeijer-Remmelink, die opmerkt dat een ongeclausuleerde uitbreiding van art. 68 lid 2 Sr met de schuldigverklaring zonder oplegging van straf gewenst is.

²⁰⁹⁹ Volgens de Hoge Raad is niet relevant of uitsluitend de veroordelende staat zelf verantwoordelijk is voor de niet volledige tenuitvoerlegging van de straf of maatregel: HR 4 februari 1969, NJ 1970, 325, m.nt. Enschedé.

²¹⁰⁰ Zie voor de gewijsden van rechters uit de andere Koninkrijkslanden art. 40 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.

²¹⁰¹ Baauw 1997, p. 79. Zie inzake op of na 5 december 2011 onherroepelijk geworden beslissingen uit lidstaten van de Europese Unie de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties.

werking toe, “met uitbreiding van het beginsel van art. 68 Sr”.²¹⁰² Die werking wilde de wetgever ook toekennen aan buitenlandse transacties.²¹⁰³

Art. 255 leden 1 en 2 Sv en art. 255a leden 1 en 2 Sv verlenen een *ne bis in idem* effect aan enkele beslissingen die een eind maken aan de strafvervolgning, maar die niet een materiële rechterlijke einduitspraak opleveren (zie paragraaf 2.2.1). De bepalingen geven dus een uitbreiding aan de in art. 68 Sr neergelegde bescherming tegen hernieuwde vervolging ter zake van hetzelfde feit.

Dat Nederlandse en buitenlandse materiële rechterlijke gewijsden en sommige Nederlandse beslissingen tot beëindiging van de strafvervolgning in de weg staan aan hernieuwde strafvervolgning *in Nederland* betekent niet zonder meer dat Nederland medewerking aan strafvervolgning of strafexecutie ter zake van hetzelfde feit *in het buitenland* zou moeten weigeren. Uitlevering aan de verzoekende staat ter fine van vervolging of tenuitvoerlegging is namelijk niet een vervolging in de zin van art. 68 Sr noch het “in rechten” betrekken in de zin art. 255 lid 1 Sv. Aan het in die Nederlandse voorschriften neergelegde verbod op vervolging heeft de verzoekende staat bovendien geen enkele boodschap.

Desondanks zijn er goede redenen om het *ne bis in idem* beginsel in het uitleveringsrecht te laten doorwerken. Men kan daarbij onderscheid maken tussen gevallen waarin de aangezochte staat wegens het *ne bis in idem* beginsel zelf niet tot vervolging mag overgaan ter zake van het feit dat aan het uitleveringsverzoek ten grondslag ligt en gevallen waarin de verzoekende staat wegens het *ne bis in idem* beginsel niet tot vervolging van dat feit mag overgaan.

Waar een Nederlandse strafvervolgning van de opgeëiste persoon ter zake van het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende feit zou afstuiten op de Nederlandse strafrechtelijke of strafvorderlijke *ne bis in idem* regeling, zou de uitlevering ter zake van dat feit medewerking aan de handhaving van rechtsnormen opleveren, terwijl naar Nederlandse rechtsopvattingen een strafsancie misplaatst wordt geacht. Een verplichting om te handelen in strijd met de eigen rechtsopvattingen zou de Nederlandse soevereiniteit aantasten. Zulks geldt te meer, indien sprake is van een *Nederlands* gewijsde of van een beëindiging van een *Nederlandse* vervolging ter zake van het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende feit. Uitlevering zou dan rechtstreeks het gezag van Nederlandse justitiële beslissingen ondermijnen.²¹⁰⁴ Naast het argument inzake de nationale soevereiniteit kan men ook de individuele rechtsbescherming als reden voor doorwerking van het *ne bis in idem* beginsel in het uitleveringsrecht aanvoeren.²¹⁰⁵ De nationale *ne bis in idem* regeling zou een deel van haar rechtsbeschermende waarde verliezen, indien het de staat vrij zou staan om de betrokken persoon die hij niet in Nederland mag vervolgen aan een buitenlandse vervolging bloot te stellen. De uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regeling is dus het complement van de strafrechtelijke en strafvorderlijke *ne bis in idem* regeling. Kennelijk vond de wetgever de noodzakelijkheid van een uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regeling vanzelfsprekend. In de parlementaire geschiedenis treft men althans een onderbouwing van die noodzakelijkheid van art. 9 lid 1 onder b, c en d UW niet aan.

In deze categorie van gevallen betekent de ontoelaatbaarheid van de uitlevering niet zonder meer dat de verzoekende staat de opgeëiste persoon niet mag vervolgen ingevolge

²¹⁰² HR 17 december 1963, NJ 1964, 385, m.nt. WP.

²¹⁰³ Kamerstukken II 1979/80, 15972, nrs. 1-3, p. 14.

²¹⁰⁴ Swart 1986, p. 236, met verdere verwijzingen naar literatuur.

²¹⁰⁵ Swart 1986, p. 236, met verdere verwijzingen naar literatuur.

het *ne bis in idem* beginsel. Die ontoelaatbaarheid vloeit immers primair voort uit de rechtsopvattingen van de aangezochte staat inzake *ne bis in idem*. De verzoekende staat kan er andere opvattingen op na houden. De omstandigheid dat de verzoekende staat de uitlevering heeft verzocht, duidt er al op dat zijns inziens geen sprake is van strijd met het *ne bis in idem* beginsel.

Waar de verzoekende staat wegens een voor hem geldende *ne bis in idem* regeling - een dergelijke regeling kan bijvoorbeeld opgenomen zijn in een verdrag waaraan de verzoekende en de aangezochte staat gebonden zijn -²¹⁰⁶ zelf niet tot strafvervolgving of strafexecutie mag overgaan, zou de uitlevering aan die staat zinloos zijn.²¹⁰⁷ De aangezochte staat is niet gehouden tot uitlevering, indien uitlevering niet kan leiden tot het met uitlevering beoogde doel.²¹⁰⁸

X.2.3 Het verdragsrecht

X.2.3.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering

Art. 9 lid 1,²¹⁰⁹ eerste volzin EUV - welke bepaling het opschrift “Non bis in idem” draagt - schrijft voor dat de uitlevering niet wordt toegestaan, indien “final judgment has been passed by the competent authorities of the requested Party upon the person claimed in respect of the offence or offences for which extradition is requested”. Alleen een “final judgment” in de aangezochte staat verhindert dus de uitlevering, niet een “final judgment”

²¹⁰⁶ Bijvoorbeeld art. 53 EVIG, art. 35 EVOS of art. 54 SUO.

²¹⁰⁷ Murschetz 2007a, p. 162 (met betrekking tot gevallen waarin de verzoekende staat ingevolge art. 54 SUO “keinen Strafanspruch über die Tat besitzt”); Zimmermann 2004, p. 466 (“l’Etat requérant ne saurait obtenir la remise d’une personne qu’il ne serait pas en mesure de poursuivre”). Zie ook een *Entscheidung* van het Oostenrijkse *Oberlandesgericht* Linz van 26 januari 2005, *Geschäftszahl* 9Bs311/04, beschikbaar op www.ris.bka.gv.at, waarbij het *Oberlandesgericht* de executie-uitlevering aan Italië ontoelaatbaar verklaarde op grond van art. 54 SUO, omdat de opgeëiste persoon onherroepelijk was veroordeeld in Tsjechië wegens hetzelfde feit en hij de daarbij opgelegde straf volledig had ondergaan.

²¹⁰⁸ Vgl. HR 23 mei 2000, *NJ* 2000, 474. In deze zaak zou de verzoekende staat (Oostenrijk) zijn vervolgingsrecht hebben verloren door de overdracht van de strafvervolgving aan Italië ter zake van het feit waarvoor Oostenrijk de uitlevering verzocht. In Italië was de opgeëiste persoon vervolgens voor dat feit onherroepelijk veroordeeld tot een vrijheidsstraf, welke vrijheidsstraf gedeeltelijk ten uitvoer was gelegd. De Hoge Raad verwierp de stelling dat Oostenrijk ingevolge het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgving het recht tot strafvervolgving had verloren en niet had herkregen, omdat Italië bij dat verdrag geen partij was en dat verdrag dus niet van invloed kon zijn op het vervolgingsrecht van Oostenrijk. De Hoge Raad concludeerde vervolgens dat het cassatiemiddel “(r)eeds daarom” niet kon slagen. De omineuze woorden “reeds daarom” lijken er overigens op te duiden dat de Hoge Raad op dit punt geen rol voor de uitleveringsrechter weggelegd ziet. Hier dringt zich een vergelijking op met het verweer dat de verzoekende staat geen rechtsmacht mag uitoefenen over het feit waarvoor hij de uitlevering verzoekt. Aan de uitleveringsrechter komt geen oordeel toe over de rechtsmacht van de verzoekende staat met betrekking tot de feiten waarvoor de uitlevering wordt verzocht. Dit lijdt slechts dan uitzondering, indien de opgeëiste persoon feiten en omstandigheden aanvoert waaruit een rechtstreeks en ernstig vermoeden rijst, dat de verzoekende staat geen rechtsmacht heeft en dus, bij gebleken juistheid van dat vermoeden, geen belang meer heeft bij uitlevering: HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 134; HR 8 december 1998, *NJB* 1999, p. 135, nr. 12; HR 20 april 1999, *NbSr* 1999, 107.

²¹⁰⁹ Nederland is partij bij het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Art. 2 EAP hernummert de oorspronkelijke tekst van art. 9 EUV tot lid 1 en voegt daaraan drie nieuwe leden toe.

uit de verzoekende staat²¹¹⁰ of een derde staat. Deze weigeringsgrond staat mede ter beoordeling van de uitleveringsrechter.²¹¹¹

Van een “judgment” is sprake, indien de opgeëiste persoon is “acquitted, pardoned or convicted”.²¹¹² Het gaat dus om materiële beslissingen.²¹¹³ Heeft de strafrechter bij de strafoplegging *ad informandum* gevoegde strafbare feiten betrokken, dan is ook ten aanzien van die feiten sprake van een “judgment” in de zin van art. 9 EUV.²¹¹⁴ Een “judgment” is “final”, indien “all means of appeal have been exhausted”.²¹¹⁵ Buitengewone rechtsmiddelen als cassatie in het belang der wet en herziening gelden naar mijn mening niet als “means of appeal”. Ware dit anders, dan zou de enkele mogelijkheid dat de P-G bij de Hoge Raad ooit cassatie in het belang der wet zou vorderen²¹¹⁶ of de enkele mogelijkheid dat de opgeëiste persoon of het College van procureurs-generaal ooit herziening zou aanvragen aan *elk* Nederlands gewijsde uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* werking ontzeggen, terwijl de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 EUV juist - *primaire* - die gewijsden en daarmee de Nederlandse soevereiniteit beoogt te beschermen.²¹¹⁷

Art. 9 lid 1, tweede volzin EUV staat het de aangezochte staat toe om de uitlevering te weigeren, indien “the competent authorities of the requested Party have decided either not to institute or to terminate proceedings in respect of the same offence or offences”. Hier is dus sprake van een bevoegdheid tot weigering, niet een verplichting. Art. 9 lid 1 onder b UW zet deze bevoegdheid om in een verplichting. De uitleveringsrechter dient in de in die bepaling genoemde gevallen de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren, tenzij de uitzondering van art. 9 lid 3 UW zich voordoet. In dat laatste geval mag hij de uitlevering niet ontoelaatbaar verklaren op grond van art. 9 lid 1 onder b UW. Het oordeel of een vanwege het ontbreken van Nederlandse rechtsmacht dan wel vanwege de voorkeur voor berechting in het buitenland beëindigde Nederlandse strafvervolgung al dan niet in de weg aan uitlevering staat, is voorbehouden aan de Minister van Justitie.²¹¹⁸ De Minister van Justitie heeft in een dergelijk geval dus de bevoegdheid tot weigering van de uitlevering.²¹¹⁹

²¹¹⁰ HR 17 juni 1997, NJ 1998, 114.

²¹¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 28 februari 1989, NJ 1989, 788; HR 25 april 1989, NJ 1989, 790; HR 19 december 2001, LJN AA9374.

²¹¹² Extradition: European standards 2006, p. 27 (*Explanatory report*).

²¹¹³ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 29. De Memorie van Toelichting noemt t.a.p. als voorbeeld van een beslissing die niet onder art. 9 lid 1 eerste volzin EUV valt de beslissing waarbij de rechter zich onbevoegd verklaart. Zo ook het *Explanatory report* (“judgment *ultra vires*”; “jugement d’incompétence”): Extradition: European standards 2006, p. 27. Volgens Swart 1986, p. 237-238, staat ook een formeel gewijsde als een onherroepelijke en onherstelbare niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in de weg aan uitlevering. Zo ook Sjöcrona & Orié 2002, p. 163.

²¹¹⁴ HR 20 mei 1980, NJ 1980, 541.

²¹¹⁵ Extradition: European standards 2006, p. 27 (*Explanatory report*).

²¹¹⁶ Een daadwerkelijke vernietiging van het gewijsde in het belang der wet doet bovendien niet af aan de “finality” van het gewijsde (art. 78 lid 6 RO).

²¹¹⁷ Verklaart de Hoge Raad een aanvraag gegrond en komt het tot een vernietiging van het onherroepelijke vonnis, dan is dát vonnis vanzelfsprekend niet meer “final”.

²¹¹⁸ HR 23 december 2003, LJN AN9197.

²¹¹⁹ Voor de toepasselijkheid van lid 3 is niet relevant of de Nederlandse strafvervolgung is beëindigd vóór of na de ontvangst van het uitleveringsverzoek. In HR 23 december 2003, LJN AN9197 reikte de officier van justitie op de uitleveringszitting de van diezelfde dag daterende kennisgeving niet verdere vervolging uit. Anders Swart 1986, p. 232, volgens wie lid 3 alleen zou zien op vóór de ontvangst van het uitleveringsverzoek genomen beslissingen tot beëindiging van de vervolging. Zo zou doorkruising worden voorkomen van de uitsluitend aan de Minister van Justitie gegeven bevoegdheid om ten aanzien van een lopende Nederlandse strafvervolgung ter zake van hetzelfde feit te beslissen of de voorkeur aan verdere

Art. 9 lid 1 onder b UW zwijgt over een sepot van een Nederlandse officier van justitie ter zake van het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende feit. In geval van een dergelijke beslissing bestaat dus slechts een *bevoegdheid* tot weigering van de uitlevering. De uitleveringsrechter mag deswege niet de ontoelaatbaarheid van de uitlevering uitspreken. De bevoegdheid tot weigering van de uitlevering vanwege een sepot komt uitsluitend aan de Minister van Justitie toe.²¹²⁰ Art. 9 lid 1 onder b UW noemt evenmin een reeds voldane Nederlandse transactie ter zake van het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende feit. Nu een dergelijke transactie, evenals de wel in art. 9 lid 1 onder b UW genoemde wijzen van beëindiging van de strafvervolgving, een wettelijk geregelde *ne bis in idem* werking heeft (art. 74 lid 1 Sr), lijkt het voor de hand te liggen om aan te nemen dat de uitleveringsrechter bevoegd en gehouden is om de uitlevering op deze grond ontoelaatbaar te verklaren.²¹²¹

De regeling van art. 9 lid 1 EUV is ruimer dan die van art. 9 lid 1 UW, omdat art. 9 lid 1 onder b UW, afgezien van de transactie, limitatief de wijzen van beëindiging van een Nederlandse strafvervolgving opsomt die tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering moeten leiden. De regeling van art. 9 lid 1 EUV is beperkter dan die van art. 9 UW, in die zin dat art. 9 lid 1 onder d en e UW niet alleen ziet op gewijsden van de rechter uit de aangezochte staat, maar ook op gewijsden uit de verzoekende staat en uit andere staten.

Nederland heeft echter - op grond van art. 26 lid 1 EUV - een voorbehoud gemaakt bij art. 9 EUV, teneinde materiële gewijsden uit *derde* staten onder het bereik van de *ne bis in idem* regeling te brengen. Dit voorbehoud luidt dat Nederland "will not grant extradition if it is satisfied that final judgment for the offence for which extradition is requested has been passed on the person claimed by the competent authorities of a third State and, in the event of conviction for that offence, the convicted person is serving his sentence, has already served it or has been dispensed from serving it".²¹²² De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ter goedkeuring van het Europees Verdrag betreffende uitlevering voert ter onderbouwing van dit voorbehoud aan, dat het in de landen van de Raad van Europa algemeen aanvaarde *ne bis in idem* beginsel voor wat betreft de uitlevering ook behoort te gelden met betrekking tot materiële gewijsden uit derde staten. Verwezen wordt naar - het toenmalige - art. 68 lid 2 Sr,²¹²³ dat kennelijk als de inspiratie voor dit voorbehoud (en voor art. 9 lid 1 onder c en d UW) heeft gediend.²¹²⁴ Toepassing van de in het voorbehoud neergelegde dwingende weigeringsgrond is mede aan de uitleveringsrechter opgedragen.²¹²⁵

vervolgving in Nederland of aan berechting in de verzoekende staat wordt gegeven (art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW). 's Hogen Raads arrest bereikt hetzelfde resultaat op andere wijze. Reikt een officier van justitie hangende het uitleveringsproces een kennisgeving niet verdere vervolgving uit, *omdat hij aan berechting in de verzoekende staat de voorkeur geeft*, dan mag de uitleveringsrechter de uitlevering immers niet op die grond ontoelaatbaar verklaren, opdat de Minister van Justitie zijn handen vrijhoudt.

²¹²⁰ HR 25 januari 1983, NJ 1983, 353, m.nt. ThWvV.

²¹²¹ Zo kennelijk ook Swart 1986, p. 238-239 en Swart 1997, p. 111, die opmerkt dat de transactie - als staking van de vervolgving - tot weigering van de uitlevering kan én behoort te leiden. Zie ook Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 9 Uitleveringswet, aant. 5c; Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1114, die op art. 68 lid 3 Sr wijzen; Sjöcrona & Orië 2002, p. 162.

²¹²² *Trb.* 1969, 62, p. 13.

²¹²³ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 29.

²¹²⁴ R Emmelink 1990, p. 145, zegt dat de tekst van het voorbehoud wezenlijk overeenkomt met art. 68 lid 2 Sr.

²¹²⁵ Zie voor een ontoelaatbaarheid van de uitlevering op grond van het voorbehoud HR 1 juli 1988, NJ 1989, 144.

Onder het begrip “final judgment” vallen dezelfde materiële gewijsden als onder het gelijkkluidende begrip in art. 9 lid 1 EUV.²¹²⁶ In geval van een veroordeling, waaronder ook de afdoening *ad informandum* valt,²¹²⁷ moet zijn voldaan aan één van drie bijkomende voorwaarden. De eerste voorwaarde - dat de veroordeelde “is serving his sentence” - zou aanleiding kunnen geven tot de vraag hoe een veroordeelde die in een derde staat een straf of maatregel ondergaat zich in Nederland kan bevinden. Deze voorwaarde doelt waarschijnlijk op het geval dat het gewijsde uit de derde staat “niet voor onmiddellijke tenuitvoerlegging of verdere tenuitvoerlegging vatbaar is”, als bedoeld in art. 9 lid 1 onder d, 2° UW.²¹²⁸ De voorwaarde doelt met andere woorden op gevallen waarin sprake is van een voorwaardelijke veroordeling of voorwaardelijke invrijheidstelling. Is de onvoorwaardelijke straf of maatregel geheel ten uitvoer gelegd of kan de voorwaardelijke veroordeling dan wel voorwaardelijke invrijheidstelling niet meer worden herroepen, dan is voldaan aan de tweede voorwaarde dat de veroordeelde “has already served [the sentence]”. De derde voorwaarde - dat de veroordeelde “has been dispensed with serving [the sentence]”, dat wil zeggen van het ondergaan van die straf is vrijgesteld - omvat gevallen waarin de derde staat het ondergaan van (het restant van) de strafduur door gratie heeft kwijtgescholden. Daarnaast acht de Hoge Raad deze voorwaarde van toepassing, indien de derde staat de veroordeelde na het ondergaan van een deel van zijn straf heeft uitgezet naar het buitenland, terwijl verdere tenuitvoerlegging van de straf alleen mogelijk is als de veroordeelde vrijwillig terugkeert, en van een dergelijke vrijwillige terugkeer niet is gebleken.²¹²⁹ Evenals art. 9 lid 1 onder d UW, staat het voorbehoud niet in de weg aan uitlevering, indien de veroordeelde zich heeft onttrokken aan een veroordelend gewijsde - houdende sanctieoplegging - dat voor onmiddellijke of verdere tenuitvoerlegging vatbaar is.²¹³⁰

Anders dan art. 68 lid 2 Sr en art. 9 lid 1 onder d, 3° UW vermeldt het voorbehoud niet het geval dat het veroordelende gewijsde een schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel inhoudt. Het voorbehoud is tot stand gekomen vóór²¹³¹ de wetwijzigingen waarbij een dergelijk gewijsde in art. 68 lid 2 Sr en in art. 9 lid 1 onder d UW is opgenomen.²¹³² Gelet op deze bepalingen, zou de zinsnede “in the event of conviction for that offence, the convicted person is serving his sentence, has already served it or has been dispensed from serving it” evenwel zo kunnen worden gelezen, dat deze alléén slaat op een “conviction” houdende oplegging van straf of maatregel. Een “conviction” houdende schuldigverklaring zonder oplegging van een sanctie zou dan onder het eerste deel van het voorbehoud vallen en zou derhalve zonder meer in de weg aan uitlevering staan.²¹³³

²¹²⁶ Strijards 1988, p. 140.

²¹²⁷ Vgl. HR 3 oktober 2000, LjN AA7307.

²¹²⁸ Swart 1986, p. 242.

²¹²⁹ HR 1 juli 1988, NJ 1989, 144. Zie over dit arrest Strijards 1988, p. 140-142.

²¹³⁰ Swart 1986, p. 242.

²¹³¹ Het voorbehoud dateert van 14 februari 1969.

²¹³² De schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel is in art. 68 lid 2 Sr opgenomen bij wet van 6 maart 1985, *Stb.* 131 (in werking getreden op 19 juli 1985). Deze wet strekte onder meer tot goedkeuring van het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgning. Art. 9 lid 1 onder d UW is aangevuld met de schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel bij wet van 16 november 1981, *Stb.* 683 (in werking getreden op 16 december 1981), welke wet onder meer tot goedkeuring van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering strekte.

²¹³³ Zelfde conclusie, maar zonder de hier gegeven onderbouwing: Glerum, par. 91.7.2.c (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

Tezamen zijn art. 9 lid 1 EUV (voor wat betreft gewijsden) en het Nederlandse voorbehoud beperkter van reikwijdte dan art. 9 lid 1 onder c en d UW, omdat laatstgenoemde bepaling ook betrekking heeft op materiële gewijsden uit de verzoekende staat.

X.2.3.2 Het Eerste Aanvullend Protocol

Het Eerste Aanvullend Protocol bevat een aanvulling op art. 9 EUV met betrekking tot gewijsden uit *derde staten die partij zijn bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering*. Het Eerste Aanvullend Protocol beperkt de reikwijdte van de weigeringsgrond tot gewijsden van rechters uit derde staten die partij zijn bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering, omdat een verplichting tot weigering van de uitlevering in verband met gewijsden uit andere staten het uitleveringsverkeer te veel zou beperken, terwijl een redelijke rechtsbescherming van de opgeëiste persoon daartoe niet zou nopen.²¹³⁴ Bovendien veronderstelt het toekennen van negatief gezag van gewijsde aan uitspraken van rechters uit een derde staat noodzakelijkerwijs een zekere mate van vertrouwen in de deugdelijkheid van het rechtsstelsel van die staat. Dat vertrouwen achtte men kennelijk nog wel aanwezig ten aanzien van de partijen bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering, maar niet (zonder meer) ten aanzien van andere staten. Nederland heeft op dit punt een ruimere opvatting, zoals blijkt uit art. 68 lid 2 Sr, uit art. 9 lid 1 onder c en d UW en uit het Nederlandse voorbehoud bij art. 9 EUV.

Art. 2 Eerste Aanvullend Protocol voegt drie leden toe aan het oorspronkelijke art. 9 EUV, waarvan de oorspronkelijke tekst als lid 1 geldt. Volgens het toegevoegde lid 2 staat een “final judgment”²¹³⁵ uit een derde staat,²¹³⁶ die partij is bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering, in de weg aan uitlevering in drie gevallen: (1) indien het “final judgment” een “acquittal” inhoudt (lid 2 onder a), (2) indien het “final judgment” de oplegging van een vrijheidsstraf of een andere maatregel inhoudt en deze sanctie volledig ten uitvoer is gelegd dan wel geheel, of wat het nog niet ten uitvoer gelegde deel betreft, bij wege van gratie of amnestie is kwijtgescholden (lid 2 onder b) en (3) indien het “final judgment” een schuldigverklaring zonder oplegging van een sanctie inhoudt (lid 2 onder c).

Ook in deze regeling staat een veroordelend gewijsde houdende sanctieoplegging uit een derde staat alleen in de weg aan uitlevering, indien de sanctie geheel is ondergaan en indien de sanctie niet meer voor tenuitvoerlegging vatbaar is (gratie; amnestie). Ook deze regeling beoogt te voorkomen dat de veroordeelde zich door ontvluchting aan de justitie zou kunnen onttrekken.²¹³⁷ Anders dan art. 9 lid 1 onder d UW en het Nederlandse voorbehoud bij art. 9 EUV, noemt lid 2 niet de voorwaardelijke veroordeling en de voorwaardelijke invrijheidstelling. Gedurende de proeftijd staan deze sanctiemodaliteiten dus niet aan uitlevering in de weg.²¹³⁸

²¹³⁴ Extradition: European standards 2006, p. 72 (*Explanatory report*).

²¹³⁵ De omstandigheid dat de opgeëiste persoon in een derde staat al zes maanden in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht in een strafzaak die nog steeds aanhangig is, levert niet een “final judgment” op: HR 22 juli 1987, *NJ* 1988, 304.

²¹³⁶ Doet de opgeëiste persoon een beroep op eerdere berechting in een derde staat, dan rust op de uitleveringsrechter niet de verplichting om ambtshalve te onderzoeken of de rechterlijke uitspraak onherroepelijk is geworden jegens de opgeëiste persoon: HR 28 augustus 2007, *LJN* BA6308.

²¹³⁷ Extradition: European standards 2006, p. 73 (*Explanatory report*).

²¹³⁸ Volgens het *Explanatory report* volgt de formulering van art. 9 lid 2 de *ne bis in idem* bepalingen van onder meer het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgning: Extradition: European

In twee gevallen hoeft volgens het *Explanatory report* een onherroepelijke vrijspraak niet - zonder meer - in de weg aan uitlevering te staan. Het eerste geval doet zich voor, indien de verzoekende staat na de onherroepelijke vrijspraak op de hoogte raakt van “new facts” die een grond voor een “new trial” kunnen opleveren. In een dergelijk geval heeft het “final judgment” niet betrekking op de “offence or offences in respect of which the claim [i.e. the extradition request] was made”, omdat het uitleveringsverzoek dan is gebaseerd op feiten waarmee de vrijsprekende rechter niet bekend was. Deze redenering lijkt mij te berusten op een verwarring tussen het “offence” waarvan de opgeëiste persoon is vrijgesproken en waarop het uitleveringsverzoek ziet enerzijds en *nova* anderzijds. De omstandigheid dat de verzoekende staat beschikt over nieuw bewijsmateriaal met betrekking tot het “offence” waarvan de opgeëiste persoon is vrijgesproken, wijzigt dat “offence” niet. Het tweede geval betreft een vrijspraak wegens “formal reasons, e.g. for lack of jurisdiction”. Een dergelijke vrijspraak is namelijk evenmin gegeven ter zake van de “offence or offences in respect of which the claim was made”. Daarentegen levert een vrijspraak wegens het ontbreken van strafbaarheid wel een “acquittal” in de zin van lid 2 onder a op.²¹³⁹

In lid 3 treft de aangezochte staat een drietal *facultatieve* uitzonderingen aan op de verplichting tot weigering van de uitlevering op grond van lid 2. Zij zien op gevallen waarin de verzoekende staat een bijzonder belang heeft bij de vervolging van de opgeëiste persoon, omdat het strafbare feit gericht is tegen een tot de overheidsdienst van die staat behorende persoon, instelling of zaak, omdat de veroordeelde tot de overheidsdienst van die staat behoort of omdat het strafbare feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van die staat is begaan. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in verband met de zelfstandige, dat wil zeggen van het verlenen van rechtshulp onafhankelijke, *ne bis in idem* regelingen van het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen (art. 53-37 EVIG) en van het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging (art. 35-37 EVOS). Deze regelingen verlenen *ne bis in idem* werking aan gewijsden uit alle staten die partij zijn bij die respectieve verdragen, maar kennen daarop enkele uitzonderingen (art. 53 leden 2 en 3 EVIG; art. 35 leden 2 en 3 EVOS). Deze keren terug in art. 9 lid 3 EUV, teneinde te voorkomen dat de aangezochte staat de uitlevering zou moeten of mogen weigeren, in een geval waarin de verzoekende staat, ondanks het gewijsde uit een derde staat, overeenkomstig de in het Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen of het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging voorziene uitzonderingen toch tot strafvervolging zou mogen overgaan.²¹⁴⁰

De in het Eerste Aanvullend Protocol opgenomen *ne bis in idem* regeling verhindert niet de toepassing van “wider domestic provisions relating to the effect of *ne bis in idem* attached to foreign criminal judgments” (lid 4). Dergelijke “provisions” zijn niet alleen voorschriften van uitleveringsrechtelijke aard, zoals het Nederlandse voorbehoud bij art. 9 EUV²¹⁴¹ en art. 9 lid 1 onder c en d UW,²¹⁴² maar ook voorschriften van strafrechtelijke

standards 2006, p. 70. Art. 35 lid 1 onder b EVOS verleent *ne bis in idem* werking aan een veroordeling, indien de opgelegde sanctie - waaronder volgens het *Explanatory report* bij dat verdrag ook “special conditions which may be imposed in a suspended sentence” vallen - “is being enforced”. Een vergelijkbare voorziening ontbreekt evenwel in art. 9 lid 2 EUV.

²¹³⁹ Extradition: European standards 2006, p. 72-73 (*Explanatory report*).

²¹⁴⁰ Extradition: European standards 2006, p. 70 (*Explanatory report*).

²¹⁴¹ Swart 1986, p. 242. Zie ook *Kamerstukken II* 1980/81, 15 965, nr. 5, p. 6.

²¹⁴² HR 21 december 2004, *LJN* AR7225 met betrekking tot een - gestelde - onherroepelijke vrijspraak in de verzoekende staat.

aard, zoals art. 68 lid 2 Sr²¹⁴³ en art. 54 SUO. In samenhang met art. 9 lid 1 onder c UW brengt lid 4 bijvoorbeeld mee dat een vrijsprekend gewijsde uit de verzoekende staat ter zake van hetzelfde feit de uitlevering aan die staat verhindert.²¹⁴⁴ Indien echter de bevoegde autoriteit van de verzoekende staat de zaak heeft heropend, is geen sprake meer van een uitleveringsbeletsel.²¹⁴⁵ Verder vloeit uit lid 4 in samenhang met art. 9 lid 1 onder c en d UW voort dat de uitzonderingen van lid 3 niet relevant zijn voor Nederland als aangezochte staat. Art. 9 UW laat immers geen ruimte voor toepassing van die uitzonderingen, zodat deze bepaling een ruimere *ne bis in idem* werking biedt.

Evenals de dwingende weigeringsgrond van art. 9 lid 1 EUV, behoort de dwingende weigeringsgrond van art. 9 leden 2 en 4 EUV mede tot de bevoegdheid van de uitleveringsrechter.²¹⁴⁶

Het geheel van de oorspronkelijke tekst van art. 9 EUV en de daaraan toegevoegde leden overziend, kan worden geconstateerd dat materiële gewijsden uit de aangezochte staat onbeperkte en materiële gewijsden uit derde verdragspartijen alleen beperkte *ne bis in idem* werking hebben. Dit onderscheid laat zich verklaren door het belang dat de partijen aan de bescherming van hun eigen soevereiniteit hechten. Dat belang weegt kennelijk zwaarder dan het belang van het voorkomen van straffeloosheid van de opgeëiste persoon. De aangezochte staat moet immers de uitlevering weigeren, ook al is de door zijn rechter gewezen onherroepelijke veroordeling voor tenuitvoerlegging vatbaar, maar blijft daadwerkelijke tenuitvoerlegging achterwege. Met betrekking tot gewijsden uit derde verdragspartijen is die soevereiniteit niet, althans minder rechtstreeks, in het geding, zodat ruimte ontstaat voor een afweging tussen het voorkomen van straffeloosheid enerzijds en individuele rechtsbescherming anderzijds.

²¹⁴³ R Emmelink 1990, p. 146.

²¹⁴⁴ HR 21 december 2004, *LJN* AR7225. De Hoge Raad caseerde de uitspraak van de Rechtbank Roermond, omdat deze bij de verwerving van het beroep op het vrijsprekende gewijsde in de verzoekende staat (Moldavië) art. 9 lid 4 EUV over het hoofd had gezien. Als uitleveringsrechter verwierp de Hoge Raad vervolgens dat beroep, omdat uit nadere informatie bleek dat de opgeëiste persoon niet onherroepelijk was vrijgesproken: HR 15 februari 2005, *LJN* AS6026. In een latere uitspraak hield de Rechtbank Roermond wel rekening met een gewijsde uit de verzoekende staat. In Rb. Roermond 26 maart 2010, *LJN* BL9029 verklaarde zij op grond van het *ne bis in idem* beginsel, zoals neergelegd in art. 9 lid 1 onder c UW, in art. 14 lid 7 IVBPR en in art. 4 Protocol 7 EVRM, de uitlevering mede ontoelaatbaar vanwege een eerder vrijsprekend Turks vonnis. Art. 9 lid 1 onder c UW raakt evenwel alleen de toelaatbaarheid van de uitlevering, voor zover het toepasselijke verdrag dat toelaat, en Turkije heeft het Eerste Aanvullend Protocol EUV niet geratificeerd. Evenmin heeft Turkije Protocol 7 EVRM geratificeerd. Nederland en Turkije zijn wel gebonden aan art. 14 lid 7 IVBPR, maar de uitspraak houdt niet de vaststelling in dat de Turkse vrijspraak “final” is in de zin van die bepaling. Bovendien is het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties van oordeel dat deze bepaling niet in de weg staat aan herziening van een vrijspraak, zoals blijkt uit zijn *General Comment No. 32 (2007) on article 14 (Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial)*, paragraph 57: “Furthermore, [article 14, paragraph 7] does not prohibit the resumption of a criminal trial justified by exceptional circumstances, such as the discovery of evidence which was not available or known at the time of the acquittal”. Uit de uitspraak blijkt niet dat de Rechtbank heeft onderzocht of de Turkse autoriteiten de zaak hebben heropend.

²¹⁴⁵ Vgl. Swart 1986, p. 235-236; Glerum, par. 91.20.4 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel (met betrekking tot art. 9 *OLW*).

²¹⁴⁶ Zie HR 21 december 2004, *LJN* AR7225.

X.2.4 Hetzelfde feit

Weigering van de uitlevering op grond van een *ne bis in idem* gerelateerde weigeringsgrond is alleen aan de orde, indien het uitleveringsverzoek enerzijds en het Nederlandse of buitenlandse gewijsde respectievelijk de Nederlandse beslissing tot beëindiging van de strafvervolgning anderzijds hetzelfde feit betreffen.

Nu de uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regelingen primair beogen te voorkomen dat de aangezochte staat meewerkt aan een strafvervolgning of strafexecutie in gevallen waarin een dergelijke vervolging of executie naar zijn eigen rechtsopvattingen niet mogelijk zou zijn (zie paragraaf 2.2.3), ligt het voor de hand om voor de uitleg van het uitleveringsrechtelijke begrip “hetzelfde feit” aansluiting te zoeken bij het strafrechtelijke begrip “hetzelfde feit”, zoals dat in het nationale recht van de aangezochte staat wordt gehanteerd.²¹⁴⁷ Primair dienen deze regelingen immers de bescherming van de soevereiniteit van de aangezochte staat. Voor Nederland als aangezochte staat betekent deze opvatting aansluiting bij de rechtspraak inzake art. 68 Sr.

De rechtspraak met betrekking tot het begrip “hetzelfde feit” als bedoeld in art. 68 Sr, zoals de Hoge Raad deze onlangs heeft verduidelijkt,²¹⁴⁸ kent twee relevante toetsingsfactoren: (1) de juridische aard van de feiten en (2) de gedraging van de verdachte. Wat de eerste toetsingsfactor aangaat, heeft Hoge Raad overwogen dat, indien de ten laste gelegde feiten niet onder dezelfde delictsomschrijving vallen, de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang kan zijn, “in het bijzonder wat betreft (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictsomschrijvingen strekken, en (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding”. Met betrekking tot de tweede toetsingsfactor heeft de Hoge Raad overwogen dat, indien de beide tenlasteleggingen niet dezelfde gedraging beschrijven, de mate van verschil tussen de gedragingen van belang kan zijn, “zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht”.²¹⁴⁹ Als vuistregel kan gelden dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen van de verdachte tot de conclusie kan leiden dat geen sprake is van “hetzelfde feit” in de zin van art. 68 Sr.²¹⁵⁰

De eerste toetsingsfactor is - mede - een verduidelijking van het criterium van de verwantschap tussen de betrokken delictsomschrijvingen: niet is vereist dat de strekking van de betrokken delictsomschrijvingen dezelfde is, maar wanneer die strekking wezenlijk uiteen zou lopen, zou geen sprake meer zijn van “hetzelfde feit” in de zin van art. 68 Sr.²¹⁵¹ De tweede toetsingsfactor is - ten dele - een verduidelijking van het criterium van het zodanige verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de strekking van art. 68 Sr meebrengt dat deze gedragingen in de zin van die bepaling als “hetzelfde feit” moeten worden aangemerkt.²¹⁵² Ten dele, omdat de component schuld niet terugkeert in de

²¹⁴⁷ Vgl. Swart 1986, p. 241.

²¹⁴⁸ HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.8.

²¹⁴⁹ HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.9.1.

²¹⁵⁰ HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.9.2.

²¹⁵¹ HR 2 november 1999, NJ 2000, 174, m.nt. JdH; HR 30 november 1999, NJ 2000, 93.

²¹⁵² HR 17 december 1963, NJ 1964, 385, m.nt. WP.

verduidelijkte tweede toetsingsfactor. Wellicht heeft de Hoge Raad de suggestie van Mulder en van De Hullu overgenomen om de schuld te verwerken “in een meer abstract vereiste van het niet te ver uiteen lopen van de betrokken strafmaxima”, zodat deze component opgaat “in de redelijk vergelijkbare strekking van - of de verwantschap tussen - de betrokken delictomschrijvingen”.²¹⁵³

In uitleveringszaken past de Hoge Raad - kennelijk - zijn rechtspraak inzake art. 68 Sr toe,²¹⁵⁴ overigens zonder uitdrukkelijk naar die rechtspraak te verwijzen en zonder die toepassing te onderbouwen. Herhaaldelijk heeft hij het criterium van het verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedraging en de wezenlijk samenhang in het handelen en de schuld van de opgeëiste persoon aangehaald bij de beoordeling van een cassatiemiddel of van een verweer inzake de *ne bis in idem* weigeringsgronden.²¹⁵⁵

X.3 *Ne bis in idem* in het overleveringsrecht

X.3.1 Inleiding

Het Kaderbesluit bevat een viertal *ne bis in idem* gerelateerde weigeringsgronden: een dwingende weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat (art. 3 onder 2 Kaderbesluit), een facultatieve weigeringsgrond inzake de beslissing tot het niet instellen van de vervolging en tot het staken van de vervolging in de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 3 Kaderbesluit), een facultatieve weigeringsgrond inzake de onherroepelijke beslissing in een lidstaat die verdere vervolging onmogelijk maakt (art. 4 onder 3 Kaderbesluit) en een facultatieve weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een derde staat (art. 4 onder 5 Kaderbesluit).

In paragraaf 2.2.3 is gebleken dat weigering van de uitlevering op grond van een uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regeling niet zonder meer betekent dat de verzoekende staat geen recht tot vervolging of tenuitvoerlegging zou hebben. De uitleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regelingen beogen primair te voorkomen dat de aangezochte staat in strijd met zijn eigen rechtsopvattingen zou moeten handelen. Zeker waar het de transnationale variant van het *ne bis in idem* beginsel betreft, hoeven deze rechtsopvattingen niet gelijk te lopen met die van de verzoekende staat. Het Unierecht bevat daarentegen transnationale *ne bis in idem* regelingen die voor alle (art. 50 Handvest)²¹⁵⁶ respectievelijk voor op één na alle lidstaten (art. 54 SUO) gelden. Deze regelingen hebben bovendien het karakter van een individueel grondrecht, beogen althans primair individuele rechtsbescherming te bieden. Een weigeringsgrond inzake *ne bis in idem* zou *idealiter* de weigering van de overlevering van de opgeëiste persoon moeten garanderen in die gevallen waarin de uitvaardigende lidstaat hem uit hoofde van die regelingen niet wegens dezelfde feiten zou mogen vervolgen. Tussen de lidstaten van de Europese Unie bestaat dus op het gebied van het *ne*

²¹⁵³ De Hullu 2009, p. 530, onder verwijzing naar de noot van G.E. Mulder onder HR 29 april 1980, NJ 1980, 445.

²¹⁵⁴ Van Hattum 1999, p. 945; Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 9 Uitleveringswet, aant. 5b; Lensing 2000, p. 180; Remmelink 1990, p. 145; Sjöcrona & Orië 2002, p. 164.

²¹⁵⁵ Zie HR 11 februari 1986, NJ 1986, 679; HR 28 februari 1989, NJ 1989, 788; HR 25 april 1989, NJ 1989, 790; HR 10 september 1996, DD 97.001; HR 19 december 1996, NJ 1997, 155; HR 10 februari 1998, DD 98.176; HR 2 maart 1999, NJ 1999, 331; HR 19 december 2001, LJN AA9374.

²¹⁵⁶ Zij het voor Polen en het Verenigd Koninkrijk met inachtneming van Protocol (Nr. 30) betreffende de toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op Polen en het Verenigd Koninkrijk. Zie over dit Protocol Claes 2009, p. 164-165; Peers 2011, p. 105-106.

bis in idem beginsel een andere rechtstoestand dan tussen de staten die partij zijn bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering en bij het Eerste Aanvullende Protocol. Om vast te stellen of, en zo ja, welke invloed art. 50 Handvest en art. 54 SUO hebben op de uitleg en implementatie van het Kaderbesluit, zal ik eerst deze bepalingen bespreken. Van deze twee is art. 54 SUO de meest gedetailleerde, terwijl art. 50 Handvest vanwege zijn beknopte formulering enigszins ondoorzichtig is.²¹⁵⁷ Bovendien heeft art. 54 SUO een reeks van belangrijke arresten van het Hof van Justitie opgeleverd. Daarom zal ik eerst art. 54 SUO bespreken (paragraaf 3.2) en daarna art. 50 Handvest (paragraaf 3.3).

In paragraaf 3.4 zal ik vervolgens de regelingen van het Kaderbesluit aan de orde stellen. Ten slotte zullen in paragraaf 3.5 de bepalingen van de Overleveringswet uiteen gezet worden.

X.3.2 Art. 54 SUO

X.3.2.1 Inleiding

Een aantal lidstaten van de toenmalige Europese Gemeenschap sloot op 14 juni 1985 te Schengen (Luxemburg) het Akkoord tussen de Regeringen van de Staten van de Benelux Economische Unie, van de Bondsrepubliek Duitsland en van de Franse Republiek betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen. Het Akkoord beoogde het vrij verkeer van personen (en goederen) te vergemakkelijken. Zonder nadere maatregelen zou de grensoverschrijdende criminaliteit kunnen profiteren van het wegvallen van de personencontroles aan de binnengrenzen. Ter compensatie zouden de politieke en justitiële samenwerking moeten worden versterkt. De Schengen Uitvoeringsovereenkomst bevat zulke maatregelen in Titel III, “Politie en veiligheid”. Bij het ontbreken van regels over de uitoefening van rechtsmacht zou de versterking van politieke en justitiële samenwerking ertoe kunnen leiden dat binnen de Schengenruimte het risico op herhaalde vervolging en bestraffing wegens dezelfde feiten zou toenemen, zulks niet alleen ten detrimente van het gezag van rechterlijke gewijsden, maar ook van het vrij verkeer van personen.²¹⁵⁸ Op dit punt bevat Titel III eveneens een regeling.

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999 maken de bepalingen van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst deel uit van het Unierecht.²¹⁵⁹ Daarmee is echter niet gezegd dat alle onderdelen van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst gelden voor alle lidstaten. Door de uitzonderingspositie van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk²¹⁶⁰ en door de toetredingsverdragen met nieuwe lidstaten²¹⁶¹ is op dit punt een onoverzichtelijke situatie ontstaan. De *ne bis in idem* bepalingen van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst zijn van kracht voor alle lidstaten, behalve voor Ierland.²¹⁶² Niet alleen lidstaten van de Europese Unie, maar ook enkele derde staten zijn aan art. 54 SUO gebonden (Liechtenstein, Noorwegen, IJsland en Zwitserland).

²¹⁵⁷ Van Bockel 2009, p. 20, spreekt van “opaque”.

²¹⁵⁸ Van Bockel 2009, p. 22-23 en p. 69.

²¹⁵⁹ Art. 2 lid 1 Protocol tot opnemng van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie.

²¹⁶⁰ Art. 3 en 4 Protocol tot opnemng van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie. Zie Peers 2011, p. 79-82 en p. 85-88.

²¹⁶¹ Zie Peers 2011, p. 88-90.

²¹⁶² Peers 2011, p. 835. Zie het overzicht bij Ford-Claasen 2011, p. 571-572.

De Europese Unie heeft met deze derde staten verdragen gesloten, teneinde hen te betrekken bij de uitvoering, toepassing en ontwikkeling van het Schengen-acquis.²¹⁶³

Welke zijn nu deze bepalingen die voor deze lidstaten van kracht zijn en wat is hun inhoud? Hoofdstuk 3, “Toepassing van het beginsel ne bis in idem”, van Titel III van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst bevat in de art. 54-58 SUO een uiting van het transnationale *ne bis in idem* beginsel. De persoon die bij onherroepelijk vonnis door een partij bij de Overeenkomst is berecht, mag door een andere partij niet worden vervolgd wegens dezelfde feiten. Is een straf of maatregel opgelegd, dan staat die eerdere onherroepelijke berechting alleen in de weg aan een vervolging door een andere partij, indien deze sanctie is ondergaan, daadwerkelijk wordt ondergaan of op grond van het recht van de veroordelende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden (art. 54 SUO). In dit verband wordt wel van de “uitvoeringsvoorwaarde” gesproken.²¹⁶⁴ Aan art. 54 SUO ligt het zogenaamde *Erledigungsprinzip* ten grondslag. Door het instellen van de eerste vervolging is het vervolgingsrecht *erledigt*, zodat een tweede vervolging wegens dezelfde feiten uitgesloten is.²¹⁶⁵

Het verbod op dubbele vervolging is echter niet onbeperkt. De partijen konden bij de bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van de Overeenkomst een verklaring afleggen dat zij in drie nader te omschrijven gevallen niet aan art. 54 SUO gebonden zouden zijn (art. 55 lid 1 SUO). Nederland heeft van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt.²¹⁶⁶ De drie limitatieve²¹⁶⁷ uitzonderingen op art. 54 SUO betreffen gevallen waarin de vervolgende staat zijn vervolgingsrecht baseert op het territorialiteits- en beschermingsbeginsel. De vervolgende staat mag zijn rechtsmachaanspraak in die gevallen laten prevaleren boven die van de veroordelende staat:²¹⁶⁸ (1) de feiten hebben zich geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de vervolgende staat afgespeeld, tenzij de feiten zich gedeeltelijk op het grondgebied van de veroordelende staat hebben afgespeeld. In dat geval heeft de veroordelende staat een even sterke rechtsmachaanspraak; (2) de feiten vormen een inbreuk op de veiligheid of andere even wezenlijke belangen van de vervolgende staat en (3) de feiten zijn begaan door een ambtenaar van de vervolgende staat in strijd met zijn ambtsplichten. De uitzonderingen zijn niet van toepassing, indien de vervolgende staat wegens dezelfde feiten de veroordelende staat om vervolging heeft verzocht - waaronder ook de overdracht van strafvervolging valt -²¹⁶⁹ of heeft ingestemd met uitlevering - waaronder ook overlevering moet worden verstaan -²¹⁷⁰ aan de veroordelende staat (art. 55 lid 4 SUO).²¹⁷¹

In die gevallen waarin een staat, ondanks de eerdere onherroepelijke berechting van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten in een andere verdragspartij, overgaat tot vervolging, moet hij elke periode van vrijheidsbeneming - niet alleen ingevolge de

²¹⁶³ Zie Peers 2011, p. 90-93 en p. 835.

²¹⁶⁴ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 39.

²¹⁶⁵ Van Bockel 2009, p. 34-35.

²¹⁶⁶ Zie Peers 2011, p. 836, voor de partijen die een verklaring hebben afgelegd.

²¹⁶⁷ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütök en Brügge), r.o. 44.

²¹⁶⁸ Sjöcrona & Orié 2002, p. 428-429.

²¹⁶⁹ Peers 2011, p. 851. Volgens Peers, t.a.p., is lid 4 “logically” ook van toepassing, indien lidstaten ingevolge het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen overeenstemming hebben bereikt over concentratie van de strafvervolging in één lidstaat.

²¹⁷⁰ Peers 2011, p. 851.

²¹⁷¹ Zie HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 29.

opgelegde vrijheidsstraf, maar ook ingevolge voorarrest e.d.²¹⁷² die de betrokkene wegens die feiten in de veroordelende staat heeft ondergaan in mindering brengen op de eventueel op te leggen vrijheidsbenemende straf of maatregel (art. 56 eerste volzin SUO).²¹⁷³ In zoverre huldigt de Overeenkomst dus het *Anrechnungsprinzip*. Dit beginsel staat niet in de weg aan een tweede vervolging van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten, maar verbiedt dubbele bestraffing van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten. De als gevolg van de eerdere vervolging opgelegde sanctie moet daarom in rekening worden gebracht bij het opleggen van een straf of maatregel.²¹⁷⁴ Art. 56 SUO is van toepassing, indien niet is voldaan aan de uitvoeringsvoorwaarde van art. 54 SUO en indien de feiten waarvoor de betrokkene onherroepelijk is berecht onder één van de uitzonderingen van art. 55 lid 1 SUO vallen.²¹⁷⁵

Art. 57 SUO bevat “een kader van samenwerking (...) waardoor de bevoegde autoriteiten van een tweede overeenkomstsluitende staat de autoriteiten van een eerste overeenkomstsluitende staat om de relevante juridische informatie kunnen verzoeken teneinde bijvoorbeeld verduidelijking te verkrijgen over de precieze aard van een op het grondgebied van die eerste staat gegeven beslissing”.²¹⁷⁶

Een en ander staat niet in de weg aan toepassing van “verdergaande nationale bepalingen inzake de regel ne bis in idem in geval van buitenlandse rechterlijke beslissingen” (art. 58 SUO).

X.3.2.2 *Uitgangspunten*

Het Hof van Justitie heeft zich herhaaldelijk uitgelaten over de uitleg van art. 54 SUO.²¹⁷⁷ Uit 's Hof's arresten kunnen enkele uitgangspunten worden gedestilleerd die het Hof bij de interpretatie van deze bepaling hanteert.

Wat betreft de doelstelling van art. 54 SUO legt het Hof een verband met de algemene doelstelling van het Akkoord van Schengen en de Schengen Uitvoeringsovereenkomst: het bevorderen van het vrij verkeer van personen binnen de Schengenruimte. Volgens het Hof dient deze bepaling namelijk “te voorkomen dat een persoon die gebruikmaakt van zijn

²¹⁷² Peers 2011, p. 852. Zie ook de punten 62-69 van de conclusie van de A-G Sharpston in zaak C-288/05 (Kretzinger). Anders kennelijk Bartsch 2002, p. 1168 (“(...) the prison term served in that state must be deducted from any sentence imposed in the new proceedings”); Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1111 (“(...) the Schengen Convention, which prescribes deduction of the foreign sentence in case of renewed prosecution”).

²¹⁷³ Voor zover het nationale recht van de vervolgende staat dit toelaat, moet hij rekening houden met andere al ondergane straffen of maatregelen dan vrijheidsbeneming (art. 56 tweede volzin SUO).

²¹⁷⁴ Van Bockel 2009, p. 35.

²¹⁷⁵ Zie punt 72 van de conclusie van de A-G Sharpston in zaak C-288/05 (Kretzinger) en punten 54-69 van haar conclusie in zaak C-367/05 (Kraaijenbrink). Instemmend Van Bockel 2009, p. 222-223 en Peers 2011, p. 852. Zoals de A-G meldt, verzette Nederland zich tegen het standpunt dat art. 56 SUO ook van toepassing is, indien niet aan de uitvoeringsvoorwaarde is voldaan. Art. 68 lid 2 Sr kent namelijk niet het *Anrechnungsprinzip* en is dus onverenigbaar met art. 56 SUO (zie paragraaf 2.2.3).

²¹⁷⁶ HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 39.

²¹⁷⁷ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge); HvJ EG 10 maart 2005, NJ 2006, 225, m.nt. JR (Miraglia); HvJ EG 2 maart 2006, NJ 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck); HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer; HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini); HvJ EG 18 juli 2007, zaak C/288-05 (Kretzinger); HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (Kraaijenbrink); HvJ EG 11 december 2008, NJ 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (Bourquain); HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský).

recht op vrij verkeer, voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van meerdere lidstaten”.²¹⁷⁸ Gezien deze doelstelling, zou men wellicht geneigd zijn om te denken dat art. 54 SUO alleen van toepassing is op *onderdanen* van de lidstaten. Dezen genieten immers het recht op vrij verkeer. De tekst van art. 54 SUO - “(e)en persoon” - maakt evenwel duidelijk dat noch deze hoedanigheid²¹⁷⁹ noch het daadwerkelijke gebruik van het recht op vrij verkeer een voorwaarde voor de toepasselijkheid van deze bepaling is.²¹⁸⁰

Een belangrijke, terugkerende overweging van het Hof van Justitie is dat Titel VI (oud) van het Verdrag betreffende de Europese Unie - waarvan de art. 31 (oud) en 34 (oud) als rechtsgrondslag voor de art. 54-58 SUO gelden -, het Schengen Akkoord en de Schengen Uitvoeringsovereenkomst voor de toepassing van art. 54 SUO niet de voorwaarde van harmonisatie of onderlinge aanpassing van de strafwetgevingen van de lidstaten stellen.²¹⁸¹ Eventuele verschillen in materieel of formeel strafrecht tussen de lidstaten mogen dus geen beletsel vormen. Hier dringt zich de gelijkenis met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen op. Dit beginsel is immers tot hoeksteen van de strafrechtelijke samenwerking uitgeroepen, omdat men niet bereid was verdergaande stappen op het gebied van de harmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten te zetten. Het beginsel verplicht tot erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen, ondanks de verschillen tussen de wetgevingen van de lidstaten.

De gelijkenis met het beginsel van wederzijdse erkenning wordt nog sterker door de conclusie die het Hof uit een en ander trekt. Omdat de toepassing van art. 54 SUO niet afhankelijk is van harmonisatie, betekent het *ne bis in idem* beginsel “noodzakelijkerwijs” dat “de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden”.²¹⁸² Het beginsel van wederzijdse erkenning brengt de verplichting tot erkenning en tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke beslissing uit een andere lidstaat mee, ook al had de lidstaat waarin deze beslissing erkend en ten uitvoer wordt gelegd naar zijn eigen recht niet tot een vergelijkbare

²¹⁷⁸ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 38; HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 33; HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 45; HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini); HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (Bourquain), r.o. 41; HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 41.

²¹⁷⁹ Peers 2006a, p. 214, noemt het “striking” dat het Hof het vrij verkeer argument aanvoert in een arrest (HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger)) dat mede betrekking heeft op een onderdaan van een *derde* staat (Hüseyin Gözütok was van Turkse nationaliteit) en terwijl sommige lidstaten nog niet aan het Schengenacquis waren gebonden. Zie ook Peers 2011, p. 841. Ook Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1104, komen tot de conclusie dat de bescherming van art. 54 SUO niet beperkt is tot burgers van de Unie die het recht op vrij verkeer genieten. Van der Wilt 2005b, p. 110, spreekt van een “less fortunate” overweging.

²¹⁸⁰ Zie ook Peers 2006a, p. 214, die erop wijst dat het Hof “(...) has rightly pointed out, the double jeopardy principle should be interpreted to ensure that a person can travel between Member States *in future* without the threat of further prosecution”, en Peers 2011, p. 841-842.

²¹⁸¹ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 32; HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 29; HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 29; HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (Bourquain), r.o. 36.

²¹⁸² HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 33; HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 30; HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2006, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 30; HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (Bourquain), r.o. 37.

beslissing kunnen komen. Het beginsel dwingt dus tot de aanvaarding van de toepassing van het strafrecht van de andere lidstaten. Evenals het *ne bis in idem* beginsel van art. 54 SUO, berust het beginsel van wederzijdse erkenning bovendien op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten.

Art. 54 SUO houdt dus een vorm van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in en wel een vorm die niet verplicht tot het maken van een inbreuk op de rechten van de betrokkene, maar juist tot bescherming van diens rechten. Het beginsel van wederzijdse erkenning zoals dat uitdrukking in het Kaderbesluit heeft gevonden, noopt tot optreden door de uitvoerende lidstaat, terwijl het beginsel zoals dat uitdrukking in art. 54 SUO heeft gevonden dwingt tot het achterwege laten van optreden.²¹⁸³ Beide vormen van wederzijdse erkenning dienen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid), maar in art. 54 SUO ligt de nadruk op vrijheid, terwijl in het Kaderbesluit de nadruk op veiligheid ligt.²¹⁸⁴

Dat betekent overigens niet dat het Hof bij de uitleg van art. 54 SUO het belang van veiligheid uit het oog zou verliezen. De rechtsbescherming vindt haar grens, daar waar toepassing van art. 54 SUO niet meer in overeenstemming zou zijn met het doel van de bepalingen inzake politie en justitiële samenwerking in strafzaken, te weten “de handhaving en de ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot (...) voorkoming en bestrijding van criminaliteit”.²¹⁸⁵

X.3.2.3 Bij onherroepelijk vonnis berecht

Art. 54 SUO spreekt van “bij onherroepelijk vonnis (...) berecht”.²¹⁸⁶ Uit de in het vervolg van de bepaling opgenomen uitvoeringsvoorwaarde blijkt dat onder een dergelijk vonnis in elk geval valt een veroordeling houdende de oplegging van een straf of maatregel. Onder het begrip “bij onherroepelijk vonnis berecht” vallen dus niet alléén veroordelingen.²¹⁸⁷ Welke andere onherroepelijke wijzen van afdoening van strafzaken *ne bis in idem* werking hebben, laat de bepaling evenwel in het ongewisse.

Bij de uitleg van het begrip “bij onherroepelijk vonnis berecht” is de doelstelling van art. 54 SUO van groot belang. Ondanks gebruik van het begrip “vonnis”, levert ook een buitengerechtelijke beslissing “door een autoriteit die in de nationale rechtsorde deelneemt aan de strafrechtsbedeling”, die een “bestrafing” inhoudt en die de strafvervolgning definitief beëindigt, een berechting bij onherroepelijk vonnis in de zin van art. 54 SUO op. Zo geeft een door een Nederlandse officier van justitie aangeboden transactie als bedoeld in art. 74 Sr bescherming uit hoofde van art. 54 SUO, zodra de termijn voor beklag bij het gerechtshof (art. 12k (oud) Sv) is verstreken (en de transactie volledig is voldaan).²¹⁸⁸ Art. 54 SUO kan namelijk alleen een nuttige bijdrage aan zijn doel leveren - “voorkomen dat

²¹⁸³ Mitsilegas 2006b, p. 1300, p. 1302-1303; Mitsilegas 2009a, p. 143 en p. 149; Klip 2008, p. 672; Klip 2012, p. 261-262.

²¹⁸⁴ Van Bockel 2009, p. 71-72.

²¹⁸⁵ Art. 2 (oud) VEU. Zie HvJ EG 10 maart 2005, NJ 2006, 225, m.nt. JR (Miraglia), r.o. 34; HvJ EG 28 september 2006, NJ 2006, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 35; HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 43.

²¹⁸⁶ De Duitse taalversie spreekt van “rechtskräftig abgeurteilt”, de Franse van “définitivement jugée”.

²¹⁸⁷ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 56.

²¹⁸⁸ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 28-30.

een persoon die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer, voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van meerdere lidstaten” -, wanneer deze bepaling “tevens toepasselijk is op beslissingen waarbij strafvervolging in een lidstaat definitief wordt beëindigd, ook al komen zij tot stand zonder rechterlijke tussenkomst en worden zij niet genomen in de vorm van een vonnis”.²¹⁸⁹

Bij de beantwoording van de vraag of de betrokkene “bij onherroepelijk vonnis” is “berecht” acht het Hof van belang of enige beoordeling van het aan de verdachte verweten onrechtmatige gedrag heeft plaatsgevonden. In het arrest *Gözütok en Brügge* kwam zulks al tot uiting in de vaststelling dat een transactie “de aan de verdachte verweten gedraging bestraft”.²¹⁹⁰ Bestrafing veronderstelt immers een voorafgaande inhoudelijke beoordeling.²¹⁹¹ In het arrest *Miraglia* was de omstandigheid dat géén beoordeling van de aan de verdachte ten laste gelegde onrechtmatige handeling had plaatsgevonden één van de redenen waarom het in art. 54 SUO neergelegde *ne bis in idem* beginsel niet van toepassing was op de beslissing van een Nederlandse rechterlijke autoriteit waarbij werd verklaard dat de zaak was geëindigd,²¹⁹² nadat een Nederlandse officier van justitie had besloten niet verder te vervolgen om de enkele reden dat in een andere lidstaat (Italië) tegen dezelfde verdachte en wegens dezelfde feiten een strafvervolging was ingesteld.²¹⁹³ Daarnaast legt het Hof in het arrest *Miraglia* de nadruk op het aspect veiligheid uit de trits “vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid)” om het *ne bis in idem* effect aan een dergelijke beslissing te onthouden. De strafvervolging in de andere lidstaat (Italië) zou namelijk “tot mislukking gedoemd zijn”, terwijl de instelling van die strafvervolging juist de reden vormde voor de beëindiging van de strafvervolging in Nederland. Deze uitkomst is naar het oordeel van het Hof “duidelijk in strijd” met de doelstelling van de bepalingen inzake de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken van het Verdrag betreffende de Europese Unie, te weten de “handhaving en ontwikkeling van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit”.²¹⁹⁴

Een onherroepelijke “vrijspraak omdat het feit niet is bewezen” levert daarentegen wel een berechting bij onherroepelijk vonnis op. Het onthouden van *ne bis in idem* effect aan een dergelijke beslissing zou namelijk het recht op vrij verkeer in gevaar brengen - terwijl

²¹⁸⁹ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 38.

²¹⁹⁰ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 29.

²¹⁹¹ De A-G Ruiz-Jarabo Colomer was op dit punt stelliger dan het Hof. Hij stelde onder meer de voorwaarde dat “de overeenkomst een uitdrukkelijke of impliciete schuldbekenenis vereist en bijgevolg een expliciet of stilzwijgend vonnis over de verwijtbaarheid van het gedrag bevat”. Zie punt 134 van zijn conclusie in de zaken C-187/01 en C-385/01 (Gözütok en Brügge).

²¹⁹² Het arrest maakt niet duidelijk of hier sprake is van de beschikking als bedoeld in art. 36 Sv. De weergave van art. 36 Sv in r.o. 10 en de herformulering van de prejudiciële vraag in r.o. 28 (“waarbij (...) wordt verklaard dat een zaak is geëindigd”), lijken daarop te wijzen, maar onder het kopje “De hoofdzaak en de prejudiciële vraag” maakt het Hof in r.o. 19 alleen melding van een beschikking waarbij de Rechtbank Amsterdam een vergoeding heeft toegekend voor de door de voorlopige hechtenis geleden schade en voor de kosten van een raadsman. Een dergelijke beschikking is alleen mogelijk, indien de strafzaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel. Mogelijk is de verklaring waarvan het Hof in r.o. 28 gewag maakt de in de beschikking opgenomen constatering dat de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of maatregel, maar deze constatering levert niet een beschikking als bedoeld in art. 36 Sv op, zoals de annotator J. Reijntjes opmerkt.

²¹⁹³ HvJ EG 10 maart 2005, *NJ* 2006, 225, m.nt. JR (Miraglia), r.o. 34.

²¹⁹⁴ HvJ EG 10 maart 2005, *NJ* 2006, 225, m.nt. JR (Miraglia), r.o. 34.

art. 54 SUO juist ertoe dient om een persoon die van dat recht gebruik maakt te vrijwaren voor meerdere vervolgingen wegens dezelfde feiten - en zou bovendien afbreuk doen aan het beginsel van rechtszekerheid en aan het beginsel van gewettigd vertrouwen. Ten slotte is een dergelijke vrijspraak, anders dan de kwestieuze beslissing in het arrest *Miraqlia*, gebaseerd op een beoordeling van de *merites* van de zaak.²¹⁹⁵

Een beoordeling van de *merites* is echter niet steeds een voorwaarde voor onherroepelijke berechting in de zin van art. 54 SUO. Een onherroepelijke vrijspraak “wegens verjaring van het strafbare feit waarvoor de strafvervolgning werd ingesteld” heeft onder art. 54 SUO eveneens *ne bis in idem* werking. Wederom verwijst het Hof naar de doelstelling van deze bepaling en voegt daaraan toe dat deze bepaling “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”. Die maatschappelijke rust zou evenwel in het gedrang komen, wanneer art. 54 SUO geen betrekking zou hebben op een door een rechterlijke instantie na de strafvervolgning uitgesproken vrijspraak wegens verjaring van het strafbare feit waarvoor de strafvervolgning werd ingesteld.²¹⁹⁶ Ook de argumenten inzake harmonisatie en vertrouwen spelen een rol. Toepassing van art. 54 SUO is immers niet afhankelijk van de harmonisatie of onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten en veronderstelt wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaanders strafrechtssystemen op grond waarvan zij de uitkomsten van de toepassing elkaanders strafrecht aanvaarden.²¹⁹⁷ Ten slotte overweegt het Hof nog dat dit oordeel niet strijdt met het systeem van het Kaderbesluit EAB. Weliswaar bevat art. 4 onder 4 Kaderbesluit een facultatieve weigeringsgrond inzake verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat, voor zover de feiten onder zijn rechtsmacht vallen, maar deze bepaling stelt voor de gebruikmaking daarvan niet de voorwaarde dat “een vonnis is gewezen op basis van de verjaring”. De onherroepelijke berechting bij vonnis is geregeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit, dat een dwingende weigeringsgrond bevat.²¹⁹⁸ Het Hof week in deze zaak af van de conclusie van de A-G Sharpston, die had betoogd dat alleen dan sprake is van *bis*, indien in de eerdere procedure de zaak *ten gronde* is onderzocht. Een dergelijke uitleg zou een passender evenwicht bereiken tussen de bevordering van het vrij verkeer van personen en de verwezenlijking van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid), waarin een hoog niveau van zekerheid bestaat en de criminaliteit onder controle is.²¹⁹⁹

²¹⁹⁵ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 57-60.

²¹⁹⁶ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 27-28.

²¹⁹⁷ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 29-30.

²¹⁹⁸ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 31.

²¹⁹⁹ Punten 95 en 97 van de conclusie van de A-G Sharpston in zaak C-467/04 (Gasparini). Het oordeel van het Hof ontmoet bijval van N. Keijzer, die het criterium van de A-G weinig praktisch en onduidelijk vindt: punt 2 van zijn noot onder HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57 (Gasparini). Inderdaad lijkt mij het criterium van de A-G lastig te hanteren. Vgl. punten 95 en 96 van de conclusie van de A-G: een formele uitspraak over de schuld of onschuld is niet vereist, maar wel een “significante beoordeling ten gronde”. De Commissie had dan ook “om puur praktische redenen” voorgesteld om “elk onherroepelijk vonnis waarbij toekomstige strafrechtelijke procedures op grond van dezelfde feiten in een lidstaat worden uitgesloten” onder de reikwijdte van art. 54 SUO te brengen. Kritisch over het arrest is A.H. Klip, die het arrest “conceptually wrong” acht, omdat geen sprake was van een “assessment of the merits of the case”. In deze zin ook Van Bockel 2009, p. 47 en Peers 2011, p. 844-845. Bovendien komt erkenning van een vrijspraak wegens verjaring volgens Klip neer op erkenning van een beslissing dat een staat geen “jurisdiction” heeft, die in de weg staat aan vervolging in een staat die wel “jurisdiction” heeft. Zie Klip 2012, p. 255-256. Mijn

Naar mijn mening zal niet alleen het *dictum* vrijspraak wegens verjaring, maar ook elk ander *dictum* houdende de vaststelling dat het strafbare feit is verjaard in de weg staan aan een vervolging in een andere lidstaat.²²⁰⁰ Het is niet zozeer de vorm van de beslissing als wel het effect daarvan - namelijk dat deze de strafvervolging definitief beëindigt - die maakt dat deze een berechting bij onherroepelijk vonnis oplevert.²²⁰¹ Zou de vorm beslissend zijn, dan zou de toepassing van art. 54 SUO immers wél afhankelijk zijn van verschillen in strafwetgeving van de lidstaten. Art. 68 lid 2 Sr wijkt dus af van art. 54 SUO, zoals uitgelegd door het Hof.²²⁰² Eerstgenoemde bepaling kent immers alleen *ne bis in idem* werking toe aan buitenlandse gewijsden die overeenkomen met een Nederlandse vrijspraak, een Nederlands ontslag van rechtsvervolging en een Nederlandse veroordeling.²²⁰³

De modaliteit van de beslissing - op tegenspraak of bij verstek - is niet relevant. Ook onherroepelijke verstekvonnissen vallen onder de reikwijdte van art. 54 SUO. De tekst van art. 54 SUO sluit deze vonnissen immers niet uit. Ter ondersteuning van zijn oordeel verwijst het Hof nog naar het harmonisatieargument en het wederzijdse vertrouwen dat daaruit noodzakelijkerwijs voortvloeit.²²⁰⁴

Een belangrijk criterium om vast te stellen of de betrokkene “bij onherroepelijk vonnis” is “berecht”, is of de beslissing “de strafvervolging definitief beëindigt”. Aan de hand van het recht van de lidstaat waarvan de autoriteiten de bewuste beslissing hebben genomen,

inzien moet onderscheid worden gemaakt tussen rechtsmacht en verjaring. De beslissing dat de verjaring naar het recht van een lidstaat is ingetreden, impliceert dat het strafbare feit wel onder de rechtsmacht van die lidstaat valt. Vgl. Peers 2011, p. 846, die opmerkt dat in geval van verjaring “there had been an opportunity to rule on the merits of the case”. Anders dan uit de beslissing dat de verjaring is ingetreden, volgt uit de beslissing dat rechtsmacht ontbreekt dat de betrokken staat *nooit* tot vervolging heeft mogen overgaan. Een dergelijke onherroepelijke beslissing zou naar mijn mening - in zoverre ben ik het dus eens met Klip - niet in de weg mogen staan aan vervolging wegens dezelfde feiten in een lidstaat die wel over rechtsmacht beschikt. Anders zou afbreuk worden gedaan aan het belang van de voorkoming en bestrijding van criminaliteit in een ruimte van vrijheid, *veiligheid* en recht. Ook Peers, t.a.p., kent aan een “ruling” waarbij de vervolging wordt beëindigd wegens het ontbreken van rechtsmacht geen *ne bis in idem* werking toe, omdat geen sprake van een “ruling on the merits”. Hetzelfde geldt voor beëindiging wegens overdracht van strafvervolging.

²²⁰⁰ Zo kennelijk ook Mitsilegas 2009a, p. 147 (“[The Court] included time-barred prosecutions within the scope of Article 54 (...)”; Klip 2012, p. 255 (“In that case [*Gasparini*], the Court held that a court decision that the prosecution was time-barred would also trigger the application of the *ne bis in idem* principle”); N. Keijzer in punt 2 van zijn noot onder HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57 (*Gasparini*)).

²²⁰¹ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (*Gasparini*), r.o. 33: “(...) waarbij de verdachte *definitief* wordt vrijgesproken (...)” (mijn cursivering). Anders Van Bockel 2009, p. 47 (“It is not because of the final nature of such a finding, but merely as a result of the time bar itself, any subsequent attempts to prosecute the offence are barred”).

²²⁰² Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst was de regering van mening dat art. 54 SUO overeenkwam met art. 68 lid 2 Sr: *Kamerstukken II* 1990/91, 22 140, nr. 3, p. 33.

²²⁰³ Punt 2 van de noot van N. Keijzer onder HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57 (*Gasparini*).

²²⁰⁴ HvJ EG 11 december 2008, NJ 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (*Bourquain*), r.o. 34-37. Opmerkelijk is dat het Hof niet uitsloot dat het bij verstek gewezen vonnis als onherroepelijk in de zin van art. 54 SUO kon gelden, ook al zou de veroordeelde in geval van zijn aanhouding gedurende de verjaringstermijn van de opgelegde straf automatisch opnieuw zijn berecht: HvJ EG 11 december 2008, NJ 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (*Bourquain*), r.o. 38-42. Voor de beantwoording van de concrete vragen was dit oordeel niet nodig, nu de verjaringstermijn uiteindelijk was ingetreden en het vonnis dus onherroepelijk was geworden vóór de inleiding van de tweede strafvervolging in Duitsland: HvJ EG 11 december 2008, NJ 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (*Bourquain*), r.o. 43. Zie ook Brammer 2009, p. 1693-1694.

moet worden nagegaan of deze beslissing onherroepelijk en bindend is en of zij tot bescherming op grond van het *ne bis in idem* beginsel aanleiding geeft.²²⁰⁵ Een beslissing tot schorsing van de ingestelde strafvervolgning na een inhoudelijk onderzoek van de zaak - primair omdat geen sprake is van een strafbaar feit en subsidiair omdat de verjaring is ingetreden -²²⁰⁶ die de strafvervolgning niet definitief beëindigt, vormt - in beginsel - geen beletsel voor een vervolging in een andere lidstaat en levert dus niet een berechting bij onherroepelijk vonnis in de zin van art. 54 SUO op.²²⁰⁷ Zou vervolging in een andere lidstaat "waar misschien meer bewijsmateriaal voorhanden zou kunnen zijn" niet mogelijk zijn, terwijl vervolging in de lidstaat waarin de beslissing is genomen niet uitgesloten zou zijn, dan zou afbreuk worden gedaan aan de algemene doelstelling van de bepalingen inzake politieke en justitiële samenwerking van het Verdrag betreffende de Europese Unie, die als rechtsgrondslag voor de art. 54-58 SUO dienen. Die doelstelling houdt immers de ontwikkeling van de Europese Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid in, onder het nemen van passende maatregelen tot voorkoming en bestrijding van criminaliteit. Door deze uitleg wordt de betrokkene mogelijk blootgesteld aan opeenvolgende strafrechtelijke onderzoeken wegens dezelfde feiten in verschillende lidstaten, maar nu geen sprake is van een eerdere onherroepelijke berechting biedt art. 54 SUO daartegen geen bescherming.²²⁰⁸

Zoals volgt uit het arrest *Turanský*, moet men om vast te stellen of een beslissing "onherroepelijk" in de zin van art. 54 SUO is, nagaan of het nationale recht van de lidstaat waarin de beslissing is genomen die beslissing als onherroepelijk en bindend beschouwt en of die beslissing in die lidstaat aanleiding tot bescherming uit hoofde van het *ne bis in idem* beginsel geeft. De vraag rijst of buitengewone rechtsmiddelen, zoals herziening, van

²²⁰⁵ HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (*Turanský*), r.o. 32-35. In het licht van deze overweging is het elf dagen eerder gewezen arrest *Bourquain* opmerkelijk. Zolang de verjaringstermijn van de opgelegde straf niet was verstreken, was het verstekvonnis naar Frans recht niet onherroepelijk, omdat de veroordeelde persoon automatisch een nieuw proces zou krijgen, indien hij gedurende de verjaringstermijn van de opgelegde straf zou worden aangehouden. Het nationale recht van de veroordelende staat zag het verstekvonnis gedurende de verjaringstermijn dus *niet* "als onherroepelijk en bindend". Het Hof sloot evenwel niet uit dat het verstekvonnis al gedurende de proeftijd als onherroepelijk in de zin van art. 54 SUO moest worden beschouwd (HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (*Bourquain*), r.o. 38-42), hoewel zulks niet eens noodzakelijk was voor de beantwoording van de vragen, nu de verjaringstermijn uiteindelijk was verstreken vóór het instellen van de tweede vervolging: HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (*Bourquain*), r.o. 43. Ook Brammer 2009, p. 1693, wijst op deze spanning tussen de arresten *Bourquain* en *Turanský*.

²²⁰⁶ HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (*Turanský*), r.o. 22.

²²⁰⁷ HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (*Turanský*), r.o. 39-40. Over dit arrest wederom kritisch A.H. Klip in zijn noot onder HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511 (*Turanský*). Hij bespeurt een onverenigbaarheid met het arrest *Gasparini*: in dat arrest had de vaststelling dat de verjaring was ingetreden wel *ne bis in idem* effect, terwijl het arrest *Turanský* dat effect onthield aan de litigieuze beslissing, hoewel deze inhield dat strafvervolgning niet mogelijk was wegens verjaring. Daargelaten dat de beslissing in *Turanský* primair beruiste op de overweging dat van een strafbaar feit niet was gebleken, is van een onverenigbaarheid naar mijn mening geen sprake. Het verschil tussen *Gasparini* en *Turanský* is dat de vrijspaan wegens verjaring *definitief* was, dat wil zeggen dat deze de strafvervolgning definitief beëindigde, terwijl de beslissing tot schorsing (mede) wegens verjaring de strafvervolgning juist niet definitief beëindigde. Naar Slowaaks recht stond de beslissing tot schorsing namelijk niet in de weg aan een nieuwe strafvervolgning wegens dezelfde feiten. Dat een eventuele nieuwe vervolging geen kans van slagen zou hebben wegens de ingetreden verjaring, deed kennelijk niet af aan het niet definitieve karakter van de beslissing.

²²⁰⁸ HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (*Turanský*), r.o. 42-44.

belang zijn voor die vaststelling. Ter ontkennende beantwoording van die vraag zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over art. 4 lid 1 Protocol 7 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens legt art. 4 lid 1 Protocol 7 EVRM zo uit dat een *acquittal of conviction* pas *final* is in de zin van die bepaling, “when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them”.²²⁰⁹ Buitengewone rechtsmiddelen zoals een “request for reopening of the proceedings” zijn niet van belang voor de vaststelling of een procedure heeft geleid tot een “final conclusion”. Het Europees Hof acht daarbij ook van belang dat art. 4 lid 2 Protocol 7 EVRM onder omstandigheden heropening van de zaak - ten voordele en ten nadele van de verdachte - toelaat.²²¹⁰ Een dergelijke heropening is dus niet in strijd met het *ne bis in idem* beginsel.²²¹¹

Bovendien kan ter ontkennende beantwoording worden aangevoerd dat de rechtszekerheid in het gevaar zou kunnen komen, indien rechtsmiddelen die niet aan een termijn voor instelling gebonden zijn - zoals het Nederlandse buitengewone rechtsmiddel van herziening - van invloed zouden zijn op de onherroepelijkheid van de beslissing.²²¹² Ten slotte kan men nog betogen dat, indien de enkele mogelijkheid van het instellen van een buitengewoon rechtsmiddel in de weg zou staan aan onherroepelijkheid in de zin van art. 54 SUO, de verwezenlijking van de in de rechtspraak van het Hof van Justitie zo belangrijke doelstelling van art. 54 SUO ernstig zou worden belemmerd. Zeker indien het nationale recht van de veroordelende staat voor de instelling van een buitengewoon rechtsmiddel geen termijn voorschrijft, zou de berechte persoon geen gebruik kunnen maken van zijn recht op vrij verkeer zonder te vrezen voor vervolging wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat.²²¹³

Naar Nederlands recht zijn Nederlandse vonnissen of arresten die een materiële einduitspraak inhouden en waartegen geen *gewone* rechtsmiddelen - hoger beroep en beroep in cassatie - meer openstaan onherroepelijk in de zin van art. 68 lid 1 Sr, maar kunnen tegen dergelijke onherroepelijke vonnissen of arresten onder zekere omstandigheden en onder zekere voorwaarden de *buitengewone* rechtsmiddelen cassatie in het belang der wet en herziening worden aangewend (zie paragraaf 2.2.3). De mogelijkheid dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad ooit een vordering tot cassatie in het belang der wet van een onherroepelijk vonnis of arrest zal doen noch de mogelijkheid dat een gewezen verdachte (of het College van procureurs-generaal, zodra herziening ten nadele van de gewezen verdachte zal zijn ingevoerd)²²¹⁴ ooit een aanvraag tot herziening van een

²²⁰⁹ EHRM 20 juli 2004, nr. 50178/99 (Nikitin/Rusland), § 37; EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, NJ 2010, 36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland), § 107. Ook volgens Peers 2011, p. 846, mag worden aangenomen dat een vonnis niet onherroepelijk is in de zin van art. 54 SUO, zolang een “ordinary appeal has been lodged against it, or for as long as the possibility to bring such an appeal still exists (...)”.

²²¹⁰ EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, NJ 2010, 36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland), § 108.

²²¹¹ Zie ook Van Bockel 2009, p. 47, p. 237-238 en p. 240.

²²¹² Trechsel 2005, p. 390. Hij ziet het al dan niet ontbreken van een “time limit” dan ook als een geschikt criterium om een “ordinary remedy that would prevent the judgement from becoming final” te onderscheiden van een andere “remedy”.

²²¹³ Vgl. HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 27.

²²¹⁴ Het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van een regeling betreffende herziening ten nadele van de gewezen verdachte (Wet herziening ten nadele) (*Kamerstukken I* 2011/12, 32 044, A) draagt de bevoegdheid tot het indienen van een aanvraag tot herziening op aan het College van procureurs-generaal.

onherroepelijk vonnis of arrest zal doen - de wet verbindt geen termijn aan het doen van een dergelijke vordering of aanvraag -, doet niet af aan de onherroepelijkheid van dat vonnis of arrest in de zin van art. 68 lid 1 Sr. Die enkele mogelijkheid brengt dus niet mee dat een nieuwe Nederlandse vervolging van de betrokkene wegens dezelfde feiten is toegestaan.²²¹⁵ Ik concludeer dan ook dat een Nederlands vonnis of arrest dat een materiële einduitspraak inhoudt en dat onherroepelijk is in de zin van art. 68 lid 1 Sr, ook onherroepelijk is in de zin van art. 54 SUO.

Daadwerkelijke cassatie in het belang der wet en daadwerkelijke herziening van een onherroepelijk vonnis of arrest leiden overigens niet tot een nieuwe vervolging van de betrokkene wegens dezelfde feiten in de zin van art. 68 lid 1 Sr. Cassatie in het belang der wet brengt immers geen nadeel toe aan verkregen “rechten”,²²¹⁶ terwijl herziening niet een nieuwe vervolging, maar een heropening van de strafzaak oplevert, hetgeen de wet niet als een inbreuk op het in art. 68 lid 1 Sr neergelegde *ne bis in idem* beginsel beschouwt (zie paragraaf 2.2.3). De strafprocedure die volgt op daadwerkelijke herziening brengt niet mee dat een *andere* lidstaat het oorspronkelijke vonnis of arrest als niet onherroepelijk mag beschouwen en zelf een vervolging van de betrokkene wegens dezelfde feiten mag instellen.²²¹⁷

Samenvattend kunnen uit 's Hofs rechtspraak de volgende hoofdlijnen worden afgeleid. Beslissingen die zijn genomen door een rechterlijke autoriteit of een andere autoriteit die aan de strafrechtsbedeling deelneemt, die een beoordeling van de aan de verdachte verweten onrechtmatige gedraging inhouden en die definitief zijn, dat wil zeggen die de strafvervolging definitief beëindigen, leveren een berechting bij onherroepelijk vonnis in de zin van art. 54 SUO op.²²¹⁸ Beslissingen die zijn genomen door een dergelijke autoriteit, die niet een dergelijke beoordeling inhouden, maar die wel definitief zijn, vallen daarentegen *niet zonder meer* buiten de reikwijdte van art. 54 SUO. De definitieve beslissing dat de verjaring is ingetreden valt wel binnen die reikwijdte. Bij de vaststelling of andere definitieve beslissingen die aan verdere vervolging in de weg staan, maar die niet een beoordeling ten gronde inhouden, al dan niet *ne bis in idem* effect hebben, is van belang of dat effect past binnen een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht(vaardigheid) zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot onder meer bestrijding van criminaliteit.²²¹⁹

²²¹⁵ In dezelfde zin Peers 2011, p. 846-847. Hij verwijst daartoe naar het arrest *Bourquain*. In dat arrest beschouwde het Hof van Justitie een bij verstek gewezen vonnis als onherroepelijk in de zin van art. 54 SUO, hoewel de veroordeelde recht had op een “automatic retrial”. Volgens Peers “(i)t should follow by analogy that if the absolute right to a retrial cannot affect the finality of a judgment, the mere possibility of an exceptional review of that judgment cannot do so either”. Verder verwijst hij naar de al genoemde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

²²¹⁶ Art. 78 lid 6 RO.

²²¹⁷ Peers 2011, p. 847. Hij wijst erop dat “the process of reviewing or reopening judgments in criminal law cases” - evenals “holding a retrial following an in absentia judgment” - een bijzondere procedure is, die niet “a fresh opportunity for other Member States to start fresh criminal law proceedings of their own” in het leven roept. Hetzelfde geldt volgens hem, indien de “exceptional review proceedings quash the original judgment” en zeker indien de reden van de vernietiging van het oorspronkelijke vonnis is gelegen in schending van fundamentele rechten van de betrokkene. Een nieuwe vervolging in een andere lidstaat zou dan de doeleinden van het *ne bis in idem* beginsel ondermijnen.

²²¹⁸ Zo ook Van Bockel 2009, p. 237; Cimamonti 2009, p. 121.

²²¹⁹ Zo ook Wasmeier 2006, p. 125-126: “The reasoning in this case [Miraglia] implies that *ne bis in idem* does not necessarily apply in all situations where national law bars further prosecution: its interpretation

X.3.2.4 *Uitvoeringsvoorwaarde*

Is bij het “onherroepelijke vonnis” een straf of maatregel opgelegd, dan moet voor het verkrijgen van *ne bis in idem* effect voldaan zijn aan de bijkomende voorwaarde dat “deze [straf of maatregel] reeds is ondergaan, of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende Overeenkomstsluitende Partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden”, de zogenaamde uitvoeringsvoorwaarde.²²²⁰

De eerste twee leden van de uitvoeringsvoorwaarde - de sanctie is of wordt ondergaan - beogen straffeloosheid van de veroordeelde te voorkomen.²²²¹ Indien de enkele omstandigheid dat aan de betrokkene onherroepelijk een sanctie is opgelegd al aan zijn vervolging wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat in de weg zou staan, zou hij door zich aan de tenuitvoerlegging van die sanctie te onttrekken kunnen bewerkstelligen dat hij van die veroordeling geen gevolgen ondervindt. Daarbij dient te worden bedacht dat een lidstaat, ondanks de mogelijkheden van internationale justitiële samenwerking, niet altijd de tenuitvoerlegging van de door zijn autoriteiten opgelegde sanctie zal kunnen verkrijgen.²²²² In zoverre vormt de uitvoeringsvoorwaarde het resultaat van een afweging tussen de aspecten vrijheid, veiligheid en recht waarbij het aspect veiligheid zwaarder weegt dan het aspect vrijheid. Het derde lid van de uitvoeringsvoorwaarde - dat de sanctie op grond van de wetten van de veroordelende lidstaat niet meer ten uitvoer gelegd kan worden - is daarentegen de resultante van een afweging waarbij het aspect vrijheid de overhand heeft. Zolang de veroordelende lidstaat de opgelegde sanctie ten uitvoer mag leggen, maar dat niet doet, staat de veroordeling niet in de weg aan vervolging van de veroordeelde wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat. Zodra echter de veroordelende lidstaat naar zijn recht de sanctie niet meer ten uitvoer mag leggen - bijvoorbeeld omdat de executieverjaring is ingetreden -, mogen andere lidstaten de veroordeelde niet meer vervolgen wegens dezelfde feiten.

Een Nederlandse transactie aan de voorwaarden waarvan de verdachte geheel heeft voldaan, geldt als “reeds” te zijn “ondergaan” in de zin van art. 54 SUO.²²²³ De enkele omstandigheid dat de veroordeelde in voorarrest heeft gezeten in de zaak waarin later de veroordeling is gevolgd, terwijl dat voorarrest naar het recht van de veroordelende lidstaat bij de tenuitvoerlegging van de opgelegde gevangenisstraf in mindering moet worden gebracht, brengt niet mee dat die straf “is ondergaan” of “daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd”. Art. 54 SUO is immers alleen van toepassing, indien de betrokkene “bij onherroepelijk vonnis (...) is berecht”, maar voorarrest gaat uit de aard van de zaak aan een dergelijke onherroepelijke berechting vooraf, zodat art. 54 SUO niet op vrijheidsbeneming uit hoofde van voorarrest van toepassing kan zijn.²²²⁴ Bovendien dient voorarrest - vooral - de preventie, terwijl de uitvoeringsvoorwaarde een geheel ander doel dient, namelijk voorkomen dat de veroordeelde persoon “niet meer voor dezelfde feiten kan worden

may not lead to results that would run contrary to the objectives of the principle and the Treaties (including the guarantee a high level of safety, Art. 29 EU).

²²²⁰ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 39.

²²²¹ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 51: de uitvoeringsvoorwaarde wil “voorkomen dat iemand die in de eerste overeenkomstsluitende staat onherroepelijk is berecht, niet meer voor dezelfde feiten kan worden vervolgd en dus uiteindelijk ongestraft blijft, wanneer de eerste beoordelende staat de opgelegde straf niet heeft laten uitvoeren”.

²²²² Van Bockel 2009, p. 54 en p. 246.

²²²³ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 30.

²²²⁴ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 49-50.

vervolgd en dus uiteindelijk ongestraft blijft, wanneer de eerste beoordelende staat de opgelegde straf niet heeft laten uitvoeren”.²²²⁵

Hoewel de in voorarrest doorgebrachte vrijheidsbeneming niet relevant is voor de uitvoeringsvoorwaarde en dus niet in de weg staat aan vervolging van de veroordeelde wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat, moet de lidstaat die de tweede vervolging instelt inderhalve het in art. 56 SUO neergelegde *Anrechnungsprinzip* die vrijheidsbeneming in mindering brengen op de eventueel op te leggen vrijheidsbenemende straf of maatregel.

De enkele omstandigheid dat de veroordelende lidstaat een EAB ter fine van tenuitvoerlegging van een uitvoerbare gevangenisstraf kan uitvoerdigen, opdat de gevangenisstraf in de veroordelende lidstaat ten uitvoer wordt gelegd, betekent niet dat die gevangenisstraf moet worden geacht te zijn of te worden ondergaan in de zin van art. 54 SUO. Zulks zou immers ingaan tegen de uitdrukkelijk bewoordingen van art. 54 SUO. Bovendien is de uitvaardiging van een EAB ter fine van executie alleen mogelijk, voor zover de opgelegde vrijheidsstraf nog ten uitvoer kan worden gelegd, zodat per definitie niet aan de uitvoeringsvoorwaarde is voldaan. Ook de dwingende weigeringsgrond van art. 3 onder 2 Kaderbesluit stelt de uitvoeringsvoorwaarde, hetgeen bevestigt dat de uitvaardiging van een EAB ter fine van tenuitvoerlegging niet meebrengt dat *ipso facto* aan de uitvoeringsvoorwaarde is voldaan. Ten slotte kan de uitleg van art. 54 SUO niet afhankelijk zijn van het Kaderbesluit, omdat de Schengen uitvoeringsovereenkomst niet geldt voor alle lidstaten en bovendien ook van kracht is voor een aantal derde staten en omdat de werkingssfeer van art. 54 SUO onbeperkt is, anders dan die van het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit ziet immers alleen op strafbare feiten die naar het recht van de uitvaardigende lidstaat worden bedreigd met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden of op opgelegde vrijheidsstraffen met een duur van ten minste vier maanden (art. 2 lid 1 Kaderbesluit).²²²⁶

Een *voorwaardelijke* gevangenisstraf wordt “daadwerkelijk ten uitvoer (...) gelegd”, vanaf het moment dat de veroordeling uitvoerbaar is en zolang de proeftijd loopt, en “is [reeds] ondergaan” na afloop van die proeftijd.²²²⁷ Zou een voorwaardelijke gevangenisstraf niet aan de uitvoeringsvoorwaarde kunnen voldoen, dan zouden daders van minder ernstige feiten niet kunnen profiteren van het *ne bis in idem* beginsel, terwijl daders van ernstige feiten, aan wie doorgaans onvoorwaardelijke gevangenisstraffen worden opgelegd, dat wel zouden doen.²²²⁸ Houdt de veroordeelde zich gedurende de proeftijd niet aan de voorwaarden en geeft de bevoegde autoriteit deswege een last tot tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, dan is, zolang de veroordeelde niet is aangehouden ter tenuitvoerlegging - en zolang de gevangenisstraf naar de wetten van de veroordelende staat nog ten uitvoer mag worden gelegd -, niet voldaan aan de uitvoeringsvoorwaarde.²²²⁹

De formulering van het derde deel van de uitvoeringsvoorwaarde lijkt eraan in de weg te staan dat een bij onherroepelijk vonnis opgelegde straf of maatregel die nooit onmiddellijk ten uitvoer gelegd had kunnen worden, een belemmering van een vervolging van de veroordeelde wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat vormt. Het derde lid van de voorwaarde luidt immers dat de straf of maatregel naar de wetten van de veroordelende

²²²⁵ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 51.

²²²⁶ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 59-62.

²²²⁷ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 42. Vóór het arrest *Kretzinger* werd zulks al in de literatuur betoogd: Murschetz 2007a, p. 92, met verdere verwijzingen; Schomburg 2002, p. 956.

²²²⁸ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 42. Een soortgelijk argument hanteerde het Hof in HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 39-40.

²²²⁹ Zo kennelijk ook Van der Wilt 2005b, p. 108.

staat “niet meer ten uitvoer gelegd kan worden”,²²³⁰ hetgeen *a contrario* lijkt te veronderstellen dat de straf of maatregel op enig moment wel uitvoerbaar moet zijn geweest.²²³¹ Volgens het Hof van Justitie wijzen de woorden “niet meer” echter op het moment dat de tweede vervolging wegens dezelfde feiten wordt ingesteld, op welk moment de rechterlijke autoriteit van de vervolgende lidstaat moet nagaan of aan de voorwaarden van art. 54 SUO is voldaan. Bevindt die autoriteit dat de opgelegde straf of maatregel op dat moment naar de wetten van de veroordelende staat “niet meer” voor tenuitvoerlegging vatbaar is, dan is aan het derde lid van de uitvoeringsvoorwaarde voldaan.

In de zaak *Bourquain* heeft de A-G Ruiz-Jarabo Colomer betoogd dat een amnestie niet van belang zou moeten zijn voor het derde lid van de uitvoeringsvoorwaarde en niet een tweede vervolging van de veroordeelde wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat zou moeten verhinderen, omdat amnestie een politieke maatregel is, gebaseerd op opportuniteitsoverwegingen en genomen op diffuse en wisselvallige criteria, die zich aan rechterlijke controle onttrekken.²²³² In zijn arrest in de zaak noemde het Hof de amnestiewet waarbij de aan Bourquain opgelegde straf was kwijtgescholden wel, maar doorslaggevend voor het oordeel dat die straf op het moment van het instellen van de tweede vervolging niet meer ten uitvoer kon worden gelegd, was deze wet niet, omdat op dat moment in elk geval ook de ingetreden executieverjaring als beletsel voor de tenuitvoerlegging gold. Wanneer in de veroordelende lidstaat de ten uitvoerlegging van de opgelegde sanctie niet meer mogelijk is vanwege een algemene amnestiewet, is naar mijn mening echter wel aan de uitvoeringsvoorwaarde voldaan en is dus een tweede vervolging van de veroordeelde wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat uitgesloten. Art. 54 SUO is weliswaar een bepaling van Unierecht, maar het derde lid van de uitvoeringsvoorwaarde verwijst voor wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging uitdrukkelijk naar de wetten, dat wil zeggen naar het recht, van de veroordelende lidstaat. Van een autonoom en uniform uit te leggen begrip is dus geen sprake,²²³³ zodat het recht van de veroordelende lidstaat bepalend is voor de beantwoording van de vraag of de opgelegde sanctie op het moment van de tweede vervolging nog ten uitvoer gelegd kan worden.²²³⁴ Zou een onherroepelijk veroordeelde persoon wiens straf in de veroordelende lidstaat niet meer ten uitvoer kan worden gelegd wegens een amnestie desondanks geen beroep op art. 54 SUO toekomen, dan zou zulks bovendien afbreuk doen aan de doelstelling van art. 54 SUO, omdat deze persoon zich niet vrij zou kunnen bewegen binnen de Schengenruimte zonder te hoeven vrezen voor een nieuwe strafvervolging wegens dezelfde feiten in een andere

²²³⁰ Mijn cursivering.

²²³¹ Naar Nederlandse opvattingen is het moeilijk voorstelbaar dat bij een onherroepelijk vonnis een straf is opgelegd die niet op enig moment uitvoerbaar wordt. De bijzonderheden van het Franse militaire strafprocesrecht brengen mee dat zich een dergelijk geval wel kan voordoen, zoals blijkt uit HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (*Bourquain*). In deze zaak kon de bij verstek vonnis opgelegde (dood)straf in eerste instantie niet ten uitvoer worden gelegd, omdat het “heropduiken” van de verdachte vóór de executieverjaring automatisch de inleiding van een nieuwe procedure tot gevolg zou hebben. Vervolgens trad een amnestiewet in kracht die een volledige kwijtschelding van straffen inhield. Ten slotte zou, afgezien van de amnestie, de termijn van executieverjaring verstreken zijn lang vóór het instellen van de tweede veroordeling. A.H. Klip spreekt in zijn noot onder het arrest dan terecht van een “curiositeit”.

²²³² Punten 82-85 van zijn conclusie in zaak C-297/07 (*Bourquain*).

²²³³ Zie HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (*Kozłowski*), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (*Mantello*), r.o. 38.

²²³⁴ Ook Hecker 2007, p. 504, RN 48, ziet amnestie in de veroordelende staat als een mogelijke reden waarom de opgelegde sanctie “niet meer ten uitvoer gelegd kan worden”.

lidstaat,²²³⁵ en zou zulks daarnaast in strijd zijn de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen.²²³⁶ Ten slotte fungeert een amnestie in de uitvoerende lidstaat, voor zover deze lidstaat rechtsmacht heeft over de feiten, als dwingende grond tot weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB (art. 3 onder 1 Kaderbesluit). Waar voor deze vorm van wederzijdse erkenning de amnestie relevant is als een ten voordele van de opgeëiste persoon strekkende omstandigheid, valt niet in te zien waarom zij voor de toepassing van art. 54 SUO, ook een vorm van wederzijdse erkenning, niet als een ten voordele van de veroordeelde strekkende omstandigheid relevant zou mogen zijn.²²³⁷ In zoverre wijkt art. 54 SUO dus af van art. 68 lid 2 Sr, dat aan een onherroepelijke veroordeling houdende strafoplegging alleen *ne bis in idem* werking toekent in geval van *gehele uitvoering, gratie* - waarmee een algemene amnestie waarschijnlijk niet gelijk valt te stellen -²²³⁸ en *verjaring*.

X.3.2.5 Dezelfde feiten

Art. 54 SUO staat alleen in de weg aan een vervolging in een andere lidstaat van de bij onherroepelijk vonnis berechte persoon, voor zover die vervolging plaatsvindt ter zake van “dezelfde feiten”.

Op grond van een drietal argumenten heeft het Hof van Justitie in het arrest *Van Esbroeck* geoordeeld dat het begrip “dezelfde feiten” - dat het Hof klaarblijkelijk beschouwt als een autonoom en uniform uit te leggen begrip van Unierecht - een feitelijk criterium inhoudt, dat wil zeggen een criterium voor de toepassing waarvan verschillen tussen de in de betrokken lidstaten gehanteerde juridische kwalificaties en de te beschermen rechtsbelangen niet relevant zijn.²²³⁹

Allereerst voert het Hof een taalkundig argument aan.²²⁴⁰ Uit het gebruik van het begrip “dezelfde feiten” volgt al dat dit begrip “louter betrekking heeft op de feiten zelf, met uitsluiting van de juridische kwalificatie ervan” en van het te beschermen rechtsbelang. Een vergelijking met andere internationale instrumenten die *ne bis in idem* bepalingen bevatten, bevestigt volgens het Hof deze lezing. Art. 14 lid 7 IVBPR en art. 4 lid 1 Protocol 7 EVRM spreken immers van “offence”, dat wil zeggen *strafbaar* feit.²²⁴¹

Het tweede argument berust op de vaststelling die het Hof eerder in het arrest *Gözütok en Brügger* deed. De toepassing van art. 54 SUO is niet afhankelijk van harmonisatie of onderlinge aanpassing van de strafwetgevingen van de lidstaten, waaruit moet worden geconcludeerd dat de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in elkaanders strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de uitkomst van de toepassing van het strafrecht van een andere lidstaat aanvaardt, ook al had de eerstgenoemde staat naar zijn eigen recht

²²³⁵ Vgl. HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57 (Gasparini), r.o. 27.

²²³⁶ Vgl. HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 59. Zo ook Brammer 2009, p. 1695.

²²³⁷ Zie ook Brammer 2009, p. 1695-1696.

²²³⁸ Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1112.

²²³⁹ HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck).

²²⁴⁰ HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 27-28 jo. r.o. 32.

²²⁴¹ Inmiddels heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanleiding gezien zijn jurisprudentie over het begrip “offence”, als bedoeld in art. 4 Protocol 7 EVRM, gelijk te schakelen met die van het Hof van Justitie over het begrip “dezelfde feiten”, als bedoeld in art. 54 SUO: EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, *NJ* 2010, 36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland). De “prosecution” of “trial” van een tweede “offence” is verboden, voor zover deze “prosecution” of “trial” “arises from identical facts or facts which are substantially the same”.

niet een vergelijkbare beslissing kunnen nemen. Verschillen tussen juridische kwalificaties en te beschermen rechtsbelangen kunnen ook om deze redenen niet relevant zijn voor de uitleg van het begrip “dezelfde feiten”.²²⁴²

Ten slotte doet het Hof nog een beroep op de - voor het eerst in het arrest *Gözütok en Brügger* geëxpliciteerde - doelstelling van art. 54 SUO: voorkomen dat een persoon die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer zich daardoor in meerdere lidstaten blootstelt aan een vervolging wegens dezelfde feiten. Dat recht op vrij verkeer kan alleen dan worden gewaarborgd, indien een persoon na bij onherroepelijk vonnis te zijn berecht “zich binnen de Schengenruimte kan verplaatsen zonder te hoeven vrezen dat hij wordt vervolgd in een andere lidstaat, die aanvoert dat deze handeling in zijn rechtsorde een ander delict oplevert”. Juist omdat de strafwetgevingen van de lidstaten niet geharmoniseerd zijn, zouden de verschillen tussen die wetgevingen evenzoveel belemmeringen voor het vrij verkeer van personen opleveren.²²⁴³

Een en ander leidt tot de conclusie dat voor de toepassing van art. 54 SUO het *enige* relevante criterium is “de gelijkheid van de materiële feiten, begrepen als het bestaan van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn”, een conclusie die het Hof in latere arresten uitdrukkelijk heeft herhaald en bevestigd.²²⁴⁴ Het is aan de nationale rechterlijke autoriteit waarbij de tweede strafprocedure wordt ingeleid om vast te stellen “of de in geding zijnde materiële feiten een geheel van feiten vormen die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn naar tijd en plaats en wat het voorwerp ervan betreft”.²²⁴⁵ Daartoe moet die rechterlijke autoriteit “het geheel van de concrete strafbare gedragingen die de aanleiding hebben gevormd voor de strafrechtelijke vervolgingen voor de gerechten van de twee overeenkomstsluitende staten” in aanmerking nemen²²⁴⁶ en moet hij beoordelen “of de mate van gelijkheid en van verbondenheid van alle feitelijke omstandigheden die tot die strafrechtelijke procedures tegen dezelfde persoon in de twee overeenkomstsluitende staten hebben geleid, van dien aard is dat kan worden vastgesteld dat het om “dezelfde feiten” in de zin van artikel 54 SUO gaat”.²²⁴⁷

Duidelijk is dat een louter feitelijke benadering, zoals het Hof die voorstaat, aan de onherroepelijk berechte persoon meer bescherming biedt dan een benadering waarin juridische aspecten een rol mogen spelen. Tussen de strafwetgevingen van de lidstaten bestaan nu eenmaal verschillen.²²⁴⁸ Het criterium waarmee het Hof invulling geeft aan het begrip “dezelfde feiten”, als bedoeld in art. 54 SUO, wijkt af van de criteria waarmee de Hoge Raad invulling geeft aan het begrip “feit”, zoals dat voorkomt in de - nationale en -²²⁴⁹

²²⁴² HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 29-31 jo. r.o. 32.

²²⁴³ HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 33-35.

²²⁴⁴ HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2006, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 48; HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 54; HvJ EG 18 juli 2007, zaak C/288-05 (Kretzinger), r.o. 29; HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (Kraaijenbrink), r.o. 26.

²²⁴⁵ HvJ EG 2 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 36 en 38.

²²⁴⁶ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (Kraaijenbrink), r.o. 28.

²²⁴⁷ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (Kraaijenbrink), r.o. 32.

²²⁴⁸ Van der Wilt 2005b, p. 111 en p. 115. Zie ook Ouwerkerk 2012a, p. 502 (ten aanzien van nationale gevallen): “middels het feitelijk criterium komt het rechtsbeschermende karakter van het ne bis in idem beginsel beter tot uitdrukking dan middels het juridisch criterium”.

²²⁴⁹ Op de uitleg van het feitsbegrip van art. 68 *lid 1* Sr is de Van Esbroeck-jurisprudentie van het Europees Hof niet rechtstreeks van toepassing (al kan zij indirect wel een rol spelen bij de gedachtevorming: HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma): punt 10 van de noot van N. Keijzer onder HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 56 (Van Straaten). Zodra Nederland Protocol 7 EVRM zal hebben geratificeerd, zal de Hoge Raad zijn invulling van het feitsbegrip voor de nationale *ne bis in idem* gevallen moeten

transnationale *ne is in idem* bepaling van art. 68 Sr. Deze laatste criteria ruimen immers wel een plaats in voor verschillen in de strekkingen van de betrokken strafbepalingen, de daarop gestelde strafmaxima en de daardoor beschermde rechtsbelangen (zie paragraaf 2.4).²²⁵⁰ In gevallen waarin art. 54 SUO van toepassing is, zal de Nederlandse rechter zich evenwel hebben te richten naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.²²⁵¹ De vraag is wel opgeworpen of 's Hofs benadering, die de vrijheid van de veroordeelde vooropstelt, niet ten koste zou kunnen gaan van veiligheid en recht(vaardigheid). In dit verband heeft Keijzer erop gewezen dat de Hoge Raad zijn vroegere uitleg van het begrip “feit” - “feit” is “materiële handeling” - juist heeft verlaten,²²⁵² omdat deze tot onbevredigende uitkomsten leidde, uitkomsten die de huidige gemengde benadering van de Hoge Raad vermijdt.²²⁵³ Daarbij komt dat 's Hofs benadering de vraag oproept wat moet worden verstaan onder “onlosmakelijk verbonden”, zoals Keijzer terecht heeft opgemerkt, terwijl het Hof aan de nationale autoriteiten opdraagt om vast te stellen of sprake is van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.²²⁵⁴

Anderzijds heeft het Hof de taak van de nationale rechter enigszins makkelijker gemaakt door in een aantal zaken te oordelen dat een bepaald feitencomplex *in beginsel* een geheel van onlosmakelijk met elkaar verbonden feiten opleverde. Zo oordeelde het Hof in het arrest *Van Esbroeck* dat in- en uitvoer van dezelfde verdovende middelen in verschillende lidstaten in beginsel - het is immers aan de nationale autoriteiten om zulks uiteindelijk vast te stellen - dienen te worden beschouwd als “dezelfde feiten” in de zin van art. 54 SUO,²²⁵⁵ hetgeen het Hof in het arrest *Van Straaten* herhaalde, onder de toevoeging dat in geval van delicten met betrekking tot verdovende middelen niet vereist is dat de hoeveelheden verdovende middelen in de beide lidstaten of de van deelneming verdachte personen in de beide lidstaten gelijk zijn.²²⁵⁶ Het ontbreken van volledige identiteit van de

aanpassen aan de rechtspraak van het Europees Hof, dat op zijn beurt zijn rechtspraak inzake het begrip “offence”, als bedoeld in art. 4 Protocol 7 EVRM, heeft aangepast aan de Van Esbroeck-jurisprudentie van het Hof van Justitie (EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, NJ 2010, 36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland)).

²²⁵⁰ Corstens/Borgers 2011, p. 195-196.

²²⁵¹ Corstens/Borgers 2011, p. 196; punt 10 van de noot van N. Keijzer onder HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten).

²²⁵² Ouwkerk 2012a bepleit een terugkeer naar een feitelijke benadering. Waar sprake is van toepassing van Unierecht, noopt art. 50 Handvest volgens haar al tot die benadering. Bovendien doet een feitelijke benadering meer recht aan het rechtsbeschermende karakter van art. 68 Sr.

²²⁵³ Punt 3 van zijn noot onder HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten). Keijzer verwijst naar Gerechtshof Arnhem 1 oktober 1931, NJ 1932, p. 908 (de verdachte kon niet meer worden vervolgd wegens het met een vrachtwagen inrijden op controlerende opsporingsambtenaren, omdat hij al onherroepelijk was berecht wegens het toen en daar, met die vrachtwagen, zonder de daartoe vereiste vergunning vervoeren van vee). Zie ook punt 2 van de noot van Y. Buruma onder EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, NJ 2010, 36 (Zolotukhin/Rusland). Ook de Hoge Raad zelf heeft erkend dat een “louter feitelijk criterium” kan leiden tot onaanvaardbare uitkomsten: HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.8.

²²⁵⁴ N. Keijzer in punt 3 van zijn noot onder HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten).

²²⁵⁵ HvJ EG 2 maart 2006, NJ 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 42. Van Esbroeck was in Noorwegen veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens de invoer in Noorwegen op 1 juni 1999 van verdovende middelen. Na zijn voorwaardelijke invrijheidstelling vertrok Van Esbroeck naar België waar hij vervolgens werd vervolgd en veroordeeld wegens de uitvoer uit België van die verdovende middelen op 31 mei 1999.

²²⁵⁶ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 49. In Nederland was Van Straaten onherroepelijk vrijgesproken van de invoer - tezamen met ene Yilmaz - in Nederland vanuit Italië

feiten sluit dus niet uit dat sprake is van “dezelfde feiten”;²²⁵⁷ het gaat om de mate van gelijkheid en verbondenheid.²²⁵⁸ Meer in het algemeen leveren de in- en uitvoer van dezelfde illegale goederen in verschillende lidstaten in beginsel “dezelfde feiten” als bedoeld in art. 54 SUO op, zoals het Hof in de arresten *Gasparini* en *Kretzinger* overwoog.²²⁵⁹ In het arrest *Kraaijenbrink* verduidelijkte het Hof dat het onlosmakelijke verband een objectief verband is. Feiten die niet *objectief* onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, bijvoorbeeld omdat niet is komen vast te staan dat zij betrekking hebben op geheel of gedeeltelijk *dezelfde* illegale goederen (in *casu* opbrengsten uit drugshandel), maar die voortvloeien uit hetzelfde misdadige opzet - dat wil zeggen dezelfde misdadige intentie -,²²⁶⁰ die met andere woorden enkel *subjectief* met elkaar zijn verbonden, zijn niet aan te merken als “dezelfde feiten”, als bedoeld in art. 54 SUO.²²⁶¹

Dat de criteria van het Hof en van de Hoge Raad van elkaar afwijken, wil nog niet zeggen dat de toepassing daarvan per definitie tot verschillende resultaten leidt, zoals een aan de Hoge Raad voorgelegd geval van grensoverschrijdend vervoer van verdovende middelen laat zien. De betrokkene was in deze zaak - naar eigen zeggen -²²⁶² in België veroordeeld wegens het op 3 maart 1991 en 18 april 1991 in België invoeren en vervoeren van heroïne en cocaïne. Nadien werd hij in Nederland vervolgd wegens het op 4 maart 1991 en 18 april 1991 in Nederland vervoeren en uit Nederland uitvoeren van heroïne en cocaïne. Het Hof Amsterdam verwierp het beroep op art. 68 lid 2 Sr, omdat weliswaar sprake was van een verband tussen deze feiten en de feiten waarvoor betrokkene in België was veroordeeld, maar dat juist gezien dat verband de “Belgische” feiten telkens op een andere plaats en op een ander tijdstip waren begaan. Bovendien was niet gebleken dat tussen de Nederlandse en Belgische feiten een zodanige samenhang in schuld bestond dat de strekking van art. 68 lid 2 Sr zou meebrengen deze als dezelfde feiten aan te merken. De Hoge Raad casseerde, omdat het Hof de verwerping van het verweer onvoldoende had gemotiveerd. Het Hof had moeten onderzoeken of tussen de Nederlandse en de Belgische feiten een zodanig verband bestond met betrekking tot de gelijktijdigheid van de

van 5500 gram heroïne op of omstreeks 26 maart 1983 en onherroepelijk veroordeeld wegens onder meer het opzettelijk aanwezig hebben van 1000 gram heroïne in de periode van 27 tot en met 30 maart 1983. In Italië werd Van Straaten vervolgd en bij verstek veroordeeld wegens het op 27 maart 1983 in bezit hebben en het - tezamen met ene Coskun - meerdere keren naar Nederland uitvoeren van een hoeveelheid heroïne van in totaal ongeveer 5 kilogram.

²²⁵⁷ HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2006, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 50.

²²⁵⁸ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (*Kraaijenbrink*), r.o. 32.

²²⁵⁹ HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (*Gasparini*), r.o. 57; HvJ EG 18 juli 2007, zaak C/288-05 (*Kretzinger*), r.o. 35. In *Gasparini* ging het om de invoer van buiten de Unie in Portugal van olijfolie zonder daarvan aangifte te doen bij de douane, welke olijfolie vervolgens in Spanje ingevoerd en op de markt gebracht werd. *Kretzinger* had van buiten de Unie afkomstige sigaretten die anderen in Griekenland hadden binnengesmokkeld van Griekenland naar het Verenigd Koninkrijk vervoerd, waarbij hij door Italië en Duitsland kwam, zonder aangifte bij de douane te doen. In Italië werd *Kretzinger* vervolgd wegens invoer en bezit in Italië van gesmokkelde tabak. In Duitsland werd hij vervolgens vervolgd en veroordeeld wegens ontduiking van invoerrechten als gevolg van invoer van smokkelwaar in Griekenland.

²²⁶⁰ Zie punt 6 van de noot van A.H. Klip onder HR 10 februari 2009, *NJ* 2009, 346.

²²⁶¹ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (*Kraaijenbrink*), r.o. 29-31. *Kraaijenbrink* was in Nederland veroordeeld wegens medeplegen van opzetheling van opbrengsten uit drughandel in Nederland in de periode van oktober 1994-mei 1996, terwijl zij in België werd vervolgd ter zake van het in de periode van november 1994-februari 1996 wisselen van geldsommen die waren ontvangen uit de handel in verdovende middelen in Nederland. Vgl. HR 10 februari 2009, *NJ* 2009, 346, m.nt. A.H. Klip.

²²⁶² Maar het Hof had de juistheid van deze stelling in het midden gelaten, zodat de Hoge Raad daarvan in cassatie moest uitgaan.

gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat art. 68 Sr meebrengt dat deze als dezelfde feiten zijn aan te merken. De enkele omstandigheid deze feiten niet gelijktijdig en niet op dezelfde plaats zijn begaan, brengt niet zonder mee dat geen sprake kan zijn van dezelfde feiten als bedoeld in art. 68 Sr. Een autotransport van verdovende middelen van Amsterdam naar een plaats in België omvat namelijk uit de aard van de zaak het vervoeren in Nederland en het buiten Nederland brengen van de verdovende middelen alsmede het in België invoeren en vervoeren van die verdovende middelen. Bij een dergelijk grensoverschrijdend transport kán het gaan om handelingen die als één feitencomplex moeten worden beschouwd. 's Hof's oordeel met betrekking tot de samenhang in de schuld van de verdachte was zonder nadere motivering onbegrijpelijk, nu uit de bewijsmiddelen bleek dat de verdachte bij het begin van het transport de verdovende middelen onder zich had, dat deze overeenkomstig zijn bedoeling van Amsterdam naar Parijs zouden worden vervoerd en dat deze daadwerkelijk tot in België zijn vervoerd.²²⁶³ De boodschap die uit dit arrest spreekt, is dat in- en uitvoer van dezelfde verdovende middelen niet zonder meer verschillende feiten opleveren.²²⁶⁴ Die negatief geformuleerde boodschap is niet helemaal dezelfde als de positief geformuleerde boodschap uit het arrest *Van Esbroeck* - in- en uitvoer van dezelfde verdovende middelen in verschillende lidstaten moeten in beginsel als dezelfde feiten worden aangemerkt -, maar de motivering van 's Raads arrest liet naar mijn mening weinig ruimte om in het specifieke geval nog tot een andere conclusie te komen dan dat sprake was van dezelfde feiten.²²⁶⁵ In elk geval lijken kennelijk in een casus als de onderhavige de verschillende juridische kwalificaties en de verschillende te beschermen rechtsbelangen niet relevant te zijn.

Naar mijn mening is het nog te vroeg om te stellen dat de louter feitelijke benadering van het Hof tot onbevredigende en onrechtvaardige uitkomsten zal leiden. Zulke uitkomsten zouden bovendien niet zozeer het resultaat van de feitelijke benadering zijn, als wel van onvoldoende coördinatie van strafvervolgingen in gevallen waarin twee of meer lidstaten rechtsmacht (kunnen) uitoefenen. Van de feitelijke benadering zou dan ook een prikkel kunnen uitgaan om tot een verdergaande coördinatie van strafvervolgingen in verschillende lidstaten te komen.

X.3.3 Art. 50 Handvest

Anders dan aan art. 54 SUO, zijn *alle* lidstaten van de Europese Unie gebonden aan art. 50 Handvest, althans voor zover zij het recht van de Unie uitvoeren (art. 51 lid 1 Handvest). Daarvan is naar mijn mening in elk geval sprake bij de uitvaardiging en de uitvoering van een EAB.²²⁶⁶ Voor de derde staten die ook aan art. 54 SUO gebonden zijn (zie paragraaf 3.2.1), geldt art. 50 Handvest evenwel niet.

Het in art. 50 Handvest neergelegde verbod op berechting of bestraffing wegens hetzelfde strafbare feit geldt, indien de betrokkene “in de Unie” al onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld voor dat strafbare feit. Art. 50 Handvest geldt voor berechting of bestraffing binnen één en dezelfde lidstaat én voor berechting of bestraffing

²²⁶³ HR 13 december 1994, *NJ* 1995, 252.

²²⁶⁴ Sjöcrona & Orié 2002, p. 164.

²²⁶⁵ In deze zin ook Klip & Van der Wilt 2002b, p. 1107, volgens wie de Hoge Raad “suggested that, in view of the simultaneity of the conduct and the similar scope of the criminal provisions, prosecution in the Netherlands was barred under Article 68, paragraph 2 of the Criminal Code”.

²²⁶⁶ In deze zin kennelijk ook Ouwerkerk 2012a, p. 498.

in een andere lidstaat dan waarin de betrokkene eerder onherroepelijk is berecht, zoals de *Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten* - die ingevolge art. 6 lid 1 VEU “terdege” in acht genomen moeten worden - uitdrukkelijk melden.²²⁶⁷ Anders dan art. 54 SUO, ziet art. 50 Handvest dus op transnationale én nationale gevallen. Wat betreft de eerste categorie van gevallen stemt art. 50 Handvest overeen met het *acquis* van het Unierecht, waarbij de *Toelichtingen* onder meer naar de art. 54-58 SUO verwijzen. Anders dan art. 54 SUO, heeft art. 50 Handvest alleen betrekking op onherroepelijke uitspraken en veroordelingen uit lidstaten van de Europese Unie.²²⁶⁸ Met betrekking tot de tweede categorie van gevallen heeft art. 50 Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte als art. 4 Protocol 7 EVRM.²²⁶⁹ Naast nationale en transnationale gevallen, heeft art. 50 Handvest verder betrekking op de verhouding tussen de lidstaten en de Unie, een verhouding die met name in het Europese mededingingsrecht tot *ne bis in idem* situaties kan leiden.²²⁷⁰

Art. 50 Handvest is dus van toepassing op drie onderling verschillende verhoudingen: de verhoudingen binnen één en dezelfde lidstaat, de verhoudingen tussen lidstaten en de verhoudingen tussen een lidstaat en de Unie. Uit de *Toelichtingen* blijkt dat aan art. 50 Handvest *grosso modo* drie rechtsbronnen ten grondslag liggen: (1) beginselen van Unierecht; (2) art. 54-58 SUO, art. 7 Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen en art. 10 Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn (voor wat betreft de transnationale werking van art. 50 Handvest); (3) art. 4 Protocol 7 EVRM (voor wat betreft de nationale gevallen).²²⁷¹

Naar de letter heeft art. 50 Handvest alleen betrekking op onherroepelijke uitspraken en veroordelingen en lijkt deze bepaling dus een meer beperkte reikwijdte dan art. 54 SUO te hebben. Reeds de omstandigheid dat art. 50 Handvest van toepassing is op drie verschillende verhoudingen en gebaseerd is op drie verschillende rechtsbronnen pleit evenwel ertegen om aan de begrippen “vrijgesproken” en “veroordeeld” een al te strikte uitleg te geven.²²⁷² Nu art. 50 Handvest volgens de *Toelichtingen* overeenstemt met de art. 54-58 SUO, lijkt met betrekking tot transnationale gevallen een uitleg van die begrippen mogelijk die overeenkomt met de uitleg van het begrip “bij onherroepelijk vonnis (...) berecht”, als bedoeld in art. 54 SUO.

²²⁶⁷ *PbEU* 2007, C 303/31. Zie ook Bartsch 2002, p. 1170; Frenz 2009, p. 1561, *Rn* 5173; Magiera 2010, p. 1078, *Rn* 85.

²²⁶⁸ Frenz 2009, p. 1561, *Rn* 1574. Zie GEA 29 april 2004, zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01-T-246/01, T-251/01 en T-252/01 (Tokai Carbon e.a), r.o. 137: “(...) de toepassing van die tekst [art. 50] dient beperkt te blijven tot het grondgebied van de Unie, en het in artikel 50 ervan omschreven recht is uitdrukkelijk beperkt tot gevallen waarin de beslissing tot vrijspraak of veroordeling binnen dit grondgebied is genomen”.

²²⁶⁹ *PbEU* 2007, C 303/31.

²²⁷⁰ Frenz 2009, p. 1562, *Rn* 5175-5176.

²²⁷¹ *PbEU* 2007, C 303/31. Onder verwijzing naar de *Toelichtingen* heeft de Hoge Raad vastgesteld dat art. 50 Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als art. 4 Protocol 7 EVRM: HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.6.3; HR 15 mei 2012, *NJ* 2012, 327, r.o. 2.3.4. Beide arresten betroffen nationale gevallen.

²²⁷² Van Bockel betoogt dat aan art. 50 Handvest en art. 54 SUO een “single, pre-existing and overriding (“core”) understanding of the *ne bis in idem* principle” ten grondslag ligt, “notwithstanding the differences between the drafting of the provisions”: Van Bockel 2009, p. 216-221, in het bijzonder p. 218 en p. 221. Specifiek over de begrippen “vrijgesproken” en “veroordeeld”: Van Bockel 2009, p. 237.

Op twee andere punten lijkt art. 50 Handvest juist weer meer bescherming te bieden dan art. 54 SUO. Anders dan art. 54 SUO, kent art. 50 Handvest in geval van onherroepelijke strafoplegging niet de uitvoeringsvoorwaarde. De uitvoeringsvoorwaarde beoogt te voorkomen dat de veroordeelde zijn straf ontloopt, zoals in paragraaf 3.2.4 is gebleken. In het *Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures* betwijfelt de Commissie echter of de uitvoeringsvoorwaarde nog nodig is in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Binnen deze ruimte vindt immers tenuitvoerlegging van sancties plaats op grond van instrumenten van Unierecht waaraan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen ten grondslag ligt.²²⁷³ Deze instrumenten kennen evenwel alle beperkingen met betrekking tot de materiële reikwijdte en bevatten alle weigeringsgronden. Bovendien hebben sommige lidstaten zich bij de implementatie vrijheden veroorloofd die de effectiviteit van die instrumenten nadelig beïnvloeden, zoals uit de Nederlandse implementatie van het Kaderbesluit EAB blijkt. Naar mijn mening kan de uitvoeringsvoorwaarde dus niet zonder meer aan de kant worden gezet, althans niet zonder afbreuk te doen aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. De verhouding tussen de uitvoeringsvoorwaarde van art. 54 SUO enerzijds en art. 50 Handvest anderzijds betreft evenwel niet de opportuniteit van die voorwaarde, maar de verenigbaarheid daarvan met het in art. 50 Handvest neergelegde grondrecht. Indien art. 50 Handvest, een regel van primair Unierecht,²²⁷⁴ het hanteren van de uitvoeringsvoorwaarde niet toelaat, mag die voorwaarde bij de toepassing van art. 54 SUO, een regel van secundair Unierecht, geen rol meer spelen.²²⁷⁵ Gezien de *Toelichtingen*, - die melden dat het transnationale effect van art. 50 Handvest overeenkomt met art. 54-58 SUO, art. 7 Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen en art. 10 Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn,²²⁷⁶ welke bepalingen alle de uitvoeringsvoorwaarde bevatten -, valt te verdedigen dat het begrip “onherroepelijk veroordeeld” in de transnationale context zo wordt uitgelegd, dat in geval van een onherroepelijke veroordeling tot een straf of maatregel de uitvoeringsvoorwaarde geldt. Daarnaast melden de *Toelichtingen* dat de “beperkte uitzonderingen waarmee het de lidstaten krachtens die overeenkomsten is toegestaan om af te wijken van de regel „ne bis in idem” (...) allen onder de horizontale beperkingsbepaling van artikel 52, lid 1 [vallen]”,²²⁷⁷ waarmee zij kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat deze bepaling die uitzonderingen toelaat als beperkingen op het grondrecht van art. 50 Handvest.²²⁷⁸ Men kan dus de uitvoeringsvoorwaarde als een door de beperkingsclausule van art. 52 lid 1 Handvest toegestane uitzondering zien.²²⁷⁹ Met een

²²⁷³ COM(2005)696 def., p. 9. Zie ook Lensing 2012, p. 27, die wijst op de ontwikkelingen rond de wederzijdse erkenning van strafvonnissen als argument om art. 50 Handvest zo uit te leggen, dat de uitvoeringsvoorwaarde niet geldt.

²²⁷⁴ Ingevolge art. 6 lid 1 VEU heeft het Handvest immers dezelfde juridische waarde als de “Verdragen”.

²²⁷⁵ Vgl. Peers 2011, p. 854: “(...) the double jeopardy principle is a rule of primary EU law, which must take precedence over conflicting secondary EU legislation”.

²²⁷⁶ *PbEU* 2007, C 303/31.

²²⁷⁷ *PbEU* 2007, C 303/31.

²²⁷⁸ Vgl. de Duitse (“sind abgedeckt”), Engelse (“are covered”) en Franse (“sont couverts”) taalversies van de *Toelichtingen*.

²²⁷⁹ Anders kennelijk Kober 2009, p. 240, die niet de uitvoeringsvoorwaarde van art. 54 SUO, maar alleen art. 55 SUO als uitzondering in de zin van de *Toelichtingen* lijkt te beschouwen. In deze zin ook Merkel & Scheinfeld 2012, p. 208-210.

beroep op de *Toelichtingen* heeft het Duitse *Bundesgerichtshof* inderdaad deze uitleg aan art. 50 Handvest gegeven, een uitleg die het *Bundesgerichtshof* bovendien als “offenkundig und zweifelsfrei” ziet, zodat prejudiciële vragen achterwege kunnen blijven.²²⁸⁰

Het tweede punt waarop art. 50 Handvest afwijkt van het in art. 54 SUO neergelegde *ne bis in idem* beginsel is dat eerstgenoemde bepaling geen uitzonderingen toelaat, terwijl de lidstaten die gebruik hebben gemaakt van de in art. 55 SUO geboden mogelijkheden in bepaalde gevallen niet gebonden zijn aan het beginsel *ne bis in idem*.²²⁸¹ De Commissie betwijfelt in haar *Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures* ook de noodzaak van deze uitzonderingen. Volgens de Commissie kunnen de uitzonderingen “in onbruik geraken na het instellen van een evenwichtig mechanisme voor jurisdictiekeuze”.²²⁸² Deze mogelijke uitzonderingen, die uit 1990 dateren, getuigen van onvoldoende vertrouwen in de wijze waarop lidstaten omgaan met strafzaken die ook de essentiële belangen van andere lidstaten betreffen. De uitzonderingen stonden van aanvang af al op gespannen voet met art. 54 SUO, dat immers zonder harmonisatie van de strafwetgevingen van de lidstaten functioneert en daarom juist wederzijds vertrouwen van de lidstaten in hun respectieve strafrechtssystemen veronderstelt. Die spanning is naar mijn mening in de loop der tijd alleen maar toegenomen. De opname van het Schengen-acquis in het Unierecht was er immers onder meer op gericht de Europese Unie in staat te stellen zich *sneller* tot een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te *ontwikkelen*.²²⁸³ De Europese Unie is inmiddels een dergelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (art. 67 lid 1 VWEU), waarbinnen de justitiële samenwerking in strafzaken plaatsvindt op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke uitspraken en beslissingen (art. 82 lid 1 VWEU). Hoewel een sluitend instrument inzake jurisdictiegeschillen nog steeds ontbreekt (zie Hoofdstuk IV.4.3.4.3), lijken de uitzonderingen zich dan ook niet meer te verdragen met de huidige rechtstoestand binnen de Europese Unie.²²⁸⁴ Zoals gezegd “vallen” volgens de terdege in acht te nemen *Toelichtingen* de - “beperkte” - uitzonderingen echter “onder de horizontale beperkingsbepaling” van art. 52 lid 1 Handvest.²²⁸⁵ In het vervolg van deze paragraaf zal ik

²²⁸⁰ BGH 25 oktober 2010, 1 StR 57/10; BGH 1 december 2010, 2 StR 420/10 (Heinrich Boere); beide beschikbaar op www.bundesgerichtshof.de. Het *Bundesgerichtshof* overweegt in de eerste *Entscheidung* uitdrukkelijk dat art. 52 lid 2 Handvest in dezen niet relevant is, omdat art. 50 Handvest een recht bevat dat niet voorkomt in de “Verdragen” (de Schengen Uitvoeringsovereenkomst is niet één van die “Verdragen”). Anders kennelijk Magiera 2010, p. 1078-1079, Rn 85. In de zaak Boere heeft het *Bundesverfassungsgericht* de klacht dat het *Bundesgerichtshof* ten onrechte geen prejudiciële vragen heeft gesteld ongegrond verklaard: BVerfG 15 december 2011, 2BvR 148/11, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de. Het *Bundesverfassungsgericht* overweegt onder meer dat het in het licht van de *Toelichtingen* “nabehliegend” lijkt om “die genannte Bestimmungen [onder meer art. 54 SUO] - so wie der Bundesgerichtshof - als Einschränkungen im Sinne von Art. 52 Abs. 1 GrCh aufzufassen”.

²²⁸¹ Klip 2012, 261.

²²⁸² COM(2005)696 def., p. 9-10.

²²⁸³ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 37, onder verwijzing naar het Protocol tot opnemng van het Schengen-acquis in het kader van de Europese Unie.

²²⁸⁴ In vergelijkbare zin Murschetz 2007a, p. 97 (“Alle drei Vorbehalte (...) stellen eine insgesamt zu weit reichende Ausnahme dar, deren Berechtigung va in Anbetracht des immer stärker werdenden Zusammenwachsens und der Vereinheitlichung der Rechtsordnungen der Schengenstaaten stark anzuzweifeln ist”),

²²⁸⁵ Zie echter Kober 2009, p. 240, volgens wie weliswaar de uitzonderingen van art. 55 SUO onder art. 52 lid 1 Handvest te “subsumieren” zijn, maar daaraan toevoegt “und auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen”.

dan ook aannemen dat de uitzonderingen van art. 55 SUO niet in strijd zijn met art. 50 Handvest.

In dit verband verdient opmerking dat art. 50 Handvest twee verboden bevat die niet met elkaar te verenigen lijken: een verbod op dubbele vervolging (*Erledigingsprinzip*) en een verbod op dubbele bestraffing (*Anrechnungsprinzip*). Dubbele bestraffing is immers alleen mogelijk in geval van dubbele vervolging, hetgeen reeds het verbod op dubbele vervolging schendt.²²⁸⁶ De oplossing van dit probleem is dat het verbod op dubbele bestraffing alleen dan geldt, voor zover niet voldaan is aan de voorwaarden voor de gelding van het verbod op dubbele vervolging. In de transnationale context van art. 50 Handvest zou men hierbij kunnen denken aan de uitvoeringsvoorwaarde en aan de uitzonderingen van art. 55 SUO.²²⁸⁷

Op een laatste punt lijkt art. 50 Handvest weer minder bescherming te bieden dan art. 54 SUO. Art. 50 Handvest gebruikt immers het - kennelijk aan art. 4 Protocol 7 EVRM ontleende - begrip “strafbaar feit”. Met het arrest *Van Esbroeck* in het achterhoofd zou men kunnen betogen dat voor de toepassing van art. 50 Handvest verschillen tussen de juridische kwalificaties en de te beschermen rechtsbelangen wél een rol mogen spelen bij de beoordeling of sprake is van hetzelfde strafbare feit. Zoals al gezegd zijn de strikte bewoordingen van de bepaling niet doorslaggevend voor de uitleg. Nu het Europees Hof het begrip “strafbaar feit”, als bedoeld in art. 4 Protocol 7 EVRM, inmiddels uitlegt op een wijze die in wezen overeenkomt met het Van Esbroeck-criterium, ligt voor de nationale gevallen aansluiting bij het criterium uit het arrest *Van Esbroeck* voor de hand.²²⁸⁸

X.3.4 Het Kaderbesluit

X.3.4.1 Onherroepelijke berechting lidstaat

Art. 3 onder 2 Kaderbesluit verplicht de uitvoerende rechterlijke autoriteit tot weigering van de overlevering, “indien uit de gegevens waarover [zij] beschikt, blijkt dat de opgeëiste persoon onherroepelijk door een lidstaat is berecht voor dezelfde feiten, op voorwaarde dat, in geval van veroordeling, de sanctie is ondergaan of op dat tijdstip wordt ondergaan dan wel niet meer kan worden uitgevoerd volgens het recht van de veroordelende lidstaat”. Gezien de overeenkomsten, lijkt deze bepaling te zijn gebaseerd op art. 54 SUO.²²⁸⁹

Hoewel art. 54 SUO klaarblijkelijk als inspiratie voor art. 3 onder 2 Kaderbesluit heeft gediend, zijn er enkele verschillen tussen deze bepalingen. Een eerste verschil is dat art. 3 onder 2 Kaderbesluit zich ook tegen overlevering verzet, indien de opgeëiste persoon eerder onherroepelijk is berecht voor dezelfde feiten in de *uitvaardigende* lidstaat (“een

²²⁸⁶ Van Bockel 2009, p. 38-39.

²²⁸⁷ Vgl. Van Bockel 2009, p. 222-223.

²²⁸⁸ EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, NJ 2010, 36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland). Zo ook Van Bockel 2009, p. 220: “There would seem no reason for the Community courts to interpret Article 50 of the Charter any differently from the way the ECtHR has interpreted Article 4P7 ECHR, and this interpretation is now substantially the same as that given by the ECJ to Article 54 CISA”.

²²⁸⁹ Cimamonti 2009, p. 116; Dewulf 2009, p. 215 en p. 216; Nicholls, Montgomery & Knowles 2007, p. 74; Ouwerkerk 2011a, p. 105; Peers 2006a, p. 209; Zeder 2003, p. 283. Peers wijst t.a.p. op Raadsdocument 14867/01 van 4 december 2001, p. 11, noot 2 (“De formulering van dit artikel is gebaseerd op artikel 54 e.v. van de Schengenvereenkomst (...”).

lidstaat”)²²⁹⁰ terwijl art. 54 SUO alleen aan een vervolging in de weg staat, indien de opgeëiste persoon in een *andere* (lid)staat dan de vervolgende (lid)staat een onherroepelijke berechting voor dezelfde feiten heeft ondergaan. In zoverre heeft art. 3 onder 2 Kaderbesluit een ruimere reikwijdte dan art. 54 SUO. Alle lidstaten zijn evenwel aan art. 50 Handvest gebonden, dat - ook - op *nationaal niveau* verbiedt om iemand te vervolgen of te bestraffen wegens een strafbaar feit waarvoor hij al onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld (zie paragraaf 3.3). Een tweede verschil is dat art. 3 onder 2 Kaderbesluit spreekt van “onherroepelijk (...) berecht”,²²⁹¹ terwijl art. 54 SUO het heeft over “bij onherroepelijk vonnis (...) berecht”. Art. 3 onder 2 Kaderbesluit lijkt daardoor een ruimere reikwijdte te hebben dan art. 54 SUO, omdat het begrip “vonnis” een buitengerechtelijke afdoening lijkt uit te sluiten. Het Hof legt art. 54 SUO echter zo uit, dat ook een buitengerechtelijke afdoening een berechting bij onherroepelijk vonnis oplevert (zie paragraaf 3.2.3). Een derde verschil zit in de omstandigheid dat het Kaderbesluit geen uitzondering maakt op de verplichting tot weigering van de overlevering voor de in art. 55 SUO bedoelde gevallen (zie paragraaf 3.2.1).

Art. 3 onder 2 Kaderbesluit bevat een dwingende weigeringsgrond, in de zin dat de lidstaten verplicht zijn om deze grond in hun implementatiewetgevingen op te nemen en de toepassing daarvan dwingend te maken voor hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten. Bij de verplichte implementatie mogen de lidstaten de reikwijdte van deze dwingende weigeringsgrond uitbreiden noch beperken (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).²²⁹²

Bezien tegen de achtergrond van art. 50 Handvest en van art. 54 SUO lijkt een dwingende weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting door een lidstaat voor de hand te liggen.²²⁹³ In gevallen waarin deze bepalingen in de weg staan aan vervolging - en *a fortiori* aan tenuitvoerlegging - in de uitvaardigende lidstaat, zou overlevering aan deze lidstaat medewerking aan een ongeoorloofde vervolging of tenuitvoerlegging betekenen en zou overlevering daarom zelf ongeoorloofd zijn. Daarbij dient ook te worden bedacht dat overlevering als zodanig al een inbreuk vormt op (andere) grondrechten van de opgeëiste persoon, omdat deze - doorgaans - gepaard gaat met vrijheidsbeneming.²²⁹⁴ Komt vast te staan dat (verdere) vervolging of tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat ongeoorloofd is vanwege het *ne bis in idem* beginsel, dan rechtvaardigt zulks dus een uitzondering op het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

²²⁹⁰ Keijzer 2009a, p. 39. Anders kennelijk Blekxtoon 2004a, p. 26-27 (“(...) in een derde (lid)staat (...)”); Blekxtoon 2004b, p. 582 (“(...) ne bis in idem met betrekking tot een andere lidstaat (...)”); Smeulers 2003, p. 243 (“(...) wanneer de betreffende persoon voor het strafbare feit reeds door een andere lidstaat onherroepelijk is berecht (...)”).

²²⁹¹ De Duitse taalversie van art. 3 onder 2 Kaderbesluit (“(...) rechtskräftig verurteilt worden is (...)”) wijkt af van de Engelse (“(...) has been finally judged (...)”), Franse (“(...) un jugement définitif (...)”) en Nederlandse (“(...) onherroepelijk (...) is berecht (...)”) taalversies alsmede van art. 54 SUO (“(...) bij onherroepelijk vonnis (...) is berecht (...)”) en wekt ten onrechte de suggestie dat alleen een onherroepelijke *veroordeling* in de weg staat aan overlevering: Murschetz 2007a, p. 343; Schwaighofer 2007, p. 81; Zeder 2003, p. 384. Enigszins anders Tinkl 2008, p. 186.

²²⁹² Alle lidstaten hebben deze weigeringsgrond correct geïmplementeerd: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 8.

²²⁹³ Vgl. Hecker 2007, p. 461, RN 30: “(...) dass das **Verbot der Doppelbestrafung** im Hinblick auf die in Art. 54 SDÜ getroffene Regelung über ein **transnationales “ne bis in idem”** innerhalb der EU (...) zu einen **obligatorischen Ablehnungsgrund** nach Art. 3 Nr. 2 führt”.

²²⁹⁴ Vgl. de punten 89-90 van de conclusie van de A-G Y. Bot in zaak C-261/08 (Mantello).

In dit verband is wel problematisch dat sommige lidstaten gebruik hebben gemaakt van de in art. 55 lid 1 SUO geboden mogelijkheid om te verklaren dat zij in de in die bepaling genoemde gevallen niet aan art. 54 SUO gebonden zijn. Hiervoor heb ik betoogd dat art. 55 SUO als een toegelaten beperking op art. 50 Handvest moet worden beschouwd (paragraaf 3.3).²²⁹⁵ Het is dus niet uitgesloten dat art. 3 onder 2 Kaderbesluit dwingt tot weigering van de overlevering in gevallen waarin de uitvaardigende lidstaat op grond van art. 55 SUO toch tot vervolging van de opgeëiste persoon mag overgaan wegens dezelfde feiten, ondanks de eerdere onherroepelijke berechting in een andere lidstaat. De verplichting tot weigering van de overlevering valt dan ook niet geheel samen met het verbod op dubbele vervolging. In dit opzicht wijkt art. 3 onder 2 Kaderbesluit af van het uitleveringsrecht. Op de verplichting tot weigering van de uitlevering in verband met onherroepelijke berechting in een derde verdragsstaat (art. 9 lid 2 EUV) bestaan immers vergelijkbare uitzonderingen (art. 9 lid 3 EUV), die er juist toe dienen om de verplichting tot weigering van de uitlevering gelijke tred te laten lopen met het verbod op dubbele vervolging (zie paragraaf 2.3.2).

Voor wat betreft onherroepelijke berechting in een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat geldt evenwel dat art. 54 SUO een uitdrukking vormt van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen (zie Hoofdstuk IV.4.3.4.3 en paragraaf 3.2.2).²²⁹⁶ In het arrest *Gözütok en Brügger* overwoog het Hof van Justitie immers dat deze bepaling “noodzakelijkerwijs” betekent “dat de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden”.²²⁹⁷ Men kan daarom betogen dat het beginsel van wederzijdse erkenning en het wederzijdse vertrouwen waarop dat beginsel is gebaseerd, de *uitvoerende* lidstaat *verplichten* tot erkenning van de uitkomst van die onherroepelijke berechting, ook al is de uitvaardigende lidstaat daartoe ingevolge art. 55 SUO niet gehouden. Waar erkenning in het kader van *ne bis in idem* doorgaans inhoudt dat de erkennende lidstaat afziet van (verdere) vervolging, bestaat die erkenning er in dit geval in dat de uitvoerende lidstaat de overlevering weigert. Heeft de onherroepelijke berechting daarentegen plaatsgevonden in de uitvoerende lidstaat zelf, dan valt te verdedigen dat - de nationale dimensie van - het *grondrecht* van art. 50 Handvest niet alleen meebrengt dat die lidstaat afziet van een tweede berechting of bestraffing van de betrokkene wegens hetzelfde strafbare feit, maar ook dat deze lidstaat de betrokkene niet - door overlevering - blootstelt aan een dergelijke berechting of bestraffing in een andere lidstaat.²²⁹⁸ Zo bezien, bestaat

²²⁹⁵ Van der Wilt 2005b, p. 111, is eveneens van mening dat lidstaten die van de in art. 55 SUO geboden mogelijkheden gebruik hebben gemaakt zich op die bepaling mogen beroepen (“After all, states are still entitled, under Article 55 of the Schengen Convention, to invoke exceptions to the *ne bis in idem* principle when the crime has allegedly been committed on their territory”), maar dat een mogelijk beroep op art. 55 SUO niet afdoet aan de op de uitvoerende rechterlijke autoriteit rustende verplichting tot weigering van de overlevering. Zie ook Van der Wilt 2005b, p. 115.

²²⁹⁶ Zo ook Ouwerkerk 2011a, p. 275 (“*Ne bis in idem* is mutual recognition and mutual recognition implies *ne bis in idem* (...)”).

²²⁹⁷ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 33.

²²⁹⁸ In vergelijkbare zin Ouwerkerk 2011a, p. 125-126, volgens wie het in strijd met het beginsel van loyale samenwerking zou zijn dat een lidstaat die zelf niet zou mogen overgaan tot nieuwe vervolging wegens dezelfde feiten zo een nieuwe vervolging in een andere lidstaat wel zou mogen ondersteunen. Elders (Ouwerkerk 2011b, p. 1699-1701) betoogt zij, met een beroep op het arrest Mantello en op de beginselen van wederzijdse erkenning en loyale samenwerking, dat de facultatieve *ne bis in idem* gerelateerde grond tot

naar mijn mening voldoende rechtvaardiging voor het dwingende karakter van art. 3 onder 2 Kaderbesluit, ook al is de reikwijdte van het voor de uitvoerende lidstaat geldende verbod op overlevering niet geheel gelijk aan het voor de uitvaardigende lidstaat geldende verbod op dubbele vervolging.

Van de omstandigheid dat art. 3 onder 2 Kaderbesluit géén uitzondering maakt voor de in art. 55 SUO bedoelde gevallen kan bovendien een - naar mijn mening positief te beoordelen (zie paragraaf 3.3) - prikkel tot het laten vervallen van deze uitzonderingen uitgaan. De lidstaten die een verklaring ex art. 55 SUO hebben afgelegd, kunnen immers niet de overlevering van de reeds onherroepelijk berechte persoon verkrijgen, voor zover aan de voorwaarden van art. 3 onder 2 Kaderbesluit is voldaan. Ook de lidstaten die, evenals de uitvaardigende lidstaat, gebruik hebben gemaakt van art. 55 SUO, moeten immers in een dergelijk geval de overlevering weigeren.²²⁹⁹

Afgezien van het laatste deel van de “uitvoeringsvoorwaarde” - “dan wel niet meer kan worden uitgevoerd volgens het recht van de veroordelende lidstaat” -, verwijst art. 3 onder 2 Kaderbesluit voor wat betreft de betekenis en de draagwijdte van de daarin voorkomende begrippen niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten. Daaruit volgt dat deze begrippen autonoom en uniform moeten worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de regeling.²³⁰⁰ Het Hof van Justitie heeft zulks in het arrest *Mantello* expliciet bevestigd met betrekking tot het begrip “dezelfde feiten” en impliciet met betrekking tot het begrip “onherroepelijke berechting”.²³⁰¹

Het Hof van Justitie zoekt aansluiting bij zijn rechtspraak inzake art. 54 SUO, hoewel (nog) niet alle lidstaten aan deze bepaling gebonden zijn (Ierland).²³⁰² Het omgekeerde geval - het betrekken van de bepalingen van het Kaderbesluit bij de uitleg van art. 54 SUO - achtte het Hof in het arrest *Kretzinger* daarentegen onwenselijk, juist omdat “de door het kaderbesluit gebonden lidstaten niet alle zijn gebonden door de SUO, die bovendien op een aantal derde landen van toepassing is”.²³⁰³ Dit argument snijdt kennelijk geen hout bij de uitleg van het Kaderbesluit in het licht van art. 54 SUO en naar mijn mening terecht. Ierland is immers bij de uitvoering van Unierecht - zoals het uitvaardigen en het uitvoeren van een EAB - wel gebonden aan de transnationale dimensie van art. 50 Handvest, die overeenkomt met art. 54 SUO (zie paragraaf 3.3). Een ander argument dat in het arrest *Kretzinger* tegen een “kaderbesluitconforme” uitleg van art. 54 SUO pleitte, was dat de “werkingsfeer van het Europees aanhoudingsbevel beperkt is, hetgeen niet het geval is met artikel 54 SUO, dat geldt voor alle feiten die worden bestraft door de lidstaten die tot deze overeenkomst zijn toegetreten”.²³⁰⁴ Dit argument gaat bij de “Schengenconforme” uitleg van art. 3 onder 2 Kaderbesluit niet op, nu de ruimere werkingsfeer de beperkte omvat.

Het begrip “dezelfde feiten”, dat ook in art. 54 SUO voorkomt, moet volgens het Hof van Justitie op dezelfde wijze als in die bepaling worden uitgelegd (zie paragraaf 3.2.5),

weigering van de erkenning in “most mutual recognition instruments should actually be considered an mandatory refusal ground”.

²²⁹⁹ Vgl. Van der Wilt 2005b, p. 104 (“(...) the regulation in the Framework Decision plugs the loopholes - at least within the context of international cooperation - which prior instruments left open”).

²³⁰⁰ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 42.

²³⁰¹ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38-40 en r.o. 45-47.

²³⁰² Peers 2011, p. 80, noot 473.

²³⁰³ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 62. Ook Dewulf 2009, p. 216 wijst op de uit dit arrest voortvloeiende waarschuwing dat tussen art. 54 SUO en het Kaderbesluit “niet zonder meer een wisselwerking bestaat en het ene niet noodzakelijkerwijs een impact heeft op het andere”.

²³⁰⁴ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger), r.o. 62.

omdat beide bepalingen dezelfde doelstelling hebben, “namelijk vermijden dat een persoon opnieuw strafrechtelijk wordt vervolgd of veroordeeld wegens dezelfde feiten”.²³⁰⁵ Opvallend is dat het Hof spreekt van het *vermijden* van vervolging of veroordeling wegens dezelfde feiten. Strikt genomen staat de weigering van de overlevering *als zodanig* niet in de weg aan vervolging of veroordeling wegens dezelfde feiten in de uitvaardigende lidstaat. Die beslissing houdt immers op zichzelf niet meer in, dan dat de opgeëiste persoon niet ter beschikking van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit zal worden gesteld.²³⁰⁶ Men zou nu kunnen menen dat het Hof gehoor heeft gegeven aan de door Klip geuite wens dat een weigering van de overlevering op grond van art. 3 lid 2 Kaderbesluit “should also lead to an end of the proceedings in the issuing Member State”.²³⁰⁷ Tegen die mening pleit dat het Hof een dergelijk verstrekkend standpunt dan op een wel heel nonchalante wijze zou hebben geïntroduceerd, namelijk zonder nadere onderbouwing en zonder dat de beantwoording van de voorgelegde vragen daartoe noopte. Dit lijkt mij dan ook niet aannemelijk. Bovendien heb ik hiervoor betoogd dat de *ne bis in idem* regelingen van de art. 54-58 SUO en van art. 50 Handvest enerzijds en de *ne bis in idem* weigeringsgrond van art. 3 onder 2 Kaderbesluit anderzijds niet naadloos op elkaar aansluiten.

Bij de uitleg van het begrip “onherroepelijke berechting” zoekt het Hof eveneens aansluiting bij zijn rechtspraak inzake art. 54 SUO. Onder dat begrip vallen de definitieve beëindiging van de strafvervolging na een strafprocedure,²³⁰⁸ en de beslissing van de rechterlijke autoriteiten van een lidstaat waarbij een verdachte definitief wordt vrijgesproken²³⁰⁹ van het ten laste gelegde.²³¹⁰ Het is het recht van de veroordelende lidstaat dat bepaalt of een vonnis (of beslissing) onherroepelijk is in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit.²³¹¹ Naar analogie met het arrest *Turansky*²³¹² oordeelt het Hof daarom dat een

²³⁰⁵ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 40.

²³⁰⁶ Vgl. Van der Wilt 2005b, p. 102: “Besides, averting the danger of multiple prosecution is by no means absolute and is mostly temporary, because the refusal of extradition does not entirely wipe out prosecution in the requesting state. It only precludes assistance by the requested state”. In deze zin ook Ouwerkerk 2011a, p. 114.

²³⁰⁷ Klip 2009, p. 346, noot 1192. In de tweede druk van zijn boek is deze wens naar de hoofdtekst gepromoveerd: Klip 2012, p. 377.

²³⁰⁸ Het Hof verwijst naar de arresten HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 30 en HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 32.

²³⁰⁹ Het Hof verwijst naar de arresten HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 61 en HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 33.

²³¹⁰ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 45.

²³¹¹ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 46.

Vgl. *Supreme Court of Ireland* 15 februari 2011, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Renner-Dillon* [2011] IESC 5, beschikbaar op www.bailii.org. In deze zaak vroegen de Britse autoriteiten om toestemming voor de vervolging van de voor een ander feit door Ierland overgeleverde Renner-Dillon. Het verzoek had betrekking op een feit (*rape*) waarvan Renner-Dillon in 1983 was vrijgesproken door *Newcastle-Upon-Tyne Crown Court*. Op grond van de uitkomsten van nieuw forensisch onderzoek van het bewijsmateriaal verzocht een Britse aanklager op grond van *Section 76(1)* van de *Criminal Justice Act 2003* het *Court of Appeal* de eerdere vrijspraak te vernietigen en een last tot hernieuwde berechting te geven. Het *Court of Appeal* zag aanleiding om aan dat verzoek gevolg te geven, maar was van oordeel dat een daadwerkelijke vernietiging en een daadwerkelijke last tot nieuwe berechting zonder toestemming van de Ierse autoriteiten in strijd met het specialiteitsbeginsel zou zijn. Voor de Ierse rechter werd aangevoerd dat het verlenen van de gevraagde toestemming in strijd zou zijn met de Ierse implementatie van art. 3 onder 2 Kaderbesluit: met betrekking tot de *rape* was immers al een *final judgment* gegeven. Onder verwijzing naar *Mantello* was het Ierse *Supreme Court* van oordeel dat de Engelse vrijspraak niet een *final judgment* opleverde, juist omdat de aanklager op grond van de Britse wetgeving om vernietiging van de vrijspraak en

beslissing die de strafvervolgning op nationaal niveau niet onherroepelijk beëindigt, in beginsel geen belemmering kan zijn voor de inleiding of voortzetting van een strafprocedure wegens dezelfde feiten tegen dezelfde persoon in een andere lidstaat.²³¹³ Art. 15 lid 2 Kaderbesluit geeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit de bevoegdheid om de rechterlijke instantie van de veroordelende lidstaat te verzoeken “om juridische informatie over de precieze aard van deze beslissing teneinde vast te stellen of deze krachtens het nationale recht van die staat moet worden geacht de strafvordering op nationaal niveau definitief te hebben beëindigd”, een voorziening die vergelijkbaar is met art. 57 SUO.²³¹⁴ Houdt het antwoord op een dergelijk verzoek in dat naar het recht van de veroordelende lidstaat géén sprake is van een *onherroepelijke* berechting in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit, dan moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit “alle gevolgen trekken” uit dat antwoord, dan is zij met andere woorden aan dat antwoord gebonden.²³¹⁵

Nu het Hof, gezien de tekstuele overeenkomsten tussen en de identieke doelstellingen van art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 54 SUO, de begrippen “dezelfde feiten” en “onherroepelijk (...) berecht” heeft uitgelegd in de zin van de rechtspraak inzake art. 54 SUO, is het waarschijnlijk dat ook de uitvoeringsvoorwaarde moet worden uitgelegd overeenkomstig die rechtspraak (zie paragraaf 3.2.4).²³¹⁶

Bij toepassing van art. 3 onder 2 Kaderbesluit beschikt de rechterlijke autoriteit in de uitvoerende lidstaat in wezen alleen over het EAB, eventueel aangevuld met de ex art. 15 lid 2 Kaderbesluit opgevraagde nadere gegevens die deze autoriteit noodzakelijk acht voor haar beslissing op het EAB of de aanvullende inlichtingen die de uitvaardigende rechterlijke autoriteit ex art. 15 lid 3 Kaderbesluit eigener beweging heeft toegezonden. Zij beschikt dus over minder materiaal dan de rechter in de uitvaardigende lidstaat, die bij zijn beoordeling of sprake is van een door art. 50 Handvest of art. 54 SUO verboden vervolging in elk geval kan beschikken over het strafdossier dat in die lidstaat is opgemaakt.

Nu dwingt art. 3 onder 2 Kaderbesluit de uitvoerende rechterlijke autoriteit alleen tot weigering van de overlevering, indien “uit de gegevens waarover de uitvoerende rechterlijke autoriteit beschikt” van een *ne bis in idem* situatie blijkt. Op het eerste gezicht

om een last tot hernieuwde berechting kon vragen (“It is clear that the acquittal of the appellant of the offence does not definitively bar the commencement of further criminal proceedings in respect of the offence under the law of the United Kingdom by virtue of the Criminal Justice Act 2003 section 76(1)”). De formulering van de *ratio decidendi* lijkt erop te wijzen dat de enkele mogelijkheid van een verzoek op grond van Section 76(1) van de *Criminal Justice Act 2003* al meebrengt dat de vrijspraak niet onherroepelijk is, maar daarbij dient wel te worden bedacht dat in de onderhavige zaak de Britse aanklager daadwerkelijk een verzoek had gedaan, dat volgens de bevoegde Britse rechter voor inwilliging in aanmerking kwam.

Hiervoor heb ik betoogd dat - in elk geval naar Nederlands recht - de enkele mogelijkheid van herziening noch de daadwerkelijk herziening van een vonnis of arrest daaraan de status van onherroepelijk vonnis in de zin van art. 54 SUO ontnemt (zie paragraaf 3.2.3). Op *andere* lidstaten blijft dus de verplichting rusten om zich van een nieuwe vervolging van de betrokkene wegens dezelfde feiten te onthouden. De zaak Renner-Dillon is een atypisch geval. Art. 54 SUO was niet van toepassing, omdat deze zaak de (mogelijke) verdere vervolging van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten *binnen één en dezelfde* lidstaat betrof.

²³¹² HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 36.

²³¹³ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 47.

²³¹⁴ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 48.

²³¹⁵ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 49-50.

²³¹⁶ Ook Fichera 2011, p. 124 en Keijzer 2009a, p. 41-42 achten deze rechtspraak van belang voor de uitvoeringsvoorwaarde. Vóór het arrest *Kretzinger* wees Van der Wilt er al op dat een voorwaardelijke straf “wordt ondergaan” in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit: Van der Wilt 2005b, p. 108. Zo ook de Duitse wetgever “wenn eine Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird”: *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 19.

lijkt de aangehaalde zinsnede geen toegevoegde waarde te hebben. Men kan immers betogen dat voor *alle* weigeringsgronden geldt, dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit alleen tot weigering mag overgaan, voor zover uit de haar ten dienste staande gegevens blijkt dat aan de voorwaarden voor toepassing van de betrokken weigeringsgrond is voldaan. Ware het anders, dan zou de toepassing van de weigeringsgronden afhankelijk zijn van de luimen des rechters. De omstandigheid dat de zinsnede wel in art. 3 onder 2 Kaderbesluit - en in art. 4 onder 5 Kaderbesluit, dat eerdere onherroepelijke berechting in een *derde* staat regelt - voorkomt, maar niet in de andere bepalingen die weigeringsgronden bevatten, doet veronderstellen dat deze zinsnede toch een andere betekenis heeft. Volgens de Belgische wetgever beoogt de zinsnede tot uitdrukking te brengen dat art. 3 onder 2 Kaderbesluit de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet verplicht tot een ambtshalve onderzoek. Doet de opgeëiste persoon een beroep op de bepaling en verstrekt hij aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de gegevens die nodig zijn om te oordelen of de weigeringsgrond in het concrete geval van toepassing is, dan moet die autoriteit “dienovereenkomstig” handelen. De Belgische Memorie van Toelichting voert daarvoor twee redenen aan. Een verplicht ambtshalve onderzoek zou op de eerste plaats het “mechanisme” vertragen. Op de tweede plaats vloeit het ontbreken van een verplichting tot ambtshalve onderzoek voort uit de “dynamiek van wederzijdse erkenning”: de inhoudelijke controle vindt voornamelijk in de uitvaardigende lidstaat plaats.²³¹⁷

Indien men art. 3 onder 2 Kaderbesluit vergelijkt met de *ne bis in idem* bepaling uit het Commissievoorstel, lijkt er inderdaad iets te zeggen voor de juistheid van de opvatting van de Belgische wetgever. Art. 29 lid 1 van het Voorstel verplichtte uitsluitend tot weigering van de overlevering in geval van onherroepelijke berechting in de *uitvoerende* lidstaat, terwijl art. 29 lid 2 van het Voorstel een verplichting tot weigering bevatte in geval van staking van de vervolging in de *uitvoerende* lidstaat. In geval van onherroepelijke berechting in een *derde* lidstaat zou het aan de rechter in de *uitvaardigende* lidstaat zijn om na overlevering na te gaan of de vervolging in de uitvaardigende lidstaat betrekking had op dezelfde feiten als de eerdere onherroepelijke berechting in de derde lidstaat.²³¹⁸ Een *ne bis in idem* regeling met betrekking tot *derde* lidstaten, vergelijkbaar met die van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering (zie paragraaf 2.3.2), achtte de Commissie niet gewenst, omdat niet alle lidstaten dat Protocol hadden geratificeerd en omdat het snelle verloop van de overleveringsprocedure ervoor zou zorgen dat de toetsing aan het *ne bis in idem* beginsel snel en met grotere zekerheid dan in de uitvoerende lidstaat zou plaatsvinden in de uitvaardigende lidstaat. De uitvoerende lidstaat zou namelijk mogelijk niet over alle voor de toetsing noodzakelijke gegevens beschikken.²³¹⁹ Anders dan de Commissie, hebben de lidstaten de verplichte weigering in geval van onherroepelijke berechting in een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat aanvaard. Ik veronderstel dat de zinsnede “uit de gegevens waarover de uitvoerende rechterlijke autoriteit beschikt” een reactie vormt op en tegemoet komt aan het door de Commissie geopperde - en mijns inziens niet denkbeeldige - bezwaar dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit minder makkelijk kan beschikken over gegevens inzake onherroepelijke berechting in een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat.

²³¹⁷ *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 279/001, p. 11. Ook volgens de A-G Y. Bot drukt de bedoelde zinsnede uit dat het niet aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit is om tot een ambtshalve toets over te gaan: punt 82 van zijn conclusie in zaak C-261/09 (Mantello).

²³¹⁸ COM(2001)522 def., p. 20.

²³¹⁹ COM(2001)522 def., p. 20.

Desalniettemin kan aan de bedoelde zinsnede naar mijn mening niet een zo verstrekkende uitleg worden gegeven als de Belgische wetgever heeft gedaan. Art. 3 onder 2 Kaderbesluit maakt de toepassing van de weigeringsgrond niet uitdrukkelijk afhankelijk van een beroep van de opgeëiste persoon, maar van de gegevens waarover de uitvoerende rechterlijke autoriteit beschikt. Blijkt uit de aan haar overgelegde stukken een (ernstig vermoeden van) onherroepelijke berechting voor dezelfde feiten in een lidstaat of heeft zij daarvan eigen wetenschap, dan zou de uitvoerende rechterlijke autoriteit in de Belgische opvatting niet verplicht zijn tot handelen, wanneer de opgeëiste persoon om welke reden dan ook een beroep op art. 3 onder 2 Kaderbesluit achterwege zou laten. Dat lijkt mij - mede gezien de inbreuk op de grondrechten die overlevering al meebrengt - niet alleen een onwenselijke uitkomst, maar ook een uitkomst waartoe de zinsnede geenszins dwingt. In een dergelijk geval beschikt de uitvoerende rechterlijke autoriteit immers over gegevens waaruit een (ernstig vermoeden van een) *ne bis in idem* situatie blijkt.²³²⁰

X.3.4.2 Onherroepelijke berechting derde staat

Naast een weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in een lidstaat, bevat het Kaderbesluit in art. 4 onder 5 Kaderbesluit een weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting²³²¹ wegens dezelfde feiten in een *derde staat*, dat wil zeggen een staat die niet lid is van de Europese Unie. Deze weigeringsgrond is vervat in vrijwel dezelfde bewoordingen als die van art. 3 onder 2 Kaderbesluit, maar wijkt daarvan in één belangrijk opzicht af. De weigeringsgrond van art. 4 onder 5 Kaderbesluit is een *facultatieve* weigeringsgrond.

Anders dan art. 3 onder 2 Kaderbesluit, kan art. 4 onder 5 Kaderbesluit niet in verband worden gebracht met art. 50 Handvest. Het grondrecht “om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure te worden berecht of gestraft” beschermt immers de persoon die “binnen de Unie” al onherroepelijk is berecht. Een - partieel - verband met art. 54 SUO valt daarentegen wel te leggen. Zoals in paragraaf 3.2.1 is gebleken, zijn immers niet alleen de lidstaten (op Ierland na), maar ook enkele *derde staten* aan deze bepaling gebonden (Liechtenstein, Noorwegen, IJsland, Zwitserland). Voor zover de onherroepelijke berechting in één van deze *derde Schengenstaten* heeft plaatsgevonden, staat art. 54 SUO - doorgaans - in de weg aan vervolging in de uitvaardigende lidstaat en zou de overlevering aan deze lidstaat dus - doorgaans - medewerking aan een ongeoorloofde vervolging opleveren. Ook indien de uitvaardigende lidstaat ingevolge art. 55 SUO niet aan art. 54 SUO is gebonden, lijkt voor de uitvoerende lidstaat de verplichting tot erkenning van de uitkomst van de onherroepelijke berechting in de derde Schengenstaat, dat wil zeggen de verplichting tot weigering van de overlevering, voort te vloeien uit het beginsel van wederzijdse erkenning (zie paragraaf 3.4.1). Het komt mij dan ook voor dat de lidstaten *in zoverre* niet de vrijheid hebben om af te zien van de implementatie van art. 4 onder 5 Kaderbesluit en dat zij art. 4 onder 5 Kaderbesluit *in zoverre* moeten omzetten in een

²³²⁰ Zie voor kritiek op de opvatting van de Belgische wetgever ook Dewulf 2009, p. 217, die erop wijst dat, waar het voor het Openbaar Ministerie vaak al moeilijk is om de nodige gegevens uit het buitenland te verkrijgen, het voor de opgeëiste persoon des te problematischer zal zijn.

²³²¹ Ook hier beperkt de Duitse taalversie de gelding van art. 4 onder 5 Kaderbesluit ten onrechte tot *veroordelingen* (“(...) rechtskräftig verurteilt worden ist (...)”: Murschetz 2007a, p. 345-346; Schwaighofer 2007, p. 82; Zeder 2003, p. 384.

dwingende nationale bepaling. Bij die implementatie mogen de lidstaten de reikwijdte van die bepaling niet uitbreiden of beperken (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).

Ten aanzien van alle andere derde staten gaan deze argumenten niet op.²³²² *In zoverre* bevat art. 4 onder 5 Kaderbesluit een facultatieve weigeringsgrond, in de zin dat de lidstaten mogen afzien van implementatie.²³²³ Gaan de lidstaten toch over tot implementatie van art. 4 onder 5 Kaderbesluit, dan hebben zij de keuze tussen een nationale bepaling die dwingt tot weigering en een nationale bepaling die slechts de bevoegdheid tot weigering geeft.²³²⁴ Voor zover art. 4 onder 5 Kaderbesluit autonome begrippen van Unierecht bevat - en dat is het geval (vergelijk paragraaf 3.4.1) -, mogen de lidstaten bij een eventuele implementatie daaraan geen ruimere strekking geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt, aangezien een dergelijke implementatie tot meer weigeringen en dus tot minder overleveringen zou leiden. Wel mogen zij bij een eventuele implementatie de reikwijdte van art. 4 onder 5 Kaderbesluit beperken, omdat een beperkte implementatie tot minder weigeringen leidt en "(...) dus alleen maar de bij dit kaderbesluit ingestelde overleveringsregeling ten gunste van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid"²³²⁵ versterkt (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).²³²⁶

De ratio van de weigeringsgrond, voor zover betrekking hebbend op niet-Schengenstaten, houdt geen verband met art. 54 SUO en dus evenmin met het beginsel van wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen in elkanders strafrechtspleging waarop dit beginsel berust. Opmerkelijk is dan ook dat ongeveer de helft van de lidstaten de weigeringsgrond van art. 4 onder 5 Kaderbesluit - zonder onderscheid tussen Schengenstaten en andere staten - als een dwingende weigeringsgrond heeft geïmplementeerd. Daaruit spreekt een "far-reaching respect for the judicial systems of foreign states",²³²⁷ in elk geval meer respect dan waartoe het Unierecht verplicht. Evenmin kan dit deel van de weigeringsgrond worden verklaard door het ontbreken van een geharmoniseerde rechtsmachtregeling op het niveau van de Europese Unie. Er is hier immers wel sprake van concurrerende rechtsmacht, maar niet tussen twee lidstaten. Een redelijke verklaring voor dit deel van de weigeringsgrond van art. 4 onder 5 Kaderbesluit lijkt mij dat de lidstaten die onder het uitleveringsrecht gewoon waren de uitlevering te weigeren in geval van een *ne bis in idem* situatie in een derde staat kennelijk die mogelijkheid onder het overleveringsrecht wilden behouden, terwijl lidstaten die onder het uitleveringsrecht *ne bis in idem* met betrekking tot derde staten niet als een weigeringsgrond erkenden onder het overleveringsrecht niet gedwongen wilden worden tot die erkenning. Ik

²³²² Vgl. Fichera 2011, p. 123 ("(...) as mutual trust only applies within the EU"). Hij maakt evenwel geen onderscheid tussen derde Schengenstaten en andere derde staten.

²³²³ De Duitse wetgever heeft om twee redenen afgezien van implementatie: vanwege (1) de "Verschiedenartigkeit der Rechtsordnungen der Staaten außerhalb der Europäischen Union" en (2) het gevaar "dass berechtigte Strafansprüche durch Drittstaatenregelungen unterlaufen werden", *Bundestag Drucksache 15/1718*, p. 19.

²³²⁴ 24 lidstaten hebben art. 4 onder 5 Kaderbesluit geïmplementeerd, waarvan 13 als dwingende en 11 als facultatieve weigeringsgrond; Duitsland, Griekenland en Italië hebben afgezien van implementatie: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 12.

²³²⁵ HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58.

²³²⁶ Zo heeft de Oostenrijkse wetgever de implementatie van art. 4 onder 5 Kaderbesluit beperkt tot veroordelingen in derde staten en tot vrijspraken in de "Tatortstaat": § 8 Z 3 en Z 4 *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*.

²³²⁷ Keijzer 2009a, p. 43.

veronderstel dan ook dat de ratio dezelfde is als in het uitleveringsrecht. Beoogd wordt te voorkomen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit zou moeten meewerken aan een vervolging of tenuitvoerlegging die in strijd is met de opvattingen van haar lidstaat over de omvang en werking van het *ne bis in idem* beginsel. Daarnaast dient art. 4 onder 5 Kaderbesluit de individuele rechtsbescherming, maar alleen - zo voeg ik daar onmiddellijk aan toe - voor zover zulks met de rechtsopvattingen van de uitvoerende lidstaat strookt.²³²⁸ Art. 4 onder 5 Kaderbesluit lijkt méér individuele rechtsbescherming te bieden dan art. 9 lid 2 EUV, doordat deze bepaling niet uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om uitzonderingen te maken op het *ne bis in idem* beginsel op basis van het door de uitvaardigende lidstaat gehanteerde rechtsmachtbeginsel, zoals art. 9 lid 3 EUV dat wel doet. *Per saldo* biedt art. 4 onder 5 Kaderbesluit echter minder individuele rechtsbescherming.²³²⁹ De lidstaten mogen immers van implementatie afzien, mogen overgaan tot facultatieve implementatie en mogen bij de implementatie de reikwijdte van de weigeringsgrond inperken. Het Nederlandse voorbehoud bij art. 9 EUV en art. 9 lid 2 EUV bevatten daarentegen dwingende weigeringsgronden. Het hangt dus geheel van het recht van de uitvoerende lidstaat af of, en zo ja, in welke mate de opgeëiste persoon bescherming krijgt tegen een vervolging of tenuitvoerlegging wegens feiten waarvoor hij eerder onherroepelijk in een derde niet-Schengenstaat is berecht. Een dergelijke, geheel op de nationale rechtsopvattingen van de uitvoerende lidstaat gebaseerde weigeringsgrond, die niet voortvloeit uit de aan het beginsel van wederzijdse erkenning gestelde grenzen, staat naar mijn mening op gespannen voet met dat beginsel.

Nu elke verwijzing naar het recht van de lidstaten voor wat betreft de betekenis en de draagwijdte van de in art. 4 onder 5 Kaderbesluit opgenomen begrippen ontbreekt, moet worden aangenomen dat sprake is van autonome begrippen van Unierecht die uniform moeten worden uitgelegd. Die autonome en uniform uit te leggen begrippen zijn dezelfde als de in art. 3 onder 2 Kaderbesluit voorkomende begrippen. De vraag rijst dan ook of deze begrippen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

Voor zover art. 4 onder 5 Kaderbesluit betrekking heeft op een onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat ligt een bevestigende beantwoording van deze vraag voor de hand. In het arrest *Mantello* heeft het Hof de betekenis van de begrippen “dezelfde feiten” en “onherroepelijk berecht”, die ook voorkomen in art. 4 onder 5 Kaderbesluit, immers ontleend aan de rechtspraak inzake art. 54 SUO.²³³⁰ Deze bepaling en die rechtspraak gelden ook met betrekking tot onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat, zodat de autonome begrippen van art. 4 onder 5 Kaderbesluit logischerwijze op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

Zoals gezegd, gaat de op art. 54 SUO gebaseerde redenering niet op voor een onherroepelijke berechting in een derde staat die niet aan de Schengen Uitvoeringsovereenkomst gebonden is. Desondanks lijkt het mij niet bezwaarlijk om bij de toepassing van art. 4 onder 5 Kaderbesluit op een onherroepelijke berechting in een derde

²³²⁸ In deze zin ook Van der Wilt 2005b, p. 103 (evenwel zonder onderscheid te maken tussen derde Schengenstaten en andere derde staten): “Obviously, the question whether Member States will be inclined to invoke this clause will depend on the extent to which they tend to acknowledge the negative effect of foreign judgments as an impediment to their own criminal law enforcement”.

²³²⁹ Anders Tinkl 2008, p. 186 (“Der Rahmenbeschluss schafft hier also im Vergleich zur Rechtslage im traditionellen Auslieferungsrecht eine für den Verfolgten günstigere Position”), maar haar opmerking moet worden geplaatst in de context van het Duitse uitleveringsrecht. Duitsland heeft het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering niet ondertekend.

²³³⁰ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38-40 en r.o. 45-47.

niet-Schengenstaat aansluiting te zoeken bij de in het arrest *Mantello* aan de begrippen “dezelfde feiten” en “onherroepelijk berecht” gegeven uitleg. Het staat de lidstaten immers vrij om de reikwijdte van art. 4 onder 5 Kaderbesluit - voor zover het de onherroepelijke berechting in een niet-Schengenstaat betreft - in te perken. Zo zou een lidstaat ervoor kunnen kiezen om bij de implementatie aan het begrip “dezelfde feiten” een invulling te geven waarin de juridische kwalificaties of de te beschermen rechtsbelangen een rol spelen (vergelijk paragraaf 3.2.5) en bij de implementatie van het begrip “onherroepelijk berecht” een invulling die een buitengerechterlijke afdoening van de strafzaak uitsluit (vergelijk paragraaf 3.2.3). Een lidstaat zou bijvoorbeeld ook een beperking kunnen invoeren op grond van het rechtsmachtbeginsel waarop de uitvaardigende lidstaat zijn vervolgings- of executierecht baseert (vergelijk art. 9 lid 3 EUV en art. 55 lid 1 SUO). Nu ten aanzien van de strafrechtspleging in andere derde staten dan de Schengenstaten niet een hoge mate van vertrouwen wordt verondersteld, zou men zich ook nog een uitzondering voor schijnprocessen kunnen voorstellen, dat wil zeggen processen die gevoerd zijn om de betrokkene af te schermen tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid of die anderszins op een wijze gevoerd zijn die onverenigbaar is met het voornemen om de betrokkene te doen terechtstaan (vergelijk paragraaf 2.2.3).²³³¹

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat bij implementatie van één en dezelfde bepaling onderscheid moet worden gemaakt: voor zover het gaat om de onherroepelijke berechting in een Schengenstaat, moeten de lidstaten tot implementatie in de vorm van een dwingende weigeringsgrond overgaan en mogen zij daarbij de reikwijdte van de bepaling verruimen noch beperken; voor zover het gaat om onherroepelijke berechting in een andere derde staat, hebben de lidstaten de vrijheid om van implementatie af te zien, hebben zij bij implementatie de keuze tussen een dwingende en een facultatieve weigeringsgrond en mogen zij weliswaar de reikwijdte van de weigeringsgrond niet verruimen, maar wel beperken. Dat onderscheid is naar mijn mening gerechtvaardigd. In het eerste geval dwingen een regel van secundair Unierecht en het beginsel van wederzijdse erkenning tot ongewijzigde imperatieve implementatie, in het tweede geval zijn die regel en dat beginsel niet van toepassing.

X.3.4.3 *Beslissing inzake vervolging (uitvoerende) lidstaat*

Art. 4 onder 3 Kaderbesluit bevat drie weigeringsgronden. Twee van deze gronden hebben betrekking op in de *uitvoerende* lidstaat over de vervolging van het aan het EAB ten grondslag liggende strafbare feit genomen beslissingen. De door de “uitvoerende rechterlijke autoriteiten” genomen beslissing om wegens dezelfde feiten geen vervolging tegen de opgeëiste persoon in te stellen en de beslissing om een wegens dezelfde feiten tegen de opgeëiste persoon ingestelde vervolging te staken mogen aanleiding tot weigering van de overlevering geven. Deze weigeringsgronden lijken te zijn ontleend aan art. 9 lid 1 tweede volzin EUV.²³³² De derde in art. 4 onder 3 Kaderbesluit opgenomen weigeringsgrond ziet op een in *een* lidstaat wegens dezelfde feiten genomen

²³³¹ Vgl. Stessens 2004-2005, p. 570 en Keijzer 2009a, p. 43, beiden onder verwijzing naar art. 20 lid 3 van het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof.

²³³² Keijzer 2009a, p. 42; Tinkl 2008, p. 190; Van der Wilt 2005b, p. 102-103; *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 21 (Duitsland); *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 279/001, p. 15 (België).

onherroepelijke beslissing²³³³ die de verdere vervolging van de opgeëiste persoon onmogelijk maakt. Ook deze beslissing mag aanleiding geven tot weigering van de overlevering.

Nu art. 3 onder 2 Kaderbesluit al betrekking heeft op “onherroepelijke berechting”, brengt een redelijke uitleg van art. 4 onder 3 Kaderbesluit mee, dat deze laatste bepaling uitsluitend ziet op beslissingen die niet onder dat begrip vallen. Nu dateert de totstandkoming van het Kaderbesluit van vóór het arrest *Gözütok en Brügge*,²³³⁴ waarin het Hof van Justitie oordeelde dat ook een buitengerechtelijke afdoening van een strafzaak, *in casu* een transactie, *ne bis in idem* werking kan hebben.²³³⁵ Toentertijd leek het erop dat dergelijke beslissingen niet onder de reikwijdte van art. 54 SUO vielen - zoals leek te volgen uit de parlementaire behandeling van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst in sommige verdragspartijen²³³⁶ en uit enkele beslissingen van het Duitse *Bundesgerichtshof* -²³³⁷ en daarmee evenmin onder het op die bepaling gebaseerde art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Men kan dus veronderstellen dat de lidstaten bij de totstandkoming van het EAB in elk geval uitdrukkelijk de *bevoegdheid* tot weigering van de overlevering wilden voorbehouden, indien de in het EAB bedoelde feiten al voorwerp waren geweest van een buitengerechtelijke afdoening in een lidstaat. Na het arrest *Gözütok en Brügge* hebben de Commissie²³³⁸ en sommige lidstaten²³³⁹ het standpunt ingenomen dat uit dit arrest de *verplichting* tot implementatie van de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit voortvloeide. Achteraf gezien, is dit standpunt onjuist. De in het arrest *Gözütok en Brügge* bedoelde beslissingen die, na een strafprocedure, de strafvervolging definitief beëindigen²³⁴⁰ vallen immers onder het begrip “onherroepelijk berecht” als bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit, zoals het Hof van Justitie in het arrest *Mantello* heeft overwogen.²³⁴¹ De argumenten die pleiten voor het dwingende karakter van art. 3 onder 2

²³³³ De Engelse taalversie spreekt van “final judgment”, terwijl de Duitse en Franse taalversies een equivalent van “onherroepelijke beslissing” hanteren (“rechtskräftige Entscheidung”; “décision définitive”).

²³³⁴ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR.

²³³⁵ Het Kaderbesluit is op 13 juni 2002 aangenomen.

²³³⁶ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 46.

²³³⁷ Zie voor die beslissingen Lensing 2000, p. 184-186.

²³³⁸ Zie *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 12 (“However this is not always in line with the jurisprudence of the ECJ to the extent that where a Member State has decided to halt proceedings once the accused has fulfilled certain legal obligations, refusal to execute a European Arrest Warrant should be mandatory”).

²³³⁹ België: *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 279/001, p. 11-12; Nederland: *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 14 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 8, p. 7 (“Uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie te Luxemburg kan worden afgeleid dat overlevering ook niet is toegestaan indien de opgeëiste persoon een transactie heeft voldaan”). Zo ook Cimamonti 2009, p. 119; Van der Wilt 2005b, p. 111. Volgens Keijzer 2009a, p. 42, is dit standpunt “debatable”, omdat het arrest *Gözütok en Brügge* “concerns Article 54 Schengen Implementation Convention (...) which does not apply to extradition”. Murschetz 2007a, p. 344, trekt de conclusie dat de bewoordingen van art. 4 onder 3 Kaderbesluit duidelijk maken dat de lidstaten de in het arrest bedoelde beslissingen als dwingende redenen tot weigering kunnen formuleren. Ook Fichera 2011, p. 124, ziet kennelijk geen *verplichting* tot weigering in geval van een transactie wegens dezelfde feiten in een andere lidstaat. Bedacht dient te worden dat deze auteurs hun standpunten innamen, vóórdat het arrest *Mantello* werd gewezen.

²³⁴⁰ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügge), r.o. 30.

²³⁴¹ HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 45. Zo ook reeds de Duitse wetgever (“Aus dem Wortlaut, der Artikel 54 SDÜ inhaltlich übernimmt, folgt, dass dessen Auslegung auch hier anzuwenden ist. Ein “zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Betroffenen vereinbarter Vergleich” wirkt

Kaderbesluit (zie paragraaf 3.4.1) doen dan ook geen opgeld voor art. 4 onder 3 Kaderbesluit.

Alliedrie de in art. 4 onder 3 Kaderbesluit opgenomen weigeringsgronden zijn dus facultatieve weigeringsgronden, in de zin dat de lidstaten mogen afzien van implementatie, dat zij bij een eventuele implementatie de keuze hebben tussen dwingende en facultatieve weigeringsgronden, dat zij daarbij aan de in art. 4 onder 3 Kaderbesluit voorkomende begrippen van Unierecht geen ruimere invulling mogen geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt, maar dat zij daarbij wel de reikwijdte van art. 4 onder 3 Kaderbesluit mogen inperken (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).

Art. 4 onder 3 Kaderbesluit verwijst niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten, zodat mag worden aangenomen dat de daarin opgenomen begrippen autonome begrippen van Unierecht zijn die uniform moeten worden uitgelegd.²³⁴² Voor die uitleg is de doelstelling van art. 4 onder 3 Kaderbesluit van belang.

De eerste twee weigeringsgronden - inzake de beslissing tot het niet instellen van een vervolging en de beslissing tot het staken van een ingestelde vervolging - veronderstellen dat de bevoegde autoriteiten van de uitvoerende lidstaat - in elk geval aanvankelijk - van mening waren dat het strafbare feit onder de rechtsmacht van hun lidstaat viel. De bepaling ziet dus op gevallen waarin sprake is van concurrentie van de rechtsmachtaanspraak van de uitvaardigende lidstaat met die van de uitvoerende lidstaat. Aan de regeling van het Kaderbesluit gaat geen harmonisatie of onderlinge aanpassing van de regelingen inzake strafrechtsmacht van de lidstaten vooraf (Hoofdstuk IV.4.3.4.3). Dat de lidstaten zich de bevoegdheid tot weigering hebben willen voorbehouden met betrekking tot de door hun eigen autoriteiten genomen vervolgingsbeslissingen, laat zich dus verklaren door het belang dat deze lidstaten hebben bij handhaving van die beslissingen: hun aanspraak op uitoefening van rechtsmacht, die zij niet prijs hoeven te geven voor die van de uitvaardigende lidstaat. Van de twee weigeringsgronden gaat ook enige individuele rechtsbescherming uit. Enige, omdat beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de opgeëiste persoon kan profiteren van de in de uitvoerende lidstaat genomen beslissingen volledig afhangt van het recht van die lidstaat.

Te betreuren valt dat de eerste twee weigeringsgronden niet aansluiten bij het systeem van Kaderbesluit. Deze weigeringsgronden gelden namelijk ongeacht of sprake is van een lijstfeit en ongeacht of het feit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd. Indien een lijstfeit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd, weegt naar mijn mening het belang van de uitvoerende lidstaat bij weigering van de overlevering, een belang dat is gebaseerd op extraterritoriale rechtsmachtuitoefening, niet op tegen het belang van de uitvaardigende lidstaat bij vervolging of strafexecutie. Lijstfeiten zijn immers strafbare feiten die wegens hun aard of wegens hun strafbedreiging een ernstige verstoring van de openbare orde van de uitvaardigende lidstaat opleveren of de openbare veiligheid in die lidstaat in gevaar brengen. Om straffeloosheid ter zake van zulke feiten te vermijden, zou de solidariteit tussen de lidstaten moeten meebrengen dat de uitvoerende lidstaat in zo een geval de territoriale rechtsmachtuitoefening door de

wie ein rechtskräftiges Urteil (EUGH, Urteil v. 11. Februar 2003, C-187/01 u. C-385/01, Gözütok u. Brügge)"): *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 19. Anders, maar *pre Mantello*, Keijzer 2009a, p. 42, die een lezing van art. 3 onder 2 Kaderbesluit conform het arrest *Gözütok en Brügge* "questionable" acht, omdat de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit dan weinig zou toevoegen aan art. 3 onder 2 Kaderbesluit.

²³⁴² HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

uitvaardigende lidstaat zwaarder laat wegen dan zijn eigen extraterritoriale rechtsmachttoefening (vgl. Hoofdstuk VII.3.3.1.2).

De derde weigeringsgrond - inzake de onherroepelijke beslissing in *een* lidstaat die verdere vervolging onmogelijk maakt - heeft ten dele evenzeer betrekking op gevallen van concurrerende rechtsmachtuitoefening. Ten dele, omdat deze weigeringsgrond zich, getuige de woorden “in een lidstaat”, ook uitstrekt over in de uitvaardigende lidstaat genomen beslissingen.²³⁴³ Zoals gezegd ligt de verklaring voor deze weigeringsgrond waarschijnlijk in de wens van de lidstaten om rekening te *mogen* houden met een bijzondere categorie van beslissingen - te weten buitengerechtelijke afdoeningen van strafzaken, hetzij in de uitvoerende lidstaat, hetzij in een andere lidstaat -, omdat deze toentertijd niet onder de reikwijdte van art. 54 SUO leken te vallen.

Tegen deze achtergrond roepen de autonome begrippen van de eerste twee weigeringsgronden een aantal vragen op. Volgens art. 4 onder 3 Kaderbesluit moeten de beslissingen tot het niet instellen van een vervolging en tot het staken van een ingestelde vervolging afkomstig zijn van de *uitvoerende rechterlijke autoriteiten*. Hier lijkt art. 4 onder 3 Kaderbesluit te verwijzen naar art. 6 lid 2 Kaderbesluit, dat als de uitvoerende rechterlijke autoriteit aanduidt de “rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat die bevoegd is het Europees aanhoudingsbevel uit te voeren krachtens het recht van de uitvoerende lidstaat”. Deze uitleg zou de lidstaten die de weigeringsgrond wensen te implementeren ertoe dwingen om de rechterlijke autoriteiten die naar nationaal recht bevoegd zijn om vervolgingsbeslissingen te nemen aan te wijzen als uitvoerende rechterlijke autoriteiten in de zin van art. 6 lid 2 Kaderbesluit, omdat hun beslissingen anders niet als grond tot weigering van de overlevering zouden kunnen dienen. Nu een en ander inbreuk zou maken op de nationale strafvorderlijke bevoegdheidsverdelingen, lijkt mij deze uitleg niet correct. Een vergelijking met andere taalversies leert bovendien dat hier sprake moet zijn van een vergissing in de Nederlandse taalversie: niet bedoeld zijn de uitvoerende rechterlijke autoriteiten, maar de rechterlijke autoriteiten van de uitvoerende lidstaat.²³⁴⁴ Welke instanties van de uitvoerende lidstaat zijn dat dan? Een redelijke uitleg brengt naar mijn mening mee dat hieronder niet alleen rechters in eigenlijke zin vallen, maar ook andere instanties die in de nationale rechtsordes van de lidstaten deelnemen aan de strafrechtsbedeling,²³⁴⁵ zoals functionarissen van het Openbaar Ministerie.²³⁴⁶ In veel lidstaten zijn beslissingen als bedoeld in art. 4 onder 3 Kaderbesluit juist opgedragen aan dergelijke autoriteiten.

Gezien de achtergrond van de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit is het motief van de vervolgingsbeslissing niet zonder belang. Het niet instellen van een vervolging of het staken van een reeds ingestelde vervolging, omdat de

²³⁴³ Ook dan kan vanzelfsprekend sprake zijn van concurrerende rechtsmacht*regelingen*, maar niet van concurrerende rechtsmacht*uitoefening*.

²³⁴⁴ Duitse taalversie (“(...) die Justizbehörden des Vollstreckungsmitgliedstaats (...)”); Engelse taalversie (“(...) the judicial authorities of the executing Member State (...)”); Franse taalversie (“(...) les autorités judiciaires de l’État membre d’exécution (...)”); Italiaanse taalversie (“(...) le autorità giudiziarie dello Stato membro dell’esecuzione (...)”); Portugese taalversie (“(...) as autoridades judiciárias do Estado-Membro de execução (...)”); Spaanse taalversie (“(...) las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución (...)”).

²³⁴⁵ Vgl. HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 28.

²³⁴⁶ Vgl. het Commissievoorstel (“De term “gerechtelijke autoriteit” omvat zoals in het Verdrag van 1957 (zie de toelichting bij artikel 1 van dit Verdrag) naast de rechtelijke instanties ook het openbaar ministerie; de politiediensten vallen buiten deze definitie”): COM(2001)522 def., p. 8, al heeft deze opmerking betrekking op de autoriteiten die bevoegd zijn tot uitvaardiging en tenuitvoerlegging van een EAB.

uitvoerende lidstaat bij nader inzien geen rechtsmacht bleek te hebben, mag naar mijn mening geen reden zijn voor weigering van de overlevering. In een dergelijk geval is geen sprake van *concurrerende* rechtsmachtuitoefening. De uitvoerende lidstaat heeft dan geen redelijk belang bij het verlenen van voorrang aan de beslissing van zijn rechterlijke autoriteit boven de beslissing van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit. Hetzelfde heeft te gelden, indien de vervolging in de uitvoerende lidstaat niet is ingesteld of juist gestaakt, omdat de bevoegde rechterlijke autoriteit de voorkeur heeft gegeven aan vervolging in een andere lidstaat of omdat de uitvoerende lidstaat de strafvervolging aan een andere lidstaat heeft overdragen.²³⁴⁷ In het eerste geval heeft de uitvoerende lidstaat wel rechtsmacht, maar hecht hij niet aan de uitoefening daarvan. In het tweede geval is hij zijn recht op uitoefening van rechtsmacht kwijtgeraakt door de overdracht. De uitvoerende lidstaat heeft in deze gevallen geen belang bij weigering van de overlevering aan een lidstaat die wel rechtsmacht kan en wil uitoefenen. Een beslissing zoals in het arrest *Miraqlia*²³⁴⁸ - een verklaring houdende dat de zaak is geëindigd, nadat de officier van justitie heeft besloten tot niet verdere vervolging wegens vervolging van dezelfde feiten in een andere lidstaat (zie paragraaf 3.2.3) - kan dus noch onder art. 3 onder 2 Kaderbesluit noch onder art. 4 onder 3 Kaderbesluit tot weigering van de overlevering leiden.

Volgens de Duitse wetgever, die de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit facultatief heeft geïmplementeerd, moet, ondanks de *Verfahrenseinstellung*, het toestaan van de overlevering steeds worden overwogen, “wenn dem ersuchenden Staat neue oder bessere Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen, wie beispielsweise bisher unbekannte Beweismittel”.²³⁴⁹ Hij lijkt op dit punt te zijn geïnspireerd door een opmerking over de tweede volzin van art. 9 lid 1 EUV in het *Explanatory report* bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering.²³⁵⁰ Hoewel deze legislatieve aanwijzing aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit past bij het streven van de Unie om haar burgers binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van zekerheid te waarborgen door bestrijding van criminaliteit (art. 67 lid 3 VWEU), roept zij wel een principieel en een praktisch bezwaar op. Zij noopt namelijk tot een vergelijking van het bewijsmateriaal in beide lidstaten en dus tot een beoordeling van de *merites* van de vervolging in de uitvaardigende lidstaat, hetgeen op gespannen voet lijkt te staan met het beginsel van wederzijdse erkenning dat aan het Kaderbesluit ten grondslag ligt. Tegen dit principiële bezwaar kan men inbrengen dat die beoordeling plaatsvindt in het kader van een door het Kaderbesluit toegestane weigeringsgrond, dat zij de reikwijdte van de weigeringsgrond inperkt en dat zij dus ten gunste van overlevering strekt. Als praktisch bezwaar kan gelden dat het EAB geen opgave van het bewijsmateriaal of van de gronden voor de verdenking behoeft te bevatten (zie Hoofdstuk VII.3.4.1), zodat de beoordeling in de meeste gevallen niet enkel op basis van het EAB kan plaatsvinden. Op grond van art. 15 lid 2 Kaderbesluit heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit echter de bevoegdheid om - “dringend” - om aanvullende gegevens te verzoeken, indien zij “van oordeel is dat de door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit meegedeelde gegevens onvoldoende zijn om haar in staat te stellen

²³⁴⁷ Vgl. Peers 2011, p. 846.

²³⁴⁸ HvJ EG 10 maart 2005, NJ 2006, 225, m.nt. JR.

²³⁴⁹ *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 21.

²³⁵⁰ Extradition: European standards 2006, p. 27: “In these circumstances extradition can be refused, but, if new facts or other matters affecting the verdict come to light, this provision cannot be applied, and the person must be extradited unless the requested Party proceeds against him under the terms of Article 8”.

een beslissing te nemen over de overlevering (...), met name in verband met de artikelen 3 tot en met 5". Ook dit bezwaar is dus niet onoverkomelijk.

Opmerkelijk is dat de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit spreken van "het strafbaar feit", terwijl de derde weigeringsgrond gewag maakt van "dezelfde feiten". Gezien de *Van Esbroeck*-rechtspraak (zie paragraaf 3.2.5) waarbij het Hof van Justitie voor de uitleg van het begrip "dezelfde feiten" als bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit aansluiting heeft gezocht (zie paragraaf 3.4.1), zou men kunnen veronderstellen dat voor de betekenis van het begrip "het strafbaar feit" eventuele verschillen in de juridische kwalificaties en in de te beschermen rechtsbelangen wél relevant zijn. Nu de strafwetgevingen van de lidstaten niet volledig geharmoniseerd zijn, zouden deze verschillen in de weg kunnen staan aan de toepassing van weigeringsgronden waarvan de bestaansgrond juist gelegen is in het ontbreken van harmonisatie of onderlinge aanpassing van de strafwetgevingen. Bovendien lijkt het taalgebruik in art. 4 Kaderbesluit op dit punt dermate onsystematisch - "het feit" (lid 2); "het strafbaar feit" en "dezelfde feiten" (lid 3); "de feiten" (lid 4); "dezelfde feiten" (lid 5); "een strafbaar feit" (lid 7) - dat aan de verschillen tussen de gehanteerde begrippen naar mijn mening nauwelijks betekenis kan worden toegekend.

Zoals gezegd, vindt de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit haar bestaansgrond naar alle waarschijnlijkheid in de wens van de lidstaten om de overlevering te kunnen weigeren, indien dezelfde feiten al voorwerp zijn geweest van een buitengerechtelijke afdoening in een lidstaat, zoals een transactie. Dergelijke beslissingen die genomen zijn na een strafprocedure en die de strafvervolgning definitief beëindigen,²³⁵¹ vallen al onder het begrip "onherroepelijk berecht" als bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit, zoals blijkt uit het arrest *Mantello*.²³⁵²

De vraag rijst dan ook welke onherroepelijke beslissingen die verdere vervolging onmogelijk maken nog onder deze weigeringsgrond zouden kunnen vallen. Sanders heeft gewezen op een amnestie in de uitvaardigende lidstaat wegens de in het EAB bedoelde feiten,²³⁵³ al is "weinig denkbaar" dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een EAB zou uitvaardigen wegens een feit waarvoor haar lidstaat tevoren amnestie heeft verleend²³⁵⁴ en al zou, indien de uitvaardigende rechterlijke autoriteit desondanks een EAB zou hebben uitgevaardigd, de overlevering ook zonder art. 4 onder 3 Kaderbesluit al moeten worden geweigerd, omdat de uitvaardigende lidstaat tengevolge van de amnestie niet meer zou kunnen vervolgen of ten uitvoer leggen.

Anders dan Blekxtoon kennelijk meent,²³⁵⁵ valt een onherroepelijk vonnis waarbij is vastgesteld dat het aan de verdachte ten laste gelegde bewezen is, maar dat het bewezene niet een strafbaar feit oplevert - in Nederland spreekt men van een ontslag van alle rechtsvervolgning (art. 352 lid 2 Sv) - niet onder de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit. Een dergelijk vonnis, waaraan een inhoudelijke beoordeling ten grondslag ligt, levert immers een onherroepelijke berechting in de zin van art. 54 SUO (zie paragraaf 3.2.3) en dus ook in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit op (zie paragraaf 3.4.1).

Volgens de Rechtbank Amsterdam zouden ook "bepaalde gevallen van niet-ontvankelijk verklaringen" onder de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit

²³⁵¹ HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 30.

²³⁵² HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 45.

²³⁵³ Sanders 2011, p. 212.

²³⁵⁴ Zo de Belgische wetgever: *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 279/001, p. 11.

²³⁵⁵ Blekxtoon 2005, p. 235.

kunnen vallen.²³⁵⁶ Deze categorie van beslissingen is problematisch. Heeft de rechter in een andere lidstaat dan de uitvaardigende lidstaat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging verklaard vanwege een onrechtmatigheid in de opsporing of vervolging,²³⁵⁷ dan heeft hij geen beoordeling ten gronde van de aan de verdachte verweten gedragingen uitgevoerd. De uitvoerende lidstaat heeft in een dergelijk geval geen belang bij weigering van de overlevering aan een lidstaat waarvan de vervolgende autoriteiten het recht tot vervolging niet hebben verspeeld,²³⁵⁸ terwijl een weigering afbreuk zou doen aan het streven van de Europese Unie om - binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht - een hoog niveau van veiligheid te waarborgen, door middel van maatregelen ter bestrijding van criminaliteit (art. 67 lid 3 VWEU). Dezelfde argumenten pleiten tegen weigering van de overlevering op de grond dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is verklaard, omdat de betrokken lidstaat geen rechtsmacht bleek te kunnen uitoefenen. Een beslissing houdende niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie wegens ingetreden verjaring valt al onder art. 3 onder 2 Kaderbesluit, zoals volgt uit het arrest *Gasparini*²³⁵⁹ (zie paragraaf 3.2.3).

Meer in het algemeen zal naar mijn mening een onherroepelijke beslissing die naar nationaal recht verdere vervolging onmogelijk maakt niet als grond tot weigering mogen worden ingeroepen, indien de reden van die beslissing is gelegen in het ontbreken van rechtsmacht, in de voorkeur voor vervolging in een andere lidstaat of in de overdracht van strafvervolging aan een andere lidstaat.²³⁶⁰ Een beslissing zoals die aan de orde was in het arrest *Miraqlia* kan dus evenmin tot weigering van de overlevering leiden onder de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit.²³⁶¹ Ten slotte zal een in een lidstaat wegens dezelfde feiten genomen onherroepelijke beslissing tot weigering van de overlevering niet een in art. 4 onder 3 Kaderbesluit bedoelde beslissing opleveren, omdat een dergelijke beslissing als zodanig noch in de lidstaat waarin die beslissing genomen is noch in de uitvaardigende lidstaat verdere vervolging onmogelijk maakt.²³⁶²

²³⁵⁶ Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, *LJN* AU4909. Vgl. Blextoon 2004a, p. 27, die meent dat in het Kaderbesluit (en in de Overleveringswet) ten onrechte “de variant van inhoudelijke niet-ontvankelijkheid van het OM, bijvoorbeeld als het OM als gevolg van onrechtmatige opsporings-/vervolgingsmethoden niet ontvankelijk wordt verklaard” ontbreekt.

²³⁵⁷ In geval van een dergelijke onherroepelijke beslissing afkomstig van de rechter uit de uitvaardigende lidstaat die verdere vervolging onmogelijk maakt, moet de overlevering reeds worden geweigerd vanwege het ontbreken van een vervolgingsrecht.

²³⁵⁸ De Nederlandse wetgever heeft de suggestie om de niet-ontvankelijkheid “op inhoudelijke gronden” van de Nederlandse officier van justitie als dwingende weigeringsgrond op te nemen met een vergelijkbare redenering verworpen (“De gebreken die tot het oordeel leiden in de verzoekende lidstaat [bedoeld zal zijn: de aangezochte lidstaat], behoeven in het geheel niet aan de orde te zijn bij de vervolging in de aangezochte lidstaat [bedoeld zal zijn: de verzoekende lidstaat]”): *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 27.

²³⁵⁹ HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini).

²³⁶⁰ Vgl. Peers 2011, p. 846.

²³⁶¹ Glerum 2005, p. 71, noot 318; Sanders 2011, p. 213.

²³⁶² In deze zin kennelijk ook Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, *LJN* AU4909, met betrekking tot de beslissing van de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk (België) tot weigering van de overlevering aan Duitsland wegens dezelfde feiten als bedoeld in het bij de Rechtbank Amsterdam aanhangige Duitse EAB.

X.3.5 De Overleveringswet

X.3.5.1 Inleiding

De Nederlandse wetgever heeft de weigeringsgronden van art. 3 onder 2, art. 4 onder 5 en art. 4 onder 3 Kaderbesluit in één en dezelfde bepaling geïmplementeerd (art. 9 OLW) en heeft daarbij van de facultatieve weigeringsgronden van art. 4 onder 5 Kaderbesluit en art. 4 onder 3 Kaderbesluit dwingende weigeringsgronden gemaakt. Art. 9 UW heeft model gestaan voor de implementatie.²³⁶³

Bij de implementatie van art. 3 onder 2 en art. 4 onder 5 Kaderbesluit heeft de wetgever ervoor gekozen geen onderscheid te maken tussen onherroepelijke berechting in een lidstaat en onherroepelijke berechting in een derde staat (art. 9 lid 1 onder d en e OLW). Deze weigeringsgronden zal ik in paragraaf 3.5.2 bespreken. Aan de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit is uitvoering gegeven door sommige Nederlandse beslissingen op te sommen die een einde maken aan de vervolging (art. 9 lid 1 onder b jo. lid 3 OLW). Deze weigeringsgronden zullen in paragraaf 3.5.3 aan de orde komen. De derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit is in een aparte bepaling opgenomen (art. 9 lid 1 onder c OLW). In paragraaf 3.5.4 zal ik aan deze weigeringsgrond aandacht besteden.

X.3.5.2 Onherroepelijke berechting (lid)staat

Zoals gezegd, maakt art. 9 lid 1 OLW geen onderscheid tussen onherroepelijke berechting in een lidstaat en onherroepelijke berechting in een derde staat. De parlementaire stukken lichten niet toe waarom Nederland heeft gekozen voor implementatie van art. 4 onder 5 Kaderbesluit in de vorm van een dwingende weigeringsgrond. Gezien de Nederlandse opvattingen over de *ne bis in idem* werking van buitenlandse strafvonnissen, zoals deze uit art. 68 lid 2 Sr, art. 9 lid 1 onder c en d UW en het Nederlandse voorbehoud bij art. 9 EUV blijken, ligt een dwingende implementatie wel voor de hand.

Art. 9 lid 1 OLW maakt wél onderscheid tussen gewijsden van Nederlandse rechters houdende vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging en daarmee overeenkomende onherroepelijke beslissingen van rechters uit andere (lid)staten enerzijds (art. 9 lid 1 onder d OLW) en gewijsden van Nederlandse of andere rechters houdende veroordeling anderzijds (art. 9 lid 1 onder e OLW).

Gewijsden houdende vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging en daarmee overeenkomende buitenlandse beslissingen komen zonder meer *ne bis in idem* werking toe.²³⁶⁴ Art. 9 lid 1 onder d OLW komt - vrijwel geheel -²³⁶⁵ overeen met art. 9 lid 1 onder c UW.

Gewijsden houdende veroordeling hebben daarentegen alleen *ne bis in idem* effect, indien aan één van vier nadere voorwaarden is voldaan:²³⁶⁶ (1) de opgelegde straf of

²³⁶³ Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 14.

²³⁶⁴ Zie bijvoorbeeld voor een weigering van de overlevering wegens een Nederlandse vrijspraak Rb. Amsterdam 13 maart 2012, L/JN BW0086. Uit de uitspraak blijkt niet van onherroepelijkheid van de vrijspraak.

²³⁶⁵ Afgezien namelijk van de verwijzing naar de rechter van een andere lidstaat van de Europese Unie en de rechter van een derde land.

²³⁶⁶ Zie voor een geval waarin niet aan één van deze voorwaarden was voldaan en het buitenlandse gewijsde dus niet aan overlevering in de weg kon staan: Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, L/JN AU4909.

maatregel is reeds ondergaan, (2) de opgelegde straf of maatregel is niet meer voor tenuitvoerlegging of verdere tenuitvoerlegging vatbaar, (3) de veroordeling houdt een schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel in of (4) de opgelegde straf of maatregel wordt in Nederland ondergaan.

De voorwaarden 1 tot en met 3 komen - vrijwel geheel -²³⁶⁷ overeen met art. 9 lid 1 onder d 1°-3° UW. De nummers 1 en 2 stroken bovendien met de uitvoeringsvoorwaarde van art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Hoewel voorwaarde 2 woordelijk vrijwel overeenkomt met voorwaarde 2 van art. 9 lid 1 onder c UW, heeft deze voorwaarde in het overleveringsrecht een andere betekenis. In het uitleveringsrecht heeft deze voorwaarde betrekking op voorwaardelijke invrijheidstelling en voorwaardelijke veroordeling (zie paragraaf 2.2.2), terwijl deze voorwaarde in het overleveringsrecht uitdrukking geeft aan het derde deel van de uitvoeringsvoorwaarde van art. 3 onder 2 en art. 4 onder 5 Kaderbesluit. Nummer 4 beoogt te voorkomen dat een bij een Nederlands of buitenlands²³⁶⁸ “lopend vonnis” ter zake van hetzelfde feit onherroepelijk opgelegde vrijheidssanctie niet meer ten uitvoer gelegd zou kunnen worden door de overlevering van de veroordeelde. Indien na de ontvangst van het EAB, maar vóór de beslissing daarop de tenuitvoerlegging van een dergelijke vrijheidssanctie alsnog aanvangt, moet de uitvoerende justitiële autoriteit de overlevering weigeren.²³⁶⁹ Deze voorwaarde geeft uitvoering aan het tweede deel van de uitvoeringsvoorwaarde van art. 3 onder 2 en art. 4 onder 5 Kaderbesluit.²³⁷⁰ In geval van een voorwaardelijke invrijheidstelling of een voorwaardelijke veroordeling moet de opgelegde sanctie gedurende de proeftijd worden geacht in Nederland te worden ondergaan in de zin van voorwaarde 4. Na afloop van de proeftijd is die sanctie ondergaan in de zin van voorwaarde 1.

Nu een onherroepelijke veroordeling wegens dezelfde feiten door een Nederlandse rechter *niet zonder meer* tot weigering van de overlevering noopt (art. 9 lid 1 onder e OLW), wijkt het overleveringsrecht op dit punt af van het uitleveringsrecht (zie de paragrafen 2.2.2 en 2.3.1). In de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht weegt het belang van de uitvoerende lidstaat bij bescherming van zijn soevereiniteit niet op tegen het - in de uitvoeringsvoorwaarde uitgedrukte - belang van het voorkomen van straffeloosheid van de opgeëiste persoon.

Art. 9 lid 1 onder d en e OLW wijkt in een belangrijk opzicht af van art. 3 onder 2 en art. 4 onder 5 Kaderbesluit. Eerstgenoemde bepaling knoopt het effect van *ne bis in idem* vast aan een gewijsde van een *rechter*, terwijl laatstgenoemde bepalingen spreken van onherroepelijke berechting. Door op dit punt aansluiting te zoeken bij de terminologie van de Uitleveringswet heeft de wetgever het de overleveringsrechter moeilijk gemaakt om

²³⁶⁷ Afgezien namelijk van het woord “meer” tussen het woorden “niet” en “voor” in nummer 2.

²³⁶⁸ Kennelijk wordt bedoeld op een buitenlands vonnis waarvan Nederland de tenuitvoerlegging heeft overgenomen.

²³⁶⁹ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 14-15. Een Nederlands “lopend vonnis” ter zake van een *ander* feit dan aan het EAB ten grondslag ligt, levert niet een weigeringsgrond op, maar leidt tot verplicht uitstel van de feitelijke overlevering (art. 36 lid 1 OLW).

²³⁷⁰ In Rb. Amsterdam 28 oktober 2005, *LJN AU5622* was de opgeëiste persoon deels wegens dezelfde feiten als die waarop het EAB betrekking had door de politierechter te Rotterdam veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van vijf maanden. Volgens zijn raadsvrouw zou hij “de straf per 1 november 2005 hebben uitgezeten”. De Rechtbank Amsterdam weigerde de overlevering voor één feit op grond van art. 9 lid 1 onder e 4° OLW, “nu de opgeëiste persoon voor dit feit reeds door de politierechter in Nederland tot een vrijheidsstraf is veroordeeld en hij deze straf nagenoeg heeft uitgezeten”.

- eventuele - ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie over art. 54 SUO, art. 3 onder 2 Kaderbesluit of art. 4 onder 5 Kaderbesluit te verwerken. Zo valt een onherroepelijke transactie, aangeboden door een officier van justitie, of een onherroepelijke strafbeschikking, uitgevaardigd door een officier van justitie, strikt genomen niet onder een gewijsde van een rechter, hoewel een dergelijke beslissing wel onder het begrip onherroepelijke berechting in de zin van art. 54 SUO, art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit valt (zie de paragrafen 3.2.3, 3.4.1 en 3.4.2). Door het gebruik van het begrip “rechterlijk gewijsde” heeft de wetgever dus, achteraf bezien, ongeoorloofd (zie de paragrafen 3.4.1 en 3.4.2) de reikwijdte van de weigeringsgronden ingeperkt, tenzij dat begrip zich voor kaderbesluitconforme uitleg leent.²³⁷¹ Voor wat betreft transacties en strafbeschikkingen uit *Nederland* en uit *andere lidstaten* hoeft niet te worden onderzocht of kaderbesluitconforme interpretatie mogelijk is. De wetgever heeft voor deze beslissingen afzonderlijke voorzieningen getroffen (art. 9 lid 1 onder b en c OLW), die meebrengen dat de Overleveringswet in zoverre niet tot met het Kaderbesluit strijdige resultaten leidt (zie de paragrafen 3.5.3 en 3.5.4). In de Overleveringswet ontbreekt echter elke voorziening met betrekking tot onherroepelijke transacties en strafbeschikkingen afkomstig uit een *derde Schengenstaat*. Tenzij art. 9 lid 1 onder e OLW vatbaar is voor kaderbesluitconforme uitleg, strijdt de Overleveringswet op dit punt met het Kaderbesluit. Een kaderbesluitconforme uitleg van het begrip “rechterlijk gewijsde”, in die zin dat daaronder ook valt een onherroepelijke transactie of strafbeschikking, afkomstig van het *Openbaar Ministerie* van een derde Schengenstaat, lijkt mij niet onmogelijk. Dit begrip komt voor in een bepaling die niet alleen betrekking heeft op Nederlandse veroordelingen, maar ook op veroordelingen in andere (lid)staten. Het ligt om die reden al niet voor de hand om daaraan een al te strikte invulling te geven. Ook in het Kaderbesluit komt het begrip “rechterlijk” voor. Zo stelt art. 1 lid 1 Kaderbesluit dat het EAB een “rechterlijke beslissing” is. Nederland heeft elke officier van justitie bevoegd gemaakt tot het uitvaardigen van een EAB (art. 44 OLW). Nederlandse officieren van justitie vaardigen dus “rechterlijke beslissingen” uit. Een kaderbesluitconforme uitleg van het begrip “rechterlijk gewijsde” dringt zich des te meer op, nu Nederland de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit, die aan de *rechterlijke autoriteiten* van de uitvoerende lidstaat refereren (zie paragraaf 3.4.3), zo heeft geïmplementeerd, dat daaronder ook transacties en strafbeschikkingen vallen. Een en ander getuigt van een ruime opvatting van het begrip “rechterlijk”. Ik kom dan ook tot de conclusie dat de “ondubbelzinnige bewoordingen”²³⁷² van art. 9 lid 1 onder e OLW zich niet verzetten tegen een kaderbesluitconforme uitleg. Dat de parlementaire stukken ten aanzien van art. 9 lid 1 onder e OLW spreken van veroordeling “hetzij door een Nederlandse *rechter*, hetzij door een buitenlandse *rechter*”²³⁷³ doet niet ter zake, nu de nationale wetgever geacht moet worden het Kaderbesluit correct te hebben willen implementeren²³⁷⁴ en de uitzondering

²³⁷¹ Zou de nationale rechter op grond van de voorrang van het Unierecht verplicht zijn om een met het Kaderbesluit strijdig nationaal voorschrift buiten toepassing te laten, dan zou de overleveringsrechter art. 9 lid 1 onder d en e OLW buiten toepassing moeten laten voor zover deze bepaling naar rechters verwijst. Een dergelijke verplichting vloeit evenwel niet voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie Hoofdstuk III.3.3.1).

²³⁷² Vgl. HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²³⁷³ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 14 (mijn cursivering).

²³⁷⁴ HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911, (Wagner Miret), r.o. 20 (ten aanzien van richtlijnconforme uitleg).

die de Hoge Raad maakt voor gevallen waarin in de parlementaire stukken “ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe [het kaderbesluit] zou verplichten of de vrijheid zou laten”,²³⁷⁵ zich hier niet voordoet.

Een ander problematisch aspect van de formulering van art. 9 lid 1 onder d en e OLW is gelegen in de limitatieve explicitering van de *dicta* met *ne bis in idem* werking. Naast een veroordeling, staan alleen een Nederlandse onherroepelijke vrijspraak of een Nederlands ontslag van rechtsvervolging en een daarmee overeenkomende onherroepelijke buitenlandse beslissing in de weg aan overlevering. Art. 54 SUO, art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit houden het bij het algemene begrip “onherroepelijk berecht” en noemen, afgezien van een veroordeling, niet de *dicta* die een “onherroepelijke berechting” kunnen opleveren. Degene die in een aan art. 54 SUO gebonden (lid)staat ter zake van dezelfde feiten definitief is vrijgesproken wegens verjaring is “bij onherroepelijk vonnis (...) berecht” in de zin van art. 54 SUO en dus “onherroepelijk (...) berecht” in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit. Eerder heb ik betoogd dat niet alleen definitieve “vrijspraken”, maar ook andere definitieve beslissingen die het intreden van de verjaring constateren een onherroepelijke berechting opleveren (zie paragraaf 3.2.3). Een onherroepelijk *Nederlands* vonnis, houdende niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging van de opgeëiste persoon wegens verjaring, is niet een “gewijsde van de Nederlandse rechter” waarbij de opgeëiste persoon “is vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging” in de zin van art. 9 lid 1 onder d OLW. Deze termen, die niet in Kaderbesluit voorkomen, worden klaarblijkelijk gebezigd in de technische betekenis die daaraan in het Nederlandse strafproces toekomt. Voor een kaderbesluitconforme uitleg lijkt mij hier dan ook geen ruimte. De Nederlandse implementatie van de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit biedt hier evenmin soelaas, omdat de werkingsfeer van art. 9 lid 1 onder c OLW beperkt is tot onherroepelijke beslissingen uit *andere lidstaten dan Nederland*. De overleveringsrechter zal moeten terugvallen op de weigeringsgrond van verjaring naar Nederlands recht (art. 9 lid 1 onder f OLW). De toevallige omstandigheid dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen de facultatieve weigeringsgrond inzake verjaring in de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 4 Kaderbesluit) te implementeren, voorkomt dus dat de incorrecte - want ingeperkte - implementatie van art. 3 onder 2 Kaderbesluit tot een met het Kaderbesluit strijdige uitkomst leidt. Een definitieve “vrijspraak” wegens verjaring of een andere definitieve beslissing waarbij het intreden van de verjaring wordt geconstateerd uit een *andere* lidstaat dan Nederland of uit een derde Schengenstaat komt niet overeen met een Nederlandse vrijspraak of een Nederlands ontslag van rechtsvervolging. Voor zover het een onherroepelijke beslissing uit een *lidstaat* betreft, zal de overleveringsrechter een beroep moeten doen op art. 9 lid 1 onder c OLW.²³⁷⁶ Is de definitieve vrijspraak of de andere beslissing die de ingetreden verjaring constateert evenwel afkomstig uit een *derde* Schengenstaat, dan biedt deze bepaling geen uitkomst, nu zij alleen op *lidstaten* betrekking heeft. Op dit punt strijdt de Overleveringswet dus met art. 4 onder 5 Kaderbesluit, voor zover betrekking hebbend op derde Schengenstaten, omdat de Nederlandse wetgever aan die bepaling een ingeperkte en dus ongeoorloofde invulling heeft gegeven (zie paragraaf 3.4.2).

²³⁷⁵ HR 10 augustus 2007, L/JN AZ3758, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²³⁷⁶ Men kan erover twisten of die beslissing in een dergelijk geval de “verdere vervolging onmogelijk maakt”.

In art. 9 lid 1 onder d en e OLW ontbreekt de in art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit voorkomende zinsnede “uit de gegevens waarover de uitvoerende rechterlijke autoriteit beschikt”. Dit roept de vraag op of de wetgever aan deze bepalingen een *ruimere* betekenis heeft gegeven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt.²³⁷⁷ Indien men zou aannemen dat deze zinsnede tot uitdrukking brengt dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet verplicht is tot een ambtshalve onderzoek naar de aanwezigheid van deze weigeringsgronden, zou het ontbreken daarvan inderdaad een ruimere implementatie kunnen opleveren. In paragraaf 3.4.1 heb ik deze uitleg echter verworpen. In elk geval dwingt art. 26 lid 1 OLW de overleveringsrechter om ter zitting “de mogelijkheid van overlevering” te onderzoeken. Geven de stukken geen aanleiding om aan te nemen dat de weigeringsgrond aan de orde is en doet de opgeëiste persoon geen beroep op de weigeringsgrond, dan blijft dat onderzoek beperkt tot die vaststellingen en hoeft de overleveringsrechter daarvan niet uitdrukkelijk verantwoording af te leggen in de uitspraak. Hij kan dan volstaan met de algemene overweging dat hij ten aanzien van de in het EAB bedoelde feiten heeft vastgesteld dat aan alle voorwaarden van de Overleveringswet is voldaan. Doet de opgeëiste persoon wel een beroep op de weigeringsgrond, dan is de overleveringsrechter gehouden tot onderzoek van dat verweer en tot motivering van zijn beslissing dienaangaande (art. 28 lid 1 OLW).²³⁷⁸

In plaats van het begrip “dezelfde feiten”, hanteert art. 9 lid 1 OLW het begrip “een feit”. Al vóór het arrest *Mantello*,²³⁷⁹ waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het begrip “dezelfde feiten” als bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit moet worden uitgelegd overeenkomstig de *Van Esbroeck*-rechtspraak (zie paragraaf 3.2.5), zocht de Rechtbank Amsterdam voor de uitleg van het begrip “een feit” aansluiting bij die rechtspraak.²³⁸⁰ Voordien deed zij een beroep op art. 68 Sr of expliciteerde zij het toepasselijke criterium niet.²³⁸¹

²³⁷⁷ Vgl. HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 43.

²³⁷⁸ Zie Rb. Amsterdam 24 mei 2011, *LJN* BQ9517: de opgeëiste persoon beroept zich op een eerdere veroordeling in Duitsland, waarvan Nederland de tenuitvoerlegging heeft overgenomen; volgens de Rechtbank Amsterdam had het op de weg van de opgeëiste persoon gelegen om ter onderbouwing van zijn verweer het vonnis van het *Landgericht* Oldenburg en het “arrest van het Gerechtshof Arnhem” (kennelijk bedoelt zij het in art. 43 lid 3 WOTS genoemde advies) over te leggen.

²³⁷⁹ HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello).

²³⁸⁰ Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, *LJN* BC0869 (de opgeëiste persoon is in Nederland veroordeeld wegens de verkoop en aflevering van cocaïne in Nederland in de periode van 1 november 2002 tot en met 1 mei 2003. Het EAB heeft betrekking op vier gevallen van (medeplegen van) invoer van cocaïne in Italië in de periode van 27 januari 2003 tot 28 februari 2003. Volgens de Rechtbank Amsterdam is geen sprake van dezelfde feiten, omdat noch uit het Nederlandse strafdossier noch uit het EAB valt af te leiden “dat de cocaïne, die de opgeëiste persoon volgens de bewezenverklaring in Nederland heeft verkocht en afgeleverd, op een van de in het EAB genoemde data, al dan niet door daar genoemde koeriers, in Italië is aangekomen”. Dat de opgeëiste persoon in de periode van 6 maart 2002 tot en met 9 maart 2002 een geldbedrag van 18.000,- heeft ontvangen, zoals blijkt uit meldingen in het kader van de Wet melding ongebruikelijke transacties, leidt volgens de Rechtbank Amsterdam niet tot een ander oordeel, omdat, nog daargelaten de verschillen tussen de periodes, niet blijkt dat dit bedrag aan hem is betaald “in verband met de in het EAB bedoelde cocaïne transporten”); Rb. Amsterdam 27 december 2010, *LJN* BP1652 (de opgeëiste persoon is in Nederland veroordeeld wegens het op 10 juni 2010 bezitten van een vervalst reisdocument. Het EAB bevat drie beschuldigingen aan het adres van de opgeëiste persoon: 1) dat hij op 10 december 2002 op oneerlijke wijze, door het aannemen van een valse naam, een Brits paspoort heeft aangevraagd en verkregen; 2) dat hij op 19 maart 2009 een valse verklaring heeft afgelegd met de bedoeling om het paspoort te verlengen; 3) dat hij tussen 26 januari 2010 en 11 februari 2010 een vervalst paspoort in zijn bezit had en dat hij dit paspoort heeft gebruikt op reizen naar de Verenigde Arabische Emiraten,

X.3.5.3 *Vervolgingsbeslissing Nederland*

Ingevolge art. 9 lid 1 onder b OLW staat een vijftal Nederlandse beslissingen ter zake van het aan het EAB ten grondslag liggende feit²³⁸² dwingend in de weg aan overlevering. Het gaat om beslissingen die een einde maken aan een Nederlandse strafvervolgning en die op grond van art. 255 lid 1 of lid 2 respectievelijk art. 255a lid 1 of lid 2 Sv een hernieuwde vervolging van de opgeëiste persoon wegens hetzelfde feit uitsluiten: (1) de opgeëiste persoon is buiten vervolging gesteld (art. 250 lid 4 jo. art. 255 lid 1 Sv), (2) aan hem is een beschikking betekend, houdende de verklaring dat de zaak is geëindigd (art. 36 jo. 255 lid 1 Sv), (3) aan hem is een kennisgeving niet verdere vervolging betekend (art. 245a jo. art. 255 lid 1 Sv), tenzij de reden is gelegen in onbevoegdheid van de rechtbank (art. 246 lid 2 jo. 255 lid 1 Sv) (4) de aan de opgeëiste persoon opgelegde strafbeschikking is volledig ten uitvoer gelegd of is ingetrokken (art. 257a jo. 255a lid 1 Sv) en (5) de opgeëiste persoon heeft voldaan aan een transactie (art. 74 lid 1 Sr).

De bepaling geeft *ten dele* uitvoering aan de eerste twee *facultatieve* weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit. Ten aanzien van een deel van de in onderdeel b genoemde beslissingen is de wetgever niet gehouden tot implementatie. De buitenvervolginstelling, de betekende beschikking, houdende de verklaring dat de zaak is geëindigd en de betekende kennisgeving niet verdere vervolging leveren immers niet een onherroepelijke berechting in de zin van art. 54 SUO en van art. 3 onder 2 Kaderbesluit op, nu deze beslissingen de Nederlandse strafvervolgning niet *definitief* beëindigen.²³⁸³ Bij het bekend worden van nieuwe bezwaren - dat wil zeggen "verklaringen van getuigen of van den verdachte en stukken, bescheiden en processen-verbaal, welke later zijn bekend geworden of niet zijn onderzocht" (art. 255 lid 2 Sv) - kan de vervolging worden hervat (art. 255 lid 1 Sv).²³⁸⁴ In het geval van een betekende kennisgeving niet verdere vervolging heeft een rechtstreeks belanghebbende bovendien de mogelijkheid om binnen drie maanden nadat hij met de

Colombia en Zuid-Afrika. Volgens de Rechtbank Amsterdam is geen sprake van dezelfde feiten, omdat, hoewel sprake is van één en hetzelfde paspoort, de beschuldigingen in het EAB "wezenlijk verschillen qua oogmerk en wilsbesluit, waarbij mede van belang is dat de pleegdata aanmerkelijk verschillend zijn. Dit zou slechts anders zijn als de Britse autoriteiten hem hadden willen vervolgen voor het bezitten van het vervalste paspoort op bijvoorbeeld 8 juni 2010. Dan was weliswaar sprake geweest van een andere datum, maar dan waren het oogmerk en wilsbesluit wel nog identiek geweest").

²³⁸¹ Rb. Amsterdam 28 oktober 2005, *LJN* AU5622 (de opgeëiste persoon is in Nederland veroordeeld wegens het aanwezig hebben van heroïne op 4 juli 2005. Het EAB betreft de verdenking van betrokkenheid bij de aankoop van een partij heroïne op 3 juli 2005, met de bedoeling deze partij in haar geheel op 4 juli 2005 in Duitsland in te voeren, maar de opgeëiste persoon is op 4 juli 2005 met een deel van die partij, 500 gram, aangehouden. Volgens de Rechtbank Amsterdam dient dit feitencomplex te worden beschouwd als één feit in de zin van art. 68 Sr), vgl. HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 56 (Van Straaten), m.nt. N. Keijzer, r.o. 49-50; Rb. Amsterdam 23 juni 2006, *LJN* AY4332 (geen criterium gegeven: transactieaanbod op 20 september 2005 wegens overtreding van art. 3 onder C Opiumwet. Het EAB betreft feiten die in maart 2006 zouden zijn gepleegd. Volgens de Rechtbank Amsterdam is geen sprake van "een situatie als bedoeld in artikel 9 lid 1 onder c, d of e van de OLW"); Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1486 (geen criterium gegeven: de opgeëiste persoon is in Nederland veroordeeld wegens een op 12 oktober 2004 begaan feit. Het EAB heeft betrekking op feiten die gepleegd zouden zijn in de periode gelegen tussen 1 februari 2004 tot 22 september 2004. Volgens de Rechtbank Amsterdam is geen sprake van dezelfde feiten).

²³⁸² De overleveringsrechter past het Van Esbroeckcriterium toe: Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7986.

²³⁸³ HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 45.

²³⁸⁴ Vgl. HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 38-40.

kennisgeving bekend geworden is, daartegen beklag te doen (art. 121 lid 2 Sv). Indien het gerechtshof naar aanleiding van dit beklag beveelt dat de vervolging zal worden voortgezet (art. 12i lid 1 Sv), staat de eerder betekende kennisgeving niet meer in de weg aan hernieuwde vervolging en evenmin aan overlevering (art. 255 lid 1 Sv). In beide gevallen - nieuwe bezwaren en een bevel tot voortzetting tot de vervolging - is overigens een andere weigeringsgrond aan de orde, namelijk de dwingende weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder a OLW - ter zake van het in het EAB bedoelde feit is tegen de opgeëiste persoon dan een strafvervolging in Nederland gaande (zie Hoofdstuk XI.3) -, maar de Minister van Justitie kan dit overleveringsbeletsel wegnemen door voorafgaand aan de beslissing op het EAB opdracht tot staking van de vervolging te geven (art. 9 lid 2 OLW). De parlementaire stukken verklaren niet waarom de wetgever heeft gekozen voor (dwingende) implementatie van de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit, maar die keuze houdt ongetwijfeld verband met art. 255 lid 1 Sv (vergelijk paragraaf 2.2.3).

De wetgever achtte zich gehouden tot opname van de Nederlandse transactie en strafbeschikking als dwingende weigeringsgronden.²³⁸⁵ Gelet op de arresten *Gözütok en Brügge* en *Mantello* heeft hij terecht een verplichting aangenomen, maar gelet op het arrest *Mantello* had hij deze weigeringsgronden, achteraf gezien, moeten onderbrengen bij de implementatie van art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Heeft de opgeëiste persoon voldaan aan de voorwaarden die de officier van justitie vóór de aanvang van de terechtzitting ter voorkoming van strafvervolging heeft gesteld en is de termijn voor het doen van beklag door een rechtstreeks belanghebbende verstreken (art. 12k (oud) Sv),²³⁸⁶ dan is de strafvervolging definitief beëindigd en moet de opgeëiste persoon worden geacht onherroepelijk te zijn berecht, terwijl de sanctie is ondergaan.²³⁸⁷ Hetzelfde geldt, indien een strafbeschikking volledig ten uitvoer is gelegd en de beklagtermijn (art. 12k Sv) is verstreken. Heeft een rechtstreeks belanghebbende daarentegen tijdig beklag tegen het transactieaanbod of tegen de strafbeschikking gedaan en heeft het gerechtshof vervolgens gelast dat vervolging zal worden ingesteld of voortgezet (art. 12i Sv), dan staat de volledig voldane transactie (art. 74b lid 1 Sr) of de volledig ten uitvoer gelegde dan wel ingetrokken strafbeschikking niet aan overlevering in de weg (art. 255a leden 1 en 2 Sv).²³⁸⁸ Alsdan doet zich evenwel de dwingende weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder a OLW voor.

Anders dan art. 9 lid 1 onder b UW, noemt art. 9 lid 1 onder b OLW de volledig voldane Nederlandse transactie uitdrukkelijk als dwingende grond tot weigering. Per saldo bestaat evenwel geen verschil met het overleveringsrecht, omdat algemeen wordt aangenomen dat een volledig voldane Nederlandse transactie tot weigering van de uitlevering mag en moet leiden (zie paragraaf 2.3.1).

Evenals art. 9 lid 1 onder b UW, verwijst art. 9 lid 1 onder b OLW - afgezien van de voldane transactie, die in art. 9 lid 1 onder b UW niet voorkomt - alléén naar de in art. 255 lid 1 en 255a lid 1 Sv bedoelde beslissingen die aan hernieuwde vervolging in de weg staan. Daartoe behoort niet een (on)voorwaardelijk sepot. De vraag rijst of een dergelijke, wegens dezelfde feiten genomen beslissing tot weigering van de overlevering moet of mag leiden. Bij de beantwoording van deze vraag moet naar mijn mening voorop worden gesteld dat,

²³⁸⁵ *Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 8, p. 7.*

²³⁸⁶ Zie art. XI van de Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening), *Stb.* 330 en *Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 87.*

²³⁸⁷ Vgl. HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (*Gözütok en Brügge*), r.o. 30.

²³⁸⁸ Opmerkelijk is dat art. 9 lid 1 onder b Olw voor wat betreft de transactie niet verwijst naar art. 12i Sv.

indien en voor zover een dergelijke beslissing geen onherroepelijke berechting in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit oplevert, het de wetgever vrijstaat om deze niet bij de implementatie van art. 4 onder 3 Kaderbesluit te betrekken. Door niet alle gevallen op te nemen waarin een Nederlandse rechterlijke autoriteit heeft besloten wegens dezelfde feiten geen vervolging in te stellen of een ingestelde vervolging te staken, heeft hij immers de reikwijdte van die weigeringsgronden ingeperkt en heeft hij door facilitering van de overlevering de regeling van het EAB versterkt ten gunste van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.²³⁸⁹

Het Wetboek van Strafvordering regelt niet de rechtsgevolgen van een onvoorwaardelijk sepot. Het vertrouwensbeginsel, één van de beginselen van een goede procesorde, brengt echter mee dat de officier van justitie niet handelt “naar willekeur, maar in gebondenheid jegens de verdachte aan toezeggingen, welke bij laatstgenoemde gerechtvaardigde verwachtingen hebben opgewekt.”²³⁹⁰ Handelen in strijd met zulke toezeggingen, leidt tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging, tenzij “zwaarwichtiger belangen” vervolging rechtvaardigen²³⁹¹ of sprake is van bijzondere omstandigheden. Zo kunnen in geval van een sepot “onvoldoende bewijs” nieuwe bezwaren in de zin van art. 255 Sv tot nieuwe vervolging leiden en in geval van een beleidssepot de ontdekking van tot dusver onbekend gebleven strafverzwarende omstandigheden.²³⁹² Mits een onvoorwaardelijk sepot door of onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie ter kennis van de verdachte is gebracht,²³⁹³ heeft een dergelijke beslissing *in beginsel* tot gevolg dat hernieuwde vervolging is uitgesloten. In beginsel, omdat onder omstandigheden hernieuwde vervolging toch toegestaan is. Nog afgezien van de mogelijkheid dat het gerechtshof instelling of voortzetting van de vervolging beveelt (art. 12i Sv), levert een ter kennis van de verdachte gebracht onvoorwaardelijk sepot dus niet een absoluut vervolgingsbeletsel op, zodat een onvoorwaardelijke sepot de strafvervolging niet definitief beëindigt. Bovendien geeft een onvoorwaardelijk sepot, voor zover een dergelijke beslissing al in de weg staat aan vervolging, geen aanleiding tot “bescherming uit hoofde van het beginsel “ne bis in idem””,²³⁹⁴ maar tot bescherming uit hoofde van het vertrouwensbeginsel. Van “onherroepelijke berechting” in de zin van art. 54 SUO en van art. 3 onder 2 Kaderbesluit is naar mijn mening dan ook geen sprake. Nu deze bepalingen niet dwingen tot weigering, mocht de Nederlandse wetgever afzien van opname van het onvoorwaardelijke sepot onder de weigeringsgronden. De overleveringsrechter mag de overlevering dan ook niet weigeren op grond van een onvoorwaardelijk sepot wegens dezelfde feiten.²³⁹⁵

²³⁸⁹ Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58-59.

²³⁹⁰ HR 13 september 1983, NJ 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak.

²³⁹¹ HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358, m.nt. ThWvV (Menten I).

²³⁹² Reijntjes, aant. 20 op art. 167 Sv (suppl. 130, augustus 2002), in: Melai/Groenhuijsen e.a..

²³⁹³ De enkele omstandigheid dat een onvoorwaardelijk sepot vermeld is in het uittreksel uit het justitieel documentatieregister is dus onvoldoende. Zie de punten 6-8 van de conclusie van de plaatsvervangend P-G Fokkens vóór HR 16 april 2002, L/JN AE0055 en de punten 3.7-3.9 van de conclusie van de A-G Machiels vóór HR 30 september 2008, L/JN BD4878. In beide zaken verwierp de Hoge Raad het middel met toepassing van art. 81 RO.

²³⁹⁴ HvJ EG 22 december 2008, NJ 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 35.

²³⁹⁵ Een vergelijkbare redenering treft men aan in Rb. Amsterdam 13 juni 2008, RK-nummer 08/1568, niet gepubliceerd: een sepot “gering aandeel feit” en een sepot “ten onrechte als verdachte aangemerkt” leiden niet tot weigering van de overlevering, omdat art. 9 lid 1 onder b OLW een limitatieve opsomming bevat en de rechtspraak van het Hof van Justitie niet meebrengt dat zulke beslissingen als onherroepelijke vonnissen in de zin van art. 54 SUO moeten worden beschouwd. Daarentegen merkte de Rechtbank Amsterdam in

In zoverre bestaat een verschil met het uitleveringsrecht. Een onvoorwaardelijk sepot is evenmin in art. 9 lid 1 onder b UW vermeld, maar de facultatieve weigeringsgrond van art. 9 lid 1, tweede volzin, EUV geeft de Minister van Justitie de bevoegdheid om de uitlevering te weigeren wegens een ter zake van dezelfde feiten genomen sepotbeslissing. De facultatieve weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit hebben daarentegen geen rechtstreekse werking (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU) en zijn dus voor hun eventuele toepassing afhankelijk van implementatie in het nationale recht van de lidstaten.

Een voorwaardelijk sepot, dat wil zeggen een uitstel voor een bepaalde termijn van de beslissing of vervolging moet plaatshebben onder het stellen van bepaalde voorwaarden (art. 167 lid 2 Sv), heeft veel weg van een transactie en een strafbeschikking. Bij de verdachte die volledig aan de gestelde voorwaarden heeft voldaan, zal meer nog dan in geval van een hem meegedeeld onvoorwaardelijk sepot het vertrouwen gewekt zijn, dat hij niet zal worden vervolgd.²³⁹⁶ Anders dan ten aanzien van de transactie en de strafbeschikking, regelt de wet de rechtsgevolgen van een voorwaardelijk sepot niet. Hoewel in de literatuur wel betoogd wordt dat een voorwaardelijk sepot qua rechtsgevolgen op één lijn moet worden gesteld met een transactie of een strafbeschikking,²³⁹⁷ lijkt het ontbreken van een wettelijke regeling erop te duiden dat die rechtsgevolgen nog steeds worden beheerst door de beginselen van een goede procesorde. Een vervolging is dan ook niet geheel uitgesloten, nog daargelaten een eventueel bevel tot vervolging ex art. 12i Sv. Ook hier geldt bovendien dat de eventuele bescherming die een voorwaardelijk sepot biedt niet op het *ne bis in idem* beginsel is gebaseerd,²³⁹⁸ maar op het vertrouwensbeginsel. Een sepot aan de voorwaarden waarvan de opgeëiste persoon geheel heeft voldaan, levert naar mijn mening dan ook niet een “onherroepelijke berechting” in de zin van art. 54 SUO en art. 3 onder 2 Kaderbesluit op.

Art. 9 lid 3 OLW bevat een algemene uitzondering op de in art. 9 lid 1 onder b OLW neergelegde verplichting tot weigering. Indien de reden van de staking van de Nederlandse vervolging is gelegen in de omstandigheid dat “de Nederlandse strafwet op grond van een van de artikelen 2 tot en met 8 van het Wetboek van Strafrecht niet van toepassing bleek te zijn” of in de omstandigheid dat “aan berechting in het buitenland de voorkeur werd gegeven”, mag de overlevering niet worden geweigerd op grond van art. 9 lid 1 onder b OLW. De bepaling is ontleend aan art. 9 lid 3 UW. De Memorie van Toelichting merkt op dat een voorschrift met dezelfde strekking niet in het Kaderbesluit voorkomt, maar dat lid 3 is opgenomen, omdat deze regeling haar nut in het uitleveringsverkeer heeft bewezen en zij de mogelijkheden van overlevering alleen maar vergroot.²³⁹⁹ De eerstgenoemde omstandigheid brengt tot uitdrukking dat, ook al blijkt Nederland achteraf geen rechtsmacht te hebben, een andere lidstaat “zeer wel bevoegd kan zijn een strafvervolging in te stellen en met het oog daarop de overlevering kan vragen”.²⁴⁰⁰ De tweede omstandigheid omvat gevallen waarin Nederland eerder de strafvervolging aan een ander land heeft overgedragen.²⁴⁰¹ De uitzondering van voorkeur voor berechting in het

Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7986 een “kennisgeving sepot” wegens het ontbreken van wettig bewijs aan als een beslissing die op grond van art. 9 lid 1 onder b OLW in de weg aan overlevering staat.

²³⁹⁶ Reijntjes, aant. 20 op art. 167 Sv (suppl. 130, augustus 2002), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

²³⁹⁷ De Hullu 2009, p. 516; Reijntjes, aant. 20 op art. 167 (suppl. 130, augustus 2002), in: Melai/Groenhuijsen e.a.; Valkenburg 2011, (T&C Sv), aant. 167 Sv, aant. 10a.

²³⁹⁸ Vgl. HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský), r.o. 35.

²³⁹⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15.

²⁴⁰⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15.

²⁴⁰¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15.

buitenland kan niet aan de orde zijn in geval van buitenvervolginstelling en in geval van de betekende beschikking, houdende de verklaring dat de zaak geëindigd is, omdat de rechter in deze gevallen niet over de opportuniteit van de vervolging heeft beslist.²⁴⁰² Lid 3 is naar de letter ook van toepassing in geval van een volledig ten uitvoer gelegde of ingetrokken strafbeschikking en in geval van een volledig voldane transactie, maar het opleggen van een strafbeschikking of het aanbieden van een transactie op de grond dat Nederland geen rechtsmacht heeft of dat de voorkeur aan berechting in het buitenland wordt gegeven, is uit de aard van de zaak niet mogelijk.

De wetgever ziet lid 3 kennelijk als een toegelaten *inperking* van de reikwijdte van art. 4 onder 3 Kaderbesluit. In paragraaf 3.4.3 heb ik betoogd dat deze bepaling zich niet uitstrekt over beslissingen tot staking van de vervolging die gebaseerd zijn op het ontbreken van rechtsmacht, op de voorkeur voor berechting in het buitenland en op de overdracht van strafvervolgning aan het buitenland. De weigeringsgronden inzake niet ingestelde of gestaakte vervolging in de uitvoerende lidstaat vinden immers hun grond in de omstandigheid dat de rechtsmachtregelingen van de lidstaten niet geharmoniseerd zijn, zodat de uitvoerende lidstaat er belang bij kan hebben om de overlevering te kunnen weigeren, indien het feit onder zijn rechtsmacht valt en zijn autoriteiten die rechtsmacht hebben uitgeoefend. Dat belang ontbreekt evenwel, indien de uitvoerende lidstaat achteraf geen rechtsmacht bleek te hebben, hij de voorkeur aan berechting in het buitenland heeft gegeven of de strafvervolgning aan het buitenland heeft overdragen. Lid 3 is naar mijn mening dan ook niet een inperking van de reikwijdte van art. 4 onder 3 Kaderbesluit, maar een uitdrukking van de grenzen waarbinnen weigering op grond van deze bepaling dient te blijven. Dwingt het recht van de uitvoerende lidstaat tot weigering van de overlevering in geval van een beslissing tot het niet instellen of staken van de strafvervolgning wegens het ontbreken van rechtsmacht, wegens de voorkeur voor berechting in het buitenland of wegens de overdracht van strafvervolgning aan het buitenland, of laat dat recht een dergelijke weigering toe, dan heeft de uitvoerende lidstaat aan art. 4 onder 3 Kaderbesluit een *ruimere* invulling gegeven dan uit de autonome en uniforme uitleg van die bepaling volgt, hetgeen hem niet vrijstaat (zie paragraaf 3.4.3).

X.3.5.4 *Vervolgingsbeslissing andere lidstaat*

Art. 9 lid 1 onder c OLW - dat dwingt tot weigering, indien de opgeëiste persoon naar het recht van een *andere* lidstaat dan Nederland niet meer kan worden vervolgd ter zake van het in het EAB bedoelde feit ten gevolge van een in die lidstaat genomen onherroepelijke beslissing - geeft ten dele uitvoering aan de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit. Ten dele, omdat de wetgever de *Nederlandse* transactie en *Nederlandse* strafbeschikking al in art. 9 lid 1 onder b OLW heeft ondergebracht. Zoals al gezegd, achtte de wetgever dwingende implementatie van de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit ten aanzien van Nederlandse transacties en strafbeschikkingen en daarmee overeenkomende beslissingen uit andere lidstaten noodzakelijk vanwege het arrest *Gözütok en Brügger* en had hij, achteraf bezien, deze weigeringsgrond bij de implementatie van art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit (voor zover betrekking hebbende op derde Schengenstaten) moeten onderbrengen. Nu de wetgever bij de implementatie van die bepalingen ervoor heeft gekozen aansluiting te zoeken bij de formulering van art. 9 lid 1 UW, waardoor de reikwijdte, achteraf bezien, ten onrechte is

²⁴⁰² Vgl. Swart 1986, p. 232.

ingeperkt tot onherroepelijke beslissingen van *rechters*, kan art. 9 lid 1 onder c OLW uitkomst bieden in geval van een onherroepelijke transactie of strafbeschikking in een andere lidstaat dan Nederland.

Hiervoor heb ik beoogd dat de doelstelling van de Europese Unie om een hoog niveau van veiligheid te waarborgen door middel van - onder meer - maatregelen ter bestrijding van criminaliteit (art. 67 lid 3 VWEU) meebrengt dat het motief van de onherroepelijke beslissing van belang is voor de beantwoording van de vraag of die beslissing aanleiding mag geven tot weigering (zie paragraaf 3.4.3). Een onherroepelijke beslissing die uitsluitend is ingegeven door het ontbreken van rechtsmacht, door de voorkeur voor berechting in het buitenland of door de overdracht van de strafvervolgning aan het buitenland, mag niet tot weigering van de overlevering leiden, anders zou de verwezenlijking van die doelstelling ernstig in gevaar komen. Hetzelfde geldt voor een onherroepelijke niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege in de opsporing of vervolging begane onrechtmatigheden. De uitzonderingen van art. 9 lid 3 OLW zijn niet van toepassing op onderdeel c van art. 9 lid 1 OLW. De formulering van art. 9 lid 1 onder c OLW verwijst op zichzelf niet naar de aan de onherroepelijke beslissing ten grondslag liggende redenen als criterium voor de weigering van de overlevering. Aan de andere kant sluit die formulering zulks op zichzelf evenmin uit. Een teleologische en daarmee kaderbesluitconforme uitleg lijkt mij dan ook mogelijk: onder een onherroepelijke beslissing uit een andere lidstaat, als gevolg waarvan de opgeëiste persoon naar het recht van die lidstaat niet meer kan worden vervolgd, valt niet een beslissing die uitsluitend op één of meer van de genoemde motieven berust.

Een en ander in aanmerking genomen, lijkt de werkingssfeer van art. 9 lid 1 onder c OLW zich te beperken tot onherroepelijke transacties of strafbeschikkingen uit andere lidstaten dan Nederland, afgezien van amnestie in de uitvaardigende lidstaat (zie paragraaf 3.4.3).²⁴⁰³

IX.4 Conclusie

Bij de bespreking van de uitleverings- en overleveringsrechtelijke *ne bis in idem* regelingen in de vorige twee paragrafen zijn een aantal verschillen en een aantal overeenkomsten aan het licht gekomen. Ook bij dit onderwerp moet weer onderscheid worden gemaakt tussen het overleveringsrecht, zoals neergelegd in het Kaderbesluit, en het overleveringsrecht, zoals geïmplementeerd in de Overleveringswet (vergelijk Hoofdstuk VII.4 en Hoofdstuk IX.4). Ook ten aanzien van de *ne bis in idem* regelingen moet ik constateren dat de Nederlandse wetgever het Kaderbesluit niet op alle punten correct heeft geïmplementeerd. Eerst zal ik de verschillen en overeenkomsten met betrekking tot onherroepelijke

²⁴⁰³ Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3133 (de opgeëiste persoon beroept zich op brieven van het Openbaar Ministerie te Kopenhagen waarin is vermeld dat de opgeëiste persoon geen verdachte is, zodat hij erop mocht vertrouwen dat hij niet zou worden vervolgd. De Rechtbank Amsterdam verwerpt het verweer, omdat, voor zover al sprake zou zijn van “een ondubbelzinnige toezegging dat de opgeëiste persoon niet als verdachte wordt aangemerkt voor het feit waarvoor thans overlevering wordt verzocht - de raadsman heeft in deze zaak geen afschriften van genoemde brieven overgelegd - (...) deze toezegging niet onder het bereik van art. 9, eerste lid aanhef en onder c. OLW [valt], nu een dergelijke brief geen onherroepelijke beslissing als bedoeld in dit artikellid inhoudt”); Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, *LJN* AU4909 (de beslissing van de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk (België) tot weigering van de overlevering aan Duitsland wegens dezelfde feiten als bedoeld in het bij de Rechtbank Amsterdam aanhangige Duitse EAB is niet een beslissing als bedoeld in art. 9 lid 1 onder c OLW).

berechting uiteenzetten en vervolgens de verschillen en overeenkomsten met betrekking tot staking van de vervolging.

Onherroepelijke berechting

Een belangrijk verschil tussen het uit- en overleveringsrecht is gelegen in de grond voor de *ne bis in idem* regelingen inzake onherroepelijke berechting. Vanuit Nederlands perspectief zijn de uitleveringsrechtelijke regelingen primair te herleiden tot de wens om niet te hoeven meewerken aan een strafvervolging of strafexecutie die zou strijden met de *Nederlandse* opvattingen over *ne bis in idem*. Het is dus primair de Nederlandse soevereiniteit die aan de basis van die regelingen ligt. Vanzelfsprekend beogen die regelingen daarnaast bescherming aan de opgeëiste persoon te bieden, omdat de nationale opvattingen over *ne bis in idem* mede doelen op bescherming van de gewezen verdachte. De overleveringsrechtelijke regelingen beogen daarentegen uitsluitend rechtsbescherming te bieden aan de opgeëiste persoon. Anders dan de uitleveringsrechtelijke regelingen, berusten zij op door alle lidstaten gedeelde normen over *ne bis in idem*. Alle lidstaten zijn bij de uitvoering van het Unierecht gebonden aan het grondrecht van art. 50 Handvest en op één na alle lidstaten zijn gebonden aan art. 54 SUO. Bovendien volgt uit het beginsel van wederzijdse erkenning dat de rechterlijke autoriteiten van de ene lidstaat de uitkomst van een onherroepelijke berechting in de andere lidstaat erkennen. Zouden louter nationale rechtsopvattingen inzake *ne bis in idem* doorslaggevend zijn voor de mate van doorwerking in het overleveringsrecht, dan zou afbreuk worden gedaan aan de Unie als een ruimte vrijheid, veiligheid en recht.

Het Kaderbesluit dwingt tot weigering van de overlevering in geval van een onherroepelijke berechting van de opgeëiste persoon wegens dezelfde feiten *in een lidstaat*, met dien verstande dat, indien een sanctie is opgelegd, deze is ondergaan, wordt ondergaan of niet meer ten uitvoer gelegd kan worden (art. 3 onder 2 Kaderbesluit). Een eerste verschil met het uitleveringsrecht is dat een onherroepelijke veroordeling in de *uitvoerende* lidstaat houdende sanctieoplegging, alleen dan in de weg aan overlevering staat, indien aan de zogenaamde uitvoeringsvoorwaarde voldaan is. In het uitleveringsrecht staat een onherroepelijke veroordeling van de opgeëiste persoon in de *aangezochte* staat *zonder meer* in de weg aan uitlevering (art. 9 lid 1 eerste volzin EUV; art. 9 lid 1 onder d 4° UW). De uitvoeringsvoorwaarde beoogt te voorkomen dat de veroordeelde straffeloos zou blijven, indien hij zich aan de tenuitvoerlegging van de opgelegde sanctie zou onttrekken. Zou het de uitvoerende lidstaat vrijstaan om de overlevering *zonder meer* te weigeren in verband met een veroordelend gewijsde van zijn rechters, dan zou afbreuk worden gedaan aan het streven van de Europese Unie om binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van veiligheid te waarborgen, door middel van maatregelen ter bestrijding van criminaliteit (art. 67 lid 3 VWEU). In het licht van dit streven, is in het overleveringsrecht de wens om het gezag van de uitspraken van de eigen rechters en dus de nationale soevereiniteit *zonder meer* te handhaven van minder gewicht dan in het uitleveringsrecht.

Een ander verschil met het uitleveringsrecht is dat op de in art. 3 onder 2 Kaderbesluit neergelegde verplichting tot weigering geen uitzonderingen bestaan, indien de onherroepelijke berechting in een *derde* lidstaat plaats heeft gehad. Art. 9 lid 3 EUV geeft de partijen bij het Eerste Aanvullend Protocol EUV de bevoegdheid om de uitlevering toe te staan, ook al is de opgeëiste persoon in een derde staat, tevens verdragspartij, wegens dezelfde feiten onherroepelijk berecht, indien - kort gezegd - de verzoekende staat een sterkere rechtsmachtaanspraak heeft dan die derde staat. Deze bevoegdheid houdt rekening met de uitzonderingen die in sommige transnationale *ne bis in idem* regelingen

voorkomen (art. 53 lid 2 EVIG; art. 35 lid 2 EVOS) en beoogt te voorkomen dat de aangezochte staat de uitlevering zou moeten weigeren in een geval waarin de verzoekende staat op grond van de uitzonderingen in die regelingen toch tot vervolging mag overgaan. Hoewel art. 55 SUO vergelijkbare uitzonderingen op art. 54 SUO bevat, die als een toegelaten beperking op art. 50 Handvest gelden, dwingt art. 3 onder 2 Kaderbesluit desondanks ook tot weigering van de overlevering, indien de uitvaardigende lidstaat een beroep op die uitzonderingen toekomt. Dit verschil valt te verklaren aan de hand van het beginsel van wederzijdse erkenning waarvan niet alleen het systeem van het EAB, maar ook art. 54 SUO een uitdrukking vormt. De uitvoerende rechterlijke autoriteit moet de uitkomst van de onherroepelijke berechting in de derde lidstaat erkennen, dat wil zeggen de overlevering weigeren, ook al zijn de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat in een concreet geval niet gehouden tot erkenning van die onherroepelijke berechting, dat wil zeggen tot het achterwege laten van vervolging. Overigens zijn de in art. 9 lid 3 EUV genoemde uitzonderingen vanuit *Nederlands* perspectief niet relevant, aangezien art. 9 lid 4 EUV het toepassen van verdergaande nationale *ne bis in idem* voorschriften toelaat en art. 68 lid 2 Sr, art. 9 lid 1 onder c en d UW en het Nederlands voorbehoud bij art. 9 EUV, die géén ruimte laten voor uitzonderingen, zulke voorschriften opleveren.

Anders dan de uitleveringsrechtelijke regelingen inzake onherroepelijke berechting, strekt art. 3 onder 2 Kaderbesluit zich niet alleen uit over onherroepelijke uitspraken van *rechters* van de lidstaten, maar ook over onherroepelijke *buitengerechtelijke* wijzen van afdoening door autoriteiten die in de rechtsorden van de lidstaten deelnemen aan de strafrechtsbedeling. Dit verschil is het gevolg van de inbedding in het Unierecht, door middel van aan art. 54 SUO ontleende autonome en uniforme begrippen. De toepassing van die bepaling is niet afhankelijk van harmonisatie van de strafwetgevingen van de lidstaten inzake de procedures tot beëindiging van strafvervolgingen. Daarom vloeit uit het *ne bis in idem* beginsel wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten voort, in die zin dat een lidstaat de uitkomst van de toepassing van het strafrecht in de andere lidstaten moet aanvaarden, ook al zou zijn eigen strafrecht tot een andere uitkomst leiden. Daarnaast kan de doelstelling van art. 54 SUO - het voorkomen dat een persoon die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van meerdere lidstaten - alleen een nuttige bijdragen leveren aan het in stand houden van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, indien art. 54 SUO ook van toepassing is op buitengerechtelijke wijzen van afdoening van strafzaken.

Het ontbreken van harmonisatie - ditmaal van de verjaringsregelingen - en de doelstelling van art. 54 SUO ondersteunen ook de uitleg dat een onherroepelijke beslissing (bijvoorbeeld een vrijspraak) waarbij - zonder beoordeling van de *merites* van de beschuldiging - de verjaring wordt geconstateerd een onherroepelijke berechting in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit oplevert. Een dergelijke uitspraak zou in het uitleveringsrecht niet onder de *ne bis in idem* regelingen vallen, maar zou - voor zover betrekking hebbend op de verjaring in de verzoekende staat en/of in de aangezochte staat - aanleiding geven tot toepassing van de dwingende weigeringsgrond inzake verjaring.

De inbedding in het Unierecht verklaart ook een ander verschil tussen de uitleveringsrechtelijke regelingen en art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Waar de Hoge Raad bij de toepassing van art. 9 EUV het *nationale* feitsbegrip van art. 68 Sr hanteert, is het begrip “dezelfde feiten” als bedoeld in art. 54 SUO en art. 3 onder 2 Kaderbesluit een *autonoom begrip van Unierecht*, dat in de hele Unie uniform moet worden uitgelegd en waarvan de invulling derhalve niet mag worden overgelaten aan de beoordeling van de lidstaten. De autonome invulling van het begrip “dezelfde feiten” als bedoeld in art. 54 SUO en art. 3

onder 2 Kaderbesluit verschilt van de invulling van het nationale feitsbegrip, in dier voege dat verschillen tussen de juridische kwalificaties en tussen de beschermde rechtsbelangen niet relevant zijn. Die autonome invulling berust op dezelfde argumenten die de buitengerechtelijke wijzen van afdoening onder de reikwijdte van het autonome begrip “onherroepelijk berecht” brachten.

De besproken verschillen met het uitleveringsrecht wekken naar mijn mening geen verbazing. Zij vloeien rechtstreeks voort uit de inbedding in primair en secundair Unierecht en uit het beginsel van wederzijdse erkenning.

Naast de dwingende weigeringsgrond van art. 3 onder 2 Kaderbesluit, bevat het Kaderbesluit een facultatieve weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in *een derde staat* (art. 4 onder 5 Kaderbesluit), die in vrijwel dezelfde bewoordingen is geformuleerd als de dwingende weigeringsgrond. Ten aanzien van de onherroepelijke berechting in een *derde Schengenstaat* zijn de lidstaten verplicht om art. 4 onder 5 Kaderbesluit op dezelfde wijze te behandelen als de dwingende weigeringsgrond van art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Art. 54 SUO en het beginsel van wederzijdse erkenning dwingen daartoe. Ten aanzien van andere derde staten staat het de lidstaten vrij om af te zien implementatie. Op dit punt wijkt het overleveringsrecht af van het uitleveringsrecht. Het Nederlandse voorbehoud bij art. 9 EUV en art. 9 lid 1 onder c en d UW dwingen namelijk tot weigering van de uitlevering in geval van onherroepelijke berechting in een derde staat, met dien verstande dat in geval van veroordeling een uitvoeringsvoorwaarde geldt. Art. 4 onder 5 Kaderbesluit is waarschijnlijk het resultaat van een compromis tussen enerzijds lidstaten die onder het uitleveringsrecht de uitlevering weigerden en die onder het overleveringsrecht in elk geval de bevoegdheid daartoe wensten te behouden en anderzijds lidstaten die dat onder het uitleveringsrecht niet deden en daartoe onder het overleveringsrecht niet verplicht wilden worden. Dat compromis wekt naar mijn mening verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten dwingt niet tot het aannemen van een dergelijke weigeringsgrond. De aan art. 54 SUO en aan het beginsel van wederzijdse erkenning ten grondslag liggende logica - de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en de andere Schengenstaten - is hier niet van toepassing. Evenmin is hier sprake van concurrerende rechtsmachtregelingen van de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat. Desalniettemin is het opmerkelijk dat op drie na alle lidstaten art. 4 onder 5 Kaderbesluit hebben geïmplementeerd en dat meer dan de helft van die lidstaten de weigeringsgrond imperatief heeft ingevuld. Kennelijk hebben sommige lidstaten meer vertrouwen in de rechtspleging in derde staten dan het Unierecht van hen eist. Dat vertrouwen in de rechtspleging in *derde* staten contrasteert met het kennelijk onvoldoende vertrouwen in de rechtspleging in *lidstaten* dat spreekt uit de facultatieve regeling inzake “verstek”vonnissen (art. 4 bis Kaderbesluit; zie Hoofdstuk VI.5).

Dat tussen de uit- en overleveringsrechtelijke regelingen inzake onherroepelijke berechting verschillen bestaan, mag niet de - meer algemene - overeenkomst verhullen, dat het uit- en overleveringsrecht dwingen tot weigering in geval van onherroepelijke berechting in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat (art. 9 lid 1 eerste volzin EUV; art. 3 onder 2 Kaderbesluit), in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat (art. 9 lid 4 EUV jo. art. 9 lid 1 onder c en d UW; art. 3 onder 2 Kaderbesluit) en in een derde verdragspartij/een derde lidstaat (art. 9 lid 2 EUV; art. 3 onder 2 Kaderbesluit). Die overeenkomst is naar mijn mening niet verbazingwekkend in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Allereerst heeft het *ne bis in idem* beginsel binnen de Europese Unie de status van een grondrecht (art. 50 Handvest). Secundair Unierecht, zoals het Kaderbesluit, moet in

overeenstemming zijn met het primaire Unierecht, zoals dat onder meer in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is neergelegd. Op de tweede plaats zijn op één na alle lidstaten gebonden aan het in art. 54 SUO neergelegde *ne bis in idem* beginsel, zodat het ook om die reden voor de hand ligt om in het overleveringsrecht rekening te houden met dat beginsel. Bovendien brengt het beginsel van wederzijdse erkenning op zichzelf al mee dat het *ne bis in idem* beginsel in het overleveringsrecht als een dwingende weigeringsgrond figureert. Het *ne bis in idem* beginsel is zelf namelijk een uiting van het beginsel van wederzijdse erkenning. De tenuitvoerlegging van een EAB moet dus uitzondering lijden, indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit de uitkomst van een onherroepelijke berechting in een lidstaat moet erkennen. Ten slotte speelt ook het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten een rol, voor wat de onherroepelijke berechting in de uitvoerende lidstaat betreft. In een dergelijk geval heeft de uitvoerende lidstaat rechtsmacht en hebben zijn autoriteiten die rechtsmacht uitgeoefend. De uitvoerende lidstaat heeft dan een rechtens te respecteren belang bij weigering van de overlevering.

De in de Overleveringswet neergelegde regelingen inzake onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten laten een hoge mate van gelijkenis met de bepalingen van de Uitleveringswet zien. Evenals de Uitleveringswet (art. 9 lid 1 onder c UW), maakt de Overleveringswet geen onderscheid tussen onherroepelijke vrijspraken en ontslagen van rechtsvervolging door Nederlandse rechters enerzijds en daarmee overeenkomende onherroepelijke beslissingen van rechters in andere (lid)staten anderzijds (art. 9 lid 1 onder d OLW). Deze leiden zonder meer tot weigering van de overlevering. Door het gebruik van de uitleveringsrechtelijke terminologie heeft de wetgever het moeilijk gemaakt om rekening te houden met ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie over *ne bis in idem*. Zo heeft een onherroepelijke beslissing uit Nederland, uit een andere lidstaat of uit een derde Schengenstaat, waarbij het intreden van de verjaring wordt geconstateerd, *ne bis in idem* werking en levert deze beslissing dus een onherroepelijke berechting in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit op. Een dergelijke Nederlandse beslissing is niet een Nederlandse vrijspraak of een Nederlands ontslag van rechtsvervolging, terwijl een dergelijke buitenlandse beslissing niet een “overeenkomstige onherroepelijke beslissing” vormt. Een kaderbesluitconforme uitleg lijkt niet mogelijk. Het toeval wil dat Nederland de facultatieve weigeringsgrond inzake verjaring in de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 4 Kaderbesluit) dwingend heeft geïmplementeerd (art. 9 lid 1 onder f OLW), zodat de overleveringsrechter op die weigeringsgrond kan en moet terugvallen. Verder heeft Nederland de facultatieve weigeringsgrond inzake onherroepelijke beslissingen uit lidstaten die verdere vervolging onmogelijk maken (art. 4 onder 3 Kaderbesluit) imperatief ingevuld (art. 9 lid 1 onder c OLW), in die zin dat deze weigeringsgrond alleen betrekking heeft op andere lidstaten dan Nederland. Deze weigeringsgrond biedt uitkomst in geval van een verjaringsbeslissing uit een lidstaat. Met betrekking tot onherroepelijke beslissingen inzake verjaring uit derde Schengenstaten bevat de Overleveringswet geen enkele voorziening. Geconcludeerd kan worden dat de Nederlandse wetgever - door aansluiting bij de Uitleveringswet te zoeken - de reikwijdte van de dwingende weigeringsgrond van art. 3 onder 2 Kaderbesluit heeft ingeperkt, hetgeen hem niet vrijstond, zij het dat deze incorrecte implementatie niet tot met het Kaderbesluit strijdige resultaten hoeft te leiden. Ook art. 4 onder 5 Kaderbesluit, voor zover betrekking hebbend op derde Schengenstaten, heeft de wetgever door die aansluiting bij de Uitleveringswet incorrect, want ingeperkt, geïmplementeerd. Op dit punt lijkt afwending van strijd met het Kaderbesluit echter niet mogelijk.

De overleveringsrechtelijke regelingen inzake onherroepelijke berechting spreken in navolging van de Uitleveringswet (art. 9 lid 1 onder c en d UW) van “gewijsde van de Nederlandse rechter”, “onherroepelijke beslissing door een rechter” en “rechterlijk gewijsde (art. 9 lid 1 onder d en e OLW). Nu ook een onherroepelijke afdoening van een strafzaak die een bestraffing van “de aan de verdachte verweten onrechtmatige gedragingen” inhoudt, maar waartoe “een autoriteit die in de betrokken nationale rechtsorde deelneemt aan de strafrechtsbedeling” heeft besloten “zonder rechterlijke tussenkomst” - zoals een transactie of een strafbeschikking - een onherroepelijke berechting in de zin van art. 54 SUO en dus in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit en art. 4 onder 5 Kaderbesluit oplevert, vormt het in art. 9 lid 1 onder e OLW opgenomen begrip “rechterlijk gewijsde” op het eerste gezicht een probleem. Een lid van het Openbaar Ministerie is immers niet een rechter en de onherroepelijke strafbeschikking die dat lid heeft uitgevaardigd is niet een gewijsde. Voor onherroepelijke transacties en strafbeschikkingen uit Nederland en uit de andere lidstaten bevat de Overleveringswet aparte voorzieningen (zie hierna). De omstandigheid dat Nederland onverplicht een aantal facultatieve weigeringsgronden tot dwingende weigeringsgronden heeft gemaakt, verhindert wederom dat de aansluiting bij de Uitleveringswet tot strijd met het Kaderbesluit leidt. Die aparte voorzieningen hebben evenwel geen betrekking op onherroepelijke transacties en strafbeschikkingen uit derde Schengenstaten. Naar mijn mening kan het begrip “rechterlijk gewijsde” evenwel kaderbesluitconform worden uitgelegd, in die zin dat het ook omvat een onherroepelijke sanctionerende beslissing, genomen door een autoriteit die in de betrokken Schengenstaat aan de nationale strafrechtsbedeling deelneemt.

Hoewel het gebruik van aan de Uitleveringswet ontleende terminologie - uiteindelijk - niet tot strijd met het Kaderbesluit leidt - afgezien dan van een verjaringsbeslissing in een derde Schengenstaat -, had naar mijn mening het gebruik van de terminologie van het Kaderbesluit de voorkeur verdiend.

Vervolgingsbeslissing (uitvoerende) lidstaat

Het Kaderbesluit bevat een drietal facultatieve weigeringsgronden met betrekking tot het niet instellen of het beëindigen van de vervolging. De eerste twee weigeringsgronden hebben betrekking op de beslissing van de rechterlijke autoriteiten van de *uitvoerende* lidstaat om wegens het in het EAB bedoelde strafbare feit hetzij geen vervolging tegen de opgeëiste persoon in te stellen, hetzij een tegen de opgeëiste persoon ingestelde vervolging te staken (art. 4 onder 3 Kaderbesluit). Deze weigeringsgronden zijn ontleend aan art. 9 lid 1, tweede volzin EUV. Daarnaast bevat art. 4 onder 3 Kaderbesluit nog een weigeringsgrond, die ziet op een onherroepelijke beslissing wegens dezelfde feiten in *een* lidstaat, die verdere vervolging van de opgeëiste persoon onmogelijk maakt. Deze weigeringsgrond heeft geen pendant in het uitleveringsrecht.

Een redelijke onderlinge begrenzing van de dwingende weigeringsgrond van art. 3 onder 2 Kaderbesluit en de facultatieve weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit brengt mee, dat die facultatieve weigeringsgronden geen beslissingen bestrijken die een onherroepelijke berechting in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit opleveren. De argumenten die de dwingende weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat ondersteunen, bieden dus geen verklaring voor deze facultatieve weigeringsgronden en brengen evenmin mee, dat de lidstaten deze facultatieve weigeringsgronden zouden *moeten* implementeren.

De eerste twee facultatieve weigeringsgronden - inzake het niet instellen of het staken van de vervolging in de uitvoerende lidstaat - laten zich verklaren door het ontbreken van harmonisatie of onderlinge aanpassing van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten. Heeft de bevoegde rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat al rechtsmacht uitgeoefend ter zake van de in het EAB bedoelde feiten, dan heeft de uitvoerende lidstaat een belang bij handhaving van die beslissingen, zodat hij zijn aanspraak op rechtsmachtuitoefening niet hoeft prijs te geven voor die van de uitvaardigende lidstaat. Ongeacht de overeenkomst met art. 9 lid 1, tweede volzin EUV, wekken deze weigeringsgronden naar mijn mening dan ook geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Vanuit systematisch oogpunt had het mijns inziens wel voor de hand gelegen om het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten en het onderscheid tussen geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegde feiten en andere feiten ook door te voeren op het punt van deze weigeringsgronden. De solidariteit tussen de lidstaten brengt ter zake van lijstfeiten mee, dat noch hun niet-strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat noch hun niet-vervolging naar het recht van die lidstaat aan overlevering in de weg mag staan, voor zover deze feiten geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn geaan.

De ratio van de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit - de wens om in geval van concurrerende rechtsmachtuitoefening voorrang te kunnen verlenen aan beslissingen van de eigen rechterlijke autoriteiten - brengt mee dat het motief van de beslissing om geen vervolging in te stellen of de ingestelde vervolging te staken niet irrelevant is. Is het motief van de beslissing gelegen in de omstandigheid dat de uitvoerende lidstaat achteraf geen rechtsmacht bleek te kunnen uitoefenen, dan heeft deze lidstaat geen belang bij weigering van de overlevering aan een lidstaat die wel rechtsmacht kan uitoefenen. Heeft de rechterlijke autoriteit van de uitvoerende lidstaat geen vervolging ingesteld of de ingestelde vervolging beëindigd, omdat zij de voorkeur aan berechting in een andere (lid)staat geeft, dan heeft de uitvoerende lidstaat geen belang bij weigering van de overlevering aan een lidstaat wiens autoriteiten wel wensen te vervolgen. Hetzelfde geldt *a fortiori*, indien de uitvoerende lidstaat de vervolging aan een andere (lid)staat heeft overgedragen. Niet alleen de ratio van de weigeringsgronden, maar ook de doelstelling van de Europese Unie om binnen een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van veiligheid te garanderen door middel van - onder meer - maatregelen ter bestrijding van criminaliteit (art. 67 lid 3 VWEU) dwingt tot de uitleg, dat dergelijke motieven niet tot weigering van de overlevering mogen leiden. Art. 4 onder 3 Kaderbesluit wijkt dus in zoverre af van art. 9 lid 1, tweede volzin EUV, dat aan de aangezochte lidstaat een absolute bevoegdheid tot weigering van de uitlevering geeft, maar gelet op de ratio van eerstgenoemde bepaling en op de inbedding daarvan in het Unierecht wekt dit verschil naar mijn geen verbazing.

De verklaring van de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit is waarschijnlijk gelegen in de omstandigheid dat ten tijde van de totstandkoming van het Kaderbesluit een onherroepelijke buitengerechtelijke afdoening van de strafzaak, zoals een transactie of een strafbeschikking, niet onder het begrip "bij onherroepelijk vonnis (...) berecht", als bedoeld in art. 54 SUO, en dus evenmin onder het begrip "onherroepelijke berechting", als bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit, leek te vallen en de lidstaten zich de bevoegdheid tot weigering in geval van een onherroepelijke buitengerechtelijke afdoening wegens dezelfde feiten wilden voorbehouden. In het arrest *Gözütok en Brügger*, waarin het Hof van Justitie een onherroepelijke Nederlandse transactie aanmerkte als een berechting

bij onherroepelijk vonnis, hebben de Commissie en sommige lidstaten, achteraf bezien, ten onrechte een verplichting tot implementatie van de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit gelezen. Ten onrechte, omdat, zoals uit het arrest *Mantello* volgt, een onherroepelijke buitengerechtelijke afdoening in een lidstaat wegens dezelfde feiten al onder het begrip “onherroepelijk berecht”, als bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit, valt.

Nu een onherroepelijke buitengerechtelijke afdoening in een lidstaat wegens dezelfde feiten al onder art. 3 onder 2 Kaderbesluit valt, lijkt voor de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit nauwelijks een rol te zijn weggelegd. De zojuist genoemde doelstelling van de Europese Unie staat ook hier eraan in de weg dat een onherroepelijke beslissing vanwege het ontbreken van rechtsmacht, vanwege de voorkeur voor berechting in het buitenland of vanwege de overdracht van strafvervolgning aan het buitenland tot weigering van de overlevering zou leiden. Hetzelfde geldt voor een onherroepelijke niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege onrechtmatigheden in de opsporing of vervolging. De werkingssfeer van de derde weigeringsgrond lijkt uitsluitend vatbaar voor *negatieve* omschrijving, dat wil zeggen voor omschrijving van beslissingen die er *niet* onder vallen. Het enige *positieve* voorbeeld vormt de onherroepelijke en volledige amnestie in de *uitvaardigende* lidstaat. Daarbij teken ik dan wel aan dat men mag veronderstellen, dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in een dergelijk geval niet tot uitvaardiging van een EAB zal overgaan en dat, indien blijkt dat zij dat abusievelijk toch heeft gedaan, de uitvoerende rechterlijke autoriteit ook zonder de weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit tot weigering van de overlevering zal mogen en moeten overgaan wegens het ontbreken van een vervolgings- of executierecht in de uitvaardigende lidstaat. Een weigeringsgrond waarvoor geen zinvolle rol is weggelegd, wekt naar mijn mening verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

De Nederlandse wetgever heeft de drie facultatieve weigeringsgronden omgezet in dwingende weigeringsgronden (art. 9 lid 1 onder b en c OLV). De implementatie van de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit (art. 9 lid 1 onder b OLV) is vrijwel gelijk aan art. 9 lid 1 onder b UW. Het enige verschil is dat art. 9 lid 1 onder b UW de voldane transactie niet als reden voor ontoelaatbaarheid van de uitlevering noemt, maar aangenomen mag worden dat een voldane Nederlandse transactie wegens hetzelfde feit dwingt tot weigering van de uitlevering, nu art. 74 lid 1 Sr daaraan *ne bis in idem* werking toekent.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever - terecht - uitgang van een verplichting tot opname als dwingende weigeringsgronden van voldane onherroepelijke Nederlandse transacties en volledig uitgevoerde onherroepelijke Nederlandse strafbeschikkingen wegens dezelfde feiten. Achteraf bezien, heeft de wetgever deze verplichting ten onrechte betrokken bij de implementatie van art. 4 onder 3 Kaderbesluit. Dergelijke onherroepelijke buitengerechtelijke afdoeningen vallen immers onder art. 3 onder 2 Kaderbesluit. Hetzelfde geldt voor onherroepelijke buitengerechtelijke afdoeningen in andere lidstaten, in verband waarmee de Nederlandse wetgever de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit heeft omgezet in een dwingende weigeringsgrond (art. 9 lid 1 onder c OLV).

Bij de implementatie van de eerste twee weigeringsgronden van art. 4 onder 3 Kaderbesluit heeft de wetgever ervoor gekozen niet alle beslissingen waarbij een vervolging wordt gestaakt als weigeringsgrond op te nemen, zoals het (on)voorwaardelijke sepot, maar alleen die beslissingen waarvan de wet de rechtsgevolgen uitdrukkelijk regelt. Dat stond de wetgever vrij. Evenmin als de wel in art. 9 lid 1 onder b OLV opgenomen beslissingen - met uitzondering van de transactie en de strafbeschikking -, is een sepot naar Nederlands recht onherroepelijk en bindend en geeft het aanleiding tot bescherming uit

hoofde van het *ne bis in idem* beginsel. Dergelijke beslissingen leveren niet een onherroepelijke berechting in de zin van art. 3 onder 2 Kaderbesluit op, zodat geen verplichting tot implementatie bestaat. De wetgever heeft de reikwijdte van art. 4 onder 3 Kaderbesluit dus ingeperkt ten gunste van overlevering. In dit opzicht bestaat een verschil met het uitleveringsrecht. Onder art. 9 lid 1, tweede volzin EUV heeft de Minister van Justitie de bevoegdheid om de uitlevering te weigeren op grond van een Nederlands sepot ter zake van dezelfde feiten. In het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning is dit verschil niet verbazingwekkend, omdat inperking van de reikwijdte van een facultatieve overleveringsrechtelijke weigeringsgrond ervoor zorgt dat dit beginsel meer tot zijn recht komt.

Evenals art. 9 UW, kent art. 9 OLW twee algemene uitzonderingen op de verplichting tot weigering van de overlevering op grond van beëindiging van de Nederlandse vervolging. Ingevolge art. 9 lid 3 OLW leiden de in art. 9 lid 1 onder b OLW opgenomen beslissingen niet tot weigering van de overlevering, indien de reden tot staking van de vervolging gelegen is in de omstandigheid dat Nederland geen rechtsmacht bleek te hebben of dat de voorkeur aan berechting in het buitenland werd gegeven. Anders dan art. 9 lid 3 UW, laat art. 9 lid 3 OLW de mogelijkheid van weigering van de overlevering niet open. In het uitleveringsrecht heeft art. 9 lid 3 UW de betekenis dat de uitleveringsrechter de uitlevering niet ontoelaatbaar mag verklaren, indien één van de uitzonderingen van art. 9 lid 1 3 UW van toepassing is. De Minister van Justitie heeft in deze gevallen op grond van art. 9 lid 1, tweede volzin EUV de *bevoegdheid* om de uitlevering desondanks te weigeren. In het overleveringsrecht vloeien de uitzonderingen voort uit de ratio van de weigeringsgronden en uit het streven van de Europese Unie om een hoog niveau van veiligheid te waarborgen door middel van maatregelen ter bestrijding van criminaliteit. Een en ander verklaart waarom de mogelijkheid ontbreekt om de overlevering desondanks te weigeren, welke verklaring naar mijn mening geen verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Dat streven van de Unie dwingt evenzeer tot het maken van dergelijke én andere uitzonderingen op de in art. 9 lid 1 onder c OLW opgenomen verplichting tot weigering van de overlevering. Die uitzonderingen ontbreken evenwel in de Overleveringswet. Dat heeft ongetwijfeld te maken met de, achteraf gezien onjuiste, opvatting van de wetgever dat art. 9 lid 1 onder c OLW ertoe dient om de overlevering te weigeren in geval van een onherroepelijke transactie of strafbeschikking in een andere lidstaat. Voor transacties en strafbeschikkingen zijn die uitzonderingen niet relevant. Door de derde weigeringsgrond van art. 4 onder 3 Kaderbesluit om te zetten in een dwingende weigeringsgrond, heeft de wetgever de uitvoerende justitiële autoriteit de mogelijkheid ontnomen om de uitzonderingen te betrekken bij haar beoordeling of een andere onherroepelijke beslissing dan een transactie of strafbeschikking al dan niet aanleiding tot weigering van de overlevering zou moeten geven. Bij gebreke van uitdrukkelijke uitzonderingen, zal een kaderbesluitconforme uitleg van art. 9 lid 1 onder c OLW de oplossing moeten bieden, in dier voege dat de reden van de beslissing van belang is voor de vaststelling of sprake is van een onherroepelijke beslissing als bedoeld in die bepaling.

HOOFDSTUK XI Lopende vervolging

XI.1 Inleiding

XI.2 Lopende vervolging in het uitleveringsrecht

XI.3 Lopende vervolging in het overleveringsrecht

XI.4 Conclusie

XI.1 Inleiding

Zowel het uitleveringsrecht als het overleveringsrecht bevat een weigeringsgrond inzake een lopende vervolging van de opgeëiste persoon in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat wegens het in het uitleveringsverzoek of het EAB bedoelde feit.

De Unierechtelijke verplichting tot eerbieding van mensenrechten biedt geen rechtstreekse verklaring voor deze weigeringsgrond. De omstandigheid dat de opgeëiste persoon tegelijkertijd in twee lidstaten wordt vervolgd wegens hetzelfde feit, brengt bijvoorbeeld op zichzelf geen strijd met art. 6 EVRM mee. Het *ne bis in idem* beginsel biedt evenmin een rechtstreekse verklaring voor de weigeringsgrond, nu er van een onherroepelijke berechting in de uitvoerende lidstaat nog geen sprake is (zie Hoofdstuk X.3.2 en X.3.3). Een vervolging in de uitvoerende lidstaat ter zake van het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt, betekent dat de uitvoerende lidstaat rechtsmacht uitoefent over dat feit. Deze weigeringsgrond raakt dus aan de omstandigheid dat de rechtsmachtregelingen van de lidstaten niet geharmoniseerd zijn en dat een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten ontbreekt.

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regeling inzake lopende vervolging overeenkomt met dan wel verschilt van de uitleveringsrechtelijke regeling. Aan de hand van het beginsel van wederzijdse erkenning zal ik nagaan of de eventueel daarbij aan het licht getreden overeenkomsten en verschillen verbazing wekken. Daartoe zal ik in paragraaf 2 de uitleveringsrechtelijke regeling en in paragraaf 3 de overleveringsrechtelijke regeling bespreken. In paragraaf 4, ten slotte, zal ik de conclusies uit de voorgaande twee paragrafen trekken en de opgeworpen onderzoeksvragen beantwoorden.

XI.2 Lopende vervolging in het uitleveringsrecht

Art. 8 EUV geeft de aangezochte staat de bevoegdheid om de uitlevering van de opgeëiste persoon te weigeren, indien zijn autoriteiten “are proceeding against him in respect of the offence or offences for which extradition is requested”. Deze weigeringsgrond ziet in het algemeen op gevallen waarin de aangezochte staat extraterritoriale rechtsmacht uitoefent, zo zegt het *Explanatory report*, omdat een lopende strafvervolging op basis van het territorialiteitsbeginsel al op grond van art. 7 lid 1 EUV tot een weigering van de uitlevering mag leiden.²⁴⁰⁴ Het begrip “proceedings” moet volgens het *Explanatory report* in de “broadest sense” worden opgevat, “as covering summons, arrest and all other judicial proceedings”.²⁴⁰⁵ Een dergelijke ruime uitleg van het begrip “proceedings” brengt mee dat het alles omvat van het opsporingsonderzoek²⁴⁰⁶ tot het moment waarop de einduitspraak onherroepelijk wordt.²⁴⁰⁷ De bepaling staat er niet aan in de weg dat de aangezochte staat ná de ontvangst van het uitleveringsverzoek, maar vóór de beslissing op dat verzoek alsnog “proceedings” aanhangig maakt wegens het feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht en de uitlevering vervolgens op die grond weigert.²⁴⁰⁸

²⁴⁰⁴ Extradition: European standards 2006, p. 26.

²⁴⁰⁵ Extradition: European standards 2006, p. 26.

²⁴⁰⁶ Swart 1986, p. 229.

²⁴⁰⁷ Glerum, par. 91.11.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

²⁴⁰⁸ Extradition: European standards 2006, p. 26.

Zijn in de aangezochte staat “proceedings” aanhangig ter zake van een *ander feit* dan het feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht, dan levert zulks geen - facultatieve - grond tot weigering van de uitlevering, maar een - facultatieve - grond tot uitstel van de feitelijke uitlevering²⁴⁰⁹ van de opgeëiste persoon op, “in order that he may proceeded against” (art. 19 lid 1 EUV).²⁴¹⁰

De Uitleveringswet vult de bevoegdheid van art. 8 EUV dwingend in. Op grond van art. 9 lid 1 onder a UW wordt de uitlevering van de opgeëiste persoon niet toegestaan voor een feit ter zake waarvan “ten tijde van de beslissing op het verzoek tot uitlevering een strafvervolgning in Nederland tegen hem gaande is”. Deze dwingende weigeringsgrond mist echter toepassing “in gevallen waarin Onze Minister bij zijn beslissing tot inwilliging van het verzoek tot uitlevering tevens opdracht geeft de vervolging te staken” (art. 9 lid 2 UW).²⁴¹¹ De “beslissing op het verzoek tot uitlevering”, als bedoeld in art. 9 lid 1 onder a UW, is de beslissing die de Minister van Justitie neemt, nadat de uitleveringsrechter de toelaatbaarheid van de uitlevering heeft onderzocht (vgl. art. 33 lid 1 UW).²⁴¹² Deze uitleg vindt bevestiging in art. 9 lid 2 UW. Een ontoelaatbaar verklaring op grond van art. 9 lid 1 onder a UW zou uitoefening van de bevoegdheid van de Minister van Justitie “om bij zijn beslissing tot inwilliging van het verzoek tot uitlevering” een opdracht tot staking van de vervolging te geven onmogelijk maken. De uitleveringsrechter mag de uitlevering dus niet ontoelaatbaar verklaren op grond van art. 8 EUV in verbinding met art. 9 lid 1 onder a UW.²⁴¹³ Dat is niet anders, indien de opgeëiste persoon een beklag over niet (verdere) vervolging ex art. 12 Sv heeft gedaan; de uitleveringsrechter is dan bovendien niet verplicht de behandeling van het uitleveringsverzoek aan te houden in afwachting van de beslissing op het beklag.²⁴¹⁴

Op grond van art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW mag de Minister Justitie naar aanleiding van een in Nederland aanhangige strafvervolgning wegens hetzelfde feit dus beslissen om hetzij het uitleveringsverzoek in te willigen (voor zover de uitleveringsrechter de uitlevering toelaatbaar heeft geoordeeld), in welk geval hij een opdracht tot staking van de Nederlandse strafvervolgning moet geven,²⁴¹⁵ hetzij een dergelijke opdracht achterwege te laten, in welk geval hij de uitlevering moet weigeren.

²⁴⁰⁹ Art. 19 lid 1 EUV spreekt van “surrender” (overlevering). Om misverstanden te voorkomen, hanteer ik het begrip “feitelijke uitlevering”.

²⁴¹⁰ In plaats van de feitelijke uitlevering uit te stellen kan de aangezochte staat de opgeëiste persoon voorlopig ter beschikking stellen van de autoriteiten van de verzoekende staat (art. 19 lid 2 EUV; art. 39 lid 3 UW).

²⁴¹¹ Jonk, Malewicz en Hamer 2004, p. 31, wijzen erop dat de Minister van Justitie een dergelijke opdracht ter kennis moet brengen van de Staten-Generaal, aangezien het hier een aanwijzing tot het niet of niet verder opsporen of vervolgen, als bedoeld in art. 128 lid 6 RO, betreft.

²⁴¹² Swart 1986, p. 230.

²⁴¹³ HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 318, r.o. 4.3; HR 2 november 1982, *NJ* 1983, 373, r.o. 4.2 (ten aanzien van het met art. 8 EUV overeenkomende art. 7 BUV); HR 23 juli 1984, *NJ* 1985, 157, r.o. 4.3-4.4 (ten aanzien van art. 3 van het uitleveringsverdrag met Frankrijk van 1895); HR 25 juli 2000, *LJN* ZD1984, r.o. 3.3; HR 10 juli 2001, *LJN* AB3325, r.o. 5.3 (ten aanzien van art. 5 van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van Amerika); HR 16 december 2003, *LJN* AN8263, r.o. 3.3; HR 9 december 2008, *LJN* BG4204 (ten aanzien van art. 5 van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van Amerika; Antilliaanse zaak).

²⁴¹⁴ HR 25 juli 2000, *LJN* ZD1984, r.o. 3.3.

²⁴¹⁵ Jonk, Malewicz en Hamer 2004, p. 29, werpen de mogelijkheid op dat de Minister van Justitie al gebruik zal maken van de hem in art. 9 lid 2 UW gegeven bevoegdheid, vóórdat de uitleveringsrechter over de toelaatbaarheid van de uitlevering beslist. Indien in een dergelijk geval de uitlevering om welke reden dan

Uit art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW kan niet worden afgeleid dat de officier van justitie hangende de behandeling van een uitleveringsverzoek niet bevoegd is tot beëindiging van de Nederlandse strafvervolging.²⁴¹⁶ Deze bepaling bevat niet een bevoegdheidsverdeling tussen de Minister van Justitie en de met de Nederlandse vervolging belaste officier van justitie, maar slechts een bevoegdheidsverdeling tussen de uitleveringsrechter en de Minister van Justitie. Heeft de bevoegde officier van justitie de Nederlandse strafvervolging nog niet beëindigd ten tijde van de beslissing van de Minister van Justitie op het uitleveringsverzoek, dan mag de Minister van Justitie beslissen of hij de voorkeur geeft aan uitlevering boven voortzetting van de Nederlandse vervolging. Indien een officier van justitie na de ontvangst van het uitleveringsverzoek, maar vóór het tijdstip waarop de Minister van Justitie op dat verzoek beslist, de Nederlandse strafvervolging beëindigt, *omdat hij de voorkeur geeft aan uitlevering boven verdere vervolging in Nederland*, is art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW niet van toepassing,²⁴¹⁷ maar is het aan de Minister van Justitie om te oordelen of de op een dergelijke wijze beëindigde vervolging aan uitlevering in de weg staat (zie Hoofdstuk X.2.3.1).²⁴¹⁸ Art. 9 lid 1, tweede volzin, EUV geeft de aangezochte staat immers het recht de uitlevering te weigeren, indien zijn autoriteiten besloten hebben een ter zake van hetzelfde feit ingestelde vervolging te staken. Het optreden van de officier van justitie neemt dus een uitleveringsbeletsel weg door het te vervangen door een ander.²⁴¹⁹

Gelijktijdige vervolgingen van de opgeëiste persoon wegens hetzelfde feit in meer dan één staat is op de eerste plaats voor hemzelf bezwarend en bemoeilijkt een adequate

ook onverhoopt niet door mocht gaan, staat de beëindiging van de Nederlands strafvervolging volgens deze auteurs in de weg aan hernieuwde vervolging wegens hetzelfde feit, behoudens nova (art. 255 leden 1 en 2 Sv). Zij stellen dan ook een aanvulling van art. 255 Sv voor, in die zin dat “ook het niet slagen van het uitleveringsverzoek het vervolgingsrecht in Nederland doet herleven”. Juist om de door deze auteurs genoemde reden geeft art. 9 lid 2 UW de Minister van Justitie de bevoegdheid tot het geven van een opdracht tot staking “bij zijn beslissing tot inwilliging van het verzoek tot uitlevering” (mijn cursivering). Het lijkt mij dan ook weinig aannemelijk dat de Minister van Justitie al een opdracht tot staking van de Nederlandse strafvervolging zou geven vóór de onherroepelijke uitspraak van de uitleveringsrechter over de toelaatbaarheid van de uitlevering.

²⁴¹⁶ Gerechtshof 's-Gravenhage 9 februari 2006, L/JN AV1463, r.o. 6.

²⁴¹⁷ Anders Swart 1986, p. 229. Hij is van mening dat art. 9 lid 2 UW in de weg staat aan een beëindiging door de officier van justitie van de Nederlandse strafvervolging vanwege de voorkeur voor uitlevering. Een dergelijke beëindiging zou de Minister van Justitie voor een *fait accompli* kunnen plaatsen (namelijk voor zover aan die beëindiging het rechtsgevolg van verlies van vervolgingsrecht is verbonden). Zo ook de A-G Machielse in zijn conclusie vóór HR 23 december 2003, L/JN AN9197, die opmerkt dat de uitleveringsrechter een kennisgeving niet verdere vervolging moet negeren, wanneer de officier van justitie de bevoegdheid van de Minister van Justitie heeft geïsurpeerd, en moet handelen alsof de vervolging nog loopt, zodat de Minister van Justitie na een toelaatbaar verklaring de hem voorbehouden keuze tussen uitlevering en vervolging in Nederland kan maken. Zie ook Jonk, Malewicz & Hamer 2004, p. 30.

²⁴¹⁸ HR 23 december 2003, L/JN AN9197. Anders Swart 1986, p. 232. Voor zover de officier van justitie de strafvervolging heeft beëindigd door middel van een kennisgeving niet verdere vervolging, is art. 9 lid 1 onder b UW niet van toepassing (art. 9 lid 3 UW).

²⁴¹⁹ Voor zover de officier van justitie de vervolging heeft beëindigd door middel van een kennisgeving niet verdere vervolging wegens voorkeur voor berechting in de verzoekende staat (in dat geval is de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder b UW niet van toepassing; zie Hoofdstuk X.2.3.1), kan men zich overigens afvragen welke ruimte de Minister van Justitie nog heeft voor weigering van de uitlevering. In geval van weigering van de uitlevering kan de opgeëiste persoon immers niet meer in Nederland worden vervolgd ter zake van het feit waarop de kennisgeving niet verdere vervolging betrekking heeft, tenzij zich nieuwe bezwaren voordoen (art. 255 leden 1 en 2 Sv). Om te vermijden dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft, is de Minister van Justitie welhaast gedwongen om het uitleveringsverzoek in te willigen. Vgl. Swart 1986, p. 229-230.

verdediging. Voor zover de verzoekende en aangezochte staat gebonden zijn aan een transnationale *ne bis in idem* regeling of voor zover één van beide staten een ruime nationale *ne bis in idem* regeling kent met betrekking tot gewijsden uit andere staten, is een gelijktijdige strafvervolgning in beide staten evenmin zonder bezwaren. Die gelijktijdige vervolging mondt uit in een race naar de eerste onherroepelijke materiële einduitspraak die de strafvervolgning in de andere staat blokkeert (zie Hoofdstuk X.3.2 en Hoofdstuk X.3.3).²⁴²⁰ De weigeringsgrond neemt deze aan gelijktijdige vervolgingen verbonden bezwaren niet weg.²⁴²¹ Weigert de Minister van Justitie namelijk de uitlevering op grond van art. 8 EUV in verbinding met art. 9 lid 1 onder a UW, dan belet deze weigering op zichzelf niet de voortzetting van de strafvervolgning in de verzoekende staat. *Idealiter* gaat een weigering op grond van art. 9 lid 1 onder a UW dan ook gepaard met een overname door Nederland van de buitenlandse strafvervolgning.²⁴²² Indien de Minister van Justitie het uitleveringsverzoek inwilligt en daarbij de opdracht tot staking van de Nederlandse strafvervolgning geeft, doen de genoemde bezwaren zich niet voor.²⁴²³

Uit het voorgaande volgt dat de weigeringsgrond niet, althans niet primair, gelijktijdige vervolgingen van de opgeëiste persoon wegens hetzelfde feit beoogt te voorkomen. Vergelijkbaar met de weigeringsgrond inzake *ne bis in idem*, ligt aan de weigeringsgrond de soevereiniteit van de aangezochte staat ten grondslag. In geval van een lopende strafvervolgning oefent de aangezochte staat zijn rechtsmacht uit ten aanzien van een persoon die zich op zijn grondgebied bevindt. Zou het uitleveringsverdrag de aangezochte staat verplichten tot uitlevering, ondanks de lopende vervolging van de opgeëiste persoon wegens hetzelfde feit, dan zou de uitlevering een aanzienlijke inperking van zijn soevereiniteit opleveren. In dezen weegt de soevereiniteit van de aangezochte staat onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering minder zwaar dan onder oudere bilaterale uitleveringsverdragen. Anders dan die uitleveringsverdragen, dwingt het Europees Verdrag betreffende uitlevering immers niet tot weigering van de uitlevering, maar geeft het de aangezochte staat alleen het recht zijn nationale belang bij strafvervolgning zwaarder te laten wegen dan het belang van de verzoekende staat bij uitlevering.²⁴²⁴ Aldus bestaat ruimte voor een afweging van die belangen. Hoewel het nationale belang voor de Nederlandse wetgever kennelijk zo zwaar woog, dat hij de weigering van uitlevering voorop stelde (art. 9 lid 1 onder a UW), bestaat ook onder de Uitleveringswet ruimte voor een dergelijke afweging. Zoals gezegd kan de Minister van Justitie immers het uitleveringsbeletsel van art. 9 lid 1 onder a UW wegnemen door een opdracht tot staking van de Nederlandse strafvervolgning te geven (art. 9 lid 2 UW). Bij de toepassing van die bevoegdheid mag de Minister van Justitie zich laten leiden door het concept van de goede

²⁴²⁰ Daarbij heeft de aangezochte staat overigens wel een zeker voordeel op de verzoekende staat. De verdachte - de opgeëiste persoon - bevindt zich immers op zijn grondgebied, zodat hij in geval van een onherroepelijke *veroordeling* tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf bij machte zal zijn aan de "uitvoeringsvoorwaarde" te voldoen.

²⁴²¹ Anders Heimgartner 2002, p. 157; Rammelink 1990, p. 147.

²⁴²² In de praktijk komt het naar aanleiding van een uitleveringsverzoek slechts zelden tot een overname van de buitenlandse strafvervolgning: Ten Broeke 2000, p. 1998-1999.

²⁴²³ Volgens Ten Broeke 2000, p. 1997, maakt de Minister van Justitie regelmatig gebruik van deze bevoegdheid.

²⁴²⁴ Van der Wilt spreekt van de "zelfzuchtige drijfveer om de zaak zelf af te doen": Klip/Swart/Van der Wilt, par. III.2.9, aant. 9 (Van der Wilt).

rechtsbedeling.²⁴²⁵ Dat concept noopt tot de beantwoording van de vraag of het beter is dat de vervolging of tenuitvoerlegging plaatsvindt in de verzoekende staat dan dat de vervolging in Nederland wordt voortgezet. Een bij de beantwoording van die vraag relevante factor is die van de *locus delicti*. De staat van de *locus delicti* wordt namelijk in het algemeen geacht beter in staat te zijn het bewijs tegen de betrokken persoon bijeen te brengen.²⁴²⁶ Andere mogelijk relevante factoren zijn: de plaats waar het zwaartepunt van het strafbare feit ligt (indien het strafbare feit op het grondgebied van meer dan één staat is begaan);²⁴²⁷ de beschikbaarheid van het bewijsmateriaal;²⁴²⁸ de verblijfplaats van eventuele mededaders of van de slachtoffers.²⁴²⁹ Ook de mogelijkheden van resocialisatie van de opgeëiste persoon kunnen een rol spelen.²⁴³⁰ Met betrekking tot de uitlevering van Nederlanders en van met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen gelden overigens bijzondere voorzieningen (zie Hoofdstuk IX.2.3 en IX.2.5), die betrekking hebben op hun resocialisatiebelangen.²⁴³¹ De hoogte van de strafbedreiging is daarentegen niet een factor die relevant is voor de beantwoording van de vraag in welke staat de vervolging of berechting het beste kan plaatsvinden.²⁴³² Indien na afweging van de relevante factoren de keuze valt op de staat met de hoogste strafbedreiging, maakt die enkele omstandigheid de afweging niet onrechtmatig.²⁴³³

²⁴²⁵ Zie daarover Swart 1986, p. 215-219. Jonk, Malewicz & Hamer 2004, p. 30, wijzen erop dat de Minister van Justitie op dit punt een grote beleidsvrijheid bezit en bij zijn beslissing ook politieke belangen kan laten meewegen, zoals het vermijden van diplomatieke problemen met de verzoekende staat.

²⁴²⁶ Heimgartner 2002, p. 157; Sjöcrona & Orié 2002, p. 32.

²⁴²⁷ Vgl. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2005, *LJN AS4819*, r.o. 3.3 (de verdenking gaat primair de Duitse rechtsorde aan); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2009, *LJN BJ4305*, r.o. 3.16 (de feiten waarvoor de uitlevering wordt verzocht, betekenen de grootste inbreuk op de Amerikaanse rechtsorde).

²⁴²⁸ Vgl. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2009, *LJN BJ4305*, r.o. 3.16 (het onderzoek is aangevangen in de Verenigde Staten; het bewijs moet geacht worden zich daar in overwegende mate te bevinden).

²⁴²⁹ Heimgartner 2002, p. 157. Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 augustus 1995, *KG 1995, 329*, r.o. 3.1: de onderzoeken zijn gedaan door de Franse politie; de medeverdachten van de opgeëiste persoon zijn in Frankrijk vervolgd en veroordeeld; het centrum van de betrokken drugshandel was in Frankrijk gelegen; er was sprake van import van verdovende middelen in Frankrijk; het gaat om internationaal georiënteerde delicten: de "omstandigheden van dit geval hebben naar voorlopig oordeel meer aanknopingspunten met de Franse rechtssfeer dan bij de Nederlandse rechtssfeer en pleiten dus voor vervolging in Frankrijk. Het enkele feit dat eiser de Nederlandse nationaliteit bezit en dat hij ook in Nederland zou kunnen worden vervolgd terzake van uitvoer van verdovende middelen achten wij in het licht van het voorgaande onvoldoende zwaarwegend (...)"; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *LJN BK4433*, r.o. 3.6 (de feiten hebben zich afgespeeld in de Verenigde Staten en daar bevindt zich ook het slachtoffer).

²⁴³⁰ Heimgartner 2002, p. 157; Sjöcrona & Orié 2002, p. 32. Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 26 mei 1988, *KG 1988, 296*, r.o. 16: "(...) Ook afgezien daarvan, acht het hof een berechting van de hier te lande gepleegde feiten in het eigen vaderland van geïntimeerde zeker niet onredelijk. Aldus wordt, integendeel, het belang van een *goede rechtsbedeling*, daaronder begrepen geïntimeerdes eigen belang, het beste gediend (...)".

²⁴³¹ Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 augustus 1995, *KG 1995, 329*, r.o. 3.1: "de omstandigheden van dit geval hebben naar voorlopig oordeel meer aanknopingspunten met de Franse rechtssfeer dan bij de Nederlandse rechtssfeer en pleiten dus voor vervolging in Frankrijk. Het enkele feit dat eiser de Nederlandse nationaliteit bezit en dat hij ook in Nederland zou kunnen worden vervolgd terzake van uitvoer van verdovende middelen achten wij in het licht van het voorgaande onvoldoende zwaarwegend (...)";

²⁴³² Heimgartner 2002, p. 157.

²⁴³³ Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 26 mei 1988, *KG 1988, 296*, r.o. 16.

Indien in de Nederlandse strafzaak het onderzoek ter terechtzitting al is aangevangen, lijkt de Minister van Justitie geen ruimte te hebben om een opdracht tot staking van de vervolging te geven.²⁴³⁴ Na de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting mag de officier van justitie de dagvaarding niet meer intrekken, zodat hij de strafvervolging niet meer kan beëindigen,²⁴³⁵ ook niet in opdracht van de Minister van Justitie. In een dergelijk geval heeft de verdachte dan ook - in het algemeen - aanspraak op voortzetting van de procedure totdat een einduitspraak is gewezen.²⁴³⁶

De opgeëiste persoon kan de beslissing van de Minister van Justitie tot inwilliging van het uitleveringsverzoek en tot staking van de strafvervolging in Nederland aanvechten in kort geding. Een beklag ex art. 12 lid 1 Sv tegen het - ingevolge de ministeriële opdracht tot staking - niet voortzetten van de strafvervolging lijkt geen kans van slagen te hebben. In beginsel geldt de verdachte immers niet als rechtstreeks belanghebbende in de zin van art. 12 lid 1 Sv. Een uitzondering doet zich voor, indien het onderzoek ter terechtzitting in de strafzaak tegen de verdachte al is aangevangen, omdat, zoals gezegd, de verdachte in dat geval "in het algemeen aanspraak heeft op voortzetting der procedure totdat een einduitspraak is gegeven". In dat geval moet hij in beginsel als rechtstreeks belanghebbende in de zin van art. 12 lid 1 Sv worden aangemerkt,²⁴³⁷ maar in dat geval mag de Minister van Justitie geen opdracht tot staking geven. Uit de omstandigheid dat de wet voorziet in een *bijzondere* rechtsgang voor de verdachte tegen een voorgenomen overdracht van de strafvervolging aan het buitenland (art. 552t lid 5 Sv), volgt *a contrario* dat "de wetgever geen recht op beklag op de voet van artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering heeft willen toekennen in alle gevallen waarin de Nederlandse autoriteiten ervan afzien om een zaak aan de Nederlandse strafrechter voor te leggen, omdat zij (...) van oordeel zijn dat berechting in een ander land mogelijk is en de voorkeur verdient".²⁴³⁸ Het belang dat de opgeëiste persoon heeft bij vervolging in Nederland wegens het aan het uitleveringsverzoek ten grondslag liggende strafbare feit - het vermijden van uitlevering aan de verzoekende staat - maakt hem dan ook niet tot rechtstreeks belanghebbende in de zin van art. 12 lid 1 Sv.²⁴³⁹

²⁴³⁴ Rummelink 1990, p. 147-148; Swart 1986, p. 233-234.

²⁴³⁵ In een dergelijk geval is een voordracht tot overdracht van de Nederlandse strafvervolging aan het buitenland niet meer mogelijk: *Kamerstukken II* 1983/1984, 15 971 (R 1133) en 15 972, nr. 14, p. 26. Er is geen reden om te veronderstellen dat voor de opdracht tot staking van de Nederlandse strafvervolging ten faveure van uitlevering iets anders zou gelden: Swart 1986, p. 233-234.

²⁴³⁶ HR 28 februari 1984, *NJ* 1984, 490, m.nt. ThWvV. Zie bijvoorbeeld een uitleveringsbeschikking van de Minister van Justitie van 10 juli 2001, nr. EXU 2000/786: de opgeëiste persoon had beroep in cassatie aangetekend tegen het wegens hetzelfde feit gewezen arrest, maar de Hoge Raad had nog niet op dat beroep beslist. De Minister van Justitie zag geen aanleiding om de vervolging te staken, aangezien deze in Nederland al zover was gevorderd dat een staking niet meer in de rede lag.

²⁴³⁷ HR 28 februari 1984, *NJ* 1984, 490, m.nt. ThWvV, r.o. 4.1.

²⁴³⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 3 juli 2000, *NJ* 2000, 617, r.o. 10-11.

²⁴³⁹ Gerechtshof Arnhem 8 augustus 2006, nr. B2006/177, niet gepubliceerd (overlevering); Gerechtshof 's-Gravenhage 3 juli 2000, *NJ* 2000, 617; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 februari 2001, *LJN* AB0391; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 februari 2007, *LJN* BB5053 (overlevering); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BI9620 (overlevering).

XI.3 Lopende strafvervolging in het overleveringsrecht

Art. 4 onder 2 Kaderbesluit staat weigering van de overlevering toe, indien de opgeëiste persoon “in de uitvoerende lidstaat vervolgd [wordt] wegens het feit dat aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag ligt”.

Art. 4 onder 2 Kaderbesluit bevat een facultatieve weigeringsgrond. De lidstaten mogen afzien van implementatie,²⁴⁴⁰ maar gaan zij toch over tot implementatie van art. 4 onder 2 Kaderbesluit, dan hebben zij de keuze tussen een nationale bepaling die dwingt tot weigering en een nationale bepaling die slechts de bevoegdheid tot weigering geeft. Nu art. 4 onder 2 Kaderbesluit voor wat betreft de daarin opgenomen begrippen niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, mag worden aangenomen dat sprake is van autonome begrippen van Unierecht die uniform moeten worden uitgelegd.²⁴⁴¹ De lidstaten mogen bij een eventuele implementatie aan die begrippen van Unierecht niet een ruimere strekking geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt, aangezien een dergelijke implementatie tot meer weigeringen en dus tot minder overleveringen zou leiden. Wel mogen zij bij een eventuele implementatie de reikwijdte van art. 4 onder 2 Kaderbesluit beperken, omdat een beperkte implementatie tot minder weigeringen leidt en “(...) dus alleen maar de bij dit kaderbesluit ingestelde overleveringsregeling ten gunste van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid”²⁴⁴² versterkt (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).²⁴⁴³

Indien tegen de opgeëiste persoon in de uitvoerende lidstaat een strafvervolging aanhangig is wegens een *ander* feit dan het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt, levert deze strafvervolging niet een facultatieve grond tot weigering van de overlevering op, maar vormt zij een facultatieve grond voor uitstel van de feitelijke overlevering, “opdat betrokkene in de uitvoerende staat kan worden vervolgd” (art. 24 lid 1 Kaderbesluit).²⁴⁴⁴ Deze bepaling is overduidelijk gemodelleerd naar art. 19 lid 1 EUV.

De weigeringsgrond van art. 4 onder 2 Kaderbesluit laat zich mijns inziens verklaren door de omstandigheden dat geen algehele harmonisatie of onderlinge aanpassing van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten heeft plaatsgevonden en dat een sluitende regeling voor de oplossing van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht door meer dan één lidstaat ontbreekt. Het Kaderbesluit over het voorkomen en beslechten van geschillen over

²⁴⁴⁰ Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58, waar het Hof spreekt van de aan de nationale wetgever “in artikel 4 van dit kaderbesluit geboden *mogelijkheden*” (mijn cursivering).

²⁴⁴¹ HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

²⁴⁴² HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58.

²⁴⁴³ Alle lidstaten hebben deze weigeringsgrond geïmplementeerd, waarvan negentien lidstaten als facultatieve weigeringsgrond en tien als dwingende weigeringsgrond: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 14. Daarbij dient te worden bedacht dat sommige lidstaten de weigeringsgrond hebben gesplitst in een dwingende voor sommige gevallen en een facultatieve weigeringsgrond voor andere gevallen.

²⁴⁴⁴ In plaats van de feitelijke overlevering uit te stellen, kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de opgeëiste persoon voorlopig ter beschikking van de uitvaardigende lidstaat stellen (art. 24 lid 2 Kaderbesluit; art. 36 lid 3 OLW).

de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures²⁴⁴⁵ bevat niet een dergelijke sluitende regeling. Weliswaar heeft dit kaderbesluit mede tot doel “te voorkomen dat tegen dezelfde persoon in verschillende lidstaten parallelle strafprocedures worden gevoerd wegens dezelfde feiten, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat een einduitspraak in twee of meer lidstaten wordt gedaan waardoor het beginsel “ne bis in idem” wordt geschonden” (art. 1 lid 2 onder a) en roept het kaderbesluit daartoe een verplichting tot rechtstreeks overleg in het leven, “teneinde overeenstemming te bereiken over een effectieve oplossing ter voorkoming van de nadelige gevolgen van die parallelle procedures hetgeen, al naargelang het geval, kan leiden tot de concentratie van de strafvervolgingen in één lidstaat” (art. 10 lid 1), maar het kaderbesluit laat de mogelijkheid open dat de betrokken lidstaten géén overeenstemming bereiken (art. 12 lid 2).²⁴⁴⁶ Komen de bevoegde autoriteiten niet tot overeenstemming, dan mogen zij de strafprocedures voortzetten: de betrokken lidstaten kunnen niet worden *gedwongen* rechtsmacht uit te oefenen of om afstand te doen van rechtsmacht (overweging 11 van de preambule; art. 12 lid 2). Zonder een weigeringsgrond als art. 4 onder 2 Kaderbesluit zou de uitvoerende lidstaat zonder meer moeten meewerken aan de strafvervolging of strafexecutie in de uitvaardigende lidstaat, ongeacht of de goede rechtsbedeling daartoe naar zijn mening noopt.

De doelstelling van de weigeringsgrond van art. 4 onder 2 Kaderbesluit is naar mijn mening dan ook geen andere dan die van art. 8 EUV, in verbinding met art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW. De uitvoerende lidstaat hoeft de belangen van de uitvaardigende lidstaat bij vervolging of tenuitvoerlegging in die staat niet zwaarder te laten wegen dan de nationale belangen. De bepaling maakt het mogelijk om af te wegen waar de vervolging het beste kan plaatsvinden: in de uitvoerende lidstaat of in de uitvaardigende lidstaat.²⁴⁴⁷ Zoals onder het uitleveringsrecht die afweging geschiedt vanuit het perspectief van de aangezochte staat, vindt deze onder het Kaderbesluit plaats vanuit het perspectief van de uitvoerende lidstaat. Weigert de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering, omdat naar haar oordeel de vervolging beter in haar lidstaat kan plaatsvinden of omdat haar nationale recht daartoe verplicht, dan zijn de vervolgende autoriteiten in de uitvaardigende lidstaat niet aan dat oordeel gebonden. Zij kunnen de vervolging doorzetten. Beide vervolgingen lopen dan gelijktijdig, totdat het bepaalde in art. 54 SUO of art. 50 Handvest de voortzetting van één van die vervolgingen blokkeert (zie Hoofdstuk X.3.2 en Hoofdstuk X.3.3).

De verplichtingen uit het eerder genoemde Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen, met name de verplichting tot rechtstreeks overleg, indien vast staat dat sprake is van parallelle strafprocedures, is niet van invloed op de toepassing van de weigeringsgrond van art. 4 onder 2 Kaderbesluit. *Voorafgaand* rechtstreeks overleg is niet een voorwaarde voor weigering van de overlevering op de grond dat in de uitvoerende lidstaat tegen de opgeëiste persoon wegens dezelfde feiten een strafvervolging aanhangig is, dat wil zeggen dat in de uitvaardigende en uitvoerende lidstaten parallelle

²⁴⁴⁵ *PbEU* 2009, L 328/42. Nederland heeft uitvoering aan dit kaderbesluit gegeven door middel van de Aanwijzing rechtsmachtgeschillen bij strafprocedures (*Stcrt.* 2012, nr. 11716, in werking getreden op 15 juni 2012).

²⁴⁴⁶ In dat geval moet een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat de zaak naar Eurojust verwijzen, mits Eurojust bevoegd is. Eurojust kan een *niet-bindend* advies uitbrengen over een rechtsmachtgeschil (art. 7 lid 2 Besluit betreffende de oprichting van Eurojust teneinde de strijd tegen ernstige vormen van criminaliteit te versterken, *PbEU* 2009, L 138/14).

²⁴⁴⁷ In vergelijkbare zin de Belgische wetgever (“In dit verband moet de betrokken uitvoerende rechterlijke autoriteit, rekening houdend met alle relevante omstandigheden, oordelen of het beter is dat de vervolging in België wordt ingesteld dan wel in de andere lidstaat”): *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 279/001, p. 15.

strafprocedures worden gevoerd. Niets in het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen doet namelijk vermoeden, dat de daarin neergelegde regels de reikwijdte van de weigeringsgrond uit het Kaderbesluit EAB beogen in te perken. Daarbij komt dat de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat waarop de verplichting tot rechtstreeks overleg rust niet de rechterlijke autoriteit hoeft te zijn die met de uitvoering van het EAB is belast. Bovendien laat het Kaderbesluit voorkomen en beslechten rechtsmachtgeschillen onverlet dat het rechtstreekse overleg niet tot concentratie van de strafprocedures in één lidstaat leidt. Ten slotte is naleving van de verplichting tot rechtstreeks overleg vanuit het perspectief van de opgeëiste persoon irrelevant. Besluit de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering toe te staan, dan mag men veronderstellen dat de strafvervolging in de uitvoerende lidstaat wordt gestaakt (vergelijk art. 9 lid 2 OLW). Besluit de uitvoerende rechterlijke autoriteit daarentegen de weigeringsgrond toe te passen, dan wordt de opgeëiste persoon niet overgeleverd. In dat geval doen zich de bezwaren tegen parallelle strafprocedures - inefficiëntie; onredelijke belasting voor de betrokkene - wel voor. Op de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat rust dan ook de verplichting tot rechtstreeks overleg met haar tegenhanger, teneinde te komen tot een oplossing die, gezien de weigering van de overlevering, *idealiter* zal bestaan uit een stopzetting van het onderzoek in de *uitvaardigende* lidstaat.

De formulering van art. 4 onder 2 Kaderbesluit noch de doelstelling van die bepaling staat eraan in de weg dat de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat na de ontvangst van het EAB alsnog een vervolging tegen de opgeëiste persoon instelt wegens het in het EAB bedoelde feit, indien zij van oordeel is dat de opgeëiste persoon beter in de uitvoerende lidstaat kan worden vervolgd.²⁴⁴⁸ Het oordeel dat de strafvervolging beter in de uitvoerende lidstaat kan plaatsvinden, veronderstelt vanzelfsprekend dat die lidstaat rechtsmacht kan uitoefenen over het in het EAB bedoelde feit.²⁴⁴⁹ Zou een vanwege het ontbreken van rechtsmacht tot mislukken gedoemde vervolging tot weigering van de overlevering mogen leiden, dan zou zulks afbreuk doen aan het streven van de Europese Unie om - binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht - een hoog niveau van veiligheid te waarborgen, door middel van maatregelen ter bestrijding van criminaliteit (art. 67 lid 3 VWEU; vergelijk Hoofdstuk X.3.4.3).

De Nederlandse wetgever heeft art. 4 onder 2 Kaderbesluit geïmplementeerd en wel op een naar art. 9 leden 1 onder a en 2 UW gemodelleerde wijze: de overlevering *moet* worden geweigerd ter zake van een feit waarvoor tegen de opgeëiste persoon “een strafvervolging in Nederland gaande is” (art. 9 lid 1 onder a OLW), maar de Minister van Justitie *mag* dit overleveringsbeletsel wegnemen door voorafgaand aan de beslissing tot overlevering een opdracht tot staking van de vervolging te geven (art. 9 lid 2 OLW).

Nu de begrippen “feit” en “strafvervolging” strekken tot implementatie van autonome begrippen van Unierecht, moet daaraan een uitleg worden gegeven die overeenkomt met hun autonome betekenis. Voor wat betreft het begrip “feit” zou men aansluiting kunnen zoeken bij de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip “dezelfde feiten” als

²⁴⁴⁸ Zo uitdrukkelijk de Duitse wetgever (“Hierbei ist es unerheblich, ob zum Zeitpunkt des Auslieferungsersuchens im ersuchten Staat ein ermittlungsverfahren bereits eingeleitet wurde; vielmehr ist es ausreichend, dass bei konkurrierender Gerichtsbarkeit erst das Ersuchen zum Anlass genommen wird, die Auslieferung zum Zwecke der Aufnahme eigener Ermittlungen abzulehnen”): *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 21. Dewulf 2009, p. 215, merkt op dat de Belgische implementatiewetgeving op dit punt niet duidelijk is.

²⁴⁴⁹ In deze zin ook de Duitse wetgever (“Voraussetzung ist, dass dem ersuchten Staat ein eigener Strafanspruch zusteht”): *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 21.

bedoeld in art. 3 onder 2 Kaderbesluit, ook al hebben deze bepaling en art. 4 onder 2 Kaderbesluit niet dezelfde doelstelling.²⁴⁵⁰

Voor wat betreft het begrip “strafvervolgning” (“vervolgd”, art. 4 onder 2 Kaderbesluit) lijkt het aangewezen om aansluiting te zoeken bij de ruime uitleg die aan het begrip “proceedings” (art. 8 EUV) wordt gegeven. Bij een dergelijke ruime uitleg kan ook een “strafvervolgning” die zich nog in het beginstadium bevindt al aanleiding geven tot een afweging aan de hand van de goede rechtsbedeling. Het is de lidstaten in beginsel niet toegestaan om hun eigen technisch-juridische vervolgingsbegrip te hanteren, nu het begrip (straf)vervolgning een autonoom begrip van Unierecht betreft. In beginsel, omdat, voor zover dat nationale technisch-juridische begrip een meer beperkte strekking heeft dan uit de autonome betekenis van het begrip “(straf)vervolgning” volgt, sprake is van een toegestane inperking van de reikwijdte van de weigeringsgrond. De Nederlandse rechtspraak lijkt het begrip “strafvervolgning”, als bedoeld in art. 9 lid 1 onder a OLW, uit te leggen overeenkomstig het begrip “vervolgning”, zoals het Nederlandse straf(proces)recht dat begrip bezigt.²⁴⁵¹ Deze uitleg levert inderdaad een toegestane inperking²⁴⁵² van de autonome betekenis van het begrip “(straf)vervolgning” op.

²⁴⁵⁰ Vgl. Rb. Amsterdam Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2284: het begrip “feit” als bedoeld in art. 9 lid 1 onder a OLW heeft dezelfde betekenis als het begrip “dezelfde feiten” als bedoeld in art. 54 SUO.

²⁴⁵¹ Expliciet Rb. Amsterdam 7 oktober 2011, *LJN* BT7217 (strafvorderlijke aanhouding, inverzekeringstelling en rechtmatigheidstoets ex art. 59a Sv: geen strafvervolgning) en Rb. Amsterdam 20 december 2011, *LJN* BV1065 (strafvorderlijke doorzoeking en verhoor van de opgeëiste persoon: geen strafvervolgning), beide onder verwijzing naar Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 februari 2011, *LJN* BP4384 (beschikking op een bezwaarschrift tegen de dagvaarding): “onder een daad van vervolging moet worden verstaan een formele daad van het Openbaar Ministerie of de rechter om in de fase voorafgaand aan de tenuitvoerlegging tot een uitvoerbare rechterlijke beslissing te geraken”. (In deze beschikking kwam het Hof tot het oordeel dat een vordering tot doorzoeking ter inbeslagneming niet een daad van vervolging (in de zin van art. 72 Sr) opleverde. De Hoge Raad heeft de beschikking gecasseerd: HR 13 maart 2012, *LJN* BU8744 en BU8746.) Zie ook Rb. Amsterdam 19 december 2006, *LJN* AZ7643 (kort lopend onderzoek van het Landelijk Parket: weliswaar sprake van opsporingshandelingen, maar geen aangevangen strafvervolgning); Rb. Amsterdam 22 december 2006, *LJN* BD4751 (aanhouding op verdenking van diefstal/heling, twee dagen onderzoek, inbeslagneming: geen strafvervolgning); Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, *LJN* BG0986 (strafvorderlijke aanhouding en inverzekeringstelling; na inzending proces-verbaal aan het parket voorwaardelijk sepot: geen strafvervolgning aangevangen); Rb. Amsterdam 24 april 2009, *LJN* BJ0779 (strafvorderlijke aanhouding en inverzekeringstelling: geen strafvervolgning, mede in aanmerking genomen dat het nooit de bedoeling is geweest om de opgeëiste persoon in Nederland te vervolgen); Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN* BK9181 en BK9190 (handelingen verricht uitsluitend naar aanleiding van een rechtshulpverzoek: geen strafvervolgning); Rb. Amsterdam 9 april 2010, *LJN* BM6337 (strafvorderlijke aanhouding en inverzekeringstelling: geen strafvervolgning; uit het geheel van feiten en omstandigheden blijkt bovendien dat het niet de bedoeling is geweest om de opgeëiste persoon te vervolgen); Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6780 en BM6786 (strafvorderlijke aanhouding en relatief korte periode van onderzoek: geen strafvervolgning; uit een en ander kan evenmin worden afgeleid dat het de bedoeling is geweest de opgeëiste persoon in Nederland te vervolgen; de omstandigheid dat de opgeëiste persoon negen dagen strafvorderlijk gedetineerd is geweest, brengt evenmin mee dat sprake is van strafvervolgning, nu dit tijdsverloop is te wijten aan de omstandigheid dat de opgeëiste persoon op volle zee is aangehouden en eerst naar Nederland moest worden overgebracht; Rb. Amsterdam 3 september 2010, *LJN* BO7523 (onder verwijzing naar *LJN* BJ0779: de enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon strafvorderlijk is aangehouden en in verzekering is gesteld, betekent nog niet dat een strafvervolgning is aangevangen).

²⁴⁵² M.i. is sprake van een inperking, al was het alleen maar omdat de Rechtbank Amsterdam bij de omschrijving van het begrip “daden van vervolging” de strafbeschikking en de transactie over het hoofd heeft gezien.

Hangende de behandeling van het EAB mag *uitsluitend* de Minister van Justitie de keuze tussen vervolging in het buitenland en vervolging in Nederland maken. Die bevoegdheid is bij hem neergelegd en niet bij de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam, omdat bij de aanhangige Nederlandse strafvervolging meestal een ander lid van het Openbaar Ministerie is betrokken.²⁴⁵³ Beide leden van het Openbaar Ministerie hoeven niet dezelfde belangen te hebben.²⁴⁵⁴ Beëindigt de bevoegde officier van justitie hangende de behandeling van het EAB de Nederlandse strafvervolging, *omdat hij de voorkeur geeft aan vervolging en berechting in de uitvaardigende lidstaat*, zonder dat de Minister van Justitie hem daartoe op grond van art. 9 lid 2 OLW opdracht heeft gegeven, dan neemt deze beëindiging het overleveringsbeletsel van art. 9 lid 1 onder a OLW niet weg.²⁴⁵⁵ In dit opzicht wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht. Die afwijking vloeit voort uit de gewijzigde positie van de Minister van Justitie in het overleveringsrecht. In het uitleveringsrecht is het immers de Minister van Justitie die de definitieve beslissing op het uitleveringsverzoek neemt. Een zelfstandige beëindiging van de Nederlandse strafvervolging *om een andere reden*, heft het overleveringsbeletsel wel op,²⁴⁵⁶ maar brengt mogelijk de toepasselijkheid van een andere weigeringsgrond mee (art. 9 lid 1 onder b OLW; zie Hoofdstuk X.3.5.3).

De Minister van Justitie beslist “na advies van het openbaar ministerie”. Daartoe wendt de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam zich tot de Minister van Justitie, onder overlegging van de informatie die hem door het met de vervolging belaste lid van het Openbaar Ministerie is verschaft.²⁴⁵⁷ Evenals in het uitleveringsrecht, is de maatstaf voor de beslissing van de Minister van Justitie de goede rechtsbedeling. Hij moet de vraag beantwoorden in welke lidstaat de vervolging en berechting het beste kunnen plaatsvinden.²⁴⁵⁸

De Memorie van Toelichting noemt als goede reden voor een staking van de vervolging de omstandigheid dat de opgeëiste persoon zijn woonplaats in de uitvaardigende lidstaat heeft of de omstandigheid dat de uitvaardigende lidstaat de opgeëiste persoon wenst te vervolgen voor meerdere soortgelijke feiten en concentratie van de strafvervolgingen zinvol wordt geacht.²⁴⁵⁹ Voor overige relevante factoren verwijs ik naar paragraaf 2.

De Minister van Justitie verbindt aan een opdracht tot staking doorgaans de voorwaarden dat de overlevering wordt toegestaan en dat de opgeëiste persoon in de

²⁴⁵³ *Kamerstukken II* 2002/03 29 042, nr. 3, p. 15.

²⁴⁵⁴ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 9 Overleveringswet, aant. 2c. Ook indien de betrokken officieren van justitie wel overeenstemming hebben bereikt over beëindiging van de Nederlandse strafvervolging, is een ministeriële opdracht tot staking vereist om het overleveringsbeletsel weg te nemen: Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2284.

²⁴⁵⁵ Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2284. Het enkele *voornemen* van de officier van justitie om de strafvervolging ten faveure van overlevering te beëindigen is *a fortiori* niet relevant voor de toelaatbaarheid van de overlevering: Rb. Amsterdam 6 juni 2006, *LJN* AX8635. Doet de officier van justitie een kennisgeving niet verdere vervolging betekenen, omdat hij de voorkeur aan vervolging en berechting in het buitenland geeft, dan levert deze betekening niet de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder b OLW op, omdat art. 9 lid 3 OLW deze weigeringsgrond niet van toepassing verklaart, indien de reden van beëindiging is gelegen in de voorkeur voor berechting in het buitenland (zie Hoofdstuk X.3.5.3).

²⁴⁵⁶ Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2284.

²⁴⁵⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15. De officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam heeft deze informatie op grond van art. 23 lid 5 OLW verkregen.

²⁴⁵⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 26.

²⁴⁵⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 15.

uitvaardigende lidstaat verder wordt vervolgd.²⁴⁶⁰ Deze voorwaarden beogen te voorkomen dat Nederland het vervolgingsrecht zou verliezen, indien de overlevering geen plaats zou vinden of indien de uitvaardigende lidstaat de vervolging niet zou doorzetten. Ook stelt hij wel de voorwaarde dat de Rechtbank Amsterdam vaststelt dat daadwerkelijk sprake is van strafvervolging in Nederland.²⁴⁶¹

De opdracht tot staking is een “species” van de algemene bevoegdheid van de Minister van Justitie om aanwijzingen te geven inzake de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie.²⁴⁶² Op grond van art. 128 lid 6 RO moet de Minister van Justitie een aanwijzing in een concreet geval tot het niet of niet verder vervolgen ter kennis van de Staten-Generaal brengen. Het achterwege laten van de melding aan het parlement van een opdracht tot staking als bedoeld in art. 9 lid 2 OLW heeft echter geen gevolgen, omdat art. 128 lid 6 RO niet de belangen van de opgeëiste persoon beschermt.²⁴⁶³

Heeft in Nederland geen strafvervolging plaatsgevonden wegens het in het EAB bedoelde feit of heeft de Minister van Justitie een opdracht tot staking van de vervolging wegens dat feit gegeven, dan heeft een klacht door de opgeëiste persoon tegen de niet (verdere) vervolging (art. 12 Sv) geen gevolgen voor de beoordeling van het EAB en leidt een klacht dus niet tot aanhouding van de behandeling van het EAB.²⁴⁶⁴ De Rechtbank Amsterdam neemt namelijk aan dat het bevoegde Gerechtshof de opgeëiste persoon niet als rechtstreeks belanghebbende in de zin van art. 12 Sv zal aanmerken (zie paragraaf 2).

De mogelijkheden om de Minister van Justitie via een kort geding te dwingen om (ex art. 127 RO) een aanwijzing aan het Openbaar Ministerie te geven tot vervolging van het feit waarop het EAB betrekking heeft, zijn verwaarloosbaar. Nu de beslissing op het EAB in eerste en enige instantie aan de Rechtbank Amsterdam is opgedragen, kan alleen in zéér uitzonderlijke gevallen, waarin sprake is van zéér bijzondere en concrete omstandigheden, aanleiding bestaan tot het geven van een dergelijke aanwijzing. Daaronder vallen niet omstandigheden die al waren voorgelegd of hadden moeten worden voorgelegd aan de overleveringsrechter.²⁴⁶⁵

XI.4 Conclusie

Evenals het uitleveringsrecht, kent het overleveringsrecht een weigeringsgrond inzake een lopende (straf)vervolging van de opgeëiste persoon wegens hetzelfde feit. Evenals in het uitleveringsrecht, is deze weigeringsgrond op Europees niveau facultatief, maar op nationaal niveau dwingend, zij het met de mogelijkheid van een uitzondering. In het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning wekt deze weigeringsgrond geen verbazing,

²⁴⁶⁰ Dergelijke voorwaarden zijn niet in strijd met de wet: Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, *LJN* AU4909.

²⁴⁶¹ Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6780 en BM6786. Zie ook Rb. Amsterdam 19 december 2006, *LJN* AZ7643.

²⁴⁶² *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, C, p. 12.

²⁴⁶³ Rb. Amsterdam 13 mei 2005, RK-nummer 05/1177, niet gepubliceerd.

²⁴⁶⁴ Rb. Amsterdam 1 mei 2007, *LJN* BA7160; Rb. Amsterdam 6 augustus 2008, *LJN* BG1498; Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, *LJN* BG0986. Anders Glerum 2005, p. 69-70, waar ik de ontvankelijkheid van het klacht over het hoofd zag. Zie ook Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, *LJN* AY7756: aanhouding van de behandeling van het EAB, teneinde de beslissing van het Gerechtshof Arnhem af te wachten. Het Gerechtshof verklaarde de opgeëiste persoon niet-ontvankelijk in het klacht: Rb. Amsterdam 16 maart 2007, *LJN* BD2819.

²⁴⁶⁵ Voorzieningenrechter Rb. ‘s-Gravenhage 23 augustus 2004, *LJN* AQ7378; Voorzieningenrechter Rb. ‘s-Gravenhage 15 maart 2007, *LJN* BA0753.

zolang geen harmonisatie of onderlinge aanpassing van de verschillende rechtsmachtregelingen van de lidstaten plaatsvindt en zolang het Unierecht niet voorziet in een sluitende regeling voor conflicterende rechtsmachtoefening.

De weigeringsgrond beoogt het mogelijk te maken om in het kader van de goede rechtsbedeling voorrang te geven aan uit- of overlevering aan de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat boven vervolging in de aangezochte staat/uitvaardigende lidstaat. De Minister van Justitie mag een nog lopende Nederlandse strafvervolging wegens hetzelfde feit doen beëindigen, indien hij de voorkeur aan uit- of overlevering geeft. De ministeriële opdracht tot staking van de Nederlandse vervolging neemt het dwingende uit- of overleveringsbevelselsel weg. Onder het uitleveringsrecht valt die opdracht samen met de definitieve beslissing op het uitleveringsverzoek, terwijl die opdracht onder het overleveringsrecht voorafgaat aan de definitieve beslissing op het EAB. Dat verschil hangt samen met de verschillende posities van de Minister van Justitie onder de Uitleveringswet en onder de Overleveringswet. De Uitleveringswet draagt de definitieve beslissing op het uitleveringsverzoek op aan de Minister van Justitie, terwijl de Overleveringswet de definitieve beslissing op het EAB opdraagt aan de Rechtbank Amsterdam. Onder de Uitleveringswet betekent de ministeriële opdracht tot staking dat de Minister van Justitie tegelijkertijd het uitleveringsverzoek inwilligt. Onder de Overleveringswet betekent de ministeriële opdracht tot staking niet meer dan dat de Rechtbank Amsterdam de overlevering niet mag weigeren op grond van art. 9 lid 1 onder a OLW.

Onder de Uitleveringswet mag de officier van justitie de Nederlandse vervolging hangende de behandeling van het uitleveringsverzoek beëindigen vanwege zijn voorkeur voor berechting in de verzoekende staat, zonder een daartoe strekkende opdracht van de Minister van Justitie. De Minister van Justitie neemt immers steeds de definitieve beslissing op het uitleveringsverzoek. Onder het overleveringsrecht mag hangende de behandeling van het EAB *uitsluitend* de Minister van Justitie de keuze maken tussen vervolging in Nederland en overlevering aan de uitvaardigende lidstaat. Nu niet de Minister van Justitie, maar de Rechtbank Amsterdam de definitieve beslissing op het EAB neemt, zou een zelfstandige beëindiging van de vervolging door de officier van justitie wegens de voorkeur voor overlevering de Minister van Justitie voor een *fait accompli* plaatsen. Een beëindiging van de Nederlandse strafvervolging door de officier van justitie vanwege de voorkeur voor overlevering, zonder daartoe strekkende opdracht van de Minister van Justitie, neemt het overleveringsbevelselsel dan ook niet weg.

Het uitleveringsrechtelijke begrip (straf)vervolging is een ruim begrip, dat ook de opsporingsfase omvat. Het autonome Unierechtelijke begrip (straf)vervolging leent zich naar mijn mening voor dezelfde uitleg. De overleveringsrechter legt dit begrip echter uit overeenkomstig de betekenis van het begrip “vervolging” in het Wetboek van Strafvordering. Deze uitleg levert een inperking van de reikwijdte van de weigeringsgrond op en is daarom vanuit Unierechtelijk perspectief niet bezwaarlijk, nu zij tot minder weigeringen leidt.

De opgeëiste persoon kan onder het uitleveringsrecht de opdracht tot staking van de Nederlandse vervolging tezamen met de beschikking tot inwilliging van het uitleveringsverzoek in kort geding aanvechten. Nu de overleveringsrechter de definitieve beslissing op het EAB neemt, zijn onder het overleveringsrecht de mogelijkheden om de overlevering in kort geding aan te vechten al geringer dan onder het uitleveringsrecht. Dat geldt in het bijzonder voor de opdracht tot staking. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen ziet de kortgedingrechter ruimte voor een opdracht tot staking van de vervolging, nadat de overleveringsrechter de overlevering heeft toegestaan. Beklag ex art. 12 Sv tegen de

HOOFDSTUK XI

ministeriële opdracht tot staking van de Nederlandse vervolging lijkt zowel onder het uitleveringsrecht als onder het overleveringsrecht weinig zinvol, omdat de verdachte in beginsel niet als rechtstreeks belanghebbende in de zin van die bepaling geldt. Dit is slechts anders, indien het onderzoek ter terechtzitting al is aangevangen, maar in een dergelijk geval zal de Minister van Justitie geen opdracht tot staking geven.

HOOFSTUK XII Rechtsmacht

XII.1 Inleiding

XII.2 Rechtsmacht in het uitleveringsrecht

XII.2.1 Rechtsmacht verzoekende staat

XII.2.2 Territoriale rechtsmacht aangezochte staat

XII.2.3 Extraterritoriale rechtsmacht verzoekende staat

XII.3 Rechtsmacht in het overleveringsrecht

XII.3.1 Rechtsmacht uitvaardigende lidstaat

XII.3.2 Territoriale rechtsmacht uitvoerende lidstaat

XII.3.3 Extraterritoriale rechtsmacht uitvaardigende lidstaat

XII.4 Conclusie

XII.1 Inleiding

Een staat kan niet overgaan tot strafvervolging en *a fortiori* niet tot strafoplegging ter zake van een feit waarover hij geen rechtsmacht mag uitoefenen. Mag een staat wel rechtsmacht uitoefenen over een feit, dan is niet uitgesloten dat een andere staat eveneens aanspraak maakt op uitoefening van rechtsmacht over hetzelfde feit of dat een andere staat bezwaar heeft tegen rechtsmachtoefening over dat feit.

Het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht kennen geen expliciete weigeringsgrond inzake het ontbreken van rechtsmacht van de verzoekende staat respectievelijk de uitvaardigende lidstaat. Wel kennen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht een weigeringsgrond voor het geval dat de rechtsmachtoefening door de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat concurreert met de territoriale rechtsmacht van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat. Ook bevatten het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht een weigeringsgrond inzake de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat.

Het ontbreken van rechtsmacht aan de zijde van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat, de concurrentie met de territoriale rechtsmacht van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat en de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat roepen geen mensenrechtelijke problemen op. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, die een grens stelt aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, kan dus niet als rechtvaardiging voor deze aan rechtsmacht gerelateerde weigeringsgronden dienen. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor het *ne bis in idem* beginsel. De aan rechtsmacht gerelateerde weigeringsgronden stellen niet de eis dat sprake is van een onherroepelijke berechting of van een beëindigde vervolging. De derde in Hoofdstuk IV besproken grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning - de omstandigheid dat de lidstaten hun *rechtsmacht*regelingen niet hebben geharmoniseerd - is daarentegen wel relevant voor een verklaring van de weigeringsgronden.

In dit hoofdstuk zal ik tegen de zojuist geschetste achtergrond onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regelingen inzake rechtsmacht afwijken van de uitleveringsrechtelijke regelingen. Van de eventuele verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst de regelingen in de Europese uitleveringsverdragen bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de regelingen in het Kaderbesluit en de implementatie daarvan in de Overleveringswet uiteenzetten. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 uit het voorgaande de conclusies trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

XII.2 Rechtsmacht in het uitleveringsrecht

XII.2.1 Rechtsmacht verzoekende staat

Het feit waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft, moet - vanzelfsprekend - onder de rechtsmacht van de verzoekende staat vallen. Zou de verzoekende staat geen rechtsmacht hebben, dan zou uitlevering aan de verzoekende staat geen doel hebben: een strafvervolging en *a fortiori* een strafoplegging zouden niet mogelijk zijn. Deze staat zou in een dergelijk geval dan ook geen belang hebben bij uitlevering.

De Europese uitleveringsverdragen en de Uitleveringswet bevatten op dit punt géén voorziening. Kennelijk vonden de opstellers van die verdragen en de Nederlandse wetgever de eis van de rechtsmacht van de verzoekende staat zo voor de hand liggend, dat zij deze niet hebben opgenomen.²⁴⁶⁶ Aan de andere kant brengt het vanzelfsprekende karakter van de rechtsmachten mee dat de aangezochte staat mag aannemen dat het feit onder de rechtsmacht van de verzoekende staat valt. De omstandigheid dat de verzoekende staat een verzoek tot uitlevering heeft ingediend, duidt er in elk geval op dat hij van mening is dat het feit onder zijn rechtsmacht valt. Zou de verzoekende staat niet tot vervolging mogen overgaan wegens het ontbreken van rechtsmacht, dan zou hij *normaliter* een uitleveringsverzoek wel achterwege hebben gelaten.²⁴⁶⁷

In beginsel komt aan de uitleveringsrechter geen oordeel toe “aangaande de rechtsmacht van de verzoekende Staat met betrekking tot de feiten waarvoor de uitlevering is verzocht”. Alleen in een uitzonderlijk geval, waarin de verdediging exact zodanige feiten en omstandigheden heeft aangegeven waaruit een rechtstreeks en ernstig vermoeden rijst dat de verzoekende Staat geen rechtsmacht heeft en dat deze daarom, bij gebleken juistheid van dat vermoeden, geen belang meer bij de uitlevering zou hebben, lijdt dat uitgangspunt uitzondering. Alleen dan mag de uitleveringsrechter zich dus een oordeel over de rechtsmacht van de verzoekende staat aanmatigen.²⁴⁶⁸ De enkele omstandigheid dat het feit buiten het grondgebied van de verzoekende staat is begaan, is onvoldoende.²⁴⁶⁹

XII.2.2 Territoriale rechtsmacht aangezochte staat

Art. 7 lid 1 EUV geeft de aangezochte staat het recht tot weigering van de uitlevering “for an offence which is regarded by its law as having been committed in whole or in part in its territory or in a place treated as its territory”. Ten opzichte van oudere uitleveringsverdragen vormt art. 7 lid 1 EUV vanwege zijn *facultatieve* karakter een verbetering, omdat deze oudere verdragen hetzij de uitlevering uitdrukkelijk uitsloten voor feiten die op het grondgebied van de aangezochte staat waren begaan,²⁴⁷⁰ hetzij alleen betrekking hadden op feiten die op het grondgebied van de verzoekende staat waren begaan.²⁴⁷¹ Aan deze oudere verdragsregelingen lag in de eerste plaats de gedachte ten grondslag dat medewerking aan strafvervolging of strafexecutie in een andere staat ter zake van op het eigen grondgebied begane feiten onverenigbaar was met de nationale soevereiniteit. Bovendien berustten deze regelingen op de aanname dat de staat van de *locus delicti* beter geplaatst was voor de vervolging, berechting en bestraffing dan een andere staat.²⁴⁷² Voor de toepassing van deze

²⁴⁶⁶ De rechtsmacht van de verzoekende staat is als het ware een in het uitleveringsverdrag besloten liggende stilzwijgende voorwaarde: Glerum, par. 91.7.1.a (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

²⁴⁶⁷ Swart 1986, p. 185.

²⁴⁶⁸ HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 134, r.o. 5.1.2-5.1.3; HR 29 augustus 1997, *NJB* 1997, 125, p. 1608; HR 8 december 1998, *NJB* 1999, 12, p. 135; HR 20 april 1999, *NbSr* 1999, 107. In eerdere arresten maakte de Hoge Raad geen gewag van de uitzondering: HR 22 mei 1984, *NJ* 1984, 769, r.o. 4.2; HR 20 januari 1987, *NJ* 1987, 748, r.o. 5.

²⁴⁶⁹ HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 134, r.o. 5.1.3 (Belgisch uitleveringsverzoek wegens een in Duitsland gepleegde heling); HR 20 april 1999, *NbSr* 1999, 107 (feiten geheel in Nederland gepleegd).

²⁴⁷⁰ Zie art. 3 onder 2 NI-Argentinië.

²⁴⁷¹ Bijvoorbeeld art. I NI-Liberia; art. I NI-Mexico; art. I NI-Verenigd Koninkrijk.

²⁴⁷² Swart 1986, p. 193; R Emmelink 1990, p. 141.

regelingen was overigens niet van belang of de aangezochte staat zelf strafrechtelijk wenste op te treden ter zake van het op zijn grondgebied begane feit.

Onder art. 7 lid 1 EUV hebben de soevereiniteitsgedachte en de aanname inzake de *locus delicti* geen absolute gelding meer, omdat deze bepaling niet dwingt tot weigering van de uitlevering, maar daartoe slechts machtigt. Een en ander valt te verklaren door de omstandigheid dat staten in toenemende mate rechtsmacht hebben gevestigd over in het buitenland begane strafbare feiten, waardoor het belang van territoriale rechtsmacht is afgenomen. Keijzer signaleert zes factoren die daaraan hebben bijgedragen: (1) vele vormen van criminaliteit, zoals drugsdelicten, hebben een grensoverschrijdend karakter, waardoor de aanname dat het bewijs te vinden is in de staat van de *locus delicti* niet zonder meer op gaat; (2) door de toegenomen samenwerking in strafzaken leveren de vervolging en berechting van in het buitenland begane strafbare feiten minder problemen op dan voorheen; (3) het vertrouwen van staten in elkanders rechtsstelsel is toegenomen; (4) de gedachte heeft zich doorgezet dat de resocialisatie van de dader soms beter gediend is met bestraffing in een andere staat dan de staat van de *locus delicti*; (5) de toegenomen mobiliteit van burgers brengt mee dat staten de behoefte voelen om hun strafwetten ook op in het buitenland door hun burgers begane strafbare feiten toe te passen en (6) staten zijn in toenemende mate afhankelijk van elkaar geworden, omdat bepaalde vormen van criminaliteit niet alleen de belangen van één staat raken.²⁴⁷³

Art. 7 lid 1 EUV biedt de aangezochte staat de mogelijkheid om een afweging te maken op basis van het concept van de goede rechtsbedeling (zie Hoofdstuk XI.2). In dit verband verdient opmerking dat het Comité van Ministers van de Raad van Europa de verdragspartijen bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering heeft aanbevolen om weigering op grond van art. 7 lid 1 EUV achterwege te laten “in the case where proceedings and judgement in the territory of the requesting state are warranted in order to arrive at the truth or by the possibility of applying an appropriate sanction or of effecting the social rehabilitation of the person concerned”.²⁴⁷⁴ Art. IV lid 1 Overeenkomst van Wittem bevatte zelfs de opdracht aan de aangezochte staat om, in geval van concurrerende rechtsmacht, te onderzoeken “of het beter [was] dat de opgeëiste persoon door een rechterlijke autoriteit van de verzoekende staat [werd] berecht”. De bepaling beoogde te bevorderen dat “de berechting van een verdachte [plaatsvond] in het land waar het belang van een goede rechtsbedeling en de mogelijkheden van resocialisatie het beste gewaarborgd [waren]”.²⁴⁷⁵

De Uitleveringswet bevat op het punt van de *locus delicti* geen bepaling. Toepassing van art. 7 lid 1 EUV is voorbehouden aan de Minister van Justitie.²⁴⁷⁶ Richtsnoer voor de afweging tussen uitlevering en berechting in Nederland is de goede rechtsbedeling.²⁴⁷⁷ Daarbij spelen de in Hoofdstuk XI.2 genoemde factoren een rol. Hoewel art. 7 lid 1 EUV een uitzondering maakt op de in art. 1 EUV neergelegde verplichting tot uitlevering, speelt die verplichting kennelijk een grote rol bij de beantwoording van de vraag of de Minister

²⁴⁷³ Keijzer 2009c, p. 91-92.

²⁴⁷⁴ Resolution (75)12 on the practical application of the European Convention on Extradition, opgenomen in Extradition: European standards 2006, p. 159-160.

²⁴⁷⁵ Kamerstukken II 1979/80, 16 151, nr. 1, p. 4.

²⁴⁷⁶ HR 9 februari 1982, NJ 1982, 513, m.nt. ThWvV, r.o. 4.1; HR 24 juni 1986, NJ 1987, 159, r.o. 6.2; HR 3 december 1991, NJ 1992, 287, r.o. 5.2.

²⁴⁷⁷ Ten Broeke 2000, p. 1996.

van Justitie de uitlevering al dan niet zal weigeren.²⁴⁷⁸ Ook de aanname dat de verzoekende staat voorafgaand aan de indiening van het uitleveringsverzoek een keuze zal hebben gemaakt tussen een verzoek tot overname van de strafvervolgning door Nederland en verzoek tot uitlevering en het uitgangspunt dat Nederland die keuze moet respecteren, perken de ruimte voor een weigering van de uitlevering in.²⁴⁷⁹ Naar verluidt, maakt de Minister van Justitie dan ook maar zelden gebruik van art. 7 lid 1 EUV.²⁴⁸⁰ Tegen de beslissing van de Minister van Justitie om de weigeringsgrond van art. 7 lid 1 EUV niet in te roepen kan de opgeëiste persoon in kort geding opkomen.²⁴⁸¹ De kortgedingrechter toetst die beslissing alleen marginaal.²⁴⁸²

XII.2.3 Extraterritoriale rechtsmacht verzoekende staat

Art. 7 lid 2 EUV laat weigering van de uitlevering toe “(w)hen the offence for which extradition is requested has been committed outside the territory of the requesting Party”, op voorwaarde dat “the law of the requested Party does not allow prosecution for the same category of offence when committed outside the latter’s Party territory or does not allow extradition for the offence concerned”. Anders dan sommige oudere uitleveringsverdragen, verplicht het Europees Verdrag betreffende uitlevering niet tot weigering van de uitlevering wegens buiten het grondgebied van de verzoekende staat begane feiten. De enkele omstandigheid dat het feit buiten het grondgebied van de verzoekende staat is begaan, brengt nog niet mee dat deze staat geen belang heeft bij vervolging of strafexecutie ter zake van dat feit of minder belang dan de staat van de *locus delicti* (zie paragraaf 2.2).²⁴⁸³

Art. 7 lid 2 EUV vormt een uitdrukking van het wederkerigheidsbeginsel: de aangezochte staat is niet tot uitlevering verplicht, indien hij in het omgekeerde analoge geval geen uitlevering van de andere staat zou hebben kunnen verkrijgen, *in casu* omdat zijn rechtsmacht zich niet over het feit zou uitstrekken.²⁴⁸⁴ De aangezochte staat mag de uitlevering wegens het ontbreken van dubbele vervolgbaarheid weigeren, omdat anders op hem meer verplichtingen zouden komen te rusten dan op de verzoekende staat in het omgekeerde analoge geval, een onevenwichtigheid die de aangezochte staat als strijdig met zijn nationale soevereiniteit en waardigheid mag beschouwen (zie Hoofdstuk XXIII.2).²⁴⁸⁵

²⁴⁷⁸ Ten Broeke 2000, p. 1995, verbindt aan de omstandigheid dat een beroep op art. 7 lid 1 EUV maar zelden slaagt de conclusie dat de Minister van Justitie veel gewicht toekent aan de verplichting tot uitlevering.

²⁴⁷⁹ Ten Broeke 2000, p. 1996.

²⁴⁸⁰ Ten Broeke 2000, p. 1995. Zo ook Verrest & Kraniotis 2005, p. 1200, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 32 (“(...) uit de huidige uitleveringspraktijk blijkt dat van toepassing van deze weigeringsgrond, die immers voortkomt uit het Europees uitleveringsverdrag, weinig sprake is”).

²⁴⁸¹ Zie Gerechtshof ’s-Gravenhage 26 mei 1988, *KG* 1988, 296, r.o. 15-16; Pres. Rb. ’s-Gravenhage 9 augustus 1995, *KG* 1995, 329, r.o. 3.1; Voorzieningenrechter Rb. ’s-Gravenhage 1 februari 2005, *LJN* AS4819, r.o. 3.3.

²⁴⁸² Zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rb. ’s-Gravenhage 1 februari 2005, *LJN* AS4819, r.o. 3.3. Vgl. Voorzieningenrechter Rb. ’s-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BA9149, r.o. 4.5 en *LJN* BA9163, r.o. 3.3 (uitlevering aan de Verenigde Staten: voor ingrijpen door de kortgedingrechter is slechts plaats, indien de beslissing tot uitlevering uit hoofde van de goede rechtsbedeling evident onredelijk of onbegrijpelijk is); Voorzieningenrechter Rb. ’s-Gravenhage 23 juli 2009, *LJN* BJ4305, r.o. 3.16 (idem).

²⁴⁸³ Rimmelink 1990, p. 141.

²⁴⁸⁴ Keijzer 2009c, p. 96.

²⁴⁸⁵ Vgl. Van der Wilt 2005a, p. 71.

De Uitleveringswet verplicht niet tot weigering van de uitlevering bij het ontbreken van wederkerigheid en stelt - afgezien van de verjaring (zie Hoofdstuk XIV) - niet de eis van dubbele vervolgbaarheid.²⁴⁸⁶ De toepassing van de facultatieve weigeringsgrond van art. 7 lid 2 EUV is daarom voorbehouden aan de Minister van Justitie.²⁴⁸⁷ Van deze bevoegdheid lijkt hij geen gebruik te maken,²⁴⁸⁸ hetgeen niet verwonderlijk is gezien de status van de wederkerigheid en de dubbele vervolgbaarheid onder de Uitleveringswet. Kennelijk weegt in zoverre de solidariteit tussen de verdragspartijen bij de bestrijding van criminaliteit zwaarder dan de handhaving van de nationale soevereiniteit en waardigheid van de aangezochte staat.²⁴⁸⁹

XII.3 Rechtsmacht in het overleveringsrecht

XII.3.1 Rechtsmacht uitvaardigende lidstaat

Het EAB mist elke grond, indien de uitvaardigende lidstaat geen rechtsmacht kan uitoefenen over feit waarop het EAB betrekking heeft. In zoverre komt het overleveringsrecht overeen met het uitleveringsrecht.

Het Kaderbesluit noch de Overleveringswet stelt de uitdrukkelijke eis dat de uitvaardigende lidstaat rechtsmacht toekomt met betrekking tot het aan het EAB ten grondslag liggende feit. Ook op dit punt bestaat overeenkomst met het uitleveringsrecht. De in de art. 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit neergelegde weigeringsgronden zijn *limitatief*²⁴⁹⁰ en het primaire Unierecht dwingt op dit punt niet tot het maken van een mensenrechtelijke uitzondering (vergelijk Hoofdstuk V.2.3.1). Het beginsel van wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen waarop de regeling van het Europees aanhoudingsbevel berust, brengen mee dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet treedt in een onderzoek naar de grond van de vervolgings- of executieaanspraak van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit en dat zij aanneemt dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit alleen een EAB uitvaardigt ter zake van feiten die onder de rechtsmacht van de uitvaardigende lidstaat vallen.²⁴⁹¹

Evenmin als onder het uitleveringsrecht, kan men onder het overleveringsrecht op voorhand een vergissing geheel uitsluiten. Mochten het EAB en de daarbij behorende stukken of het door de opgeëiste persoon gevoerde verweer al aanleiding geven tot een ernstig en rechtstreeks vermoeden dat de uitvaardigende lidstaat geen rechtsmacht kan uitoefenen, dan zou dat vermoeden *hoogstens* aanleiding kunnen geven tot het inwinnen van inlichtingen bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit (art. 15 lid 2 Kaderbesluit; art. 20 lid 4 OLW). Overeenkomstig het beginsel van wederzijdse erkenning komt de uitvoerende rechterlijke autoriteit op dit punt geen *zelfstandig* oordeel toe. In zoverre wijkt

²⁴⁸⁶ Swart 1986, p. 132-133, p. 188-189 en p. 192-193.

²⁴⁸⁷ HR 18 december 1984, *NJ* 1985, 650, r.o. 4.2-4.3; HR 20 januari 1987, *NJ* 1987, 748, r.o. 5.

²⁴⁸⁸ Swart 1986, p. 193 ("Voor zover bekend geeft deze omstandigheid op zichzelf de minister nimmer aanleiding, het uitleveringsverzoek af te wijzen"); Keijzer 2009c, p. 96 ("In practice, Article 7-(2) ECE has not often been applied").

²⁴⁸⁹ Keijzer 2009c, p. 96.

²⁴⁹⁰ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

²⁴⁹¹ Vgl. Rb. Amsterdam 15 oktober 2004, *LJN* AR4237; Rb. Amsterdam 28 mei 2010, *LJN* BM6381; Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6780 en BM6786.

het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht, dat - in bijzondere gevallen - toelaat dat de uitleveringsrecht oordeelt over de rechtsmacht van de verzoekende staat.

XII.3.2 Territoriale rechtsmacht uitvoerende lidstaat

In Hoofdstuk VII heb ik besproken dat het Kaderbesluit een met art. 7 lid 1 EUV overeenkomende facultatieve weigeringsgrond bevat (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit) en dat de Nederlandse wetgever deze weigeringsgrond heeft omgezet in art. 13 lid 1 onder a en lid 2 OLW. Deze weigeringsgrond dient ter compensatie van het verbod op toetsing van de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat van een in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoeld strafbaar feit. In zoverre wijkt het overleveringsrecht af van het uitleveringsrecht, hetgeen verbazing wekt (zie daarover Hoofdstuk VII.3.3.1.6 en Hoofdstuk VII.3.3.2.3).

Daarnaast hebben art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit en art. 13 lid 1 onder a en lid 2 OLW een andere functie. Nu art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit op dit punt geen onderscheid maakt, komt deze weigeringsgrond ook voor toepassing in aanmerking, indien het feit wél strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat.²⁴⁹² In een dergelijk geval kan de uitvoerende lidstaat ervoor kiezen om voorrang te geven aan zijn territoriale soevereiniteit. De verklaring van deze functie van de weigeringsgrond is gelegen in het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten. De weigeringsgrond wekt in zoverre geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Een weigering op grond van art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit met betrekking tot een feit dat strafbaar is in de uitvoerende lidstaat en aldaar ook pleegt te worden vervolgd, zou mijns inziens echter nauwelijks te verenigen zijn met het streven van de Europese Unie om, binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, een hoog niveau van veiligheid te waarborgen (art. 67 lid 3 VEU), indien die weigering niet gepaard gaat met een strafvervolging in de uitvoerende lidstaat. In zoverre wijkt het overleveringsrecht af van het uitleveringsrecht: ondanks de in paragraaf 2 genoemde aanbeveling van het Comité van Ministers, biedt art. 7 lid 1 EUV het recht om de uitlevering te weigeren, ook indien de aangezochte staat niet zelf tot vervolging overgaat. De uitvoerende lidstaat kan de weigering ex art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit aan zijn uitvoerende rechterlijke autoriteiten opleggen, maar hij kan er ook voor kiezen om de toepassing van de weigeringsgrond over te laten aan het oordeel van zijn rechterlijke autoriteiten. Die zien zich dan geconfronteerd met de keuze tussen vervolging in de uitvaardigende lidstaat, oftewel overlevering, en vervolging in de uitvoerende lidstaat, oftewel weigering van de overlevering. Laat een lidstaat die afweging aan zijn uitvoerende rechterlijke autoriteiten over, dan kan daarbij het concept van de goede rechtsbedeling een rol spelen. Volgens Klip heeft de goede rechtsbedeling niet een plaats in het Unierecht en staat dit concept haaks op het beginsel van wederzijdse erkenning, waarvan de hoofdlijn in zijn woorden luidt "(g)een discussie, geen belangenafweging, geen eigen beoordeling, doen wat wordt gevraagd".²⁴⁹³ Naar mijn mening miskent dit betoog dat art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit een *uitzondering* vormt op de verplichting tot wederzijdse erkenning, een *uitzondering* die stoelt op de omstandigheid dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit rechtsmacht wenst uit te oefenen over een op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat gepleegd feit.

²⁴⁹² Zo ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 12 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 21, p. 3.

²⁴⁹³ Punt 12 van de noot van A.H. Klip onder HR 28 november 2006, NJ 2007, 489.

Zoals art. 7 lid 1 EUV verwijst naar het recht van de aangezochte staat, verwijst art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Dat recht is bepalend voor het antwoord op de vraag of het in het EAB omschreven strafbare feit geacht moet worden geheel of gedeeltelijk of het grondgebied van de uitvoerende lidstaat te zijn gepleegd. Het hangt dus van de rechtsopvattingen van de uitvoerende lidstaat af in hoeverre hij voorrang kan en wil geven aan zijn soevereiniteit boven de rechtsmachtaanspraak van de uitvaardigende lidstaat (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.6).

Voor zover het in het EAB bedoelde feit strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat,²⁴⁹⁴ beoogt art. 13 lid 2 OLW - dat de officier van justitie de bevoegdheid geeft om te vorderen dat de Rechtbank Amsterdam afziet van weigering van de overlevering uitsluitend op grond van art. 13 lid 1 onder a OLW - in het bijzonder een goede rechtsbedeling te dienen, in het bijzonder in “gevallen waarin de lidstaten bij de opsporing hebben samengewerkt en het daarom aangewezen is de vervolging in een van de lidstaten te concentreren”.²⁴⁹⁵ De Rechtbank Amsterdam moet op vordering van de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam afzien van toepassing van de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 onder a OLW, tenzij de officier van justitie naar haar oordeel “niet in redelijkheid tot zijn vordering heeft kunnen komen”. Zij mag de vordering van de officier van justitie slechts marginaal toetsen.²⁴⁹⁶ De officier van justitie moet zijn vordering motiveren.²⁴⁹⁷ Daartoe moet de officier van justitie zijn vordering onderbouwen. Het ontbreken van geschreven of ongeschreven beleidsregels ten aanzien van de wijze waarop de officier van justitie van de in art. 13 lid 2 OLW gegeven bevoegdheid gebruik maakt en in de toekomst gebruik zal maken, mag niet leiden tot het opleggen van een “verzwaarde motiveringsplicht” aan de officier van justitie.²⁴⁹⁸

Vergeleken met het uitleveringsrecht is de taak van de Minister van Justitie dus verdeeld over de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam en de Rechtbank Amsterdam. Deze taakverdeling is niet in strijd met art. 4 onder 7 Kaderbesluit, dat de bevoegdheid tot weigering aan de uitvoerende *rechterlijke* autoriteit opdraagt, omdat het elke lidstaat op grond van art. 6 lid 2 Kaderbesluit vrijstaat om zelf te bepalen welke autoriteit naar zijn recht bevoegd is tot tenuitvoerlegging van een EAB en de Minister van Justitie overeenkomstig art. 6 lid 3 Kaderbesluit aan het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie heeft meegedeeld²⁴⁹⁹ dat de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam een dergelijke autoriteit is.²⁵⁰⁰

Bij de vordering van de officier van justitie spelen de al in Hoofdstuk XI.2 genoemde factoren een rol. In de praktijk is de vraag gerezen of humanitaire redenen - dat wil zeggen redenen op grond waarvan de gevolgen van overlevering van bijzondere hardheid zouden zijn voor de opgeëiste persoon en/of zijn naasten, zoals verlies van woning, werk en

²⁴⁹⁴ Is een lijstfeit niet strafbaar naar Nederlands recht, dan mag de officier van justitie de in art. 13 lid 2 OLW bedoelde vordering niet doen en moet de Rechtbank Amsterdam die vordering, indien hij die toch indient, onredelijk bevinden (zie Hoofdstuk VII.3.3.2.3). Is een ander feit dan een lijstfeit niet strafbaar naar Nederlands recht, dan moet de Rechtbank Amsterdam de overlevering al weigeren op grond van art. 7 lid 1 OLW.

²⁴⁹⁵ HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, 488 en 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.2.

²⁴⁹⁶ HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, r.o. 3.4.2; *NJ* 2007, 488, r.o. 3.5; *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.2.

²⁴⁹⁷ HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, r.o. 3.4.2 en *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.2.

²⁴⁹⁸ HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487, r.o. 3.7.

²⁴⁹⁹ Raadsdocument 9002/04 van 29 april 2004.

²⁵⁰⁰ Rb. Amsterdam 9 april 2010, *LJN* BM6337.

verblijfsstatus, met alle daaruit voortvloeiende gevolgen voor de echtgenote en de kinderen van de opgeëiste persoon²⁵⁰¹ of de “bijzonder ingrijpende en waarschijnlijk onomkeerbare negatieve gevolgen” van overlevering voor de slechte gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon²⁵⁰² ook een rol mogen spelen. De Rechtbank Amsterdam heeft deze vraag aanvankelijk bevestigend beantwoord, maar de Hoge Raad heeft met deze rechtspraak korte metten gemaakt. Nu humanitaire redenen geen weigeringsgrond, maar slechts een grond tot uitstel van de feitelijke overlevering opleveren (art. 23 lid 4 Kaderbesluit; art. 35 lid 3 OLW), vormen dergelijke redenen naar zijn oordeel géén relevante factor voor de beantwoording van de vraag of in het kader van de goede rechtsbedeling moet worden afgezien van toepassing van art. 13 lid 1 OLW.²⁵⁰³ De Rechtbank Amsterdam mag dergelijke humanitaire redenen dan ook niet betrekken bij haar toetsing van de vordering van de officier van justitie.²⁵⁰⁴ Unierechtelijk kan tegen deze uitleg weinig worden ingebracht. Ook al volgt uit de uitsluiting van humanitaire redenen als *zelfstandige* en *dwingende* weigeringsgrond niet zonder meer dat dergelijke redenen niet zouden mogen *meewegen* bij de beslissing over de toepassing van de weigeringsgrond inzake territoriale rechtsmacht en ook al sluit de wetsgeschiedenis van de Overleveringswet het meewegen van humanitaire redenen niet uitdrukkelijk uit,²⁵⁰⁵ de door de Hoge Raad aan art. 13 OLW gegeven uitleg perkt immers de reikwijdte van de weigeringsgrond in, hetgeen resulteert in een versterking van de regeling van overlevering ten faveure van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.²⁵⁰⁶ Op dit punt wijkt het overleveringsrecht af van het uitleveringsrecht, maar het uitleveringsrecht bevat een aparte weigeringsgrond inzake humanitaire redenen (zie Hoofdstuk XXI). Het oordeel van de Hoge Raad laat overigens onverlet dat humanitaire redenen ten grondslag worden gelegd aan een beroep op art. 11 OLW in samenhang met - bijvoorbeeld - art. 3 EVRM.²⁵⁰⁷

De vraag rijst of de persoonlijke belangen van de opgeëiste persoon, die géén redenen van humanitaire aard opleveren, wel een rol mogen spelen bij de (toetsing van de) vordering van de officier van justitie. Weliswaar heeft de Hoge Raad geoordeeld dat humanitaire redenen niet relevant zijn voor de (toetsing van de) vordering, maar hij heeft de precieze reikwijdte van het begrip “goede rechtsbedeling” in het midden gelaten.²⁵⁰⁸ Rozemond wijst er op dat bijvoorbeeld het belang van een Nederlander om in eigen land en

²⁵⁰¹ Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3380.

²⁵⁰² Rb. Amsterdam 2 december 2005, *LJN* AU8399.

²⁵⁰³ In deze zin reeds Glerum & Rozemond 2006, p. 184-185.

²⁵⁰⁴ HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487 en *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.3-3.6. De Hoge Raad casseerde in deze arresten in het belang der wet respectievelijk de uitspraken Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3380 en Rb. Amsterdam 2 december 2005, *LJN* AU8399.

²⁵⁰⁵ Zo Rozemond 2007, p. 490-497, die daarmee een “belangrijke nuancering” aanbrengt op Glerum & Rozemond 2006, p. 184-185; Glerum & Rozemond 2008a, p. 235. Kritisch ook Keijzer 2009c, p. 107-108. Instemmend met de Hoge Raad: A.H. Klip in punt 10 van zijn noot onder HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 489; Sanders 2011, p. 239.

²⁵⁰⁶ Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58-59.

²⁵⁰⁷ Zo ook Rozemond 2007, p. 490-497.

²⁵⁰⁸ HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487 en *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.3. Zie ook Rozemond 2007, p. 490-497, die er ook op wijst dat niet aan de Hoge Raad was voorgelegd de uitspraak waarin de Rechtbank Amsterdam de vordering onredelijk bevond, omdat de officier van justitie de belangen van de opgeëiste persoon “om als Nederlander in eigen land te worden berecht en niet te worden blootgesteld aan voorlopige hechtenis van onbepaalde duur in het buitenland en een daaropvolgende WOTS-procedure met daarmee samenhangende voortzetting van de detentie in den vreemde” in het geheel niet had meegewogen (Rb. Amsterdam 2 juli 2004, *LJN* AQ6068).

in de eigen taal te worden berecht niet zonder meer samenvalt met humanitaire redenen en dat het verlies van werk en woning als gevolg van de overlevering zijn resocialisatie in Nederland nadelig zouden kunnen beïnvloeden.²⁵⁰⁹ Voor zover de opgeëiste persoon een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling is, houdt de in art. 6 lid 1 jo. lid 5 OLW bedoelde terugkeergarantie al rekening met zijn belang bij re-integratie in Nederland (zie Hoofdstuk IX.3.3.3-3.3.4). De regeling van de terugkeergarantie vormt immers de uitdrukking van de afweging dat vervolging en berechting van een Nederlander in den vreemde en in een vreemde taal kunnen plaatsvinden (mede gelet op de hoge mate van vertrouwen in de rechtsstelsels van de lidstaten), maar dat de resocialisatie van een Nederlander het beste gediend is bij tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde vrijheidsstraf in Nederland. Het lijkt mij dan ook niet juist om het persoonlijke belang van een Nederlandse opgeëiste persoon bij vervolging en berechting in eigen land en in de eigen taal afzonderlijk te betrekken bij de (toetsing van de) vordering van de officier van justitie. Dat de resocialisatie in Nederland geschaad zou kunnen worden door het met de overlevering en met de detentie in de uitvaardigende lidstaat gepaard gaande verlies van werk en woning, is bovendien een omstandigheid die zich ook zou kunnen voordoen, indien de opgeëiste persoon in Nederland zou worden vervolgd en berecht.²⁵¹⁰

In navolging van de Hoge Raad heeft de Rechtbank Amsterdam een aantal malen uitdrukkelijk overwogen dat *humanitaire redenen* niet relevant zijn voor de toetsing van de vordering van de officier van justitie.²⁵¹¹ In het verlengde daarvan is zij van oordeel dat de persoonlijke belangen van de opgeëiste persoon bij de beoordeling van de vordering van de officier van justitie slechts een zeer beperkte rol kunnen spelen.²⁵¹² De in art. 6 lid 1 OLW bedoelde terugkeergarantie komt al in voldoende mate tegemoet aan de persoonlijke belangen van de opgeëiste persoon,²⁵¹³ maar ook zonder een dergelijke garantie kan een vordering die voorbij gaat aan de persoonlijke belangen van de opgeëiste persoon redelijk zijn.²⁵¹⁴ Bij mijn weten heeft de Rechtbank Amsterdam sinds de arresten van de Hoge Raad van 28 november 2006 niet meer geoordeeld dat de officier van justitie niet in redelijkheid tot zijn vordering ex art. 13 lid 2 OLW heeft kunnen komen.²⁵¹⁵ In zoverre komt het

²⁵⁰⁹ Rozemond 2007, p. 490-497.

²⁵¹⁰ In deze zin punt 34 van de vordering van de P-G Fokkens vóór HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487.

²⁵¹¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 september 2010, *LJN* BO7699 (aangevoerd: verlies werk en woning, alsmede negatieve gevolgen voor toelatingsprocedure vrouw en kind); Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8099 (aangevoerd: depressies en fibromyalgie); Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9773 (aangevoerd: psychische en lichamelijke gezondheid); Rb. Amsterdam 16 augustus 2011, *LJN* BR5747 (aangevoerd: dagelijkse zorg voor (psychisch zieke) moeder en kinderen). Daar staat tegenover dat zij ook wel eens persoonlijke belangen die - in de opvatting van de opgeëiste persoon klaarblijkelijk - humanitaire redenen opleveren bij de toetsing van de vordering betreft: zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9849 (aangevoerd: zorgwekkende medische toestand; verwerping: hetgeen de verdediging heeft aangevoerd is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen).

²⁵¹² Rb. Amsterdam 3 september 2010, *LJN* BO7699; Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8099.

²⁵¹³ Rb. Amsterdam 12 januari 2007, *LJN* AZ7048; Rb. Amsterdam 19 december 2006, *LJN* AZ7503; Rb. Amsterdam 9 februari 2007, *LJN* AZ8792; Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1488; Rb. Amsterdam 8 oktober 2008, *LJN* BF8942; Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6606; Rb. Amsterdam 22 januari 2010, *LJN* BL1016; Rb. Amsterdam 3 september 2010, *LJN* BO7699; Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8099; Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BQ5976.

²⁵¹⁴ Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, *LJN* BC0869; Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, *LJN* BG0981; Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9119.

²⁵¹⁵ Zo ook Sanders 2011, p. 239-240, noot 1079.

overleveringsrecht overeen met het uitleveringsrecht: weigering op grond van Nederlandse territoriale rechtsmacht vindt zelden plaats.²⁵¹⁶

XII.3.3 Extraterritoriale rechtsmacht uitvaardigende lidstaat

Zoals in Hoofdstuk VII is gebleken, kent het Kaderbesluit een met art. 7 lid 2 EUV overeenkomende facultatieve weigeringsgrond (art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit), die de Nederlandse wetgever heeft geïmplementeerd in art. 13 lid 1 onder b en lid 2 OLW en die strekt tot correctie op het verbod op toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten. Voor wat dit doel van de weigeringsgrond betreft, is sprake van een verschil met het uitleveringsrecht (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.6 en Hoofdstuk VII.3.3.2.3).

Nu art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit op dit punt geen onderscheid maakt, is deze bepaling ook van toepassing, indien het buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begane feit wel strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat (zie paragraaf 3.2). Ook een vergelijking met het Voorstel van de Commissie leert dat art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit niet alleen betrekking heeft op feiten die niet strafbaar zijn naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Volgens art. 28 van het Voorstel gaf de extraterritoriale rechtsmachtuitoefening door de uitvaardigende lidstaat namelijk alleen aanleiding tot weigering van de overlevering, indien het EAB was uitgevaardigd “met betrekking tot een gedraging die krachtens de wetgeving van de uitvoerende lidstaat niet als een strafbaar feit [werd] aangemerkt”, waarbij niet relevant was of de uitvoerende lidstaat in een vergelijkbaar geval tot vervolging zou hebben kunnen overgaan.²⁵¹⁷ Kennelijk konden de lidstaten zich niet verenigen met een dergelijke beperkte mogelijkheid van weigering van de overlevering inzake de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door de uitvaardigende lidstaat.

Zoals ik al vele malen heb opgemerkt, zijn de rechtsmachtregelingen van de lidstaten niet geharmoniseerd. Deze omstandigheid biedt evenwel geen verklaring voor de opname van de weigeringsgrond van art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit, voor zover deze betrekking heeft op feiten die ook in de uitvoerende lidstaat strafbaar zijn. Bij de toepassing van deze weigeringsgrond is immers niet relevant of de uitvoerende lidstaat *daadwerkelijk* rechtsmacht kan uitoefenen, bijvoorbeeld op grond van het territorialiteitsbeginsel, maar of deze lidstaat *in een vergelijkbaar geval* - het geval dat een dergelijk feit buiten zijn grondgebied zou zijn begaan - rechtsmacht zou hebben kunnen uitoefenen. Een dergelijke weigeringsgrond wekt naar mijn mening verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Krachtens dit beginsel moet de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat de strafrechtelijke beslissing uit een andere lidstaat immers erkennen, ook al zou zij naar haar eigen recht niet tot een vergelijkbare beslissing hebben kunnen komen, bijvoorbeeld omdat in een vergelijkbaar geval de uitvoerende lidstaat geen rechtsmacht zou hebben. Een weigeringsgrond die op wederkerigheid en dubbele vervolgbaarheid is gebaseerd (zie paragraaf 2.2), verdraagt zich niet met dat uitgangspunt.

Op grond van art. 13 lid 1 onder b en lid 2 OLW *moet* de Rechtbank Amsterdam de overlevering weigeren, indien het feit “buiten het grondgebied van de uitvaardigende staat is gepleegd, terwijl naar Nederlands recht geen vervolging zou kunnen worden ingesteld indien het feit buiten Nederland zou zijn gepleegd”. Net als bij de weigeringsgrond van art.

²⁵¹⁶ Volgens Malewicz & Jonk 2010, p. 114, is art. 13 OLW door de arresten van de Hoge Raad bijna een dode letter geworden.

²⁵¹⁷ COM(2001)522 def., p. 19.

13 lid 1 onder a OLW het geval is, kan de officier van justitie vorderen dat de Rechtbank Amsterdam afziet van weigering, in welk geval de Rechtbank Amsterdam moet afzien van weigering uitsluitend op grond van art. 13 lid 1 onder b OLW, tenzij de officier van justitie naar haar oordeel niet in redelijkheid tot zijn vordering heeft kunnen komen (art. 13 lid 2 OLW).

De wetsgeschiedenis leert dat lid 1 onder b betrekking heeft op “feiten die buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat en van de uitvoerende lidstaat zijn gepleegd”.²⁵¹⁸ Deze beperking ligt niet in de bewoordingen van art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit en van art. 13 lid 1 onder b OLW besloten.²⁵¹⁹ Naar de letter zijn deze bepalingen ook van toepassing, indien de feiten buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat, maar geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zijn gepleegd. Dergelijke feiten zouden dus aanleiding kunnen geven tot weigering van de overlevering op twee afzonderlijke gronden. Unierechtelijk bestaat evenwel geen bezwaar tegen een wetshistorische uitleg van art. 13 lid 1 onder b OLW in die zin dat deze bepaling alleen betrekking heeft op feiten die buiten het grondgebied van *beide* bij de overlevering betrokken lidstaten zijn gepleegd. Een dergelijke uitleg beperkt namelijk de reikwijdte van de weigeringsgrond en “faciliteert” dus “de overlevering van gezochte personen, in overeenstemming met het in artikel 1, lid 2, van kaderbesluit 2002/584 vastgelegde beginsel van wederzijdse erkenning, dat de bij dit besluit ingestelde wezenlijke regel is”.²⁵²⁰

De toepassing van art. 13 lid 1 onder b OLW vergt een analogische beoordeling vanuit het perspectief van de uitvaardigende lidstaat.²⁵²¹ De overleveringsrechter moet zich als het ware in de plaats van de uitvaardigende lidstaat stellen. De uitsluitend nationale elementen, dat wil zeggen de elementen die uitsluitend betrekking hebben op de uitvaardigende lidstaat, zoals de omstandigheid dat de opgeëiste persoon onderdaan is van die lidstaat, moet de overleveringsrechter vervolgens analogisch transformeren naar Nederlandse elementen.²⁵²² Heeft bijvoorbeeld een Slowaaks EAB betrekking op een door een *Slowaak* in Tsjechië gepleegd feit, dan moet de overleveringsrechter nagaan of Nederland rechtsmacht zou hebben over een dergelijk door een *Nederlander* in Tsjechië gepleegd feit.²⁵²³

De weigeringsgrond zal vooral van toepassing kunnen zijn, indien het recht van de uitvaardigende lidstaat een ruimere rechtsmachtregeling ter zake van in het buitenland begane feiten kent dan het Nederlandse recht, bijvoorbeeld een regeling gebaseerd op het

²⁵¹⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 21, p. 3.

²⁵¹⁹ In vergelijkbare zin ten aanzien van art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit en de Ierse implementatie van die bepaling: *Supreme Court of Ireland* 1 maart 2012, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Bailey* [2012] IESC 16, beschikbaar op www.bailii.org.

²⁵²⁰ Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 59.

²⁵²¹ Glerum 2005, p. 83; Glerum 2011, (T&C Isr), art. 13 Overleveringswet, aant. 3.

²⁵²² Keijzer 2009c, p. 97-98.

²⁵²³ Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3440. Zie ook Rb. Amsterdam 18 februari 2005, RK-nummer 04/4867, niet gepubliceerd: baseert Duitsland zijn rechtsmacht ter zake van in Luxemburg begane opzettelijke drugsdelicten op de Duitse nationaliteit van de opgeëiste persoon, dan moet de overleveringsrechter zich afvragen of Nederland rechtsmacht zou hebben over dergelijke drugsdelicten, indien deze door een Nederlander in Luxemburg waren begaan. In Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN* BK9181 bleef de vraag onbeantwoord of het vreemdelingschap van de opgeëiste persoon (géén onderdaan van de uitvaardigende lidstaat, maar wel van Nederland) analogisch zou moeten worden getransformeerd, omdat Nederland rechtsmacht had, ongeacht of de opgeëiste persoon bij de analogische beoordeling als vreemdeling moest worden beschouwd.

universaliteitsbeginsel ter zake van andere drugsdelicten dan de opzettelijke in- of uitvoer in Nederland²⁵²⁴ (art. 13 lid 3 Ow),²⁵²⁵ of op het passief nationaliteitsbeginsel ter zake van andere dan de in art. 4 Sr opgenomen strafbare feiten.²⁵²⁶

Voor zover het buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegde feit strafbaar is naar Nederlands recht,²⁵²⁷ is de mogelijkheid van een vordering ex lid 2 in het bijzonder bedoeld voor de gevallen waarin de uitvaardigende lidstaat en de (lid)staat van de *locus delicti* hebben samengewerkt bij de opsporing en waarbij zij om redenen van een goede rechtsbedeling hebben besloten de strafvervolgning te concentreren in één lidstaat.²⁵²⁸

Dat de Overleveringswet voorziet in de mogelijkheid om het dwingende overleveringsbevelselsel weg te nemen, valt naar mijn mening toe te juichen. Voor zover art. 13 lid 1 onder b OLW betrekking heeft op feiten die ook naar Nederlands recht strafbaar zijn, is een weigering van de overlevering vanwege het ontbreken van dubbele vervolgbaarheid immers niet goed te rijmen met het beginsel van wederzijdse erkenning. Weliswaar kan men stellen dat de uitvaardigende lidstaat in het algemeen *minder* belang heeft bij strafrechtelijk optreden ter zake van een buiten zijn grondgebied gepleegd strafbaar feit dan de (lid)staat van de *locus delicti*, maar men kan zich ook afvragen of, en zo ja, welk belang Nederland heeft bij belemmering van dat strafrechtelijke optreden door weigering van de overlevering.

XII.4 Conclusie

Een uitleveringsverzoek of EAB ontbeert goede grond, indien de verzoekende staat staat/uitvaardigende lidstaat geen rechtsmacht toekomt ter zake van het daarin bedoelde feit. De verzoekende staat respectievelijk de uitvaardigende lidstaat heeft dan geen belang bij uitlevering respectievelijk overlevering. In zoverre komen het uitleveringsrecht en overleveringsrecht met elkaar overeen. Het uitleveringsrecht noch het overleveringsrecht kent een voorziening inzake de rechtsmacht van de verzoekende staat respectievelijk de

²⁵²⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld § 6-(5) van het Duitse *Strafgesetzbuch*: “Das deutsche Strafrecht gilt weiter, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden (...) 5. unbefugter Vertrieb von Betäubungsmitteln (...)”.

²⁵²⁵ Zie voor een geval waarin Nederland op grond van art. 13 lid 3 Ow rechtsmacht had: Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJNBK9181*.

²⁵²⁶ Zie in dit verband bijvoorbeeld § 7-(1) van het Duitse *Strafgesetzbuch*: “Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt”. In Rb. Amsterdam 22 oktober 2004, *LJN AR4509* verwierp de Rechtbank Amsterdam het verweer dat Duitsland geen rechtsmacht had ter zake van een door een Turkse onderdaan in Turkije gepleegde oplichting, op de grond dat het slachtoffer van deze oplichting een Duitse rechtspersoon was en dat de Duitse autoriteiten door overlegging van § 7 *Strafgesetzbuch* de Duitse rechtsmacht hadden aangetoond. Zij zag echter over het hoofd dat Nederland in een vergelijkbaar geval geen rechtsmacht kan uitoefenen over een door een Turkse onderdaan in Turkije gepleegde oplichting van een Nederlandse rechtspersoon en had, bij gebreke van een vordering ex art. 13 lid 2 OLW, de overlevering moeten weigeren op grond van art. 13 lid 1 onder b OLW: Glerum 2005, p. 83, noot 383; Glerum & Rozemond 2008a, p. 233; Sanders 2011, p. 236-237.

²⁵²⁷ Gaat het om een lijstfeit dat niet strafbaar is naar Nederlands recht, dan mag de officier van justitie de in art. 13 lid 2 OLW bedoelde vordering niet doen en moet de Rechtbank Amsterdam die vordering, indien hij die toch indient, onredelijk bevinden (zie Hoofdstuk VII.3.3.2.3). Is een ander feit dan een lijstfeit niet strafbaar naar Nederlands recht, dan moet de Rechtbank Amsterdam de overlevering al weigeren op grond van art. 7 lid 1 OLW.

²⁵²⁸ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 21, p. 3.

uitvaardigende lidstaat. Ook in zoverre bestaat overeenkomst tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht. Onder het overleveringsrecht zijn de mogelijkheden om te treden in een onderzoek naar rechtsmacht (nog) beperkter dan onder het uitleveringsrecht, terwijl voor een zelfstandig oordeel over rechtsmacht al helemaal geen plaats is. Dit verschil met het uitleveringsrecht wekt naar mijn mening geen verbazing. Nog daargelaten dat de gronden tot weigering limitatief zijn, brengen het beginsel van wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen waarop het Kaderbesluit berust mee, dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet treedt in een zelfstandige beoordeling van het recht tot vervolging van de uitvaardigende lidstaat.

Zowel het uitleveringsrecht (art. 7 lid 1 EUV) als het overleveringsrecht (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit) kent een weigeringsgrond ter zake van feiten die geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de aangezochte staat respectievelijk de uitvoerende lidstaat zijn gepleegd. Onder het overleveringsrecht dient deze weigeringsgrond als correctiemechanisme op de verboden toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten. Nu de overleveringsrechtelijke weigeringsgrond geen onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten maakt, is deze ook van toepassing op feiten die wél strafbaar zijn naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Het ontbreken van een geharmoniseerde rechtsmachtregeling biedt naar mijn mening een verklaring voor de wens van de lidstaten om deze weigeringsgrond ook te behouden, voor zover de feiten strafbaar zijn naar hun recht. De weigeringsgrond wekt naar mijn mening dan ook geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, althans zolang toepassing van de weigeringsgrond niet leidt tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon. Een dergelijk resultaat zou immers niet stroken met de opdracht van de Unie om aan haar burgers een hoog niveau van veiligheid te waarborgen binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Net als onder het uitleveringsrecht biedt de weigeringsgrond de mogelijkheid om, in het kader van een goede rechtsbedeling, af te wegen in welke van de beide lidstaten de vervolging het beste kan plaatsvinden. Onder de Nederlandse implementatie van de weigeringsgrond (art. 13 lid 1 onder a en lid 2 OLW) is het betrekken van humanitaire redenen bij die afweging uitgesloten. Onder het uitleveringsrecht is dat niet zo, maar humanitaire redenen leveren een afzonderlijke uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond op, waarvan de toepassing is opgedragen aan de Minister van Justitie, die ook de afweging tussen vervolging in de verzoekende staat en vervolging in Nederland maakt. Het Unierecht staat de uitsluiting van humanitaire redenen als relevante factor voor de afweging inzake de goede rechtsbedeling toe, omdat deze uitsluiting de reikwijdte van de weigeringsgrond inperkt en de overlevering dus makkelijker maakt. Evenals onder het uitleveringsrecht, valt deze afweging - vrijwel - steeds uit ten nadele van berechting in Nederland en evenals onder het uitleveringsrecht, blijft deze afweging na een marginale toetsing - vrijwel - steeds overeind.

Het overleveringsrecht kent een weigeringsgrond inzake feiten die buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd. Zou de uitvoerende lidstaat naar zijn recht geen vervolging hebben kunnen instellen, indien een dergelijk feit buiten zijn grondgebied zou zijn gepleegd, dan mag of moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren (art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit), al naar gelang de nationale implementatie. Deze weigeringsgrond is klaarblijkelijk ontleend aan het uitleveringsrecht (art. 7 lid 2 EUV). Evenals de weigeringsgrond inzake de geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat gepleegde feiten (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit), compenseert deze weigeringsgrond op de eerste plaats het wegvallen van de toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten. Ook voor deze weigeringsgrond geldt evenwel dat zij mede van toepassing is op feiten die wél strafbaar zijn naar het recht van de

uitvoerende lidstaat. In zoverre wekt de weigeringsgrond naar mijn verbazing tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning. Het ontbreken van *denkbeeldige* rechtsmacht als weigeringsgrond valt onder het uitleveringsrecht nog te verklaren met een beroep op het wederkerigheidsbeginsel en op dubbele vervolgbaarheid. Wederkerigheid en dubbele vervolgbaarheid verdragen zich niet met het uitgangspunt van het beginsel van wederzijdse erkenning: erkenning van een strafrechtelijke beslissing uit een andere lidstaat, ook al had de uitvoerende rechterlijke autoriteit naar haar eigen recht niet tot een vergelijkbare beslissing kunnen komen. Het moge bovendien zo zijn dat de uitvaardigende lidstaat minder belang heeft bij strafrechtelijk optreden ter zake van buiten zijn grondgebied gepleegde feiten dan de (lid)staat van de *locus delicti*, maar het is naar mijn mening onduidelijk welk belang van de uitvoerende lidstaat - in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning - kan rechtvaardigen dat hij de overlevering weigert ter zake van een buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegd feit dat naar zijn recht strafbaar is.

Een wetshistorische uitleg van de Nederlandse implementatie van art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit (art. 13 lid 1 onder b en lid 2 OLW) brengt mee dat deze weigeringsgrond alleen van toepassing is op feiten die buiten de grondgebieden van de uitvaardigende lidstaat én van Nederland zijn gepleegd. Deze inperking ontmoet Unierechtelijk geen bezwaren, nu zij de reikwijdte van de - toch al moeilijk te verdedigen - weigeringsgrond inperkt en overlevering dus makkelijker maakt. De afweging of Nederland al dan niet zal overleveren vindt plaats aan de hand van het concept van de goede rechtsbedeling, hetgeen in deze context noopt tot de beantwoording van de vraag of de berechting beter in de uitvaardigende lidstaat kan plaatsvinden dan in de (lid)staat van de *locus delicti*. Evenals onder het uitleveringsrecht, valt die afweging - nagenoeg - steeds uit ten voordele van berechting in de uitvaardigende lidstaat en houdt die afweging na een marginale toetsing - nagenoeg - steeds stand.

HOOFDSTUK XIII Amnestie

XIII.1 Inleiding

XIII.2 Amnestie in het uitleveringsrecht

XIII.3 Amnestie in het overleveringsrecht

XIII.4 Conclusie

XIII.1 Inleiding

Het Nederlandse recht kent de rechtsfiguur van de amnestie. Art. 122 lid 2 Gw bepaalt dat amnestie bij of krachtens de wet kan worden verleend. De amnestieverlening ontnemt achteraf de strafbaarheid aan een reeds begaan strafbaar feit.²⁵²⁹ Dat feit heeft dan geen strafrechtelijke gevolgen meer: het instellen van een strafvervolging is niet meer mogelijk, een al aangevangen strafvervolging moet worden gestaakt en een al opgelegde sanctie kan niet (verder) ten uitvoer worden gelegd.²⁵³⁰ De amnestie geldt zowel voor de gekende als voor de niet gekende daders van het feit waarop de amnestie betrekking heeft.²⁵³¹

Het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht bevatten een weigeringsgrond met betrekking tot een amnestie in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat wegens het feit waarvoor de uit- of overlevering wordt gevraagd.

Deze weigeringsgrond houdt niet rechtstreeks verband met de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. De uit- of overlevering van de opgeëiste persoon die wegens een amnestie in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat immuun is voor strafvordering of strafexecutie ten aanzien van het feit waarop het uitleveringsverzoek of het EAB betrekking heeft, betekent bijvoorbeeld niet dat de opgeëiste persoon zou worden blootgesteld aan een flagrante schending van art. 6 EVRM in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat. Evenmin vloeit de weigeringsgrond rechtstreeks uit het *ne bis in idem* beginsel voort. Dit beginsel berust op het wederzijdse vertrouwen dat de lidstaten hebben “in hun respectieve strafrechtssystemen”, zodat “elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden”.²⁵³² Beslissingen tot verlening van amnestie worden echter niet genomen in het kader van een strafprocedure door “een autoriteit die in de betrokken nationale rechtsorde deelneemt aan de strafrechtsbedeling”,²⁵³³ zoals een rechter of een lid van het Openbaar Ministerie, maar door politieke organen, zoals het staatshoofd of de wetgever.²⁵³⁴ Het wederzijdse vertrouwen waarop het *ne bis in idem* beginsel berust, strekt zich naar mijn mening daarom niet uit over de beslissing tot amnestieverlening. Een dergelijke beslissing levert dan ook geen onherroepelijke berechting in de zin van art. 54 SUO, art. 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en art. 3 onder 2 Kaderbesluit op (zie Hoofdstuk X.3.2-3.4). De omstandigheid dat het Kaderbesluit een dwingende weigeringsgrond inzake amnestie in de uitvoerende lidstaat bevat *naast* een dwingende weigeringsgrond inzake *ne bis in idem* (art. 3 onder 2 Kaderbesluit) ondersteunt deze opvatting. Wel is er een verband tussen het ontbreken van de harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten enerzijds en de weigeringsgrond inzake amnestie anderzijds, nu de exceptie alleen van toepassing is, indien het feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt.

²⁵²⁹ Kamerstukken II 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 24. Dit is een belangrijk verschil met gratie, die een vermindering of kwijtschelding van de opgelegde sanctie inhoudt, maar het strafbare karakter van het gepleegde feit niet raakt.

²⁵³⁰ Kamerstukken II 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 24-25.

²⁵³¹ Kamerstukken II 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 25. Zie over de gevolgen van amnestieverlening verder Van Schravendijk 1968, p. 168-172.

²⁵³² HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 33.

²⁵³³ HvJ EG 11 februari 2003, NJ 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger), r.o. 28.

²⁵³⁴ Zie punt 81 van de conclusie van de A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-297/07 (Bourquain).

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regeling inzake amnestie afwijkt van de uitleveringsrechtelijke regeling. Van de eventuele verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst de regelingen in de Europese uitleveringsverdragen bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de regeling in het Kaderbesluit uiteenzetten en de non-implementatie daarvan in de Overleveringswet bespreken. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 uit het voorgaande de conclusies trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

XIII.2 Amnestie in het uitleveringsrecht

De Europese verdragen noch de Uitleveringswet bevatten een voorziening inzake een amnestie in de *verzoekende staat*. De deskundigen die het Europees Verdrag betreffende uitlevering hebben ontworpen, hebben zich wel over amnestie in de verzoekende lidstaat gebogen, maar waren van mening dat deze mogelijkheid “need not be considered as it seemed very unlikely. Furthermore, a request for extradition in such a case would have no basis in law and would therefore have to be refused”.²⁵³⁵ Inderdaad mag men *normaliter* aannemen dat de verzoekende staat niet de uitlevering zal verzoeken ter zake van feiten waarvoor hij wegens een door hem verleende amnestie niet meer tot strafvervolgning of strafexecutie mag overgaan en inderdaad heeft de verzoekende geen belang bij uitlevering, indien hij dat desondanks toch doet.²⁵³⁶ In zoverre is het geval van amnestie in de verzoekende staat dus vergelijkbaar met het geval dat de verzoekende staat geen rechtsmacht heeft. Ik zou dan ook willen betogen dat de uitleveringsrechter onder dezelfde voorwaarden een oordeel toekomt over een amnestie in de verzoekende staat als over (het ontbreken van) rechtsmacht van de verzoekende staat (zie Hoofdstuk XII.2.1).

Het Europees Verdrag betreffende uitlevering noch de Uitleveringswet bevat een weigeringsgrond inzake amnestie in de *aangezochte staat*. Ook over dit punt hebben de ontwerpers van het verdrag zich gebogen. Zij waren van oordeel dat een dergelijke amnestie niet in de weg aan uitlevering zou moeten staan: “an amnesty generally took local or national considerations into account and should not be extended to persons whom it was not originally intended to cover. Extradition should therefore be granted”.²⁵³⁷ Deze opmerking ziet blijkbaar op een geval waarin de amnestie niet *werkelijk* van toepassing is op het door de opgeëiste persoon begane feit, bijvoorbeeld omdat de aangezochte staat voor dat feit geen rechtsmacht toekomt. Een Nederlandse amnestie ziet immers alleen op strafbare feiten waarover Nederland wél rechtsmacht toekomt.²⁵³⁸ Heeft Nederland rechtsmacht, dan zijn de “local or national considerations” waarop die amnestie berust relevant en is de amnestie ook bedoeld voor de opgeëiste persoon. In theorie zou een niet

²⁵³⁵ Summary of questions which were not dealt with in the Multilateral European Convention but were discussed, gevoegd bij het *Explanatory report*, opgenomen in R Emmelink 1990, p. 244. Zo ook Extradition: European standards 2006, p. 89 (*Explanatory report* bij het Tweede Aanvullend Protocol EUV).

²⁵³⁶ Heimgartner 2002, p. 154; Lagodny/Schomburg, § 9 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 27, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; R Emmelink 1990, p. 152; Sjöcrona & Orie 2002, p. 170; Swart 1986, p. 209; Zimmermann 2004, p. 478.

²⁵³⁷ Summary of questions which were not dealt with in the Multilateral European Convention but were discussed, gevoegd bij het *Explanatory report*, opgenomen in R Emmelink 1990, p. 244.

²⁵³⁸ Vgl. Gleß & Biehler 2002, p. 589 (“(...) da ohnehin nur schwer vorstellbar ist, daß ein Staat eine Amnestie für eine Tat erläßt, für die er keine eigene Jurisdiktion hat”).

werkelijk toepasselijke Nederlandse amnestie een rol kunnen spelen bij de analogische beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht. Men zou namelijk kunnen betogen dat, indien het feit in een analoog geval onder een Nederlandse amnestie zou vallen, deze amnestie de strafbaarheid naar Nederlands recht zou wegnemen en dat Nederland de uitlevering dan zou moeten weigeren wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid. Deze benadering stonden de ontwerpers van het verdrag niet voor.²⁵³⁹

Het Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering sluit de uitlevering uit wegens “an offence in respect of which an amnesty has been declared in the requested State and which that State had competence to prosecute under its own criminal law” (art. 4). De amnestie kan zowel op strafvordering als op tenuitvoerlegging van sancties betrekking hebben.²⁵⁴⁰ Uit art. 4 moet *a contrario* worden afgeleid dat - in elk geval in de verhoudingen tussen de partijen bij het Tweede Aanvullend Protocol - weigering wegens amnestie in de aangezochte staat niet mogelijk is, indien het feit niet onder de rechtsmacht van de aangezochte staat valt. Zoals gezegd, hadden de ontwerpers van het moederverdrag zulks al voor ogen.

Duidelijker nog dan uit art. 4 Tweede Aanvullend Protocol, blijkt uit art. 62 lid 2 SUO dat de aangezochte staat de uitlevering alleen mag weigeren wegens een amnestie voor het in het uitleveringsverzoek bedoelde feit, voor zover hem rechtsmacht toekomt voor dat feit (“Een door de aangezochte Overeenkomstsluitende Partij verleende amnestie vormt geen beletsel voor uitlevering, tenzij het strafbare feit onder de rechtsmacht van deze Partij valt”). Art. 9 EU-uitleveringsovereenkomst verbodt de uitlevering “voor een strafbaar feit, dat in de aangezochte Lid-Staat onder een amnestie valt, indien de aangezochte Lid-Staat krachtens zijn strafwetgeving bevoegd zou zijn om dat strafbare feit te vervolgen”.

Swart heeft erop gewezen dat dergelijke verdragsregels grotendeels overbodig zijn. Valt een feit namelijk werkelijk onder een in de aangezochte staat verleende amnestie, dan zal deze staat de uitlevering vrijwel steeds kunnen of moeten weigeren op grond van bepalingen inzake een aangevangen of voltooide strafvervolging in de aangezochte staat dan wel op grond van bepalingen inzake de plaats van het feit.²⁵⁴¹ Bovendien kan de aangezochte staat een beroep doen op het ontbreken van dubbele strafbaarheid, voor zover een amnestie naar zijn recht het strafbare karakter aan het feit ontnemt, zoals de Nederlandse amnestie dat doet.

De Uitleveringswet bevat geen voorziening ten aanzien van een feit dat onder een Nederlandse amnestie valt. Bij gelegenheid van de goedkeuring van het Tweede Aanvullend Protocol merkte de Minister van Justitie op dat hij aanpassing van de Uitleveringswet aan art. 4 van dat Protocol niet nodig vond,²⁵⁴² omdat “amnestieverlening in Nederland veeleer

²⁵³⁹ Swart 1986, p. 210. Eveneens tegen de relevantie van amnestie in de aangezochte staat in een geval waarin de aangezochte staat géén rechtsmacht heeft: Linke 1983, p. 57-58; R Emmelink 1990, p. 152, al merkt hij op, dat men ook kan stellen dat de aangezochte staat door de amnestie een gewijzigd oordeel uitspreekt over de strafwaardigheid van het betrokken feit; Schwaighofer 1988, p. 100-101, die opmerkt dat een amnestie een “rein innerstaatliche Gnadenfunktion” heeft en de strafwaardigheid van de gedraging niet raakt.

²⁵⁴⁰ Extradition: European standards 2006, p. 89 (*Explanatory report*).

²⁵⁴¹ Swart 1986, p. 211.

²⁵⁴² Art 3 UW dwingt de regering om, wanneer zij een van de Uitleveringswet afwijkend verdrag ter goedkeuring aan de Staten-Generaal voorlegt, tevens een voorstel tot aanpassing van deze wet te doen.

theorie dan praktijk is”.²⁵⁴³ Ter illustratie zij opgemerkt dat de meest recente Nederlandse amnestieverlening plaatsvond in 1941.²⁵⁴⁴

XIII.3 Amnestie in het overleveringsrecht

Het Kaderbesluit noch de Overleveringswet bevat een weigeringsgrond inzake amnestie in de *uitvaardigende lidstaat*.²⁵⁴⁵ Waarschijnlijk ligt daaraan de gedachte ten grondslag dat het “weinig denkbaar [is] dat een rechterlijke autoriteit van een staat de overlevering van een persoon vraagt wegens een strafbaar feit waarvoor die staat tevoren amnestie heeft verleend”.²⁵⁴⁶ Ten aanzien van een amnestie in de uitvaardigende lidstaat wegens het in het EAB bedoelde feit geldt *mutatis mutandis* hetgeen ik met betrekking tot het ontbreken van rechtsmacht van de uitvaardigende lidstaat heb opgemerkt (zie Hoofdstuk XII.3.1).²⁵⁴⁷

Het Kaderbesluit bevat een met de art. 4 Tweede Aanvullend Protocol, art. 62 lid 2 SUO en art. 9 EU-uitleveringsovereenkomst vergelijkbare regeling.²⁵⁴⁸ De uitvoerende rechterlijke autoriteit *moet* de overlevering weigeren, indien “het strafbaar feit dat aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag ligt, (...) in de *uitvoerende staat* onder een amnestie [valt] en deze staat (...) krachtens zijn strafwetgeving bevoegd [was] om dat strafbaar feit te vervolgen” (art. 3 onder 1 Kaderbesluit).²⁵⁴⁹ De lidstaten zijn verplicht om deze weigeringsgrond in hun implementatiewetgevingen op te nemen en om de toepassing daarvan dwingend te maken voor hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten. Bij die verplichte implementatie mogen zij de reikwijdte van deze dwingende weigeringsgrond uitbreiden noch beperken (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).²⁵⁵⁰

Ook het Voorstel van de Commissie bevatte een dergelijke weigeringsgrond, zij het dat deze facultatief was. Voor opname van de weigeringsgrond pleitte dat een amnestieverlening tot stand komt na een democratisch debat en dat het daarom logisch is de betrokken lidstaat toe te staan om af te zien van het verlenen van bijstand aan andere

²⁵⁴³ *Kamerstukken II* 1980/81, 15 965, nr. 5, p. 8. Zie ook Faure & Ubachs 2002, p. 366.

²⁵⁴⁴ Van Schravendijk 1968, p. 194-195. Van Schravendijk bespreekt ook nog een *Nederlands-Indische* amnestie in 1949: p. 344-347.

²⁵⁴⁵ De Ierse wetgever heeft wel voorzien in een weigeringsgrond inzake amnestie in de uitvaardigende lidstaat. Volgens de Commissie is zulks in strijd met het Kaderbesluit en roept deze weigeringsgrond het gevaar in het leven dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit steeds aanvullende gegevens moet opvragen. Ierland heeft evenwel in de vijf jaren dat het EAB in Ierland van kracht is nooit om aanvullende gegevens aangaande een amnestie in de uitvaardigende lidstaat gevraagd. “This provision therefore has no practical effect on the practical operation of the EAW”: *Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2011)430 final, p. 101.

²⁵⁴⁶ Zo de Belgische wetgever: *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 279/001, p. 10-11.

²⁵⁴⁷ Vgl. Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, *LJN* AZ1408 en AZ1411 (verweer: de strafbare feiten vallen vermoedelijk onder een amnestieregeling in de uitvaardigende lidstaat; verwerping: art. 3 onder 1 Kaderbesluit ziet alleen op een amnestie in de uitvoerende lidstaat, bovendien blijkt niet dat de opgeëiste persoon in aanmerking komt voor die regeling); Rb. Amsterdam 16 februari 2007, *LJN* BD2830 (vergelijkbare verwerping).

²⁵⁴⁸ *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 279/001, p. 11 (België); Stessens 2004-2005, p. 566.

²⁵⁴⁹ Mijn cursivering.

²⁵⁵⁰ Twee lidstaten hebben deze bepaling niet geïmplementeerd (Nederland en het Verenigd Koninkrijk): *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 8.

lidstaten die de betrokken gedragingen strafbaar *blijven* stellen.²⁵⁵¹ Kennelijk was de Commissie van mening dat een amnestieverlening de strafbaarheid van de gedragingen wegnam.

Het begrip “amnestie” is een uniform uit te leggen autonoom begrip van Unierecht, nu art. 3 onder 1 Kaderbesluit voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van dat begrip niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten.²⁵⁵² De kern van amnestie is naar mijn mening dat deze - door het bevoegde orgaan van de uitvoerende lidstaat genomen - beslissing de opgeëiste persoon maakt voor de strafrechtelijke - en andere - gevolgen van een in het verleden begaan strafbaar feit.²⁵⁵³ Daarin verschilt amnestie van de enkele strafvermindering of kwijtschelding van straf (gratie). Amnestie staat in de weg aan (verdere) strafvervolging en strafexecutie ter zake van het feit waarop de amnestie betrekking heeft.²⁵⁵⁴ Men kan zich afvragen of het Unierechtelijke begrip “amnestie” ook inhoudt dat het feit achteraf zijn strafbare karakter verliest, zoals de Commissie dat kennelijk aannam.²⁵⁵⁵ Voor een bevestigende beantwoording van deze vraag pleit dat art. 3 onder 1 Kaderbesluit geen onderscheid maakt tussen lijstfeiten, waarvan de uitvoerende lidstaat niet de dubbele strafbaarheid mag laten toetsen (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), en andere feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag stellen van de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht (art. 2 lid 4 Kaderbesluit).

De opname van de weigeringsgrond valt mijns inziens te verklaren vanuit het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen. De lidstaten wilden kennelijk het resultaat van de eigen rechtsmachttuitoefening - de nationale beslissing tot amnestieverlening - voorrang geven op de rechtsmachtaanspraak van de uitvaardigende lidstaat. De weigeringsgrond beschermt de nationale soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat: de uitvoerende lidstaat hoeft niet mee te werken aan een buitenlandse vervolging of strafexecutie, omdat een vervolging of strafexecutie in strijd zou zijn met zijn eigen rechtsopvattingen. De lidstaten achtten die bescherming kennelijk zo vanzelfsprekend dat zij daarop, anders dan de Commissie, geen uitzonderingen toelieten.

In het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning kan men de wenselijkheid van - het dwingende karakter van - de weigeringsgrond betwisten. Indien men aanneemt dat een amnestie in de zin van art. 3 onder 1 Kaderbesluit achteraf de strafbaarheid teniet doet van de gedraging waarop zij betrekking heeft, past deze weigeringsgrond niet in het systeem van het Kaderbesluit. Het beginsel van wederzijdse erkenning waarop het Kaderbesluit berust, brengt immers mee dat verschillen in de strafwetgevingen van de lidstaten niet relevant zijn voor de erkenning van een strafrechtelijke beslissing. Ook indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit naar haar eigen recht niet tot een dergelijke beslissing had kunnen komen, bijvoorbeeld omdat een amnestie het strafbare karakter aan de gedraging heeft ontnomen en daardoor in de weg staat aan vervolging en tenuitvoerlegging, moet zij die strafrechtelijke beslissing erkennen. Nu is het beginsel van wederzijdse erkenning niet in volle omvang doorgevoerd in het Kaderbesluit. Het

²⁵⁵¹ COM(2001)522 def., p. 20.

²⁵⁵² HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

²⁵⁵³ Zo ook Williams 2009, p. 173. Zie ook punt 81 van de conclusie van de A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-297/07 (Bourquain).

²⁵⁵⁴ Een gehele kwijtschelding (gratie) van de opgelegde straf heeft dat gevolg eveneens, maar wist de andere gevolgen van (de veroordeling voor) het strafbare feit niet uit, zoals opname in het strafregister of toepasselijkheid van een recidiveregeling in geval van een nieuwe veroordeling.

²⁵⁵⁵ Ontkennend Williams 2009, p. 173.

Kaderbesluit kent immers het onderscheid tussen lijstfeiten, waarvan de dubbele strafbaarheid niet mag worden getoetst (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), en andere feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag stellen van de voorwaarde van strafbaarheid naar het recht van die lidstaat (art. 2 lid 4 Kaderbesluit), maar art. 3 onder 1 Kaderbesluit houdt geen rekening met dat onderscheid. Heeft de amnestie betrekking op een lijstfeit dat onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt, dan moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit dus de overlevering weigeren. Vergeleken met het systeem van lijstfeiten en andere feiten heeft de weigeringsgrond inzake amnestie wel het voordeel dat zij alléén van toepassing is, voor zover het betrokken feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt. Ten aanzien van andere feiten dan lijstfeiten mag de uitvoerende lidstaat immers de overlevering doen weigeren wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid, ongeacht of het feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt.

In het verlengde van dit voordeel ligt echter weer een bezwaar tegen art. 3 onder 1 Kaderbesluit. Deze bepaling gaat namelijk eveneens voorbij aan het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten (art. 4 onder 7 Kaderbesluit), welk onderscheid als correctiemechanisme op de regeling van de lijstfeiten dient (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.6). Art. 3 onder 1 Kaderbesluit dwingt ook tot weigering van de overlevering, indien het lijstfeit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd. Ook indien men aanneemt dat een amnestie, als bedoeld in art. 3 onder 1 Kaderbesluit, de strafbaarheid aan de gedraging ontnemt, zou de solidariteit tussen de lidstaten in een dergelijk geval tot overlevering moeten leiden (vergelijk Hoofdstuk VII.3.3.1.2). De uitvoerende lidstaat heeft in een dergelijk geval een minder groot belang bij handhaving van zijn eigen opvatting over strafwaardig gedrag dan de uitvaardigende lidstaat op wiens grondgebied het lijstfeit is begaan. In een dergelijk geval mag de opgeëiste persoon er bovendien niet op vertrouwen dat hij geen strafrechtelijke gevolgen zal ondervinden van zijn gedrag, ook al is hij daarvan naar het recht van de uitvoerende lidstaat gevrijwaard. Neemt men daarentegen aan dat een amnestie het strafbare karakter van de gedraging onberoerd laat, dan is bezwaarlijk dat art. 3 onder 1 Kaderbesluit ook tot weigering leidt, indien de uitvaardigende lidstaat een sterkere rechtsmachtenaanspraak heeft dan de uitvoerende lidstaat, bijvoorbeeld omdat het lijstfeit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd, terwijl de rechtsmachtenaanspraak van de uitvoerende lidstaat berust op het actief nationaliteitsbeginsel. Men zou zich daarom kunnen voorstellen, dat men de weigeringsgrond had beperkt tot geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegde andere strafbare feiten dan lijstfeiten.

De Nederlandse wetgever heeft art. 3 onder 1 Kaderbesluit niet geïmplementeerd. De parlementaire geschiedenis van de Overleveringswet maakt niet duidelijk waarom implementatie achterwege is gebleven. Wel wordt in een document van de Commissie opgemerkt dat Nederland en het Verenigd Koninkrijk niet tot implementatie van deze dwingende weigeringsgrond zijn overgaan, “since there is no possibility of amnesty in those countries and so this is obviously not viewed as being contrary to the Framework Decision”.²⁵⁵⁶ Voor wat betreft Nederland is deze opmerking onjuist, gezien art. 122 lid 2

²⁵⁵⁶ Zie *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 8. Zo ook Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, L/JN AZ1411 (“Deze weigeringsgrond komt niet voor in de Overleveringswet, omdat de Nederlandse wetgeving de rechtsfiguur amnestie niet

Gw (zie paragraaf 1). Hoogstwaarschijnlijk is het achterwege laten van implementatie van art. 3 onder 1 Kaderbesluit het gevolg van de omstandigheid dat amnestieverlening weliswaar in theorie mogelijk is, maar in de praktijk al meer dan een halve eeuw niet heeft plaatsgevonden (zie paragraaf 2).²⁵⁵⁷

Zou Nederland toch weer overgaan tot het verlenen van amnestie en zou de desbetreffende regeling geen voorziening bevatten met betrekking tot overlevering, dan zou de overleveringsrechter in elk geval art. 9 lid 1 onder f OLW naar analogie kunnen toepassen.²⁵⁵⁸ Evenals de ingetreden Nederlandse vervolgings- en executieverjaring,²⁵⁵⁹ staat een amnestie immers aan de weg aan (verdere) vervolging en tenuitvoerlegging wegens het feit waarop zij betrekking heeft.²⁵⁶⁰ Bovendien zou de overleveringsrechter ten aanzien van een ander feit dan een lijstfeit een beroep kunnen doen op het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht, nu een amnestie in de Nederlandse opvatting met terugwerkende kracht de strafbaarheid aan het gepleegde feit ontnemt.²⁵⁶¹

XIII.4 Conclusie

Amnestie in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat staat in de weg aan strafvervolging en strafexecutie in die (lid)staat wegens een feit waarop die amnestie betrekking heeft. De verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat heeft in een dergelijk geval geen belang bij uit- of overlevering. Het uitleveringsrecht noch het overleveringsrecht kent dienaangaande een uitdrukkelijke voorziening. Ten aanzien van deze overeenkomst tussen het uit- en overleveringsrecht en het verschil in de mogelijkheden van een onderzoek naar en een zelfstandig oordeel over een amnestie gelden *mutatis mutandis* de conclusies die ik in Hoofdstuk XII.4 ten aanzien van het ontbreken van rechtsmacht naar het recht van de aangezochte staat/uitvaardigende lidstaat heb getrokken.

Zowel onder het uitleveringsrecht als onder het Kaderbesluit staat een amnestie in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat alléén in de weg aan uit- of overlevering wegens een feit waarvoor amnestie is verleend, indien dat feit onder de rechtsmacht van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat valt. Op dit punt komen het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit eveneens overeen. Hoewel deze weigeringsgrond valt te verklaren door het ontbreken van harmonisatie of onderlinge aanpassing van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en zij dus in zoverre geen verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, is de concrete uitwerking van die weigeringsgrond naar mijn

kent (...)); Rb. Amsterdam 16 februari 2007, *LJN* BD2830 (“Deze weigeringsgrond komt niet voor in de OLW, omdat de Nederlandse wetgeving de rechtsfiguur amnestie niet kent (...”). De in de Memorie van Toelichting opgenomen transponeringstabel meldt kennelijk abusievelijk dat art. 3 onder 1 Kaderbesluit is omgezet in art. 9 lid 1 onder e sub 1° OLW (rechterlijk gewijsde houdende veroordeling ter zake van hetzelfde feit, terwijl de opgelegde straf of maatregel al is ondergaan): *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 37. De toelichting op art. 9 OLW verwijst alleen naar art. 3 lid 2 Kaderbesluit.

²⁵⁵⁷ Zie ook Van Dorst 2004, p. 412, die opmerkt dat het ontbreken van een regeling in de Overleveringswet geen groot gemis is, omdat amnestie in Nederland in onbruik is geraakt.

²⁵⁵⁸ Glerum, par. 91.20.13 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

²⁵⁵⁹ Al brengt de wijze waarop de overleveringsrechter deze weigeringsgrond toepast mee, dat de verjaring niet daadwerkelijk hoeft te zijn ingetreden (zie Hoofdstuk XIV.3).

²⁵⁶⁰ Indien de opgeëiste persoon in Nederland al onherroepelijk ter zake van hetzelfde feit veroordeeld zou zijn, zou zich bovendien de weigeringsgrond van art. 9 lid 1 onder e 2° OLW voordoen (de bij gewijsde opgelegde straf of maatregel kan niet meer ten uitvoer gelegd worden).

²⁵⁶¹ Van Dorst 2004, p. 412, die de kwestie van een amnestie voor een lijstfeit onbeantwoord laat, omdat deze kwestie naar zijn mening te hypothetisch is om lang bij stil te blijven staan.

mening wel verbazingwekkend. Voor zover een amnestie met terugwerkende kracht de strafbaarheid van de gedraging doet vervallen, is de weigeringsgrond niet verenigbaar met de kern van het beginsel van wederzijdse erkenning, namelijk dat verschillen in opvattingen over strafwaardig gedrag niet relevant zijn. Weliswaar trekt het Kaderbesluit niet de volle consequenties uit het beginsel van wederzijdse erkenning, zoals uit het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten blijkt, maar de weigeringsgrond houdt geen rekening met dat onderscheid en met het daarmee samenhangende onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten. Ten aanzien van lijstfeiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd, heeft de uitvoerende lidstaat minder belang bij handhaving van zijn beslissing tot amnestie dan de uitvaardigende lidstaat bij strafvervolging of strafexecutie, ook al vallen die feiten onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat. In het verlengde hiervan - en los van de vraag of een amnestie de strafbaarheid van het feit wegneemt - is het bezwaarlijk dat art. 3 onder 1 Kaderbesluit tot weigering van de overlevering dwingt, ongeacht de relatieve sterkte van de rechtsmachten van de uitvoerende lidstaat ten opzichte van die van de uitvaardigende lidstaat.

De Overleveringswet wijkt af van het Kaderbesluit en daarmee ook van het uitleveringsrecht, omdat de Nederlandse wetgever art. 3 onder 1 Kaderbesluit niet heeft geïmplementeerd. Dat verschil wekt geen verbazing, omdat in Nederland amnestieverlening in theorie wel mogelijk is, maar in de praktijk in onbruik is geraakt. Zou Nederland in de toekomst weer overgaan tot het verlenen van amnestie, dan zou de overleveringsrechter de dwingende weigeringsgrond inzake verjaring naar Nederlands recht naar analogie kunnen toepassen. Evenals voor amnestie, geldt voor deze weigeringsgrond de voorwaarde van rechtsmacht, en evenals amnestie blokkeert de ingetreden verjaring (verdere) strafvervolging en strafexecutie. Bovendien zou de overleveringsrechter - in elk geval ten aanzien van andere feiten dan lijstfeiten - de overlevering kunnen weigeren op grond van het ontbreken van dubbele strafbaarheid.

HOOFDSTUK XIV Verjaring

XIV.1 Inleiding

XIV.2 Verjaring in het uitleveringsrecht

XIV.3 Verjaring in het overleveringsrecht

XIV.4 Conclusie

XIV.1 Inleiding

Zowel het uitleveringsrecht als het overleveringsrecht kent een weigeringsgrond inzake de verjaring van het recht tot strafvordering of strafexecutie in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat. Deze weigeringsgrond vloeit niet rechtstreeks voort uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. De uit- of overlevering van de opgeëiste persoon ten aanzien van wie het recht tot strafvordering of tot strafexecutie in de aangezochte staat respectievelijk de uitvoerende lidstaat door verjaring is vervallen, betekent bijvoorbeeld niet dat de opgeëiste persoon door uit- of overlevering zou worden blootgesteld aan een flagrante schending van art. 6 EVRM in de verzoekende staat respectievelijk de uitvaardigende lidstaat.²⁵⁶² Evenmin houdt de weigeringsgrond rechtstreeks verband met het *ne bis in idem* beginsel. De exceptie heeft namelijk - ook - betrekking op gevallen waarin de strafrechter nog niet definitief heeft vastgesteld dat de verjaring is ingetreden (zie Hoofdstuk X.3.2.3 en X.3.4.1). Wel is er een verband tussen het ontbreken van de harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten enerzijds en de weigeringsgrond inzake verjaring anderzijds, nu de overleveringsrechtelijke exceptie alleen van toepassing is, indien het feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt.

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regeling inzake verjaring afwijkt van de uitleveringsrechtelijke regeling. Van de eventuele verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst de regelingen in de Uitleveringswet en in de Europese uitleveringsverdragen bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de regelingen in het Kaderbesluit en de implementatie daarvan in de Overleveringswet uiteenzetten. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 de conclusies uit het voorgaande trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

²⁵⁶² Een staat schendt artikel 7 lid 1 EVRM niet, indien hij een verjaringstermijn van een nog niet ingetreden verjaring verlengt: EHRM 2 maart 1999, nrs. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (Coëme e.a./België), § 149. Het Europees Hof heeft in dit arrest de vraag onbeantwoord gelaten of de verlenging van de termijn van een reeds ingetreden verjaring in strijd met art. 7 lid 1 EVRM zou zijn (Coëme, § 149). In het arrest *Scoppola* (nr. 2) heeft het Europees Hof, mede onder verwijzing naar het arrest *Coëme*, overwogen dat de nationale rechter in redelijkheid regels van *procedurele* aard (zoals verjaringsregels) onmiddellijk mag toepassen: EHRM (Grote Kamer) 17 september 2009, nr. 10249/03 (Scoppola/Italië (nr. 2)), § 110. Desondanks is niet uitgesloten dat art. 7 lid 1 EVRM ook betrekking heeft op veranderingen in de verjaringsregels: punten 10.4.1-10.4.9 van de voordracht tot cassatie in het belang der wet van de A-G Knigge vóór HR 12 juli 2011, NJ 2012, 78, m.nt. N. Keijzer. Zie ook EHRM (Grote Kamer) 17 mei 2010, nr. 36376/04 (Kononov/Letland), § 228-233, waarin het Europees Hof de vraag of het recht tot vervolging al was verjaard in het kader van de klacht dat de veroordeling in strijd was met art. 7 lid 1 EVRM - ontkennend - beantwoordde, daardoor suggererend dat een bevestigende beantwoording tot de vaststelling van een schending zou hebben geleid. Het Europees Hof weersprak bovendien niet het uitdrukkelijke oordeel van de Kamer in eerste aanleg dat art. 7 lid 1 EVRM “in principle prevents any restoring of the possibility of punishing offenders for acts which were no longer punishable because they had already become subject to limitation”. Uit het arrest *Kononov* leidt de Minister van Justitie af dat ernstig rekening moet worden gehouden “met de mogelijkheid dat het alsnog vervolgbaar maken van een verjaard strafbaar feit verdragsrechtelijk niet toelaatbaar is” (*Kamerstukken I* 2011/12, 32 890, B, p. 26; wetsvoorstel tot aanpassing van de regeling van de vervolgingsverjaring).

XIV.2 Verjaring in het uitleveringsrecht

Inleiding

Art. 9 lid 1 onder e UW bepaalt dat de uitlevering niet is toegestaan ter zake van een feit waarvoor “naar Nederlands recht wegens verjaring geen vervolging, of, zo de uitlevering is gevraagd ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel, geen bestraffing meer kan plaatshebben”. Deze bepaling noemt alleen de *in Nederland* ingetreden vervolgings- of executieverjaring als grond tot weigering van de uitlevering, niet de in verzoekende staat ingetreden verjaring.

Het Benelux uitleveringsverdrag bevatte eveneens een weigeringsgrond die zich tot de verjaring in de *aangezochte staat* beperkte (art. 9 BUV). Als reden voor deze beperking voerde het *Gemeenschappelijk commentaar van de drie regeringen* aan, dat de verzoekende staat in geval van een naar zijn recht ingetreden verjaring vanzelfsprekend geen verzoek om uitlevering zou indienen.²⁵⁶³ Het Europees Verdrag betreffende uitlevering daarentegen verbiedt de uitlevering ook in geval van verjaring in de *verzoekende staat*: “Extradition shall not be granted when the person claimed has, according to the law of either the requesting or the requested Party, become immune by reason of lapse of time from prosecution or punishment”.²⁵⁶⁴ Dat deze bepaling eist dat de verzoekende staat de opgeëiste persoon nog mag vervolgen of de aan hem opgelegde vrijheidssanctie nog ten uitvoer mag leggen, is begrijpelijk, omdat de uitlevering zonder een dergelijk vervolgings- of executierecht haar doel niet zou kunnen dienen en dus niet in het belang van de verzoekende staat zou kunnen zijn,²⁵⁶⁵ maar is tegelijkertijd overbodig, omdat het niet voor de hand ligt om aan te nemen dat de verzoekende staat een verzoek tot uitlevering zou doen, indien hij dat recht zou missen. Het *Explanatory report* meldt dan ook dat de meeste deskundigen van mening waren, dat het niet aan de aangezochte staat was om - zelfstandig - een oordeel te vormen over de verjaring in de verzoekende staat, maar dat de aangezochte staat op dit punt een beslissing van de verzoekende staat zou moeten vragen.²⁵⁶⁶ Op mededelingen van de verzoekende staat aangaande de verjaring naar zijn recht mag de uitleveringsrechter afaan,²⁵⁶⁷ behoudens evidente misslagen. De uitleveringsrechter hoeft in zijn uitspraak niet te doen blijken van een

²⁵⁶³ R Emmelink 1990, p. 293.

²⁵⁶⁴ Art. 1 van het op 20 september 2012 tot stand gekomen Vierde Aanvullend Protocol handhaaft de verplichte weigeringsgrond inzake verjaring in de verzoekende staat “for the rare cases where a Party fails to withdraw an extradition request, despite this immunity” (*Explanatory Report*, par. 11; beschikbaar op www.conventions.coe.int). In verband met deze weigeringsgrond dienen de door de verzoekende staat over te leggen stukken een verwijzing te bevatten naar “provisions relating to lapse of time”. De beoordeling van de verjaring naar het recht van de verzoekende staat “should be based on the assessment made by that Party of lapse of time according to its own law” en in “the rare cases that the requested Party has reason to believe that immunity by reason of lapse of time might have been acquired, is should request information on this question from the requesting Party itself” (*Explanatory Report*, par.26 en par. 12).

²⁵⁶⁵ Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 9 Uitleveringswet, aant. 6c; Sjöcrona & Orié 2002 p. 160; Swart 1986, p. 198.

²⁵⁶⁶ Extradition: European standards 2006, p. 27.

²⁵⁶⁷ HR 1 juli 1997, *DD* 97.330. Zie ook HR 11 november 2008, *NJ* 2008, 595, *LJN* BC9546, r.o. 3.5.2 (niet in *NJ*; uit de inlichtingen die de verzoekende staat heeft verstrekt, leidt de Hoge Raad af dat de vervolgingsverjaring niet is ingetreden); HR 17 maart 2009, *LJN* BH3181, r.o. 2.1-2.4 (uit een brief van de autoriteiten van de verzoekende staat blijkt dat de executieverjaring is ingetreden: de Hoge Raad verklaart de uitlevering ontoelaatbaar).

onderzoek naar de verjaring naar het recht van de verzoekende staat, indien de opgeëiste persoon daarop geen beroep heeft gedaan.²⁵⁶⁸

Verjaring in aangezochte staat

Naar Nederlandse opvattingen steunt het instituut van de verjaring op twee pijlers: (1) de gedachte dat het in de regel na een bepaald tijdsverloop niet meer nodig is met vervolging en bestraffing te reageren op de door het strafbare feit veroorzaakte verstoring van de rechtsorde en (2) het ervaringsgegeven dat door tijdsverloop het bewijs kan vervagen.²⁵⁶⁹ In de context van uitlevering gaat het evenwel om een strafbaar feit dat - in elk geval - een inbreuk vormt op de rechtsorde van de *verzoekende staat*. Indien het uitleveringsverzoek strekt tot strafvervolging, meent de *verzoekende staat* over voldoende bewijs te beschikken om een strafvervolging te rechtvaardigen. Voor de toepassing van art. 10 EUV en art. 9 lid 1 onder e UW doet niet ter zake of het feit onder de rechtsmacht van de aangezochte staat valt. Indien de aangezochte staat ook rechtsmacht heeft over het feit, kan hij de uitlevering al op grond van andere bepalingen weigeren, bijvoorbeeld art. 6 EUV (de opgeëiste persoon is onderdaan van de aangezochte staat en het feit valt op grond van het actief nationaliteitsbeginsel onder de rechtsmacht van die staat), art. 7 lid 1 EUV (het feit is geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de aangezochte staat begaan) of art. 8 EUV (het feit vormt onderwerp van een lopende vervolging wegens hetzelfde feit in de aangezochte staat). De weigeringsgrond betreft dus ook gevallen waarin Nederland géén rechtsmacht heeft en dus niet een vervolging heeft kunnen instellen, laat staan tot een voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling heeft kunnen komen. Gezien de onderbouwing van het Nederlandse instituut verjaring, rijst dan ook de vraag wat de ratio is van de uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de *aangezochte staat*.

De eis dat de verjaring niet is ingetreden naar het recht van de aangezochte staat, betekent dat de uitlevering - in zoverre - is onderworpen aan de voorwaarde van dubbele vervolgbaarheid. Traditioneel worden voor de voorwaarde van dubbele vervolgbaarheid twee rechtvaardigingen gegeven. De eerste rechtvaardiging is de handhaving van de wederkerigheid. Indien de verjaring naar het recht van de aangezochte staat zou zijn ingetreden, zou deze staat in een omgekeerd analoog geval niet de uitlevering kunnen verkrijgen van de verzoekende staat. Ook de tweede rechtvaardiging houdt verband met de soevereiniteit van de aangezochte staat. Deze staat wenst immers te voorkomen dat hij gedwongen wordt mee te werken aan de strafvervolging of tenuitvoerlegging in de verzoekende staat, wanneer die strafvervolging of tenuitvoerlegging in strijd met zijn eigen rechtsopvattingen zou zijn.

Uit de kamerstukken blijkt niet wat de Nederlandse wetgever als rechtvaardiging van de weigeringsgrond heeft gezien. Het lijkt mij niet aannemelijk dat hij de handhaving van de wederkerigheid als een zelfstandige reden voor de weigeringsgrond heeft beschouwd. De Uitleveringswet bevat op het punt van de dubbele vervolgbaarheid namelijk alléén de exceptie inzake verjaring.²⁵⁷⁰ Andere omstandigheden die evenzeer de vervolgbaarheid

²⁵⁶⁸ HR 17 maart 1981, *NJ* 1981, 368, r.o. 5; HR 19 september 1983, *NJ* 1984, 114, r.o. 4.3; HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 387, r.o. 4.1.

²⁵⁶⁹ HR 4 oktober 2005, *NJ* 2006, 611, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.4; HR 13 maart 2012, *NJ* 2012, 191 en LjN BU8746, r.o. 3.2. Deze tweede pijler is redelijkerwijs alleen van belang voor de vervolgingsverjaring. In geval van executieverjaring is de betrokkene immers al onherroepelijk veroordeeld.

²⁵⁷⁰ Swart 1986, p. 188.

naar het recht van de aangezochte staat raken, zoals het ontbreken van rechtsmacht en het ontbreken van een klacht, indien naar het recht van de aangezochte staat het klachtvereiste geldt, leveren noch onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering noch onder de Uitleveringwet een grond tot weigering van de uitlevering op. Onder deze omstandigheden zou de aangezochte staat in een omgekeerd analoog geval niet de uitlevering van de verzoekende staat hebben kunnen verkrijgen. Desondanks bestaat in beginsel de verplichting tot uitlevering. Zou de verjaringsexceptie berusten op de wens om de wederkerigheid te handhaven, dan had men mogen verwachten dat ook deze andere omstandigheden als weigeringsgronden zouden fungeren, althans dat de beperking tot verjaring gemotiveerd zou zijn.

De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de tweede rechtvaardiging, die hij ook als ratio van het beginsel van dubbele strafbaarheid ziet: “voorkomen dat de aangezochte partij zou moeten medewerken aan het handhaven van normen die met de eigen rechtsopvattingen in strijd zijn, of waarbij althans een strafsanctie misplaatst wordt geacht” (zie Hoofdstuk VII.2.1).²⁵⁷¹ Evenals de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht, vindt de beoordeling van de verjaring naar Nederlands recht plaats aan de hand van het recht, zoals dat geldt ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek.²⁵⁷² Zoals bij de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht niet relevant is of het feit al strafbaar was naar het recht dat ten tijde van het begaan van het feit gold, is bij de beoordeling van de verjaring naar Nederlands recht niet van belang of de verjaring al was ingetreden naar het recht dat ten tijde van het begaan van het feit gold.²⁵⁷³ Zulks is niet in strijd met art. 7 lid 1 EVRM, omdat deze bepaling niet van toepassing is op uitlevering (zie Hoofdstuk II.4.3).²⁵⁷⁴ Evenals bij de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht, vindt bij de beoordeling van de verjaring naar Nederlands recht analogische transformatie plaats: zou het recht tot strafvordering of het recht tot strafexecutie in een analoog geval door verjaring zijn vervallen?²⁵⁷⁵ Daarbij dient onder meer te worden betrokken of handelingen van de autoriteiten van de verzoekende staat, waren zij verricht door Nederlandse autoriteiten, naar Nederlands recht de verjaring zouden hebben gestuit of geschorst.²⁵⁷⁶ De beoordeling van verjaring naar Nederlands recht heeft dus een denkbeeldig karakter. Het gaat er niet om of Nederland daadwerkelijk (nog) het recht tot strafvordering of tot strafexecutie kan uitoefenen ter zake van het in het

²⁵⁷¹ HR 1 juli 1977, *NJ* 1977, 601, m.nt. ThWvV.

²⁵⁷² HR 1 juli 1977, *NJ* 1977, 601, m.nt. ThWvV; HR 11 november 2008, *NJ* 2008, 595, r.o. 3.5.3. Zo ook reeds Gerechtshof 's-Gravenhage 31 januari 1974, *NJ* 1974, 303, m.nt. ThWvV.

²⁵⁷³ HR 1 juli 1977, *NJ* 1977, 601, m.nt. ThWvV; HR 11 november 2008, *NJ* 2008, 595, r.o. 3.5.3.

²⁵⁷⁴ Anders kennelijk Rb. Haarlem 23 februari 2012, *LJN* BV9341, die, met een beroep op art. 7 lid 1 EVRM en HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. N. Keijzer (strafzaak), bij de beoordeling van de verjaring naar Nederlands recht geen terugwerkende kracht toekent aan de wijziging van art. 72 lid 1 Sr (schrapping van het betekenis- en bekendheidsvereiste). Zie over wijziging van de verjaringsregels na het begaan van het feit ook HR 10 april 2012, *LJN* BW1361 (strafzaak).

²⁵⁷⁵ Swart 1986, p. 200-204. Zie ook art. 1 Vierde Aanvullend Protocol, op grond waarvan de aangezochte staat bij de beoordeling van de verjaring naar zijn recht in aanmerking moet nemen “in accordance with its law, any acts or events that have occurred in the requesting Party, in so far as acts or events of the same nature have the effect of interrupting or suspending time-limitation in the requested Party.”

²⁵⁷⁶ Art. 72 lid 1 Sr stelt niet de eis dat de daad van vervolging de verdachte betekend is of hem anderszins bekend is. Bovendien werkt de stuiting ook ten aanzien van de al dan niet bekende mededaders van de vervolgte. Een *criminal indictment* stuit dus de verjaring, ook al was de opgeëiste persoon daarin nog niet als verdachte aangemerkt: HR 3 juli 2012, *NJ* 2012, 454, r.o. 2.5-2.6.

uitleveringsverzoek bedoelde feit, evenmin als het er bij de beoordeling van de strafbaarheid naar Nederlands recht om gaat of dit feit werkelijk strafbaar is.

Dit denkbeeldige karakter vindt bevestiging in verdragsrechtelijke regelingen die voorschrijven dat het onderzoek naar de stuiting of schorsing van de verjaring - ook die van de verjaring naar het recht van de aangezochte staat - uitsluitend plaatsvindt aan de hand van de rechtsregels inzake stuiting en schorsing van de verzoekende staat: art. V lid 1 Overeenkomst van Wittem en art. 62 lid 1 SUO.²⁵⁷⁷ De *Toelichtende Nota* bij de Overeenkomst van Wittem merkt op dat de regeling past bij de “opvatting dat de procedure van het uitleveringsrecht geen procedure is ter vaststelling van de vervolgbaarheid van de opgeëiste persoon naar het recht van de aangezochte staat, maar een procedure met het oog op de vervolgingsaanspraken van de verzoekende staat”.²⁵⁷⁸ Een en ander strookt met hetgeen ik in Hoofdstuk II.4.3 heb uiteengezet over het karakter van de uitleveringsprocedure: de uitleveringsprocedure heeft niet een strafrechtelijk karakter. Onder de bedoelde regelingen is het Nederlandse recht nog wel van toepassing op de duur van de verjaringstermijn,²⁵⁷⁹ die moet worden vastgesteld aan de hand van het analogisch getransformeerde feit.²⁵⁸⁰

Aangenomen dat de verzoekende staat niet zal overgaan tot het indienen van een uitleveringsverzoek, indien naar zijn wetgeving het recht tot strafvordering of strafexecutie al door verjaring is vervallen, zal de toepassing van zijn recht op de stuiting en schorsing van de verjaring in de aangezochte staat de uitlevering veelal vergemakkelijken. Toepassing van het recht van de verzoekende staat brengt immers mee dat handelingen die de autoriteiten van *die staat* hebben verricht en die de verjaring naar het recht van *die staat* stuiten of schorsen, zonder meer de verjaring naar het recht van de *aangezochte staat* stuiten of schorsen (althans voor zover op het moment van het verrichten van die handeling de verjaringstermijn naar het recht van de aangezochte staat nog niet was verstreken).²⁵⁸¹

Indien de opgeëiste persoon geen beroep op de verjaring naar Nederlands recht doet en de stukken geen grond geven voor een ernstig vermoeden dat deze verjaring zou zijn ingetreden, hoeft de uitleveringsrechter in zijn uitspraak niet te doen blijken dat hij deze weigeringsgrond ambtshalve heeft onderzocht.²⁵⁸²

Ingevolge art. 10 EUV en art. 9 lid 1 onder e UW mag noch het recht tot strafvordering noch het recht tot strafexecutie verjaard zijn. Ook als het uitleveringsverzoek tot tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf strekt, moet de uitlevering dus worden geweigerd, indien ten tijde van de veroordeling het recht tot strafvordering al naar het recht van de aangezochte staat was verjaard.²⁵⁸³ Zulks is in overeenstemming met de ratio van de weigeringsgrond. Uitlevering ter fine van executie zou immers in strijd met de Nederlandse

²⁵⁷⁷ In de relatie met Duitsland verving art. 62 SUO art. V Overeenkomst van Wittem: *Trb.* 1995, 89.

²⁵⁷⁸ *Kamerstukken II* 1979/80, 16 151, nr. 1, p. 4.

²⁵⁷⁹ *Kamerstukken II* 1981, 16 433, nr. 5, p. 10.

²⁵⁸⁰ Indien het uitleveringsverzoek betrekking heeft op een complex van samenhangende gedragingen, moet voor wat betreft de verjaringstermijn worden uitgegaan van de zwaarste strafbepaling: HR 10 juni 2003, *NJ* 2003, 610, r.o. 4.2 en HR 3 juli 2012, *NJ* 2012, 454, r.o. 2.2.1 (Amerikaanse uitleveringszaken).

²⁵⁸¹ Zie bijvoorbeeld HR 23 januari 2001, *LJN* AA9606 (een Duits *Beschluss* houdende wijziging van het *Haftbefehl* stuit de Duitse en de Nederlandse verjaringstermijnen); HR 21 januari 1986, *NJ* 1986, 482 (een Duitse *Aufschub der Vollstreckung* schorst de Nederlandse executieverjaringstermijn).

²⁵⁸² HR 14 mei 1991, *NJ* 1991, 730, r.o. 4.1.2 (executieverjaring naar Nederlands recht).

²⁵⁸³ HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 57, r.o. 5.3.1 (art. 10 EUV); HR 3 maart 1987, *NJ* 1988, 1003, m.nt. AHJS, r.o. 5.3-5.4 (art. 9 BUV).

rechtsopvattingen zijn, indien het vanwege de verjaring van het recht tot strafvordering niet tot een veroordeling had mogen komen.²⁵⁸⁴

Peilmoment verjaring

Voor de *uitleveringsrechter* is het peilmoment waarop hij de verjaring moet beoordelen het moment waarop hij zijn uitspraak over de toelaatbaarheid van de uitlevering doet.²⁵⁸⁵ Voor zover de uitleveringsrechter de uitlevering toelaatbaar heeft verklaard, zal de *Minister van Justitie* - ook - rekening moeten houden met de mogelijke intreding van de verjaring na het tijdstip waarop de uitspraak van de uitleveringsrechter onherroepelijk is geworden.²⁵⁸⁶ Hoewel art. 10 EUV en art. 9 lid 1 onder e UW dit - anders dan art. 9 BUV - niet uitdrukkelijk bepalen, is het peilmoment voor de toepasselijkheid van de weigeringsgrond namelijk het moment van de feitelijke uitlevering, omdat alle uitleveringsvoorwaarden moeten worden beoordeeld naar de stand van zaken op dat moment, tenzij het verdrag anders bepaalt.²⁵⁸⁷

Art. 8 EU-uitleveringsovereenkomst

Teneinde de uitlevering te vergemakkelijken,²⁵⁸⁸ schafte de nooit in werking getreden EU-uitleveringsovereenkomst de weigeringsgrond inzake verjaring naar het recht van de aangezochte lidstaat in beginsel af (art. 8 lid 1). In beginsel, omdat die uitsluiting *facultatief* was. De aangezochte lidstaat had namelijk de *mogelijkheid* om de uitlevering toch te weigeren wegens verjaring naar zijn recht, indien het verzoek om uitlevering betrekking had op feiten die krachtens zijn strafwetgeving onder zijn rechtsmacht vielen (art. 8 lid 2).²⁵⁸⁹ In verband met de EU-uitleveringsovereenkomst werd aan art. 9 UW een vierde lid toegevoegd. Op grond van art. 9 lid 4 UW lijdt het bepaalde in art. 9 lid 1 onder e UW uitzondering, voor zover krachtens het toepasselijke verdrag de uitlevering niet kan worden geweigerd uitsluitend vanwege verjaring naar het recht van de aangezochte staat. Gezien de *facultatieve* formulering van art. 8 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst en gezien art. 9 lid 4 UW, was de toepassing van de weigeringsgrond voorbehouden aan de Minister van Justitie.²⁵⁹⁰ Uit de

²⁵⁸⁴ Voor de beoordeling van de executieverjaring is van belang op welk moment het buitenlandse vonnis voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden. Het recht van de verzoekende staat is in dezen bepalend. Op een mededeling van de verzoekende staat inzake het tijdstip waarop het vonnis voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden, moet de uitleveringsrechter vertrouwen: HR 20 mei 2008, *LJN* BD1904, r.o. 3.4.

²⁵⁸⁵ Swart 1986, p. 197. Als *cassatierechter* treedt de Hoge Raad niet in de beoordeling van de vraag of de verjaring ná de uitspraak van de rechtbank is ingetreden, omdat die beoordeling een zodanig onderzoek zou vergen naar omstandigheden van feitelijke aard als waarvoor in cassatie geen plaats is: HR 1 juli 1981, *NJ* 1981, 665, m.nt. ThWvV, r.o. 4. In HR 17 maart 2009, *LJN* BH3181, r.o. 2.1-2.4, vernietigde de Hoge Raad evenwel ambtshalve de uitspraak van de rechtbank en verklaarde hij de uitlevering ontoelaatbaar wegens de na de uitspraak van de rechtbank ingetreden executieverjaring naar het recht van de verzoekende staat. In deze zaak hoefde hij echter geen onderzoek van feitelijke aard te verrichten, nu de verzoekende staat eigener beweging had gemeld dat de executieverjaring was ingetreden.

²⁵⁸⁶ Ook, omdat de Minister van Justitie niet gebonden is aan het oordeel van de uitleveringsrechter dat de verjaring ten tijde van zijn uitspraak nog niet ingetreden was.

²⁵⁸⁷ Swart 1986, p. 197. Ook Dewulf 2009, p. 81-82, merkt de feitelijke uitlevering als het peilmoment aan. Anders Linke 1983, p. 54 (beslissend is het moment van “die Entscheidung”).

²⁵⁸⁸ *PbEG* 1997, C 191/21.

²⁵⁸⁹ Art. 1 van het Vierde Aanvullend Protocol bevat een - onder meer - op art. 8 EU-uitleveringsovereenkomst gebaseerde regeling: de aangezochte staat mag de uitlevering niet weigeren wegens verjaring naar zijn recht, maar elke partij mag zich - bij de ondertekening, ratificatie etc. - het recht voorbehouden om deze bepaling niet toe te passen, indien a) zij rechtsmacht heeft over het feit en/of b) haar nationale recht uitdrukkelijk de uitlevering verbiedt in geval van verjaring naar haar recht.

²⁵⁹⁰ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 697, nr. 5, p. 11.

parlementaire stukken blijkt niet waarom de wetgever de facultatieve weigeringsgrond niet dwingend invulde (art. 9 lid 4 UW). Een mogelijke verklaring is dat Nederlandse rechtsmacht over het feit waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft, in het algemeen alleen de Minister van Justitie regardeert (art. 8 EUV jo. art. 9 lid 1 onder a en lid 2 UW; art. 7 lid 1 EUV).²⁵⁹¹

Denkbeeldige en werkelijke verjaring in aangezochte staat

Swart heeft betoogd dat bij de beoordeling van de verjaring naar Nederlands recht steeds onderscheid moet worden gemaakt tussen de *werkelijke* verjaring - de verjaring, indien het feit ook onder de rechtsmacht van de aangezochte staat valt - en de hierboven besproken *denkbeeldige* verjaring. De intreding van de verjaring naar één van beide vormen staat aan de uitlevering in de weg.²⁵⁹² De beoordeling van de werkelijke verjaring naar Nederlands recht heeft een ander karakter dan de beoordeling van de denkbeeldige verjaring. Het Nederlandse recht inzake verjaringstermijnen, stuiting en schorsing is niet van toepassing op een analogisch geval, maar op het voorliggende geval.²⁵⁹³ Nu art. 72 Sr alleen betrekking lijkt te hebben op handelingen van *Nederlandse* autoriteiten (tenzij de buitenlandse autoriteiten op verzoek van Nederland hebben gehandeld in het kader van rechtshulp),²⁵⁹⁴ zijn de handelingen die de autoriteiten van de verzoekende staat hebben verricht niet van belang voor de stuiting of schorsing van de werkelijke verjaring naar Nederlands recht.²⁵⁹⁵ In de opvatting van Swart hebben regelingen als art. V lid 1 Overeenkomst van Wittem (en art. 62 lid 1 SUO) dan ook geen betrekking op de beoordeling van de *werkelijke* verjaring.²⁵⁹⁶

Op dit punt vindt hij de Hoge Raad evenwel niet aan zijn zijde. De Hoge Raad heeft namelijk het standpunt verworpen dat art. 62 lid 1 SUO toepassing mist in gevallen waarin Nederland zelf rechtsmacht had kunnen uitoefenen, omdat de tekst van die bepaling geen aanknopingspunt biedt voor een dergelijke beperkte lezing.²⁵⁹⁷ Ter ondersteuning van dit oordeel doet de Hoge Raad nog een beroep op de volgende redenering. De omstandigheid dat de EU-uitleveringsovereenkomst weigering van de uitlevering op grond van verjaring naar het recht van de aangezochte lidstaat uitsluit (art. 8 lid 1), maar de aangezochte lidstaat desondanks de mogelijkheid biedt om de uitlevering te weigeren wegens verjaring naar zijn recht “indien het verzoek om uitlevering betrekking heeft op feiten die krachtens de strafwetgeving van deze Lid-Staat onder zijn rechtsmacht vallen” (art. 8 lid 2), duidt er op dat “de rechtsmacht van Nederland ter zake van de feiten waarvoor de uitlevering is verzocht niet van belang is bij de rechterlijke beoordeling van de toelaatbaarheid van de

²⁵⁹¹ Vgl. punt 28 van de conclusie van de A-G Wortel vóór HR 23 januari 2001, *LJN* AA9606.

²⁵⁹² Swart 1986, p. 199-200, met verwijzingen naar Duitstalige literatuur. Zo ook Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 9 Uitleveringswet, aant. 6b; Sjöcrona & Orië 2002, p. 160-161.

²⁵⁹³ Swart 1986, p. 208.

²⁵⁹⁴ Het verzoek om rechtshulp zelf zou men ook al als een daad van vervolging kunnen aanmerken: Rb. Haarlem 4 augustus 2010, *LJN* BN5169.

²⁵⁹⁵ Machielse, aant. 6 op art. 72 Sr (suppl. 136, augustus 2006) in: Noyon-Langemeijer-Remmelink; Swart 1986, p. 208. Door het verrichten van de daad van vervolging brengt de *buitenlandse* autoriteit niet tot uitdrukking dat de inbreuk op de *Nederlandse* rechtsorde (nog steeds) strafvervolging vereist. Vgl. HR 4 oktober 2005, *NJ* 2006, 611, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.4; HR 13 maart 2012, *NJ* 2012, 191 en *LJN* BU8746, r.o. 3.2.

²⁵⁹⁶ Swart 1986, p. 208.

²⁵⁹⁷ HR 23 januari 2001, *LJN* AA9606, r.o. 4.5.

uitlevering, indien het toepasselijke verdrag de verjaring naar het recht van de aangezochte staat als grond voor weigering van de uitlevering inperkt”.²⁵⁹⁸

Zoals gezegd, brengt art. 9 lid 4 UW, in samenhang met art. 8 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst, mee dat de toepassing van de weigeringsgrond is voorbehouden aan de *Minister van Justitie*. Kennelijk ziet de Hoge Raad hierin de bevestiging van een algemene regel dat in geval van inperking van de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de aangezochte staat de omstandigheid dat het feit tevens onder de rechtsmacht van die staat valt niet een factor die relevant is voor de beoordeling van die weigeringsgrond door de *uitleveringsrechter*. Ook volgens de A-G Wortel mag alleen de Minister van Justitie aanleiding zien tot weigering van de uitlevering in de omstandigheid dat in Nederland een strafvervolgning zou kunnen worden ingesteld ter zake van het feit waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft (art. 8 EUV).²⁵⁹⁹

De Hoge Raad spreekt alleen over gevallen waarin het toepasselijke verdrag de weigeringsgrond *inperkt*. Strikt genomen ziet de overweging dus niet op gevallen waarin Nederland rechtsmacht heeft over het feit en het toepasselijke verdrag de reikwijdte van de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de aangezochte staat niet inperkt. Ik betwijfel of in een dergelijk geval de opvatting van Swart wel opgaat. Zou ook dan de werkelijke verjaring naar Nederlands recht moeten worden onderzocht, zoals Swart heeft bepleit, dan zouden de verjaringsregels, zoals deze luiden ten tijde van de beslissing van de uitleveringsrechter, niet zonder meer doorslaggevend zijn. In een Nederlandse *strafzaak* is een wijziging van de verjaringsregels na het begaan van het feit namelijk direct van toepassing, met dien verstande dat zo een wijziging een op grond van de oude regels ingetreden verjaring niet ongedaan kan maken.²⁶⁰⁰ De Hoge Raad heeft zich in een *uitleveringszaak* echter uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat de uitleveringsrechter bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de gevraagde uitlevering moet uitgaan van de stand van het recht ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek, *ook indien het recht tot strafvordering op grond van de wet die gold ten tijde van het begaan van het feit, al door verjaring was vervallen*.²⁶⁰¹ Weliswaar betreft het arrest een geval waarin het feit niet onder de Nederlandse rechtsmacht viel, maar de Hoge Raad heeft in de bedoelde overweging geen voorbehoud gemaakt voor gevallen waarin Nederland wel rechtsmacht had kunnen uitoefenen. Meer in het algemeen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de uitleveringsrechter bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de uitlevering moet uitgaan van de stand van het recht ten tijde van de beslissing op het uitleveringsverzoek.²⁶⁰² Ook in deze arresten, die overigens geen betrekking hadden op verjaring naar het recht van de aangezochte staat, vielen de feiten niet onder de Nederlandse rechtsmacht, maar ook in deze arresten heeft de Hoge Raad geen voorbehoud gemaakt voor gevallen waarin Nederland wel rechtsmacht had kunnen uitoefenen. De rechtspraak lijkt dus ook in zoverre geen steun aan de opvatting van Swart te bieden. Bovendien draait het in de uitleveringsprocedure niet om de beantwoording van de vraag of Nederland de opgeëiste persoon werkelijk kan bestraffen ter zake van het feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht, ook niet indien Nederland werkelijk rechtsmacht kan uitoefenen,

²⁵⁹⁸ HR 23 januari 2001, *LJN* AA9606, r.o. 4.5.

²⁵⁹⁹ Punt 28 van zijn conclusie vóór HR 23 januari 2001, *LJN* AA9606.

²⁶⁰⁰ HR 29 januari 2010, *NJ* 2010, 231, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.5.2; HR 16 februari 2010, *NJ* 2010, 232, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 2.3; HR 10 april 2012, *LJN* BW1361, r.o. 2.4 (met betrekking tot de schraping van het vereiste dat de daad van vervolging de verdachte bekend is of aan hem betekend is).

²⁶⁰¹ HR 11 november 2008, *LJN* BC9546, *NJ* 2008, 595, r.o. 3.5.3 (niet in de *NJ*).

²⁶⁰² HR 8 juli 2003, *LJN* AE5288, r.o. 3.2.2; HR 18 november 2003, *LJN* AH8601, r.o. 3.4.2; HR 20 mei 2008, *LJN* BD1852, r.o. 3.2.

maar om de beoordeling of Nederland al dan niet een buitenlandse strafvervolgning of strafexecutie zal ondersteunen.²⁶⁰³ Ten slotte kan de omstandigheid van Nederlandse rechtsmacht al aanleiding geven tot de toepassing van andere weigeringsgronden dan de weigeringsgrond inzake verjaring. Ik kom dan ook tot de conclusie dat de omstandigheid dat Nederland rechtsmacht heeft over het in het uitleveringsverzoek bedoelde feit niet tot een beoordeling van de *werkelijke* verjaring noopt.

XIV.3 Verjaring in het overleveringsrecht

Op grond van art. 4 onder 4 Kaderbesluit mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren, indien “de strafvervolgning of de straf” verjaard is naar het recht van de uitvoerende lidstaat én het feit naar het recht van die lidstaat onder zijn rechtsmacht valt. Naar haar inhoud komt deze bepaling overeen met art. 8 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst.²⁶⁰⁴ Nu de weigeringsgronden *limitatief* in de art. 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit staan,²⁶⁰⁵ is verjaring naar het recht van de *uitvaardigende* lidstaat géén grond tot weigering van de overlevering.²⁶⁰⁶ Op dit punt wijkt het Kaderbesluit dus af van het Europees Verdrag betreffende uitlevering.²⁶⁰⁷ Het ontbreken van een weigeringsgrond inzake verjaring in de uitvaardigende lidstaat is een logisch uitvloeisel van de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten.²⁶⁰⁸ Het EAB bevat overigens al de mededeling van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit dat de verjaring naar het recht van de uitvaardigende lidstaat - in elk geval ten tijde

²⁶⁰³ Zo ook het Duitse *Bundesgerichtshof* dat onder artikel 10 EUV in geval van concurrerende rechtsmacht analogische transformatie van buitenlandse vervolgingshandelingen wel toelaatbaar achtte: *Bundesgerichtshof* 26 juli 1984, *BGHSt* 33, 26.

²⁶⁰⁴ Murschetz 2007a, p. 323 (die evenwel abusievelijk naar art. 8 lid 1 verwijst); Zeder 2003, p. 383.

²⁶⁰⁵ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

²⁶⁰⁶ Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AZ7230 (“De beoordeling of bedoelde feiten naar Zweeds recht zijn verjaard staat niet ter beoordeling van de Nederlandse overleveringsrechter”). Anders Murschetz 2007a, p. 324, die de vervolgbaarheid naar het recht van de uitvaardigende lidstaat als een logische en daarom niet apart te regelen voorwaarde voor overlevering beschouwt. In deze zin ook *Oberlandesgericht* Stuttgart 30 november 2004, 3 *Ausl* 103/2004, beschikbaar op www.olg-stuttgart.de: “Der Auslieferung der Verfolgten stünde es indes entgegen, wenn nach dem Recht der Tschechischen Republik Strafverfolgungsverjährung eingetreten wäre. Die Verfolgbarkeit der Tat bzw. die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses im ersuchenden Staat ist eine Grundvoraussetzung jeder Auslieferung (...). Dass weder Art. 8 des Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 noch § 83a IRG in der Fassung des Europäischen Haftbefehlsgesetzes eine Mitteilung des Zeitpunkts des Verjährungseintritts oder der hierfür maßgeblichen Umstände und Bestimmungen fordern, ändert deshalb nichts an der Verpflichtung, bestehenden Zweifeln nachzugehen und erforderlichenfalls dem ersuchenden Staat Gelegenheit zur Beibringung ergänzender Unterlagen zu geben (...)”.

²⁶⁰⁷ Blekxtoon 2005, p. 236.

²⁶⁰⁸ Blekxtoon 2004a, p. 27; Blekxtoon 2005, p. 236; Glerum & Rozemond 2008a, p. 219. Zo ook Rb. Amsterdam 13 april 2007, *LJN* BD2814, al sluit zij niet geheel de deur voor toetsing: “Voorop staat dat de rechtbank op basis van het vertrouwensbeginsel behoudens concrete aanwijzingen van het tegendeel ervan uit dient te gaan dat de executie van het vonnis ten behoeve waarvan de overlevering wordt verzocht niet is verjaard”. Zie in deze zin ook Keijzer 2009a, p. 29 (“in the absence of indications to the contrary”). In een aantal zaken heeft de Rechtbank Amsterdam nadere informatie ingewonnen over de verjaring naar het recht van de uitvaardigende lidstaat, omdat uit de stukken een ernstig en rechtstreeks vermoeden zou voortvloeien dat die verjaring was ingetreden, maar uit de verschaft nadere informatie bleek telkens dat daarvan toch geen sprake was. Zie de door Glerum 2005, p. 67 en Glerum & Rozemond 2008a, p. 230 vermelde, niet gepubliceerde uitspraken.

van de uitvaardiging van het EAB - nog niet was ingetreden. In rubriek b) van het EAB moet zij immers verwijzen naar een voor *tenuitvoerlegging vatbaar* nationaal aanhoudingsbevel of veroordelend vonnis (art. 8 lid 1 onder c Kaderbesluit).²⁶⁰⁹

Art. 4 onder 4 Kaderbesluit bevat een facultatieve weigeringsgrond, in de zin dat de lidstaten mogen afzien van implementatie.²⁶¹⁰ Gaan zij over tot implementatie van art. 4 onder 4 Kaderbesluit, dan hebben zij de keuze tussen een nationale bepaling die dwingt tot weigering en een nationale bepaling die slechts de bevoegdheid tot weigering geeft.²⁶¹¹ Voor zover art. 4 onder 4 Kaderbesluit autonome begrippen van Unierecht bevat, mogen de lidstaten bij een eventuele implementatie daaraan geen ruimere strekking geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt, aangezien een dergelijke implementatie tot meer weigeringen en dus tot minder overleveringen zou leiden. Wel mogen zij bij een eventuele implementatie de reikwijdte van art. 4 onder 4 Kaderbesluit beperken, omdat een beperkte implementatie tot minder weigeringen leidt (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5).

Art. 4 onder 4 Kaderbesluit bevat twee uitdrukkelijke verwijzingen naar het recht van de lidstaten: (1) de voorwaarde dat de “strafvervolgning of straf volgens de wet van de uitvoerende lidstaat verjaard” is en (2) de voorwaarde dat de feiten “naar het strafrecht van deze lidstaat onder zijn rechtsmacht” vallen. Het recht van de uitvoerende lidstaat beheerst dus de beantwoording van de vraag of het recht tot strafvordering of tot strafexecutie is verjaard. Zijn regels inzake de ingang en duur van de verjaringstermijn, de stuiting en de schorsing van die termijn zijn dus van toepassing.²⁶¹² Deze regels zijn niet geharmoniseerd.²⁶¹³ Het recht van de uitvoerende lidstaat beheerst daarnaast de beantwoording van de vraag of zijn strafwet van toepassing is op de in het EAB bedoelde feiten. Ook op dit punt is geen sprake van harmonisatie of onderlinge aanpassing (zie Hoofdstuk IV.4.3.4.4).

Art. 4 onder 4 Kaderbesluit maakt geen onderscheid tussen lijstfeiten, als bedoeld in art. 2 lid 2 Kaderbesluit, waarvan de dubbele strafbaarheid niet mag worden getoetst, en andere feiten, als bedoeld in art. 2 lid 4 Kaderbesluit, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag stellen van de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht. Weigering op grond van verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat is dus ook mogelijk, indien de uitvaardigende rechterlijke autoriteit het EAB heeft uitgevaardigd ter zake van een in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoeld strafbaar feit.²⁶¹⁴ Toepassing van de weigeringsgrond van art. 4 onder 4 Kaderbesluit brengt in een dergelijk geval een

²⁶⁰⁹ In deze zin ook Rb. Amsterdam 6 juli 2011, *LJN* BR4144.

²⁶¹⁰ Zo ook Stessens 2009, p. 131. Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58, waar het Hof spreekt van de aan de nationale wetgever “in artikel 4 van dit kaderbesluit geboden mogelijkheden”.

²⁶¹¹ Zo ook Stessens 2009, p. 131.

²⁶¹² Stessens 2009, p. 133.

²⁶¹³ HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 31.

²⁶¹⁴ Blekxtoon 2005, p. 236; Murschetz 2007a, p. 324. Ook het *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel* gaat ervan uit dat deze weigeringsgrond mede toepasselijk is op lijstfeiten, nu het voorschrijft dat het lijstfeit zo wordt omschreven, dat de verjaring kan worden getoetst: Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 18 en p. 68. Zie ook Rb. Amsterdam 3 november 2006, *LJN* BD3842 (partiële weigering wegens verjaring ter zake van “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen”); Rb. Amsterdam 24 oktober 2006, *LJN* BD4819 (weigering wegens verjaring ter zake van “moord en dooslag; zware mishandeling”); Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822 (partiële weigering wegens verjaring ter zake van “witwassen van opbrengsten van misdrijven”); Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364 (partiële weigering wegens verjaring ter zake van “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen”).

onderzoek naar de strafbaarheid van het lijstfeit naar het recht van de uitvoerende lidstaat mee.²⁶¹⁵ Het recht tot strafvordering of strafexecutie veronderstelt immers een strafbaar feit waarop dat recht betrekking heeft.²⁶¹⁶ Zonder een strafbaar feit naar het recht van de uitvoerende lidstaat kan begripsmatig geen sprake zijn van verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Bovendien moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit aan de hand van de op het feit gestelde strafbedreiging vaststellen welke verjaringstermijn geldt.²⁶¹⁷ Stelt de uitvoerende rechterlijke autoriteit vast dat het lijstfeit niet strafbaar is naar haar recht, dan is de verjaringsexceptie dus niet van toepassing. Ook indien de uitvaardigende rechterlijke autoriteit het EAB heeft uitgevaardigd ter zake van een ander feit dan een lijstfeit en de uitvoerende lidstaat geen gebruik heeft gemaakt van art. 2 lid 4 Kaderbesluit, zal bij de toepassing van art. 4 onder 4 Kaderbesluit toch moeten worden onderzocht of sprake is van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Niet-strafbaarheid van het feit leidt dan evenmin tot toepasselijkheid van de weigeringsgrond van art. 4 onder 4 Kaderbesluit.

Voor toepassing van art. 4 onder 4 Kaderbesluit geldt niet de voorwaarde dat de strafrechter in de uitvaardigende lidstaat al een “vonnis [heeft] gewezen op basis van de verjaring van de strafvervolgung”.²⁶¹⁸ Het is met andere woorden niet nodig dat de strafrechter al in een strafprocedure heeft vastgesteld dat de verjaring is ingetreden.

Opmerkelijk is dat het Voorstel van de Commissie de verjaring als weigeringsgrond geheel schrapt. Voor verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat zag de Commissie geen plaats als weigeringsgrond, “zelfs niet indien beide betrokken lidstaten bevoegd waren om het strafbare feit te vervolgen”, omdat de ingetreden verjaring alleen het gevolg zou zijn van inactiviteit aan de zijde van de verzoekende staat: “de verjaring kan onvrijwillig zijn en slechts het gevolg zijn van het feit dat de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat niet van dit bestaan van een strafbaar feit op de hoogte waren of onzorgvuldig te werk zijn gegaan, dan wel van het feit dat de opsporingen ter identificatie van de dader niets hebben opgeleverd”.²⁶¹⁹ Bovendien kunnen de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat de zaak bewust ter verjaring hebben opgelegd. Inactiviteit uit onwetendheid of achteloosheid en zelfs opzettelijke inactiviteit kunnen dus meebrengen dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft, terwijl de uitvaardigende lidstaat nog wel zijn vervolgings- of executierecht kan uitoefenen.²⁶²⁰ In een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is dit naar mijn mening een bedenkelijk resultaat.

Tegen de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat kan men nog een aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen ontleend principieel bezwaar inbrengen. Dat beginsel brengt mee dat de rechterlijke autoriteiten van de ene lidstaat een strafrechtelijke beslissing uit een andere lidstaat erkennen, ook al hadden zij naar hun eigen recht niet tot een vergelijkbare beslissing

²⁶¹⁵ Glerum & Rozemond 2008a, p. 219-220; Glerum 2011, (T&C Isr), art. 7 Overleveringswet, aant. 3b; Sanders 2011, p. 215.

²⁶¹⁶ In deze zin kennelijk ook Murschetz 2007a, p. 324.

²⁶¹⁷ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 7 Overleveringswet, aant. 3b.

²⁶¹⁸ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 31.

²⁶¹⁹ COM(2001)522 def., p. 20-21.

²⁶²⁰ Indien de uitvoerende lidstaat de weigeringsgrond dwingend heeft geïmplementeerd en deze lidstaat een ruime extraterritoriale rechtsmachtregeling kent, zou deze lidstaat kunnen fungeren als een veilig toevluchtsoord voor criminelen die hun berechting of bestraffing trachten te ontlopen. Deze kritiek is opgeworpen tegen de Belgische implementatie van art. 4 onder 4 Kaderbesluit: Stessens 2004-2005, p. 567; Dewulf 2009, p. 212-213, maar zie voor een nuancering Dewulf 2009, p. 213.

kunnen komen, bijvoorbeeld omdat zij wegens verjaring niet meer tot strafvervolgning of strafexecutie zouden hebben kunnen overgaan. Juist omdat er onvoldoende draagvlak was om tot harmonisatie van het strafrecht van de lidstaten over te gaan - zoals gezegd heeft op het niveau van de Unie geen harmonisatie van de verjaringstermijnen plaatsgevonden -, ²⁶²¹ is het beginsel van wederzijdse erkenning uitgeroepen tot hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Europese Unie.

Ondanks deze bezwaren, hadden de lidstaten kennelijk behoefte aan een weigeringsgrond inzake verjaring. Dat *alle* lidstaten art. 4 onder 4 Kaderbesluit hebben geïmplementeerd, ²⁶²² onderstreept deze behoefte. ²⁶²³ Een en ander valt mijns inziens te verklaren uit de wens van de lidstaten enige zeggenschap te houden over feiten die - ook - onder hun rechtsmacht vallen. Hoewel deze weigeringsgrond aanleiding geeft tot een aantal bezwaren, heeft zij vergeleken met de situatie onder art. 10 EUV in elk geval het voordeel dat weigering alléén mogelijk is, indien het in het EAB bedoelde feit een aanknopingspunt - de rechtsmacht - met de uitvoerende lidstaat heeft. Onder art. 10 EUV moest de aangezochte staat de uitlevering ook weigeren, indien het feit zijn rechtsorde in het geheel niet raakte en deze staat bijgevolg nooit een eigen strafvervolgning had kunnen instellen. De vereiste rechtsmacht zorgt ervoor dat de uitvoerende lidstaat een zeker belang heeft bij weigering van de overlevering, omdat het feit zijn rechtsorde wel raakt. ²⁶²⁴

De vraag is of dit belang voldoende zwaarwegend is in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Indien het feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is begaan, kan de uitvoerende lidstaat de overlevering al om die reden weigeren (art. 4 onder 7 onder a Kaderbesluit). De weigeringsgrond van art. 4 onder 4 Kaderbesluit lijkt daarom vooral van belang voor gevallen waarin de uitvoerende lidstaat *extraterritoriale* rechtsmacht over het feit heeft. ²⁶²⁵ Een weigering van de overlevering is in die gevallen problematisch, indien de uitvaardigende lidstaat rechtsmacht uitoefent op grond van het territorialiteitsbeginsel. ²⁶²⁶ Zijn belang bij overlevering is dan sterker dan het belang van de uitvoerende lidstaat om zeggenschap te houden over feiten die onder zijn rechtsmacht vallen. Bovendien mag de opgeëiste persoon in een dergelijk geval er niet op vertrouwen dat de verjaring in de uitvoerende lidstaat hem immuun maakt voor strafvervolgning of strafexecutie in en overlevering aan de uitvaardigende lidstaat. Hij heeft het strafbare feit immers op het grondgebied van die lidstaat begaan. Het facultatieve karakter van art. 4 onder 4 Kaderbesluit brengt mee dat de lidstaten bij de implementatie aan hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten de ruimte te kunnen geven om in het concrete geval een afweging te maken of de ingetreden verjaring al dan niet aan overlevering in de weg moet staan. Bij die afweging zouden de grondslagen van de respectieve rechtsmachaanspraken betrokken kunnen worden.

Het probleem met art. 4 onder 4 Kaderbesluit is evenwel dat deze bepaling op dit punt de vrijheid laat aan de lidstaten. In elk geval was het naar mijn mening vanuit systematisch oogpunt beter geweest, indien het Kaderbesluit met betrekking tot de verjaring naar het

²⁶²¹ HvJ EG 28 september 2006, NJ 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini), r.o. 28.

²⁶²² Zestien lidstaten als dwingende en elf lidstaten als facultatieve weigeringsgrond: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 12.

²⁶²³ Ook Stessens 2009, p. 133, vindt het opmerkelijk dat geen van de lidstaten van implementatie heeft afgezien.

²⁶²⁴ Vgl. Stessens 2009, p. 132.

²⁶²⁵ Stessens 2009, p. 135.

²⁶²⁶ Stessens 2009, p. 137.

recht van de uitvoerende lidstaat aansluiting zou hebben gezocht bij het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten. Zou de weigeringsgrond *beperkt* zijn tot *andere feiten dan lijstfeiten*, dan zou de solidariteit tussen de lidstaten waarop dat onderscheid mede berust (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.2), dwingen tot overlevering wegens een *geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begane lijstfeit*, ook al zou ter zake van zulke feiten de verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat zijn ingetreden. In dat geval zou het uitsluitend op de *extraterritoriale* rechtsmacht gebaseerde belang van de uitvoerende lidstaat niet opwegen tegen het belang van de uitvaardigende lidstaat bij vervolging en bestraffing van op zijn grondgebied begane feiten die naar hun aard of strafbedreiging de openbare orde in de uitvoerende lidstaat verstoren of de openbare veiligheid in die lidstaat in gevaar brengen.²⁶²⁷ Zoals al gezegd zou de opgeëiste persoon bovendien in een dergelijk geval er niet op mogen vertrouwen dat hij straffeloos blijft. In geval van extraterritoriale rechtsmachtuitoefening door de uitvaardigende lidstaat wegens een lijstfeit, zou de uitvoerende lidstaat de overlevering wel mogen weigeren wegens verjaring naar zijn recht, indien dat feit geheel of gedeeltelijk op zijn grondgebied zou zijn begaan of geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat, terwijl naar zijn recht in een omgekeerd analoog geval geen vervolging (meer) zou kunnen worden ingesteld (zie art. 4 onder 7 Kaderbesluit).

De Nederlandse wetgever heeft art. 4 onder 4 Kaderbesluit als een dwingende weigeringsgrond geïmplementeerd. Art. 9 lid 1 onder f OLW bepaalt dat de overlevering moet worden geweigerd voor een feit ter zake waarvan “naar Nederlands recht rechtsmacht kon worden uitgeoefend, maar wegens verjaring geen vervolging, of, zo de overlevering is gevraagd ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel, geen bestraffing meer kan plaatshebben”. De formulering van deze bepaling is klaarblijkelijk ontleend aan art. 9 lid 1 onder e UW. De parlementaire stukken duiden niet aan waarom Nederland art. 4 onder 4 Kaderbesluit heeft geïmplementeerd noch waarom Nederland deze facultatieve weigeringsgrond heeft omgezet in een dwingende. In dit opzicht wijkt art. 9 lid 1 onder f OLW af van art. 8 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst jo. art. 9 lid 4 UW. Onder deze laatste bepalingen *mocht* de Minister van Justitie de uitlevering weigeren wegens verjaring naar Nederlands recht, indien Nederland rechtsmacht had, maar *hoefde* hij dat *niet* (zie paragraaf 2). Natuurlijk is het zo dat een facultatieve weigeringsgrond de overleveringsrechter in een beleidsrol zou dwingen die *normaliter* alleen bestuursorganen vervullen,²⁶²⁸ maar de dwingende implementatie brengt mee dat de hiervoor gesignaleerde, als zodanig aan de weigeringsgrond klevende bezwaren zich in volle omvang doen gelden. Voor een afweging aan de hand van de respectieve rechtsmachaanspraken is bijvoorbeeld geen plaats.

Nu de verjaring naar Nederlands recht alleen relevant is voor zover Nederland rechtsmacht over het feit had kunnen uitoefenen, zou men kunnen menen dat de weigeringsgrond betrekking heeft op de *werkelijke* verjaring naar Nederlands recht (vergelijk paragraaf 2). Bij de toepassing van art. 9 lid 1 onder f OLW zou het er dan om gaan of de verjaring daadwerkelijk is ingetreden. Nu onder art. 72 Sr geen vervolgingsdaden van buitenlandse instanties lijken te vallen (tenzij op verzoek van Nederland verricht), zouden dergelijke handelingen de loop van de Nederlandse verjaringstermijn niet kunnen stuiten of

²⁶²⁷ Vgl. HvJ EG 3 mei 2007, NJ 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld), r.o. 57.

²⁶²⁸ Vgl. de kritiek van Stessens 2004-2005, p. 570, ten aanzien van de Belgische facultatieve implementatie van enkele weigeringsgronden (overigens niet de verjaring).

schorsen, ook niet na analogische transformatie.²⁶²⁹ De Rechtbank Amsterdam heeft dit standpunt enige tijd ingenomen.²⁶³⁰ De afwijzing van analogische transformatie van buitenlandse vervolgingsdaden illustreert één van de bezwaren tegen de weigeringsgrond. Het ontbreken van *Nederlandse* vervolgingsdaden zal meestal daaraan zijn te wijten, dat de Nederlandse autoriteiten niet op de hoogte waren van het (meestal in het buitenland begane) feit.

De Rechtbank Amsterdam is later uitdrukkelijk teruggekomen op haar oordeel dat analogische transformatie van buitenlandse handelingen niet is toegestaan.²⁶³¹ Zij ziet als de ratio van art. 9 lid 1 onder f OLW de wens om niet “mee te werken aan strafvervolgning of tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf ter zake van feiten ten aanzien waarvan naar het ten tijde van de beslissing op het EAB geldende Nederlandse recht wegens verjaring geen vervolging of bestraffing meer zou kunnen plaatsvinden”.²⁶³² De Rechtbank Amsterdam sluit daardoor aan bij de ratio van de *denkbeeldige* verjaring naar Nederlands recht onder het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2). Als gevolg daarvan is de maatstaf voor de beoordeling van de verjaring de stand van het recht ten tijde van de beslissing, ook indien het recht tot strafvordering al door verjaring was vervallen op grond van de wet die gold ten tijde van het begaan van het feit,²⁶³³ en vindt analogische transformatie van buitenlandse handelingen plaats.²⁶³⁴ De voorwaarde van Nederlandse rechtsmacht heeft volgens de Rechtbank Amsterdam “niet tot doel een - ten opzichte van het Nederlandse uitleveringsrecht - andere en striktere wijze van de beoordeling van de verjaring in te voeren, maar strekt alleen tot het inperken van de reikwijdte van de weigeringsgrond”.²⁶³⁵

Deze uitleg van art. 9 lid 1 onder f OLW kan meebrengen dat de Rechtbank Amsterdam de overlevering toestaat, hoewel Nederland wegens werkelijke verjaring van het recht tot strafvordering tegen de opgeëiste persoon geen vervolging meer zou kunnen instellen ter zake van het in het EAB bedoelde feit. Unierechtelijk bestaat tegen deze uitleg geen bezwaar. Art. 4 onder 4 Kaderbesluit verwijst immers uitdrukkelijk naar het verjaringsrecht van de uitvoerende lidstaat. Bovendien strekt deze interpretatie tot

²⁶²⁹ Glerum 2005, p. 67-68, onder verwijzing naar Sjöcrona & Orië 2002, p. 160-161 en Swart 1986, p. 199-200 en p. 207-208. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heeft § 9 Nr. 2 IRG zo uitgelegd, dat in geval van overlevering van een Duitser “lediglich inländische Unterbrechungstatbestände anerkannt werden können”: *Bundesverfassungsgericht* 3 september 2009, 2 BvR 1826/09, RN 49, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de. Deze uitleg berust niet op Unierechtelijke overwegingen, maar vloeit voort uit de bijzondere bescherming tegen uit- en overlevering die het *Grundgesetz* aan Duitsers biedt.

²⁶³⁰ Rb. Amsterdam 24 oktober 2006, *LJN* BD4819.

²⁶³¹ Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822. Zie ook Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364 en Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8264.

²⁶³² Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822.

²⁶³³ Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822. De relevante daad van vervolging was verricht, vóórdat het vereiste van bekendheid of betekening uit art. 72 lid 1 Sr werd geschrapt. De omstandigheid dat art. III van de Wet van 16 november 2005, *Stb.* 595 bepaalde dat deze wetswijziging géén gevolgen had voor feiten die vóór de inwerkingtreding van die wet al waren verjaard, was niet relevant voor de beoordeling van de verjaring in het kader van de overleveringsprocedure. In deze zin ook Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364 en Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8264. Vgl. in een *strafzaak* HR 10 april 2012, *LJN* BW1361, r.o. 2.4: de schrapping van het bekendheid- of betekeningvereiste heeft directe werking, met dien verstande dat een reeds voltooide verjaring wordt geëerbiedigd.

²⁶³⁴ Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822 (een rechtshulpverzoek van de Onderzoeksrechter bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent (België)); Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364 (de uitvaardiging van een arrestatiebevel door het Kantongerecht Trier (Duitsland)); Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8264 (hervatting van de gerechtelijke procedures in de uitvaardigende lidstaat).

²⁶³⁵ Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822.

inperking van de mogelijkheid van weigering onder art. 9 lid 1 onder f OLW, zodat zij de bij het Kaderbesluit ingestelde overleveringsregeling ten gunste van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht versterkt.²⁶³⁶ Ten slotte zou toetsing van de *werkelijke* verjaring naar Nederlands recht meebrengen dat het overleveringsrecht op dit punt strenger is dan het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2), terwijl het overleveringsrecht ten opzichte van het uitleveringsrecht juist de overdracht van verdachten en veroordeelden beoogt te vergemakkelijken. Evenmin als de uitleveringsprocedure, strekt de overleveringsprocedure immers tot beantwoording van de vraag of de opgeëiste persoon werkelijk in Nederland bestraft zou kunnen worden.²⁶³⁷

De Nederlandse rechtsmacht moet volgens de Rechtbank Amsterdam al hebben bestaan ten tijde van het begaan van het feit of moet, voor zover de wet daarin voorziet, met terugwerkende kracht daarop van toepassing zijn.²⁶³⁸ Ter onderbouwing van dat oordeel wijst zij erop dat van verjaring van het recht tot strafvordering alleen sprake kan zijn, voor zover dat recht daadwerkelijk heeft bestaan, dat het ongerijmd zou zijn om aan de uitvaardigende lidstaat de uitoefening van zijn vervolgingsrecht te ontzeggen wegens verjaring naar Nederlands recht in een geval waarin Nederland zelf geen vervolging had kunnen instellen wegens het ontbreken van rechtsmacht en dat het oordeel steun vindt in de tekst van art. 9 lid 1 onder f OLW, dat spreekt van het geval dat “rechtsmacht *kon* worden uitgeoefend”.²⁶³⁹ Op zichzelf zijn deze argumenten niet zonder verdienste, maar de benadering van de Rechtbank Amsterdam van de beoordeling van rechtsmacht valt naar mijn mening niet te rijmen met haar benadering van de beoordeling van de verjaring. Ten aanzien van de verjaring vindt een denkbeeldige beoordeling plaats - namelijk aan de hand van het recht zoals dat ten tijde van de uitspraak geldt en met analogische transformatie van buitenlandse vervolgingshandelingen -, terwijl ten aanzien van de Nederlandse rechtsmacht wordt onderzocht of de Nederlandse strafwet daadwerkelijk van toepassing was op het feit. Unierechtelijk bestaat evenwel ook tegen deze opvatting van de Rechtbank Amsterdam geen bezwaar, omdat art. 4 onder 4 Kaderbesluit op dit punt naar het recht van de uitvoerende lidstaat verwijst en omdat de opvatting de mogelijkheid van weigering van de overlevering op grond van art. 9 lid 1 onder f OLW inperkt.

XIV.4 Conclusie

Onder het Kaderbesluit en de Overleveringswet is verjaring naar het recht van de *uitvaardigende* lidstaat niet een weigeringsgrond, daar waar onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering verjaring naar het recht van de *verzoekende* staat een verplichte weigeringsgrond oplevert. Dat verschil wekt geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Gelet op de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, zullen de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat moeten aannemen dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit niet een EAB zal uitvaardigen, indien het recht tot strafvordering of

²⁶³⁶ Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 58.

²⁶³⁷ Mijn eerdere standpunt dat onder art. 9 lid 1 onder f Olw *moet* worden beoordeeld of naar Nederlands recht de verjaring *werkelijk* is ingetreden (Glerum 2005, p. 67-68), vind ik om deze redenen dan ook niet meer verdedigbaar. Bovendien is, zoals gezegd, aan dat standpunt het grote bezwaar verbonden dat analogische transformatie van buitenlandse vervolgingsdaden niet mogelijk is, terwijl Nederlandse vervolgingsdaden veelal ontbreken, omdat de Nederlandse autoriteiten niet op de hoogte waren van het feit.

²⁶³⁸ Rb. Amsterdam 18 september 2009, LJN BL1598; Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, LJN BU2123.

²⁶³⁹ Rb. Amsterdam 18 september 2009, LJN BL1598 (mijn cursivering).

tot strafexecutie naar het recht van de uitvaardigende lidstaat al wegens verjaring is vervallen. Op het verschil tussen het Kaderbesluit en het Europees Verdrag betreffende uitlevering moet men overigens de belangrijke nuancering aanbrengen dat - volgens het *Explanatory report* - de aangezochte staat niet een *zelfstandig* oordeel over de verjaring in de verzoekende staat toekomt.

Verjaring naar het recht van de *uitvoerende* lidstaat is onder het overleveringsrecht een facultatieve weigeringsgrond, maar alleen voor zover het feit onder de rechtsmacht van die lidstaat valt. In zoverre komt het Kaderbesluit overeen met art. 8 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst. Dat de verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat *niet* tot weigering *mag* leiden, indien zijn rechtsmacht zich niet over het feit uitstrekt, terwijl onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering ook bij het ontbreken van rechtsmacht verjaring naar het recht van de aangezochte staat weigering van de uitlevering *moet* meebrengen, hoeft mijns inziens niet te verbazen. Krachtens het beginsel van wederzijdse erkenning is immers irrelevant of de uitvoerende rechterlijke autoriteit onder haar recht in een denkbeeldig geval tot een vergelijkbare beslissing had kunnen komen. Dat beginsel beoogt juist de justitiële samenwerking te versterken door middel van de verplichting tot erkenning, ondanks verschillen in - bijvoorbeeld - de verjaringsregels.

Dit argument kan men ook in stelling brengen tegen verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat ter zake van een feit dat wél onder zijn rechtsmacht valt. Bovendien kleeft aan deze weigeringsgrond het bezwaar dat het intreden van de verjaring vaak het gevolg zal zijn van toevallige omstandigheden, zoals de omstandigheid dat de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat niet op de hoogte waren van het feit. Weigering van de overlevering onder deze omstandigheden zou de strafvervolging of strafexecutie in de uitvaardigende lidstaat, die wel op de hoogte was van het feit en die ook tijdig maatregelen had genomen, ernstig belemmeren, hetgeen moeilijk valt te rijmen met het streven van de Europese Unie om binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van veiligheid te waarborgen. Het element van de rechtsmacht biedt een verklaring voor de wens van de lidstaten om de weigeringsgrond op te nemen. Nu de rechtsmachtregelingen van de lidstaten niet zijn geharmoniseerd, wensen de lidstaten kennelijk zeggenschap te behouden over feiten die onder hun rechtsmacht vallen. Die verklaring kan de weigeringsgrond naar mijn mening niet volledig rechtvaardigen, omdat de weigeringsgrond geen onderscheid maakt tussen de grondslagen van de verschillende rechtsmachtaanspraken. Heeft de uitvoerende lidstaat slechts een *extraterritoriale* rechtsmachtaanspraak, terwijl de uitvaardigende lidstaat territoriale rechtsmacht uitoefent, dan weegt de wens van de uitvoerende lidstaat om zeggenschap te behouden over feiten die ook onder zijn rechtsmacht vallen mijns inziens niet op tegen het belang van de uitvaardigende lidstaat bij overlevering. In een dergelijk geval mag de opgeëiste persoon er bovendien niet op vertrouwen dat de verjaring in de uitvoerende lidstaat hem vrijwaart van de gevolgen van zijn handelen. Hij heeft het strafbare feit immers op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan. Aan de bezwaren tegen deze weigeringsgrond kan facultatieve implementatie tegemoet komen: ondanks de ingetreden verjaring kan de rechterlijke autoriteit bij een facultatieve implementatie bijvoorbeeld rekening houden met de sterkere rechtsmachtaanspraak van de uitvaardigende lidstaat en de overlevering toch toestaan.

Los van de genoemde bezwaren tegen de weigeringsgrond is haar reikwijdte naar mijn mening te ruim. Het had naar mijn mening vanuit systematisch oogpunt voor de hand gelegen om het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten ook door te voeren op het punt van de verjaring. Lijstfeiten zijn immers feiten die naar hun aard of wegens hun strafbedreiging een ernstige verstoring van de openbare orde van de uitvaardigende lidstaat

opleveren of de openbare veiligheid in die lidstaat in gevaar brengen. De solidariteit tussen de lidstaten brengt ter zake van zulke feiten mee, dat noch hun niet-strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.2), noch hun niet-vervolgbaarheid naar het recht van die lidstaat aan overlevering in de weg mag staan. Die verplichte solidariteit houdt echter op daar waar het lijfsteit geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan (vgl. art. 4 onder 7 Kaderbesluit).

Nederland heeft gekozen voor - een dwingende - implementatie van art. 4 onder 4 Kaderbesluit. De wijze waarop de Rechtbank Amsterdam beoordeelt of het recht tot strafvordering of tot strafexecutie door verjaring is vervallen, komt overeen met de beoordeling van de denkbeeldige verjaring in het uitleveringsrecht. Het verjaringsrecht zoals dat ten tijde van de uitspraak geldt, is maatgevend en buitenlandse vervolgingshandelingen kunnen na analogische transformatie de verjaring stuiten. Het is dus niet uitgesloten dat de Rechtbank Amsterdam een beroep op de ingetreden verjaring verwerpt, terwijl het Nederlandse recht tot strafvordering of strafexecutie werkelijk door verjaring is vervallen. Vanuit Unierechtelijk perspectief is zulks niet bezwaarlijk. Art. 4 onder 4 Kaderbesluit verwijst immers voor wat betreft de verjaring uitdrukkelijk naar het recht van de uitvoerende lidstaat, zodat de lidstaten dit begrip zelfstandig mogen invullen. De wijze van beoordeling, die overeenkomt met de uitleveringsrechtelijke beoordeling, strekt bovendien ten gunste van overlevering en versterkt dus de overleveringsregeling ten gunste van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Een andere, meer strikte uitleg zou bovendien betekenen dat de overlevering moeilijker zou worden, terwijl het Kaderbesluit juist een vergemakkelijking van de overdracht van verdachten en veroordeelden beoogde. De Nederlandse rechtsmacht moet daarentegen naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam al hebben bestaan ten tijde van het begaan van het feit of moet daarop met terugwerkende kracht van toepassing zijn, voor zover de wet daarin voorziet. Vanwege de verwijzing in art. 4 onder 4 Kaderbesluit naar het recht van de uitvoerende lidstaat ontmoet deze wijze van beoordeling vanuit Unierechtelijk perspectief evenmin bezwaar. Ook voor deze wijze van beoordeling geldt bovendien dat zij ten gunste van overlevering strekt. Hoewel een combinatie van een denkbeeldige beoordeling van de verjaring en van een werkelijke beoordeling van de rechtsmacht de overlevering begunstigt, is deze combinatie innerlijk inconsistent. Zulks spreekt naar mijn mening niet ten voordele van een weigeringsgrond waarvan de bestaansgrond en de systematische inpassing in het overleveringsrecht toch al kwestieus zijn in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

HOOFDSTUK XV Volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit

XV.1 Inleiding

XV.2 Het uitleveringsrecht

XV.3 Het overleveringsrecht

XV.4 Conclusie

XV.1 Inleiding

Deels op grond van verdragsrecht, deels op grond van internationaal gewoonterecht, genieten bepaalde hoogwaardigheidsbekleders en ambtsdragers van de ene staat (zoals het staatshoofd, de Minister van Buitenlandse Zaken en diplomatieke functionarissen) *immunititeit* op het grondgebied van een andere staat.²⁶⁴⁰ Zij zijn niet onderworpen aan de strafmacht (“jurisdiction”) van die staat, zodat zij in die staat immuun zijn voor, dat wil zeggen gevrijwaard zijn van, dwangmaatregelen in het algemeen en strafvorderlijk optreden, zoals aanhouding, strafvervolgning en tenuitvoerlegging van een straf of maatregel, in het bijzonder.

Deze immunititeit is afgeleid van de immunititeit van de staat. Staten zijn soeverein en - in juridisch opzicht - gelijk aan elkaar. De ene staat mag daarom geen “jurisdiction” uitoefenen over het overheidshandelen van de andere staat.²⁶⁴¹ De handelingen van hoogwaardigheidsbekleders en ambtsdragers van een staat die zij in hun officiële hoedanigheid verrichten, worden toegerekend aan de staat die zij vertegenwoordigen, zodat zij delen in de immunititeit van die staat.²⁶⁴² Voor diplomatieke functionarissen kan daarnaast als grondslag voor hun immuniteit gelden, dat zij zonder die immuniteit hun diplomatieke taken niet onafhankelijk van en ongehinderd door de ontvangststaat zouden kunnen vervullen.²⁶⁴³ Staatshoofden genieten immuniteit, omdat zij als het ware de verpersoonlijking zijn van hun staat.²⁶⁴⁴

Ook volkenrechtelijke organisaties, zoals de Europese Unie,²⁶⁴⁵ en bepaalde van hun hoogwaardigheidsbekleders en ambtsdragers genieten immuniteit.²⁶⁴⁶

De aangezochte staat en de uitvoerende lidstaat mogen personen die zich op hun grondgebied bevinden en die daar volkenrechtelijke immuniteit genieten, niet uit- of overleveren. Feitelijke uit- en overlevering gaan immers gepaard met dwang, terwijl in de procedure die tot de beslissing over uit- of overlevering leidt veelal sprake is van vrijheidsbeneming, in afwachting van die beslissing en de effectuering daarvan.

Het beletsel van volkenrechtelijke immuniteit vloeit niet voort uit één van de in Hoofdstuk IV.4.3.4 besproken grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Het beletsel geldt ongeacht of de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten of het *ne bis in idem* beginsel aan de overlevering in de weg staat. Voor de toepassing van het beletsel is niet van belang of de uitvoerende lidstaat rechtsmacht heeft over het feit waarvoor de uitvaardigende lidstaat de immunitetsdrager wenst te vervolgen of te bestraffen.

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regeling inzake volkenrechtelijke immuniteit afwijkt van de uitleveringsrechtelijke regeling. Van de eventuele verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van

²⁶⁴⁰ Zie over de verschillende vormen van en de grenzen aan volkenrechtelijke immuniteit Van Alebeek 2007, p. 251-259; Cassese 2005, p. 110-120; Van Elst & Orié 2008, p. 77-89; Klip/Swart/Van der Wilt, par. I.4.4 (Van der Wilt); Williams 2009, p. 158-173; Zieck 2007, p. 283-288.

²⁶⁴¹ Van Alebeek 2007, p. 237.

²⁶⁴² Van Alebeek 2007, p. 251-253.

²⁶⁴³ Zieck 2007, p. 283.

²⁶⁴⁴ Van Alebeek 2007, p. 253.

²⁶⁴⁵ Art. 343 VWEU en Protocol (Nr. 7) betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Unie. Zie Klip 2012, p. 263-266.

²⁶⁴⁶ Van Elst & Orié 2008, p. 79-81.

strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst het uitleveringsrecht bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de regelingen in het Kaderbesluit en in de Overleveringswet uiteenzetten. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 de conclusies uit het voorgaande trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

XV.2 Het uitleveringsrecht

Noch het Europees Verdrag betreffende uitlevering, noch de Uitleveringswet bevat een uitdrukkelijke exceptie inzake volkenrechtelijke immuniteit. Desalniettemin zal de aangezochte staat de opgeëiste persoon niet mogen uitleveren aan de verzoekende staat, voor zover en voor zolang de opgeëiste persoon volkenrechtelijke immuniteit geniet in de aangezochte staat.²⁶⁴⁷ De staat of de internationale organisatie die de betrokken persoon heeft uitgezonden naar de aangezochte staat kan afstand doen van immuniteit of kan de bijzondere internationale status van de betrokkene opheffen.²⁶⁴⁸ Immuniteit is in elk geval geen beletsel ten opzichte van de zendstaat.²⁶⁴⁹ Dient de zendstaat een uitleveringsverzoek in, dan geeft hij daarmee te kennen dat hij geen prijs meer stelt op handhaving van de immuniteit.²⁶⁵⁰

XV.2 Het overleveringsrecht²⁶⁵¹

Het Kaderbesluit bevat niet een expliciete weigeringsgrond die betrekking heeft op de volkenrechtelijke immuniteit van de opgeëiste persoon.²⁶⁵² De in de art. 3 tot en met 4 bis Kaderbesluit neergelegde weigeringsgronden zijn limitatief.²⁶⁵³ Dat betekent echter niet dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit verplicht zou zijn om een persoon die in zijn lidstaat volkenrechtelijke immuniteit geniet over te leveren aan de uitvaardigende lidstaat

²⁶⁴⁷ Dewulf 2009, p. 68; Heimgartner 2002, p. 99; Linke 1983, p. 29; Murschetz 2007a, p. 146; Rummelink 1990, p. 152; Swart 1986, p. 318; Zimmermann 2004, p. 492.

²⁶⁴⁸ Dewulf 2009, p. 68; Heimgartner 2002, p. 99; Rummelink 1990, p. 152; Swart 1986, p. 318.

²⁶⁴⁹ Dewulf 2009, p. 68; Rummelink 1990, p. 152.

²⁶⁵⁰ Heimgartner 2002, p. 99; Swart 1986, p. 318.

²⁶⁵¹ Deze paragraaf is gebaseerd op Glerum, par. 91.20.12 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

²⁶⁵² Latere kaderbesluiten die de samenwerking in strafzaken op de leest van het beginsel van wederzijdse erkenning schoeien, merken immuniteit wel uitdrukkelijk als - facultatieve - weigeringsgrond aan. Zie art. 7 lid 2 onder e van Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; art. 8 lid 2 onder c van Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59; art. 9 lid 1 onder f van Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; art. 11 lid 1 onder f van Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102 en art. 15 lid 1 onder f van Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

²⁶⁵³ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

(tenzij deze lidstaat de zendstaat is). Op grond van art. 3 lid 5 VEU draagt de Europese Unie bij tot de strikte eerbiediging en ontwikkeling van het internationale recht. Bij het vaststellen van een handeling, zoals een Kaderbesluit, moet de Europese Unie dus het internationale recht, inclusief het internationale gewoonterecht, in acht nemen.²⁶⁵⁴ Daaruit volgt dat het Kaderbesluit zo moet worden uitgelegd, dat het niet tot de overlevering verplicht, voor zover en voor zolang de opgeëiste persoon in de uitvoerende lidstaat volkenrechtelijke immuniteit geniet.

Het Kaderbesluit bevestigt een dergelijke uitlegging. Art. 20 lid 1 Kaderbesluit, dat het opschrift “Voorrechten en immuniteiten” draagt, bepaalt dat de termijn waarbinnen de uitvoerende rechterlijke autoriteit op het EAB moet *beslissen* (art. 17 Kaderbesluit) alleen ingaat, “indien en vanaf de datum waarop de uitvoerende rechterlijke autoriteit ervan in kennis is gesteld dat [de immuniteit] is opgeheven”. Het tweede lid van die bepaling regelt welke autoriteit om opheffing van de immuniteit moet verzoeken. Art. 20 Kaderbesluit brengt dus mee dat van een verplichting tot het beslissen op het EAB en dus van overlevering geen sprake kan zijn, *zolang* de opgeëiste persoon nog volkenrechtelijke immuniteit geniet in de uitvoerende lidstaat. Heeft de bevoegde autoriteit van de betrokken (lid)staat of internationale organisatie inmiddels afwijzend beslist op het verzoek om opheffing van de immuniteit, dan staat er naar mijn mening niets aan in de weg dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering formeel weigert.²⁶⁵⁵

Art. 21 lid 2 OLW strekt tot uitvoering van art. 20 Kaderbesluit.²⁶⁵⁶ Eerstgenoemde bepaling schrijft voor dat, zolang de opgeëiste persoon in Nederland immuniteit van strafvervolgning en van de tenuitvoerlegging van straffen geniet, zijn aanhouding ter tenuitvoerlegging van het EAB (art. 21 lid 1 OLW) achterwege dient te blijven.²⁶⁵⁷ Aangezien art. 22 lid 1 OLW de verplichting tot beslissing op het EAB koppelt aan de aanhouding van de opgeëiste persoon, begint in zo een geval de beslistermijn niet te lopen. Zowel het Kaderbesluit als de Overleveringswet veronderstellen dus dat een *positieve* beslissing op het EAB afhankelijk is van de opheffing van de immuniteit. Los daarvan zou de uitvoerende justitiële autoriteit een positieve beslissing niet kunnen effectueren, aangezien zij de betrokken persoon niet mag aanhouden, zolang deze nog immuniteit geniet.²⁶⁵⁸

Per saldo komt het overleveringsrecht op het punt van de volkenrechtelijke immuniteit dus overeen met het uitleveringsrecht: de uitvoerende lidstaat mag de opgeëiste persoon die op zijn grondgebied volkenrechtelijke immuniteit geniet, niet overleveren.

Art. 20 Kaderbesluit en art. 21 lid 2 OLW hebben niet alleen betrekking op personen die in de uitvoerende lidstaat *volkenrechtelijke* immuniteit genieten, maar ook op personen die daar *krachtens het nationale recht* van die lidstaat immuun zijn voor strafvervolgning en strafexecutie. Naar Nederlands recht gaat het om de Koning(in) (art. 42 Gw)²⁶⁵⁹ en om leden van de Staten-Generaal, ministers, staatssecretarissen en andere personen die

²⁶⁵⁴ HvJ EU 21 december 2011, zaak C-366/10 (Air Transport Association of America e.a.), r.o. 101.

²⁶⁵⁵ Vgl. *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 30: “(...) surrender should only be refused where the lifting of immunity itself has been refused”.

²⁶⁵⁶ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 21.

²⁶⁵⁷ Volkenrechtelijke immuniteit staat vanzelfsprekend ook in de weg aan *voorlopige* aanhouding ex art. 17 OLW en aan aanhouding ter fine van feitelijke overlevering ex art. 37 OLW.

²⁶⁵⁸ Glerum 2005, p. 45.

²⁶⁵⁹ *Kamerstukken I 2003/04*, 29 042, C, p. 15. Opheffing van deze immuniteit is niet mogelijk.

deelnemen aan de beraadslaging, voor hun mondelinge en schriftelijke uitlatingen in de vergaderingen van de Staten-Generaal of in commissies daaruit (art. 71 Gw).²⁶⁶⁰ De regelingen in het Kaderbesluit en de Overleveringswet geven op dit punt voorrang aan de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat boven de verplichting tot tenuitvoerlegging van het EAB. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regeling in het Kaderbesluit is opgenomen, omdat tussen de lidstaten verschillen bestaan in de reikwijdte van aan parlementariërs en aan andere hoogwaardigheidsbekleders toegekende immuniteiten.²⁶⁶¹

De regeling inzake staatsrechtelijke immuniteit levert *per saldo* geen afwijking met het uitleveringsrecht op. Het is onwaarschijnlijk dat een Europese staat ooit de uitlevering van de Koning(in) zou verzoeken. Buiten Nederland geniet de Koning(in) immers *volkenrechtelijke* immuniteit, zodat de verzoekende staat het Nederlandse staatshoofd niet zou mogen vervolgen of bestraffen en *a fortiori* niet zijn of haar uitlevering zou mogen verzoeken. Bovendien zou Nederland zo een verzoek moeten afwijzen met een beroep op de grondwettelijke onschendbaarheid van de Koning(in). Een verzoek om uitlevering van een Nederlandse parlementariër wegens zijn mondelinge of schriftelijke uitlatingen in een Nederlandse parlementaire vergadering lijkt evenmin waarschijnlijk. Een dergelijk verzoek zou Nederland al mogen weigeren op grond van art. 7 lid 1 EUV: het feit zou immers geheel of ten dele op Nederlands grondgebied zijn gepleegd (zie Hoofdstuk XII.2). Een redelijke uitleg van art. 71 Gw zou in zo een geval meebrengen, dat de Minister van Justitie van die bevoegdheid gebruik zou maken.

Ook zonder de regeling van de nationaalrechtelijke/staatsrechtelijke immuniteit, zou de overlevering uitgesloten zijn. Zoals gezegd, geniet de Koning(in) in het buitenland *volkenrechtelijke* immuniteit, zodat strafvervolgning en strafexecutie in een andere lidstaat en dus het uitvaardigen van een EAB door een andere lidstaat niet mogelijk zijn. De overlevering van een Nederlandse parlementariër wegens zijn mondelinge of schriftelijke uitlatingen in een Nederlandse parlementaire vergadering zou al afstuiten op art. 13 lid 1 onder a OLW: het feit is immers geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied gepleegd. Deze weigeringsgrond is onder meer bedoeld voor feiten die men in Nederland niet pleegt te vervolgen (zie Hoofdstuk XII.3). De in art. 71 Gw bedoelde uitlatingen pleegt men in Nederland niet te vervolgen, omdat zo een vervolging in Nederland niet toegestaan is. Een vordering ex art. 13 lid 2 OLW - een vordering om af te zien van toepassing van de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 onder a OLW - zou dan ook onredelijk zijn.

XV.4 Conclusie

De volkenrechtelijke immuniteit die de opgeëiste persoon op het grondgebied van de aangezochte staat of van de uitvoerende lidstaat geniet, vormt een beletsel voor zijn uit- of overlevering. Het uit- en overleveringsrecht komen op dit punt met elkaar overeen. Dit beletsel is niet terug te voeren tot één van de grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning. Desondanks wekt dit beletsel naar mijn mening geen verbazing in het licht van dat beginsel. Bij het aannemen van het Kaderbesluit was de Raad van de Europese Unie gehouden om het internationale recht - één van de bronnen van Unierecht - en dus de volkenrechtelijke regels inzake immuniteit in acht te nemen. Het zou bovendien verbazing wekken, indien de Europese Unie haar lidstaten ertoe zou verplichten om de

²⁶⁶⁰ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 21.* Opheffing van deze immuniteit is niet mogelijk: *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 21.*

²⁶⁶¹ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 21.*

volkenrechtelijke immuniteit van de opgeëiste persoon te negeren, daar waar zij ten opzichte van de lidstaten voor haarzelf en voor sommige van haar functionarissen wel aanspraak maakt op immuniteit.

Anders dan het overleveringsrecht, mist het uitleveringsrecht een uitdrukkelijke regeling inzake de staatsrechtelijke immuniteit. Materieel levert dit geen verschil met het overleveringsrecht op. Ten eerste zijn de gevallen waarin de opgeëiste persoon zich op die immuniteit zou kunnen beroepen nogal theoretisch van aard. Ten tweede zouden zulke gevallen ook onder het uitleveringsrecht niet tot aanhouding en overdracht van de betrokken persoon leiden, zolang deze persoon nog staatsrechtelijke immuniteit zou genieten.

Het beletsel van staatsrechtelijke immuniteit valt niet tot één van de grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning te herleiden. Het beletsel vloeit evenmin voort uit het internationale recht, dat de Europese Unie bij het nemen van wetgevende maatregelen in acht dient te nemen. Het gaat hier immers niet om hoogwaardigheidsbekleders van een andere staat of van een volkenrechtelijke organisatie, maar om hoogwaardigheidsbekleders van de uitvoerende lidstaat zelf. Het beletsel staat op gespannen voet met het beginsel van wederzijdse erkenning, omdat verschillen in de reikwijdte van nationale immuniteiten in de weg kunnen staan aan tenuitvoerlegging van het EAB. Desondanks wekt het beletsel vanuit Nederlands perspectief geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, omdat het gaat om een nogal theoretisch beletsel en Nederland overigens ook zonder de regelingen in het Kaderbesluit en de Overleveringwet al de overlevering zou mogen en moeten weigeren.

HOOFDSTUK XVI Kennelijke onschuld opgeëiste persoon

XVI.1 Inleiding

XVI.2 Kennelijke onschuld in het uitleveringsrecht

XVI.3 Kennelijke onschuld in het overleveringsrecht

XVI.4 Conclusie

XVI.1 Inleiding

Eerder is gebleken dat de uitleveringsrechter noch de overleveringsrechter onderzoekt of de opgeëiste persoon het strafbare feit - zoals beschreven in het bij het uitleveringsverzoek gevoegde “statement of the offences” respectievelijk in het EAB - daadwerkelijk heeft begaan. Het doel van de uit- of overleveringsprocedure is immers niet de waarheidsvinding ten aanzien van het strafbare feit waarvoor de uit- of overlevering wordt gevraagd, maar de beoordeling of aan de voorwaarden voor uit- of overlevering is voldaan (zie de Hoofdstukken II.4.3 en III.4.3). Bij die beoordeling moet de rechter uitgaan van de juistheid van de geformuleerde verdenking (zie Hoofdstuk VII.2.3.1 en VII.3.4.1). Bij het uitleveringsverzoek respectievelijk bij het EAB hoeft dan ook geen bewijsmateriaal te worden gevoegd waaruit blijkt van een vermoeden van schuld aan de feiten waarvoor de uit- of overlevering wordt gevraagd.²⁶⁶² Desalniettemin verplichten de Uitleveringswet en de Overleveringswet tot weigering van de uitlevering respectievelijk van de overlevering, indien de rechter bevindt dat “ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan de feiten”.

De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten biedt geen verklaring voor deze weigeringsgrond. De overleveringsprocedure is niet een procedure waarin een “determination (...) of any criminal charge”, als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM, plaatsvindt. Die “determination” heeft al in de uitvaardigende lidstaat plaatsgevonden of zal daar na overlevering alsnog plaatsvinden (zie Hoofdstuk III.4.3). Bij de beslissing over de aanhouding van de opgeëiste persoon en de voortzetting van zijn overleveringsdetentie hoeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet de vraag te beantwoorden of sprake is van een “reasonable suspicion of having committed an offence”, als bedoeld in art. 5 lid 1 onder c EVRM, omdat deze vormen van vrijheidsbeneming niet onder art. 5 lid 1 onder c EVRM, maar onder art. 5 lid 1 onder f EVRM vallen, dat de eis van een “reasonable suspicion” niet stelt (zie Hoofdstuk VII.3.3.1.4). Tussen de weigeringsgrond en het *ne bis in idem* beginsel bestaat geen rechtstreeks verband. Het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten vormt evenmin een rechtvaardiging van deze weigeringsgrond, nu zij geldt ongeacht of het feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt.

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regeling inzake de kennelijke onschuld van de opgeëiste persoon afwijkt van de uitleveringsrechtelijke regeling. Ten aanzien van de mogelijke verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Daartoe zal ik in paragraaf 2 de uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond bespreken en in paragraaf 3 de overleveringsrechtelijke weigeringsgrond. In paragraaf 4 zal ik vervolgens de conclusies uit het voorgaande trekken en de opgeworpen onderzoeksvragen beantwoorden.

XVI.2 Kennelijke onschuld in het uitleveringsrecht

Anders dan de Europese uitleveringsverdragen, verbiedt de Uitleveringswet uitdrukkelijk de uitlevering, indien “ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een

²⁶⁶² Uitlevering: HR 7 april 1987, *NJ* 1988, 313, r.o. 5.2; HR 11 juli 2000, *NJ* 2000, 524, r.o. 3.4.2. Overlevering: Rb. Amsterdam 14 januari 2005, *LJN* AS4573; Rb. Amsterdam 2 september 2009, *LJN* BK4896. Zie ook Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6318; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490.

vermoeden van schuld aan de feiten waarvoor zijn uitlevering is gevraagd". De uitleveringsrechter moet in dat geval de uitlevering ontoelaatbaar verklaren (art. 28 lid 2 UW). Deze bepaling hangt samen met art. 26 lid 3 UW, dat de uitleveringsrechter opdraagt de bewering van de opgeëiste persoon "dat hij onverwijld kan aantonen niet schuldig te zijn aan de feiten waarvoor zijn uitlevering is gevraagd" te onderzoeken. Indien de uitleveringsrechter de uitlevering toelaatbaar verklaart, ondanks de in art. 26 lid 3 UW bedoelde bewering, moet hij in de uitspraak zijn bevindingen dienaangaande vermelden (art. 28 lid 4 UW).

Met de begrippen "geen (...) vermoeden van schuld" en "niet schuldig" heeft de Uitleveringswet het oog op het ontbreken van de gestelde betrokkenheid van de opgeëiste persoon bij het materiële feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht - los van de daaraan te geven kwalificaties -,²⁶⁶³ niet op het ontbreken van strafbaarheid van feit of dader.²⁶⁶⁴ De begrippen zijn met andere woorden te verstaan als "het niet gedaan hebben".²⁶⁶⁵

Hoewel het primaat van het verdragsrecht meebrengt dat de Uitleveringswet alleen relevant is voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de uitlevering, voor zover het toepasselijke uitleveringsverdrag daarvoor de ruimte laat, komt art. 28 lid 2 UW toch voor toepassing in aanmerking, indien het uitleveringsverdrag niet uitdrukkelijk een onschuldexceptie bevat. Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de Uitleveringswet heeft geleid, mag erop worden vertrouwd dat de verzoekende staat niet bij het uitleveringsverzoek zal persisteren, indien de Nederlandse rechter heeft vastgesteld dat elk vermoeden van schuld ontbreekt. Zonodig, zo voegt de Memorie van Toelichting daaraan toe, kan een beroep worden gedaan op - niet nader aangeduide - algemene beginselen van volkenrechtelijke aard.²⁶⁶⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 28 lid 2 UW het oog heeft op gevallen van *evidente* onschuld.²⁶⁶⁷ Men zou daarom ook kunnen aanvoeren dat een redelijke uitleg van het uitleveringsverdrag meebrengt, dat het niet tot uitlevering van een evident onschuldige persoon verplicht.²⁶⁶⁸ Uitlevering van een dergelijke persoon kan immers niet het strafrechtelijke doel van de uitlevering - strafvervolging of strafexecutie - dienen.²⁶⁶⁹ Zonder zich overigens expliciet over de verenigbaarheid met het toepasselijke verdrag te bekommeren,²⁶⁷⁰ onderzoekt de uitleveringsrechter beweringen als bedoeld in art. 26 lid 3 UW en past hij art. 28 lid 2 UW

²⁶⁶³ HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 540, m.nt. Sch, r.o. 3.2.

²⁶⁶⁴ HR 25 februari 1986, *NJ* 1987, 707, r.o. 5.3.

²⁶⁶⁵ Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 28 Uitleveringswet, aant. 4a; Glerum, par. 91.9.6 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Glerum & Rozemond 2008a, p. 203; Sjöcrona & Orië 2002, p. 161.

²⁶⁶⁶ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 15.

²⁶⁶⁷ *Kamerstukken I* 1967, 8054, nr. 9, p. 4.

²⁶⁶⁸ Rimmelink 1990, p. 140. Zie ook Glerum, par. 91.9.6 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel (het zou in een dergelijk geval van te groot formalisme getuigen die persoon toch uit te leveren). In vergelijkbare zin Schwaighofer 1988, p. 106 ("Wenn es sich (...) um 'einen offensichtlichen Irrtum' handelt, kann es für den ersuchten Staat selbstverständlich keine Bindung mehr geben").

²⁶⁶⁹ Swart 1986, p. 427-428. De verzoekende staat heeft dan ook geen belang bij uitlevering: Strijards 1988, p. 146; Zimmermann 2004, p. 476.

²⁶⁷⁰ Het Duitse, Oostenrijkse en Zwitserse uitleveringsrecht kent een vergelijkbare weigeringsgrond die toepasselijk is, ongeacht of het verdrag daarin voorziet: Heimgartner 2002, p. 152-153 (kritisch); Linke 1983, p. 70-71; Schwaighofer 1988, p. 106-107; Lagodny/Schomburg/Hackner, § 10 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 49-50, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

toe in gevallen waarin het toepasselijke verdrag niet uitdrukkelijk voorziet in een dergelijke weigeringsgrond.²⁶⁷¹

Naar de bewering dat de opgeëiste persoon onschuldig is die niet gepaard gaat met de bewering dat de opgeëiste persoon die onschuld *onverwijld* kan aantonen, hoeft de uitleveringsrechter niet een onderzoek als bedoeld in art. 26 lid 3 UW in te stellen.²⁶⁷² Deze bepaling is niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM, zoals in Hoofdstuk II.4.3 is gebleken. De rechtbank heeft de mogelijkheid om naar aanleiding van een bewering als bedoeld in art. 26 lid 3 UW getuigen of deskundigen te horen, indien zij zulks “met het oog op het door haar krachtens (...) het derde lid van dit artikel in te stellen onderzoek noodzakelijk acht” (art. 26 lid 4 UW).²⁶⁷³ Uit het verband tussen art. 26 lid 3 UW en art. 28 leden 2 en 4 UW leidt de Hoge Raad af, dat een bewering als bedoeld in art. 26 lid 3 UW “alleen dan zal opgaan indien de Rb. onverwijld - dat wil zeggen zonder diepgaand onderzoek, vergelijkbaar met dat in het strafgeding zelve - tot de overtuiging komt dat geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld”.²⁶⁷⁴

Het aanbod om de onschuld aan te tonen aan de hand van het buitenlandse procesdossier is niet geëigend om de onschuld onverwijld, dat wil zeggen zonder diepgaand onderzoek, aan te tonen.²⁶⁷⁵ De uitleveringsrechter kan oordelen dat de inwilliging van een verzoek tot het horen van getuigen, teneinde de onschuld van de opgeëiste persoon aan te tonen, zou leiden tot een diepgaand onderzoek waarvoor in de uitleveringsprocedure geen plaats is.²⁶⁷⁶ Desalniettemin sluit de wet het horen van getuigen

²⁶⁷¹ Zie bijv. HR 30 augustus 1967, *NJ* 1968, 41, m.nt. D. van Eck (uitleveringsverdrag NI-F van 1895; “(...) nu uit de bepaling van art. 28, lid 2, Uitleveringswet (...) volgt dat uitlevering - voor zover hier van belang - slechts kan worden ontoelaatbaar verklaard indien t.a.v. de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan de feiten waarvoor zijn uitlevering is gevraagd”); HR 24 juni 1975, *NJ* 1976, 61 (uitleveringsverdrag NI-D van 1896: “(...) dat uit het bepaalde in het tweede en derde lid van art. 28 Uitleveringswet in onderling verband volgt dat niet een vermoeden van schuld is vereist voor de toelaatbaarverklaring van de uitlevering, maar de uitlevering ontoelaatbaar moet worden verklaard als er geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld”) en *NJ* 1976, 85 (uitleveringsverdrag NI-D van 1896; (...) dat in het tweede lid van art. 28 Uitleveringswet weliswaar is bepaald dat de Rb. de uitlevering ontoelaatbaar verklaart wanneer zij bevindt dat ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan de feiten, waarvoor zijn uitlevering is gevraagd (...)); HR 28 oktober 1997, *NJ* 1998, 212, r.o. 4.1-4.4 (Europees Verdrag betreffende uitlevering: de Hoge Raad verwerpt het middel tegen de ontoelaatbaarverklaring); HR 9 juni 1998, *NJ* 1998, 771, r.o. 5.2 (Europees Verdrag betreffende uitlevering; “Het middel stelt terecht dat indien ten aanzien van het feit dat op 21 maart 1997 zou zijn begaan geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld van de opgeëiste persoon, de omstandigheid dat uitlevering is gevraagd voor meer feiten, niet kan leiden tot toelaatbaarverklaring van de uitlevering in haar geheel, doch dat in dat geval de uitlevering ter zake van het op 21 maart 1997 gepleegde feit ontoelaatbaar moet worden verklaard”). Zie voor gevallen waarin de Hoge Raad als uitleveringsrechter onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering een onschuldbewering onderzoekt: HR 24 oktober 2000, *NJB* 2000, p. 2056, nr. 143 (honoreert de onschuldbewering) en HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.5.1-3.5.3 (verwerpt de onschuldbewering).

²⁶⁷² HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 756, r.o. 5.3.

²⁶⁷³ Zie HR 17 april 2012, *LJN* BW2489, r.o. 3.2.1-3.2.3.

²⁶⁷⁴ HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 634, r.o. 4.3; HR 18 april 1989, *NJ* 1990, 63, r.o. 4.3; HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 206, r.o. 3.4; HR 25 oktober 2005, *LJN* AU2698 (Antilliaanse uitleveringszaak), r.o. 3.3.3.

²⁶⁷⁵ HR 18 april 1989, *NJ* 1990, 63, r.o. 4.1.1-4.4.

²⁶⁷⁶ Zie bijvoorbeeld HR 25 oktober 2005, *LJN* AU2698 (Antilliaanse zaak), r.o. 3.4. Dat oordeel moet dan wel begrijpelijk zijn: HR 11 juli 2000, *LJN* AA6462. (In Hoge Raad 24 oktober 2000, *NJB* 2000, p. 2056, nr. 134 (het vervolg op *LJN* AA6462) honoreerde de Hoge Raad na een verhoor van getuigen de onschuldbewering en verklaarde hij de uitlevering ontoelaatbaar.)

niet uit (art. 26 lid 4 UW). De praktijk laat dan ook enkele gevallen zien waarin de opgeëiste persoon erin slaagde zijn kennelijke onschuld door getuigenverklaringen aan te tonen.²⁶⁷⁷

De uiteenzetting van het feit in het bij het uitleveringsverzoek gevoegde “statement of the offences” hoeft niet zodanig gedetailleerd te zijn, dat het de opgeëiste persoon in staat stelt onverwijld zijn onschuld aan te tonen. De “statement of the offences” heeft namelijk niet mede tot doel het de opgeëiste persoon mogelijk te maken om aan te tonen dat hij onschuldig is.²⁶⁷⁸

Veelal zal de bewering een *alibi*²⁶⁷⁹ inhouden, te weten dat de opgeëiste persoon zich ten tijde van het plegen van de feiten niet op de pleegplaats bevond en dat hij die feiten dus niet gepleegd kan hebben.²⁶⁸⁰ De enkele stelling dat de opgeëiste persoon zich elders bevond, is niet voldoende. Hij zal de juistheid van die stelling moeten aantonen en wel onverwijld, dat wil zeggen op een wijze die geen diepgaand onderzoek meebrengt. Het overleggen van een medische verklaring ten bewijze dat de opgeëiste persoon ten tijde van het begaan van het feit in een ziekenhuis was opgenomen, is bijvoorbeeld niet voldoende, indien de uitleveringsrechter daarvan niet, althans niet zonder diepgaand onderzoek, de authenticiteit en juistheid kan vaststellen.²⁶⁸¹ Het bewijs ter ondersteuning van het *alibi* moet bovendien uitsluiten dat de opgeëiste persoon zich ten tijde van het begaan van het feit in de pleegplaats bevond: de omstandigheid dat de opgeëiste persoon volgens de stempels in zijn paspoort van medio november tot medio december 1984 in Canada heeft verbleven, sluit bijvoorbeeld niet uit dat hij op enig moment in die periode in de pleegplaats New York heeft verbleven.²⁶⁸² Indien het uitleveringsverzoek betrekking heeft op een in deelneming begaan feit, volgt uit een *alibi* niet zonder meer dat de opgeëiste persoon niet bij dat feit betrokken kan zijn geweest, tenzij de “statement of the offences” aan de opgeëiste persoon verwijt dat hij *lijfelijk aanwezig* was bij het begaan van het feit.²⁶⁸³ Een verweer dat - wellicht - sommige, maar niet alle belastende aanwijzingen jegens de opgeëiste persoon ontkracht, toont niet onverwijld de onschuld van de opgeëiste persoon aan.²⁶⁸⁴ Hetzelfde geldt voor het betoog dat de autoriteiten van de verzoekende staat het

²⁶⁷⁷ HR 28 oktober 1997, *NJ* 1998, 212; HR 24 oktober 2000, *NJB* 2000, p. 2056, nr. 143; Rb. Maastricht 23 december 2003, niet gepubliceerd, maar vermeld in Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, *LJN* AY7740.

²⁶⁷⁸ HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 9; HR 20 mei 1980, *NJ* 1980, 539, r.o. 6.

²⁶⁷⁹ Latijn voor elders.

²⁶⁸⁰ HR 3 november 1981, *NJ* 1982, 125 (de rechtbank had ten aanzien van enkele van de feiten de uitlevering ontoelaatbaar verklaard, omdat de opgeëiste persoon in detentie in Italië had verbleven en dus niet aanwezig kon zijn geweest in België waar deze feiten zouden zijn gepleegd; tegen dat oordeel was het cassatieberoep niet gericht); HR 28 oktober 1997, *NJ* 1998, 212; Rb. Maastricht 23 december 2003, niet gepubliceerd, maar vermeld in Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, *LJN* AY7740.

²⁶⁸¹ HR 9 juni 1998, *NJ* 1998, 771, r.o. 5.3.

²⁶⁸² HR 20 januari 1987, *NJ* 1987, 748, r.o. 7.2. Zie ook de punten 24-26 van de conclusie van de A-G Jörg vóór HR 11 mei 2010, *LJN* BL8803: het ontbreken van in- en uitreisstempels in het paspoort van de opgeëiste persoon sluit niet uit dat de opgeëiste persoon op enig moment tijdens de pleegperiode in de Filippijnen is geweest, waar de feiten zouden zijn begaan.

²⁶⁸³ Zie HR 24 oktober 2000, *NJB* 2000, p. 2056, nr. 134, r.o. 2.2-2.7, waarin de Hoge Raad als uitleveringsrechter naar aanleiding van een opgeworpen *alibi* eerst vaststelt dat aan de opgeëiste persoon uitsluitend wordt verweten dat hij lijfelijk aanwezig is geweest bij en persoonlijk heeft deelgenomen aan de vijf bankovervallen.

²⁶⁸⁴ HR 20 mei 2003, *NJ* 2004, 41, m.nt. YB, r.o. 4.6 in samenhang met de punten 27-29 van de conclusie van de A-G Vellinga.

bewijsmateriaal dat de grondslag vormt van de verdenking verkeerd hebben gelezen of geïnterpreteerd.²⁶⁸⁵

Het honoreren van een bewering als bedoeld in art. 26 lid 3 UW is een hachelijke zaak, omdat de uitleveringsrechter de betrouwbaarheid en juistheid van het materiaal dat de opgeëiste persoon aandraagt veelal alleen kan toetsen tegen de achtergrond van het bewijsmateriaal dat zich in de verzoekende staat bevindt, dat de uitleveringsrechter niet kent en waarin hij niet kan treden zonder een diepgaand onderzoek. Illustratief is een uitspraak van de Rechtbank Maastricht waarbij de uitlevering aan de Bondsrepubliek Duitsland ontoelaatbaar werd verklaard op grond van ter zitting van die rechtbank afgelegde getuigenverklaringen dat de opgeëiste persoon op 8 september 2001 in Frankrijk verbleef, terwijl de opgeëiste persoon verweten werd dat hij op die datum persoonlijk te Schinveld (Nederland) verdovende middelen aan een ander had overhandigd. De Minister van Justitie weigerde vervolgens de uitlevering aan de Bondsrepubliek Duitsland. Op 21 februari 2006 vaardigde de *Oberstaatsanwalt* bij de *Oberstaatsanwaltschaft* te Aachen (Duitsland) een EAB uit tegen dezelfde opgeëiste persoon wegens hetzelfde feit. Voor de *overleveringsrechter* betoogde de opgeëiste persoon dat zijn overlevering moest worden geweigerd, nu de Rechtbank Maastricht al had vastgesteld dat hij niet schuldig was aan het feit. De Duitse autoriteiten hadden echter meegedeeld dat uit telefoontaps en printgegevens bleek dat de opgeëiste persoon op 8 september 2001 in de Euregio Maas-Rijn was en dus niet in Frankrijk! De Rechtbank Amsterdam verwierp het verweer, omdat zij in de overleveringsprocedure de betrouwbaarheid van de getuigenverklaringen niet kon vaststellen - gelet op die telefoontaps en printgegevens bedoelde zij kennelijk: zonder in een diepgaand, aan de Duitse rechter voorbehouden onderzoek te treden -, en wees om die reden ook het verzoek af om de telefoontaps en printgegevens aan de stukken te doen toevoegen.²⁶⁸⁶

Slaagt - desondanks - de onschuldbewering ten aanzien van één feit, terwijl het uitleveringsverzoek ook betrekking heeft op feiten waarvoor de uitlevering toelaatbaar is, dan mag de uitleveringsrechter niet de uitlevering voor *alle* feiten toelaatbaar verklaren, maar moet hij de uitlevering voor dat *ene feit* ontoelaatbaar verklaren.²⁶⁸⁷

De formulering van art. 28 lid 2 UW wekt de suggestie dat de weigeringsgrond alleen van toepassing is, indien het uitleveringsverzoek tot strafvervolgung strekt ("geen sprake (...) van een *vermoeden* van schuld").²⁶⁸⁸ Die suggestie is niet juist, maar gezien de omstandigheden dat de rechter in de verzoekende staat zich al over de schuldvraag heeft gebogen en dat het veroordelende vonnis al voor tenuitvoerlegging vatbaar is,²⁶⁸⁹ bestaat voor het oordeel dat geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld (nog) minder ruimte dan in geval van een uitlevering ter fine van strafvervolgung. De uitleveringsrechter dient namelijk uit te gaan van de juistheid van de voor tenuitvoerlegging vatbare veroordeling door de rechter in de verzoekende staat.²⁶⁹⁰ Alleen indien het tot tenuitvoerlegging strekkende *uitleveringsverzoek* berust op een door de opgeëiste persoon

²⁶⁸⁵ Punt 8 van de conclusie van de A-G Vellinga vóór HR 24 november 2009, L/JN BJ9266. Het aanduiden van tegenstrijdigheden in de getuigenverklaringen toont evenmin onverwijld de onschuld aan: HR 18 april 1989, NJ 1990, 63, r.o. 4.1.1-4.4.

²⁶⁸⁶ Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, L/JN AY7740.

²⁶⁸⁷ HR 9 juni 1998, NJ 1998, 771, r.o. 5.2. In het Zwitserse uitleveringsrecht staat een *partieel alibi* niet in de weg aan uitlevering voor *alle* feiten: Heimgartner 2002, p. 150; Zimmermann 2004, p. 475.

²⁶⁸⁸ Mijn cursivering.

²⁶⁸⁹ Zie art. 12 lid 2 onder a EUV en art. 18 lid 3 onder a UW.

²⁶⁹⁰ HR 31 januari 2006, NJ 2006, 125, r.o. 3.3.

aangetoonde *kennelijke misslag*, mag en moet de uitleveringsrechter art. 28 lid 2 UW toepassen.²⁶⁹¹ Die kennelijke misslag zal dan redelijkerwijze alleen betrekking kunnen hebben op de identificatie van de opgeëiste persoon als de veroordeelde.²⁶⁹²

XVI.3 Kennelijke onschuld in het overleveringsrecht

Evenmin als de Europese uitleveringsverdragen, kent het Kaderbesluit een weigeringsgrond inzake de kennelijke onschuld van de opgeëiste persoon. Desondanks bevat de Overleveringswet een aan art. 28 lid 2 UW ontleende weigeringsgrond. De Rechtbank Amsterdam moet de overlevering weigeren, indien zij bevindt dat ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan de feiten waarvoor zijn overlevering is gevraagd (art. 28 lid 2 OLW). Art. 26 lid 4 OLW komt overeen met art. 26 lid 3 UW, met dien verstande dat de opgeëiste persoon zijn onschuld niet “onverwijld”, maar “tijdens het verhoor”, dat wil zeggen tijdens de zitting van de Rechtbank Amsterdam, dient aan te tonen. Evenmin als art. 26 lid 3 UW, is deze bepaling in strijd met art. 6 lid 2 EVRM (zie Hoofdstuk III.4.3). Een andere afwijking van de Uitleveringswet is dat de Overleveringswet bewust niet voorziet in *schorsing* van de zitting voor het horen van getuigen en deskundigen naar aanleiding van een onschuldbewering als bedoeld in art. 26 lid 4 OLW. Art. 26 lid 5 OLW geeft de Rechtbank Amsterdam namelijk de bevoegdheid om de dagvaarding of oproeping van getuigen of deskundigen te gelasten, maar alleen voor zover zij “zulks met het oog op het krachtens het *eerste* lid in te stellen onderzoek noodzakelijk acht” (art. 26 lid 5 OLW).²⁶⁹³ Tot “het krachtens het eerste lid in te stellen onderzoek” behoort niet het onderzoek van een onschuldbewering als bedoeld in art. 26 lid 4 OLW.²⁶⁹⁴

Deze afwijkingen van de Uitleveringswet beogen overschrijdingen te voorkomen van de korte termijn waarbinnen de Rechtbank Amsterdam op het EAB moet beslissen (art. 22 OLW). Van de opgeëiste persoon wordt verwacht dat hij voorafgaand aan de zitting aan de officier van justitie verzoekt om bepaalde beweringen te verifiëren en dat hij zelf zorgdraagt voor de aanwezigheid ter zitting van de eventueel te horen getuigen of deskundigen.²⁶⁹⁵ Ondanks art. 26 lid 5 OLW, is het niet geheel uitgesloten dat de Rechtbank Amsterdam het onderzoek ter zitting schorst voor nader onderzoek naar aanleiding van een onschuldbewering. Indien de ter zitting gedane uitlatingen van de opgeëiste persoon daartoe aanleiding geven, kan de Rechtbank Amsterdam de officier van justitie vragen een en ander te verifiëren.²⁶⁹⁶

²⁶⁹¹ HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 619, r.o. 4.1-4.3; HR 1 oktober 1991, *DD* 92.041; HR 12 mei 1992, *DD* 92.324; HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457, r.o. 3.6.1-3.6.2.

²⁶⁹² In de zin van: het vonnis is gewezen ten laste van Jan de Vries, de opgeëiste persoon heet ook Jan de Vries, maar is niet de persoon op wie het vonnis betrekking heeft. HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 619, r.o. 4.1-4.3 lijkt de mogelijkheid open te laten dat een aantoonbare misslag in het *vonnis* ten aanzien van de identiteit van de *dader* eveneens in de weg zou kunnen staan aan uitlevering. Bijvoorbeeld: het vonnis is gewezen ten laste van Jan de Vries, de opgeëiste persoon is inderdaad *déze* Jan de Vries, maar het vonnis moet klaarblijkelijk betrekking hebben op een andere persoon genaamd Jan de Vries. Dit lijkt me moeilijk te verenigen met de regel dat de uitleveringsrechter moet uitgaan van de juistheid van de veroordeling.

²⁶⁹³ Mijn cursivering.

²⁶⁹⁴ Krachtens art. 26 lid 1 OLW moet de Rechtbank Amsterdam onderzoeken: de identiteit van de opgeëiste persoon, de ontvankelijkheid van het EAB en de mogelijkheid van de overlevering.

²⁶⁹⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 24.

²⁶⁹⁶ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 24.

Hoewel aan de *Handelingen* bewijs voor het tegendeel zou kunnen worden ontleend,²⁶⁹⁷ heeft de in het EAB opgenomen beschrijving van het feit, evenals de “statement of the offences”, niet tot doel de opgeëiste persoon in de gelegenheid te stellen om zijn onschuld aan te tonen.²⁶⁹⁸

Als redenen voor de opname van de weigeringsgrond in de Overleveringswet noemt de Memorie van Toelichting dat het Kaderbesluit niet uitdrukkelijk voorziet in de weigeringsgrond, maar dat zij in het uitleveringsrecht toch heel gebruikelijk is en dat het “ook weinig zinvol en een onnodige belasting van de rechtssystemen [zou] zijn, indien - ondanks het feit een persoon die meteen zijn onschuld ondubbelzinnig aantoon - toch zou worden overgeleverd”.²⁶⁹⁹ De Commissie heeft er meerdere keren op gewezen dat deze weigeringsgrond in strijd is met het Kaderbesluit, “since it might require an examination in substance of the case”, en met het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten, ook al is van Nederlandse zijde benadrukt dat toepassing van deze weigeringsgrond alleen zal plaatsvinden “in exceptional cases” en indien “it has become crystal clear to the executing judicial authority that the person could not have committed the offence”.²⁷⁰⁰ Het team van buitenlandse deskundigen dat in het kader van de vierde ronde van wederzijdse evaluaties de Nederlandse overleveringspraktijk heeft geëvalueerd, is eveneens van mening dat weigering op grond van art. 28 lid 2 OLW “op zijn minst formeel gezien ingaat tegen het kaderbesluit omdat voor zo'n weigering de zaak ten gronde moet worden bestudeerd, en ook ingaat tegen het beginsel van vertrouwen tussen de lidstaten”.²⁷⁰¹

Ik deel de kritiek dat de weigeringsgrond strijdt met het Kaderbesluit. De weigeringsgronden zijn limitatief opgesomd in de art. 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit²⁷⁰² en de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten dwingt voor wat betreft de onschuldbewering niet tot het maken van een uitzondering op het limitatieve karakter van die opsomming (vergelijk Hoofdstuk V.2.3.1).

Uit de verplichting tot het concretiseren van de verdenking naar plaats, tijd en betrokkenheid van de opgeëiste persoon (art. 8 lid 1 onder e Kaderbesluit) kan men naar mijn mening niet afleiden dat een weigeringsgrond als art. 28 lid 2 OLW is toegestaan, zoals Murschetz dat doet. Volgens haar zou die verplichting namelijk geen zin hebben,

²⁶⁹⁷ *Handelingen II* 27 november 2003, p. 30-2161: “Ook voor de Handelingen bevestig ik hier nogmaals dat het de bedoeling is dat het bij het invullen van het formulier niet alleen maar gaat om het plaatsen van een kruisje, maar dat ook feit, omstandigheden, plaats en betrokkenheid worden vermeld in het verzoek. Er zit een criterium in, namelijk dat de betrokkene zijn schuld ook onmiddellijk moet kunnen ontkennen en zijn eventuele onschuld mag aantonen. Dat soort feiten zal dus gesteld moeten zijn”.

²⁶⁹⁸ Rb. Amsterdam 30 mei 2006, *LJN* AX8631; Rb. Amsterdam 6 februari 2007, *LJN* AZ8761; Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8268; Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN7964 en BN7980.

²⁶⁹⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 24.

²⁷⁰⁰ *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 10.

²⁷⁰¹ *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 47.

²⁷⁰² HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55. Zo ook Zeder 2003, p. 380: “(...) für eine Verdachtsprüfung durch die Vollstreckende Behörde bleibt keinerlei Raum”.

indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit deze gegevens niet zou mogen beoordelen.²⁷⁰³ Murschetz ziet over het hoofd dat die verplichting de toetsing van de wel toegestane weigeringsgronden - waarvoor een opgave van plaats, tijd en betrokkenheid nodig is - mogelijk beoogt te maken, bijvoorbeeld de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat van andere feiten dan lijstfeiten, de verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat of de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door de uitvaardigende lidstaat. Bovendien noopt de naleving van het specialiteitsbeginsel door de uitvaardigende lidstaat eveneens tot concretisering van het feit naar plaats, tijd en betrokkenheid. Ook zonder de bevoegdheid tot beoordeling van de schuld van de opgeëiste persoon is de verplichting tot opgave van de plaats en tijd van het strafbare feit en van de betrokkenheid van de opgeëiste persoon daarbij dus wel degelijk zinvol.

Het ontbreken van de weigeringsgrond in het Kaderbesluit is mijns inziens niet daaraan toe te schrijven, dat een dergelijke weigeringsgrond vanzelfsprekend zou zijn.²⁷⁰⁴ Het beginsel van wederzijdse erkenning brengt immers mee dat de beoordeling van de *merites* van de strafzaak in de uitvaardigende lidstaat zal plaatsvinden of daar al heeft plaatsgevonden.²⁷⁰⁵ Ook indien men met Sanders aanneemt dat bij de toepassing van art. 26 lid 4 en art. 28 lid 2 OLW geen sprake is van een onderzoek ten gronde - zoals bedoeld door de Commissie en de buitenlandse deskundigen -, omdat een onschuldbewering alleen slaagt in geval van een zonder een diepgaand onderzoek vast te stellen *kennelijke vergissing*,²⁷⁰⁶ blijft staan dat het oordeel dat de uitvaardigende justitiële autoriteit een kennelijke vergissing heeft begaan ten aanzien van de schuld van de opgeëiste persoon een oordeel over de *merites* van de strafzaak inhoudt. Over de *merites* van de strafzaak komt de uitvoerende rechterlijke autoriteit geen oordeel toe, althans geen *zelfstandig* oordeel.

Ondanks de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, valt niet geheel uit te sluiten dat de uitvaardigende justitiële autoriteit een kennelijke vergissing begaat.²⁷⁰⁷ In geval van een kennelijke vergissing zou overlevering onrechtvaardig zijn voor de opgeëiste persoon en zou de overlevering ook niet in belang van de uitvaardigende lidstaat zijn.²⁷⁰⁸ De overlevering zou dan ook geen redelijk doel dienen en zou daarom achterwege dienen te blijven.²⁷⁰⁹ In zoverre ben ik het met de Nederlandse wetgever en de voorstanders van de onschuldbewering eens. Onze wegen scheiden evenwel ten aanzien van de tot die vaststelling bevoegde autoriteit. In het systeem van het Kaderbesluit kan die autoriteit

²⁷⁰³ Murschetz 2007a, p. 375; Murschetz 2007b, p. 91.

²⁷⁰⁴ Zoals Blekxtoon 2004a, p. 27, stelt.

²⁷⁰⁵ Šugman Stubbs & Gorkič 2009a, p. 238 en p. 242. Vgl. punt 105 van de conclusie van de A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-303/05 (Advocaten voor de Wereld): de overleveringsrechter "(...)“neemt slechts kennis van de zaak ten gronde voor zover dit voor de overleveringsprocedure noodzakelijk is; hij onthoudt zich van de waardering van het bewijs en velt geen oordeel over de schuld”.

²⁷⁰⁶ Sanders 2011, p. 119-120.

²⁷⁰⁷ De Hert & Millen 2006, p. 347-348, bespreken een dergelijk geval. Het Italiaanse EAB had betrekking op lidmaatschap van een criminele organisatie en op illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen in onder meer Italië in de periode van 1 maart 2003 tot 27 september 2003. Bij het EAB was een bijna niet herkenbare foto van de over te leveren persoon gevoegd. De Belgische opgeëiste persoon ontkende elke betrokkenheid bij de handel in verdovende middelen en wees erop dat de vage omschrijving van de feiten hem niet toeliet om de concrete plaats en het concrete tijdstip van de aan hem verweten handelingen te bepalen. De Belgische uitvoerende rechterlijke autoriteiten stonden desondanks zijn overlevering toe. Enkele dagen na zijn overlevering bleek dat men de verkeerde man te pakken had.

²⁷⁰⁸ Rozemond 2006, p. 135.

²⁷⁰⁹ Glerum & Rozemond 2008a, p. 203; Glerum, par. 91.20.15 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

alleen de uitvaardigende rechterlijke autoriteit zijn. Het Kaderbesluit biedt immers geen ruimte voor een *zelfstandig* oordeel van de uitvoerende rechterlijke autoriteit over de *merites* van de zaak. De uitvaardigende rechterlijke autoriteit is bovendien beter dan de uitvoerende rechterlijke autoriteit in staat te beoordelen of sprake is van een kennelijke vergissing, nu zij, anders dan de uitvoerende rechterlijke autoriteit, de beschikking heeft over het volledige strafdossier en het verweer van de opgeëiste persoon dus kan plaatsen in de context van de inhoud van dat dossier. Voert de opgeëiste persoon aan dat sprake is van een kennelijke vergissing en acht de uitvoerende rechterlijke autoriteit zulks aannemelijk, dan mag zij de overlevering dus niet om die reden weigeren. Hoogstens mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit het verweer *ter beoordeling* aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit voorleggen, alvorens te beslissen op het EAB, voor zover althans de beslistermijnen zulks toelaten (art. 17 Kaderbesluit; art. 22 OLW).

Een uitleg van art. 28 lid 2 OLW in deze zin lijkt mij mogelijk.²⁷¹⁰ De “ondubbelzinnige bewoordingen”²⁷¹¹ van art. 28 lid 2 OLW staan daaraan niet in de weg. De uitleg vindt weliswaar geen steun in de wetsgeschiedenis, maar dat is niet relevant. De nationale wetgever moet immers geacht worden het Kaderbesluit correct te hebben willen implementeren.²⁷¹² De uitzondering die de Hoge Raad maakt voor gevallen waarin de parlementaire stukken “ondubbelzinnig uitdrukking [geven] aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe [het kaderbesluit] zou verplichten of de vrijheid zou laten”,²⁷¹³ doet zich hier niet voor.

Een kaderbesluitconforme uitleg van art. 28 lid 2 OLW brengt mee dat de Rechtbank pas mag en moet “bevinden” dat geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld in de zin van art. 28 lid 2 OLW, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit heeft bevestigd dat inderdaad sprake is van een kennelijke vergissing.²⁷¹⁴ Is de uitvaardigende justitiële autoriteit daarentegen van oordeel dat hetgeen de opgeëiste persoon heeft aangevoerd niet een kennelijke vergissing aantoont, dan moet de Rechtbank Amsterdam de onschuldbewering verwerpen. De opgeëiste persoon kan na zijn eventuele overlevering het verweer herhalen voor de rechter in de uitvaardigende lidstaat. Staan de beslistermijnen - die in de Overleveringswet strenger zijn dan in het Kaderbesluit -²⁷¹⁵ naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam in de weg aan het voorleggen van de onschuldbewering aan de uitvaardigende justitiële autoriteit, dan mag de Rechtbank Amsterdam de overlevering niet op grond van art. 28 lid 2 OLW weigeren. Na zijn eventuele overlevering kan de opgeëiste persoon zijn verweer in de uitvaardigende lidstaat voeren.

²⁷¹⁰ Zou de nationale rechter op grond van de voorrang van het Unierecht verplicht zijn om een met het Kaderbesluit strijdig nationaal voorschrift buiten toepassing te laten, dan zou de overleveringsrechter de art. 26 lid 4 jo. 28 lid 2 OLW niet mogen toepassen. Een dergelijke verplichting heeft het Hof van Justitie niet aangenomen (zie Hoofdstuk III.3.3.1).

²⁷¹¹ HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²⁷¹² HvJ 16 december 1993, zaak C-334/92, Jur. 1993, p. I-6911 (Wagner Miret), r.o. 20 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²⁷¹³ HR 10 augustus 2007, L/JN AZ3758, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²⁷¹⁴ Al zal de uitvaardigende justitiële autoriteit in een dergelijk geval het EAB wel intrekken. Intrekking van het EAB leidt tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in zijn vordering ex art. 23 lid 1 OLW: Rb. Amsterdam 27 januari 2006, L/JN AV1193; Rb. Amsterdam 29 april 2010, L/JN BM6356.

²⁷¹⁵ Kan de Rechtbank Amsterdam niet binnen - de verlengde beslistermijn van - negentig dagen na de aanhouding van de opgeëiste persoon tot een beslissing op het EAB komen, dan mag zij de beslistermijn - opnieuw - verlengen en wel voor onbepaalde tijd, maar in dat geval *moet* zij tegelijkertijd de overleveringsdetentie schorsen (art. 22 lid 4 OLW).

Hoe past nu de overleveringsrechter de art. 26 lid 4 en 28 lid 2 OLW toe? De Rechtbank Amsterdam legt het criterium van art. 28 lid 2 OLW zo uit dat onomstotelijk moet komen vast te staan dat de opgeëiste persoon het in het EAB bedoelde feit onmogelijk kan hebben begaan.²⁷¹⁶ Een dergelijk geval doet zich voor, indien blijkt dat de opgeëiste persoon ten tijde van de gedraging waarvoor zijn overlevering wordt verzocht niet aanwezig was op de plaats waar deze gedraging zou zijn verricht.²⁷¹⁷ Het *alibi* moet wel sluitend zijn, moet met andere woorden de betrokkenheid van de opgeëiste persoon bij het feit uitsluiten.²⁷¹⁸ Een alibiverweer heeft daarentegen weinig kans van slagen, indien het EAB betrekking heeft op een feit dat in deelneming zou zijn begaan. Voor een dergelijk feit is immers de lijfelijke aanwezigheid van de opgeëiste persoon op de plaats van het delict niet vereist,²⁷¹⁹ tenzij het EAB uitgaat van die aanwezigheid.²⁷²⁰

Zoals onder de Uitleveringswet, stelt de onderbouwing van de onschuldbewering de opgeëiste persoon onder de Overleveringswet voor een bijzonder zware opgave.²⁷²¹ Een beroep op bewijsmateriaal waarvan de betrouwbaarheid niet aanstonds blijkt, heeft doorgaans weinig kans van slagen.²⁷²² De Rechtbank Amsterdam beschikt immers niet over het buitenlandse strafdossier en kan daarom de waarde van dat materiaal niet onderzoeken.²⁷²³ Door een dergelijk onderzoek zou zij bovendien in de bewijsvraag treden, die niet ter beoordeling van de overleveringsrechter staat.²⁷²⁴ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de betwisting van belastend bewijsmateriaal²⁷²⁵ en voor het opwerpen van een alternatieve lezing van de feiten.²⁷²⁶

²⁷¹⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 juli 2007, *LJN* BA9174; Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6617; Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810; Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6921.

²⁷¹⁷ Zie Rb. Amsterdam 10 februari 2006, *LJN* AV3966 (de opgeëiste persoon was ten tijde van het begaan van het feit opgenomen in een ziekenhuis in een ander land); Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3388 (de opgeëiste persoon verbleef in preventieve hechtenis).

²⁷¹⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 26 november 2004, *LJN* AR6679 (op grond van stempels in het Marokkaanse paspoort zijn de in- en uitreis in Marokko voldoende aannemelijk; een en ander sluit reisbewegingen met een ander reisdocument niet uit); Rb. Amsterdam 15 augustus 2008, *LJN* BF1877 (verweer verworpen, omdat, hoewel de opgeëiste persoon in detentie verbleef, het penitentiaire programma hem veel bewegingsvrijheid buiten de inrichting verschaft); Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3388 (de enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon in Nederland is aangehouden, sluit niet uit dat hij op een ander moment van die dag toch in België is geweest).

²⁷¹⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 september 2004, *LJN* AR2376; Rb. Amsterdam 20 juli 2007, *LJN* BB3248 en *LJN* BB3260; Rb. Amsterdam 24 april 2009, *LJN* BJ0726; Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BQ5976.

²⁷²⁰ Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3388 (alibiverweer slaagt, omdat uit de omschrijving van de feiten in het EAB blijkt dat de opgeëiste persoon bij het plegen van de feiten feitelijk aanwezig moet zijn geweest).

²⁷²¹ Zo Rb. Amsterdam 10 juli 2007, *LJN* BA9174.

²⁷²² Zie Rb. Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9719 ten aanzien van inconsistente verklaringen van de opgeëiste persoon.

²⁷²³ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 maart 2006, *LJN* AV4298; Rb. Amsterdam 11 oktober 2007, *LJN* BD3403; Rb. Amsterdam 8 mei 2008, *LJN* BD4714; Rb. Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9719.

²⁷²⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 3 maart 2006, *LJN* AV4298; Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, *LJN* AY7740; Rb. Amsterdam 11 oktober 2007, *LJN* BD3403; Rb. Amsterdam 8 mei 2008, *LJN* BD4714. Zie over de betrouwbaarheid van in- en uitreisstempels in paspoorten Rb. Amsterdam 27 augustus 2004, *LJN* AQ8300.

²⁷²⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 juli 2007, *LJN* BA9174.

²⁷²⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810; Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6291.

De bewuste uitsluiting van schorsing van het onderzoek ter zitting voor het horen van getuigen of deskundigen naar aanleiding van een onschuldbewering (art. 26 lid 5 OLV) legt nog een extra last op de schouders van de opgeëiste persoon.²⁷²⁷ Daarbij komt dat de Rechtbank Amsterdam niet genegen lijkt het onderzoek ter zitting te schorsen, teneinde de opgeëiste persoon in de gelegenheid te stellen de onschuldbewering (nader) te onderbouwen.²⁷²⁸ Wel ziet zij zo nu en dan aanleiding nadere gegevens op te vragen bij de uitvaardigende justitiële autoriteit.²⁷²⁹

Sanders concludeert dan ook dat het toetsingskader van de Rechtbank Amsterdam beperkt is en dat door het hanteren van zeer strenge normen de kans op een geslaagde onschuldbewering zeer klein is.²⁷³⁰ Mij zijn slechts twee gepubliceerde gevallen bekend waarin de Rechtbank Amsterdam de onschuldbewering honoreerde.²⁷³¹ In het *eerste* geval zag het Duitse EAB op het lijstfeit “vervalsing van betaalmiddelen”, dat op 14 december 2004 zou zijn gepleegd in Aschaffenburg (Duitsland). De raadsman van de opgeëiste persoon legde ter zitting “een formulier van het ziekenhuis “Prahova, Spitalul de Boli Infectioase” te Ploiesti” over waaruit zou blijken “dat de opgeëiste persoon van 10 tot 22 december 2004 in dat ziekenhuis is behandeld wegens een acute virale hepatitis A en B”. Hoewel de officier van justitie twijfels had geuit over de authenticiteit van dat formulier, hetgeen gezien de tegen de opgeëiste persoon gerezen verdenking alleszins voorstelbaar was, oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat de opgeëiste persoon had aangetoond dat hij wegens verblijf in een ziekenhuis in Roemenië onmogelijk op de in het EAB vermelde datum in Aschaffenburg had kunnen zijn en weigerde zij daarom de overlevering.²⁷³² Kennelijk was de Rechtbank Amsterdam van oordeel dat het formulier authentiek was, maar de lapidaire onderbouwing maakt niet duidelijk hoe zij tot dat - impliciete - oordeel is gekomen. Niet blijkt dat zij een oordeel van de uitvaardigende justitiële autoriteit over de onschuldbewering heeft gevraagd, alvorens daarop te beslissen. In het *tweede* geval had het EAB mede betrekking op feiten die op 29 april 2010 en op 30 april 2010 in Tielt (België) zouden zijn gepleegd en waarbij de opgeëiste persoon volgens de in het EAB gegeven omschrijving feitelijk aanwezig zou zijn geweest. De raadvrouw legde ter zitting een uittreksel uit het justitieel documentatieregister over, waaruit bleek “dat de opgeëiste persoon van 2 maart 2010 tot 15 mei 2010 in preventieve hechtenis zat”. De Rechtbank

²⁷²⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 17 november 2006, *LJN* BD3843 (al berust de afwijzing van het verzoek om een getuige te horen op de grond dat in de overleveringsprocedure de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring niet kan worden beoordeeld); Rb. Amsterdam 11 oktober 2007, *LJN* BD3403 (verzoek afgewezen, omdat de wetgever niet heeft gewild dat om deze reden aanhouding wordt verleend én omdat de rechtbank de waarde van een ontlastende verklaring niet zou kunnen wegen, nu zij niet over het strafdossier beschikt). In Rb. Amsterdam 8 mei 2008, *LJN* BD4714 hoorde de Rechtbank Amsterdam een ter zitting meegebrachte getuige, maar verwierp uiteindelijk het verweer.

²⁷²⁸ Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3131; Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822.

²⁷²⁹ Zie Rb. Amsterdam 13 oktober 2006, *LJN* AZ1006; zie ook Rb. Amsterdam 8 mei 2008, *LJN* BD4714 (de officier van justitie legt voorafgaand aan de zitting een ontlastende getuigenverklaring aan de uitvaardigende justitiële autoriteit over, waarna deze laatste bericht het EAB desondanks te handhaven).

²⁷³⁰ Sanders 2011, p. 120. Zo ook De Hert & Miller 2006, p. 348. Het team van buitenlandse deskundigen dat de Nederlandse overleveringspraktijk heeft geëvalueerd, stelt eveneens vast dat zeer strenge normen worden gehanteerd, hetgeen de toepassing van de weigeringsgrond beperkt: *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 47.

²⁷³¹ Rozemond 2006, p. 135, vermeldt een ander, kennelijk niet gepubliceerd geval.

²⁷³² Rb. Amsterdam 10 februari 2006, *LJN* AV3966.

Amsterdam oordeelde dat de opgeëiste persoon ten aanzien van die feiten zijn onschuld had aangetoond en weigerde in zoverre de overlevering.²⁷³³ Uit de uitspraak blijkt niet dat zij het verweer heeft voorgelegd aan de uitvaardigende justitiële autoriteit, alvorens dit te honoreren. Hoewel in dit tweede geval de authenticiteit van het overgelegde bewijsmateriaal minder problematisch is dan in het eerste geval - het ging kennelijk om een uittreksel uit het Nederlandse justitiële documentatieregister -, had de Rechtbank Amsterdam naar mijn mening desalniettemin het oordeel van de uitvaardigende justitiële autoriteit moeten inwinnen, al was het alleen maar om te vernemen of haar lezing van de verdenking juist was. Bovendien betrof het EAB een aantal feiten ten aanzien waarvan de Rechtbank Amsterdam de overlevering wel toelaatbaar achtte. In een dergelijk geval is de overlevering ten aanzien van *alle* feiten niet doelloos - de opgeëiste persoon zal na overlevering immers *in elk geval* vervolgd kunnen worden ter zake van de feiten waarvoor de overleveringsrechter de overlevering toelaatbaar achtte - en is de onbeperkte overlevering niet onrechtvaardig voor de opgeëiste persoon - hij zal immers toch al overgeleverd worden en hij zal na overlevering de onschuldbewering kunnen herhalen in uitvaardigende lidstaat. Nog los van mijn opvatting dat de Rechtbank Amsterdam niet een zelfstandig oordeel over een onschuldbewering competeert, zou een *partiële* onschuldbewering mijns inziens daarom niet moeten kunnen leiden tot een *partiële* weigering van de overlevering. Zou de Rechtbank Amsterdam deze lijn gaan volgen, dan zou het overleveringsrecht in zoverre dus afwijken van het uitleveringsrecht.

Hoewel niet blijkt dat de Rechtbank Amsterdam uitgaat van de door mij voorgestane kaderbesluitconforme uitleg van art. 28 lid 2 OLW, moet men wel constateren dat het geringe aantal gevallen waarin zij een onschuldbewering heeft gehonoreerd, het met het Kaderbesluit strijdige karakter van die bepaling aanzienlijk relativeert.

XVI.4 Conclusie

Evenmin als de Europese uitleveringsverdragen kent het Kaderbesluit een weigeringsgrond inzake de kennelijke onschuld van de opgeëiste persoon, maar evenals de Uitleveringswet bevat de Overleveringswet wel een dergelijke weigeringsgrond.

Die overeenkomst wekt naar mijn mening verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Het Kaderbesluit bevat niet een weigeringsgrond inzake de kennelijke onschuld van de opgeëiste persoon, omdat een dergelijke weigeringsgrond zich niet verdraagt met het beginsel van wederzijdse erkenning. Op grond van dat beginsel mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit zich niet inlaten met een beoordeling van de *merites* van zaak. Die beoordeling heeft immers al plaatsgevonden of zal nog plaatsvinden in de uitvaardigende lidstaat. Het oordeel dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een kennelijke vergissing heeft begaan ten aanzien van de schuld van de opgeëiste persoon mag dan wel geen uitvoerig onderzoek ten gronde vergen, maar dat oordeel is toch een oordeel over de *merites* van de zaak en is dus voorbehouden aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit. De weigeringsgronden zijn limitatief opgenomen in de art. 3-4 bis Kaderbesluit. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten, die tot het primaire Unierecht behoort, dwingt niet tot maken van een uitzondering op het in het Kaderbesluit neergelegde stelsel, dat van secundair Unierecht is. Art. 28 lid 2 OLW is dus in strijd met het Kaderbesluit.

²⁷³³ Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3388.

Ook hier speelt de wens van de wetgever om bij de implementatie van het Kaderbesluit zoveel mogelijk aan te sluiten bij de Uitleveringswet hem parten (zie Hoofdstuk VII.4). Anders dan de wetgever meent, strookt de uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond inzake kennelijke onschuld niet met het Kaderbesluit.

Het voorgaande betekent niet dat ik de mogelijkheid van kennelijke vergissingen uitsluit, maar ik ben van mening dat de wijze waarop de uitvoerende rechterlijke autoriteit met een gestelde kennelijke vergissing omgaat, moet stroken met het systeem van het Kaderbesluit en de uitgangspunten die daaraan ten grondslag liggen. Mijns inziens brengen dat systeem en die uitgangspunten mee dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit, indien al sprake lijkt te zijn van een kennelijke vergissing over de schuld van de opgeëiste persoon, daarover niet (zelfstandig) een oordeel velt, maar een en ander ter beoordeling voorlegt aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit, althans voor zover de beslistermijnen zich daartegen niet verzetten. Ten aanzien van een gestelde kennelijke vergissing is het oordeel van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit dus steeds beslissend, hetzij voorafgaand aan de (eventuele) overlevering, hetzij na de overlevering.

Een kaderbesluitconforme uitleg van art. 28 lid 2 OLW in de hiervoor bedoelde zin is mijns inziens mogelijk. De “ondubbelzinnige bewoordingen” en de wetsgeschiedenis van deze bepaling beletten niet haar zo te lezen, dat de Rechtbank Amsterdam pas mag “bevinden” dat ten aanzien van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld aan de feiten waarvoor zijn overlevering is gevraagd, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit de kennelijke vergissing heeft bevestigd. Uit de gepubliceerde rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam blijkt niet dat zij de hier voorgestane kaderbesluitconforme uitleg hanteert. Wel maakt die rechtspraak duidelijk dat zij een strenge maatstaf aanlegt en dat daardoor een onschuldbewering zelden slaagt. Hoewel zulks het belang van de weigeringsgrond en dus het met het Kaderbesluit strijdige karakter van die weigeringsgrond relativeert, blijft naar mijn mening overeind dat een weigeringsgrond die aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit een zelfstandig oordeel over de *merites* van de zaak toedeelt, onverenigbaar is met het Kaderbesluit.

HOOFDSTUK XVII Specialiteitsbeginsel

XVII.1 Inleiding

XVII.2 Specialiteitsbeginsel in het uitleveringsrecht

XVII.2.1 Inleiding

XVII.2.2 Specialiteitsbeginsel in de Uitleveringswet

XVII.2.2.1 De regelingen

XVII.2.2.2 Ratio

XVII.2.3 Specialiteitsbeginsel in de uitleveringsverdragen

XVII.2.3.1 Inleiding

XVII.2.3.2 Beperking strafrechtelijk of ander optreden

XVII.2.3.2.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering

XVII.2.3.2.2 EU-uitleveringsovereenkomst

XVII.2.3.3 Verbod op verderlevering

XVII.2.3.3.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering

XVII.2.3.3.2 EU-uitleveringsovereenkomst

XVII.2.4 Het feitsbegrip

XVII.3 Specialiteitsbeginsel in het overleveringsrecht

XVII.3.1 Inleiding

XVII.3.2 Specialiteitsbeginsel in het Kaderbesluit

XVII.3.2.1 Inleiding

XVII.3.2.2 Beperking van vervolgings- en executierecht

XVII.3.2.2.1 Hoofregel

XVII.3.2.2.2 Algemene afstand

XVII.3.2.2.3 Specifieke uitzonderingen

XVII.3.2.2.4 Géén weigeringsgrond

XVII.3.2.3 Verbod op verderlevering lidstaat

XVII.3.2.3.1 Hoofregel

XVII.3.2.3.2 Algemene afstand

XVII.3.2.3.3 Specifieke uitzonderingen

XVII.3.2.3.4 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere overlevering

XVII.3.2.4 Verbod op verderlevering derde staat

XVII.3.2.5 Verbod op verderlevering na eerdere uitlevering

XVII.3.2.5.1 Algemeen

XVII.3.2.5.2 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere uitlevering

XVII.3.2.6 Ratio regelingen

XVII.3.3 Specialiteitsbeginsel in de Overleveringswet

XVII.3.3.1 Inleiding

XVII.3.3.2 Algemene bedingen

XVII.3.3.2.1 Inleiding

XVII.3.3.2.2 Beperking vervolgings- en executierecht

XVII.3.3.2.3 Géén verderlevering lidstaat

XVII.3.3.2.4 Géén verderlevering derde staat

XVII.3.3.3 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere overlevering áán Nederland

HOOFDSTUK XVII

XVII.3.3.4 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere uitlevering áán
Nederland

XVII.3.4 Het feitsbegrip

XVII.4 Conclusie

XVII.1 Inleiding

Het uit- en overleveringsrecht bevatten regelingen die uitdrukking geven aan het specialiteitsbeginsel. Dit beginsel houdt, kort gezegd, in dat de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat de opgeëiste persoon na zijn uit- of overlevering niet mag vervolgen, bestraffen en van zijn vrijheid beroven ter zake van een ander vóór de uit- of overlevering begaan feit dan het feit waarvoor de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat zijn uit- of overlevering heeft toegestaan. De (lid)staat die de uit- of overlevering van de door hem gezochte persoon heeft verkregen, ziet zich dus geconfronteerd met een beperking van zijn mogelijkheden om strafrechtelijk tegen de opgeëiste persoon op te treden.²⁷³⁴ Krachtens het specialiteitsbeginsel mag de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat de opgeëiste persoon na zijn uit- of overlevering evenmin zonder toestemming van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat uit- of overleveren aan een andere (lid)staat. Uiten overlevering leveren brengen dus beperkingen van de soevereiniteit van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat mee.

In een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht waarin sprake is van een vrij verkeer van strafrechtelijke beslissingen ligt een dergelijke beperking op het eerste gezicht niet voor de hand. Het lijkt niet mogelijk het specialiteitsbeginsel rechtstreeks in verband te brengen met de in Hoofdstuk IV besproken grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten dwingt niet rechtstreeks tot het aanvaarden van de genoemde beperkingen van de soevereiniteit van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat. Het specialiteitsbeginsel vindt namelijk geen uitdrukking in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie noch in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.²⁷³⁵ Waar het specialiteitsbeginsel tussen de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat en de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat geldt, kan handelen in strijd met dat beginsel relevant zijn voor de beoordeling of een in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden opgenomen recht of fundamentele vrijheid is geschonden of dreigt te worden geschonden,²⁷³⁶ maar daaruit volgt naar mijn mening niet dat dit verdrag een zelfstandige

²⁷³⁴ Volgens Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 1, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012, zorgt dit beginsel ervoor dat de verzoekende staat de uitgeleverde persoon “speziell”, in de zin van “aussließlich”, vervolgt ter zake van de feiten waarvoor de aangezochte staat de uitlevering heeft toegestaan. Vandaar de benaming specialiteitsbeginsel.

²⁷³⁵ De Straatsburgse organen zijn niet bevoegd om klachten over schending van de specialiteitsregeling van het toepasselijke uitleveringsverdrag te behandelen: ECRM 3 mei 1983, *D&R* 36, p. 209 (Altun/Duitsland); ECRM 12 oktober 1994, nrs. 20386/92 en 21074/92, (Vanverberghe/Frankrijk); EHRM 31 augustus 1999, nr. 39912/98 (Di Giovine/Portugal); EHRM 28 januari 2003, nr. 4160/02 (Hermida Paz/Spanje).

²⁷³⁶ Zijn er redenen om te vrezen dat “extradition, although requested exclusively for offences under ordinary law, may be used to prosecute the person concerned in breach of the speciality rule for political offences or even simply because of his political opinions”, dan kan “the possibility of a violation of Article 3 of the Convention” niet onmiddellijk worden uitgesloten: ECRM 3 mei 1983, *D&R* 36, p. 209 (Altun/Duitsland); EHRM 16 oktober 2006, nr. 1101/04 (Burga Ortiz/Duitsland). Geldt voor een staat het specialiteitsbeginsel, dan brengt tenuitvoerlegging door die staat van een vrijheidsstraf in strijd met het specialiteitsbeginsel een schending van art. 5 lid 1 onder a EVRM mee, welke bepaling vrijheidsbeneming toelaat in geval van “lawful detention of a person after conviction by a competent court”, waarbij het begrip “lawful” in hoofdzaak naar het nationale recht verwijst. Zie over “lawful detention” in de zin van art. 5 lid 1 onder a EVRM en - gestelde schending van - art. 14 EUV ook EHRM 10 april 2012, nr. 28019/10 (Woolley/Verenigd Koninkrijk), § 79-85. Zie ook EHRM 2 februari 1999, nr. 30133/96 (F.F./Italië), waarin

oorsprongsbron van het beginsel is. De specialiteitsregelingen laten zich evenmin verklaren uit het *ne bis in idem* beginsel. De beperkingen van de soevereiniteit van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat houden niet rechtstreeks verband met een onherroepelijke berechting van de opgeëiste persoon wegens de feiten waarvoor de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat zijn uit- of overlevering heeft toegestaan. De procedure waarin de uitvoerende rechterlijke autoriteit over de tenuitvoerlegging van het EAB beslist, is niet een strafrechtelijke procedure en de beslissing waarbij deze autoriteit de overlevering toestaat, levert dan ook niet een onherroepelijke berechting van de opgeëiste persoon op (zie Hoofdstuk III.4.3 en Hoofdstuk X.1). Dat de lidstaten hun rechtsmachtregelingen niet hebben geharmoniseerd, levert evenmin een verklaring voor het specialiteitsbeginsel op. Het beginsel geldt namelijk ongeacht of sprake is van concurrerende rechtsmacht.

In het licht van het voorgaande zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de uit- en overleveringsrechtelijke regelingen van het specialiteitsbeginsel met elkaar overeenkomen en van elkaar afwijken. Van eventuele overeenkomsten en verschillen zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 de uitleveringsrechtelijke regelingen en in paragraaf 3 de overleveringsrechtelijke regelingen van het specialiteitsbeginsel beschrijven. In paragraaf 4 zal ik de conclusies uit de voorgaande twee paragrafen trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

XVII.2 Specialiteitsbeginsel in het uitleveringsrecht

XVII.2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal het specialiteitsbeginsel aan de orde komen, zoals dat in het uitleveringsrecht geldt. In paragraaf 2.2 zal ik eerst de regeling van het specialiteitsbeginsel in de Uitleveringswet beschrijven. Deze regeling kan weliswaar alleen worden toegepast voor zover het uitleveringsverdrag daarvoor de ruimte laat, maar bespreking van de wettelijke regeling voorafgaand aan de verdragsregelingen is gerechtvaardigd, omdat de wettelijke regeling dient als richtlijn voor de inhoud van te sluiten uitleveringsverdragen. Bovendien zal een dergelijke bespreking inzicht geven in het karakter van de specialiteitsregeling vanuit Nederlands perspectief. Vervolgens zal ik in paragraaf 2.3 de verdragsregelingen van het specialiteitsbeginsel aan een onderzoek onderwerpen. In

het Europees Hof de klacht kennelijk ongegrond verklaarde, omdat de feiten waarvoor de klager veroordeeld was gelijk waren aan de feiten waarvoor hij was uitgeleverd. In EHRM 28 januari 2003, nr. 4160/02 (Hermida Paz/Spanje) verwierp het Europees Hof de klacht dat het Spaanse Openbaar Ministerie in strijd met het specialiteitsbeginsel een strafverzwarende omstandigheid aan de aanklacht had toegevoegd, waardoor Spanje art. 6 lid 3 onder b EVRM zou hebben geschonden. Het Europees Hof wees erop dat de klager, die werd bijgestaan door een raadsman, de gelegenheid had gehad om bij de feitenrechter, de cassatierechter en de constitutionele rechter zijn bezwaren tegen de aanvulling van de aanklacht naar voren te brengen, zodat hij over voldoende tijd en gelegenheid had beschikt om zijn verdediging voor te bereiden en de mogelijke toepassing van de strafverzwarende omstandigheid te betwisten. Hoewel het Europees Hof niet bevoegd was om over schending van art. 14 EUV te oordelen, voegde het daaraan toe dat deze bepaling, gezien het *Rapport explicatif*, niet in de weg stond aan wijziging van de “qualification des faits, objet de l’extradition” of het toepassen van een “circonstance aggravante non visée dans la procédure d’extradition”.

paragraaf 2.4, ten slotte, zal ik aandacht besteden aan het voor de toepassing van de specialiteitsregeling zo belangrijke feitsbegrip.

XVII.2.2 *Specialiteitsbeginsel in de Uitleveringswet*

XVII.2.2.1 *De regelingen*

Het specialiteitsbeginsel is in de Uitleveringswet neergelegd in art. 12 UW. Het eerste lid bepaalt dat de uitlevering “niet wordt toegestaan dan onder het algemene beding, dat de opgeëiste persoon alleen met uitdrukkelijke toestemming van Onze Minister zal worden vervolgd, gestraft, of op enige andere wijze in zijn persoonlijke vrijheid beperkt, terzake van feiten die vóór het tijdstip van zijn uitlevering zijn begaan en waarvoor hij niet is uitgeleverd”. Het algemene beding van art. 12 lid 1 UW heeft niet alleen betrekking op de beperking van het vervolgings- en executierecht van de verzoekende staat, maar ook op de beperking van het recht van de verzoekende staat om op *andere dan strafrechtelijke wijze* de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon te beperken.²⁷³⁷ Het derde lid heeft betrekking op verderlevering en regelt dat de uitlevering verder niet wordt toegestaan “dan onder het algemene beding, dat de opgeëiste persoon alleen met uitdrukkelijke toestemming van Onze Minister ter beschikking zal worden gesteld van de autoriteiten van een derde staat, terzake van feiten die vóór het tijdstip van zijn uitlevering zijn begaan”. Art. 12 lid 3 UW staat dus ook in de weg aan verderlevering ter zake van de feiten waarvoor Nederland de betrokken persoon heeft uitgeleverd. Dat zijn immers ook “feiten die vóór het tijdstip van zijn uitlevering zijn begaan”.²⁷³⁸

Bij uitlevering dóór Nederland zijn ingevolge art. 12 UW dus steeds twee algemene bedingen aan de orde: een algemeen beding inzake de beperking van de mogelijkheden van de verzoekende staat om strafrechtelijk tegen de uitgeleverde persoon op te treden of op andere dan strafrechtelijke wijze zijn persoonlijke vrijheid te beperken en een algemeen beding inzake de beperking van de bevoegdheid van de verzoekende staat om de uitgeleverde persoon aan een derde staat uit te leveren. De vraag rijst wat men onder die algemene bedingen dient te verstaan. Uit de wetsgeschiedenis - en uit de formulering (“het *algemene* beding”) - blijkt dat de wetgever in elk geval niet een in elke uitleveringszaak te maken concreet beding of een door de verzoekende staat te verstrekken concrete garantie van naleving van het specialiteitsbeginsel op het oog had.²⁷³⁹ Op de vraag vanuit de Tweede Kamer of “de naleving van artikel 12 in een uitleveringsverdrag [betekent], dat het verzoekende land ook werkelijk waarborgt, dat de opgeëiste persoon slechts vervolgd en gestraft wordt voor strafbare feiten waarvoor hij is uitgeleverd?”,²⁷⁴⁰ antwoordden de

²⁷³⁷ Swart 1986, p. 342-343.

²⁷³⁸ De Memorie van Toelichting lijkt daarentegen aan te nemen dat de feiten waarvoor Nederland de uitlevering heeft toegestaan niet onder het verbod op verderlevering vallen: *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 12 (“De algemene regel is, dat geen vervolging, bestraffing of verdere uitlevering mag geschieden voor vroeger begane feiten - behalve die waarvoor de uitlevering is verkregen - dan met toestemming van de aangezochte staat”).

²⁷³⁹ Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 12 Uitleveringswet, aant. 1a, melden dat de uitlevering “gewoonlijk onder die conditie” plaatsvindt - kennelijk bedoelen zij het beding van naleving van het specialiteitsbeginsel -, “overigens zonder dat dit expliciet in de uitleveringsbeschikking wordt aangegeven”. Zie ook de door R Emmelink 1990, p. 66-67, weergegeven beschikking, die inderdaad geen beding inzake de specialiteit bevat.

²⁷⁴⁰ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 9, p. 3.

ondertekenaars van het wetsvoorstel namelijk dat het “stellen van garanties voor de naleving van een verdragsbepaling, houdende het in artikel 12 bedoelde beding - hierbij kan slechts worden gedacht aan een verzekering door een verantwoordelijke autoriteit van de verzoekende staat - (...) in uitleveringsverdragen niet [pleegt] te worden bedongen”. Zij voegden daaraan toe: “(n)iet-naleving van het specialiteitsbeginsel betekent schending van het verdrag. Er mag op worden vertrouwd dat de verzoekende staat zich daaraan ook zonder nadere beloften - welke waarde deze dan nog mogen hebben - niet zal schuldig maken”.²⁷⁴¹ Uit de beantwoording van de vraag kan men naar mijn mening verder afleiden, dat het “algemene beding” de in het uitleveringsverdrag opgenomen specialiteitsregeling is. Dit is in overeenstemming met het karakter van de Uitleveringswet als richtlijn voor de regering bij het sluiten van verdragen (zie Hoofdstuk II.3.3.1). Uitleveringsverdragen die Nederland onder de werking van de Uitleveringswet sluit, dienen een met art. 12 UW overeenkomende regeling van het specialiteitsbeginsel te bevatten. Die verdragsrechtelijke regeling richt zich dan tot de staat waaraan is uitgeleverd.²⁷⁴²

Hoewel de ondertekenaars van het wetsvoorstel toegaven dat een “afdoende controle” op de naleving van het specialiteitsbeginsel door de verzoekende staat “zeer moeilijk te verwezenlijken is”, waren zij van mening dat voor wantrouwen jegens de landen waarmee Nederland uitleveringsverdragen sloot geen reden bestond.²⁷⁴³ De praktijk laat zien dat de opgeëiste persoon dit vertrouwen in de verdragspartners niet steeds deelt. Met het verweer dat de verzoekende staat na de uitlevering de in het toepasselijke verdrag opgenomen specialiteitsregeling niet zal naleven, kan hij echter niet bij de uitleveringsrechter terecht. Die regeling richt zich tot de verzoekende staat en biedt de uitleveringsrechter volgens de Hoge Raad geen grondslag “om een gevraagde uitlevering ontoelaatbaar te verklaren uit vrees dat de opgeëiste persoon zal worden gestraft of op andere wijze in zijn persoonlijke vrijheid beperkt ter zake van feiten waarvoor hij niet is uitgeleverd”.²⁷⁴⁴ Wel mag de uitleveringsrechter van zijn oordeel over de gestelde dreigende schending van de specialiteitsregeling blijf geven in het in art. 30 lid 2 UW bedoelde advies aan de Minister van Justitie “omtrent het aan het verzoek tot uitlevering te geven gevolg”.²⁷⁴⁵ Een en ander kan uitzondering lijden, “indien blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan een zodanig risico van flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6 EVRM toekomend recht dat de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om dat recht te verzekeren, in de weg staat aan de uit het te dezen toepasselijke Uitleveringsverdrag voortvloeiende verplichting tot uitlevering”.²⁷⁴⁶ Het is dus in beginsel aan de Minister van Justitie voorbehouden om te beslissen of de gestelde dreigende schending van de specialiteitsregeling aan uitlevering in de weg staat. Zulks strookt met het systeem van art. 12 UW. De autoriteit die bevoegd is tot doorbreking van de specialiteit (art. 12 lid 2 UW) en van het verbod op verderlevering (art. 12 lid 3 UW), is de autoriteit die in het algemeen bevoegd is om toe te zien op naleving van de specialiteitsregeling. De Minister van Justitie kan inlichtingen vragen aan de verzoekende staat²⁷⁴⁷ en kan, indien zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een geïntenseerde vrees voor schending van

²⁷⁴¹ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 5.

²⁷⁴² Vgl. HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 619.

²⁷⁴³ *Kamerstukken I* 1967, 8054, nr. 9, p. 4.

²⁷⁴⁴ HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 619. In dezelfde zin HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 367, r.o. 3.4; HR 14 november 2006, *NJ* 2006, 629, r.o. 3.2; HR 19 april 2005, *LJN* AT4110, r.o. 3.2.4.

²⁷⁴⁵ HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 367, r.o. 3.4.

²⁷⁴⁶ HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 367, r.o. 3.5; HR 19 april 2005, *LJN* AT4110, r.o. 3.2.4.

²⁷⁴⁷ Swart 1986, p. 345.

de specialiteitsregeling oproepen,²⁷⁴⁸ garanties bedingen²⁷⁴⁹ om een dergelijke dreigende schending af te wenden. In de regel zal het verweer dat naleving van de specialiteitsregeling niet is gewaarborgd evenwel afstuiten op het vertrouwen dat de verzoekende staat het uitleveringsverdrag zal naleven.²⁷⁵⁰ Doet zich na uitlevering onverhoopt een schending van het specialiteitsbeginsel voor en draagt de verzoekende staat vervolgens de tenuitvoerlegging van de opgelegde sanctie aan Nederland over (zie de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 onder b EUV en art. 4 lid 2 UW), dan mag de exequaturrechter niet treden in de beoordeling van de vraag of bij de veroordeling door de rechter in de verzoekende staat het specialiteitsbeginsel in acht is genomen, nu de exequaturrechter bij zijn beslissing dient uit te gaan van de buitenlandse veroordeling.²⁷⁵¹

Art. 12 leden 1 en 3 UW maakt melding van een uitzondering op de in de bepaling neergelegde specialiteitsregeling: de uitdrukkelijke toestemming - stilzwijgende toestemming²⁷⁵² volstaat klaarblijkelijk niet - van de Minister van Justitie. Zijn toestemming “doorbreekt” de specialiteit.²⁷⁵³ De Minister van Justitie kan toestemming geven voor de vervolging, bestraffing of andere beperking van de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon ter zake van andere, vóór de uitlevering begane feiten dan waarvoor Nederland zijn uitlevering heeft toegestaan én voor de verderlevering van de opgeëiste persoon aan een derde staat ter zake van vóór de uitlevering begane feiten.²⁷⁵⁴ De Uitleveringswet voorziet met betrekking tot de toestemming van de Minister van Justitie niet in een voorafgaande rechterlijke toetsing van de toelaatbaarheid van de uitlevering.²⁷⁵⁵ De beslissing om uit te leveren is namelijk voor de opgeëiste persoon in het algemeen ingrijpende dan de beslissing om ná de uitlevering toestemming te verlenen.²⁷⁵⁶ Wel kan

²⁷⁴⁸ Glerum, par. 91.11.14 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

²⁷⁴⁹ Zie Hof 's-Gravenhage 22 december 2005, *LJN* AU8586. In deze zaak had de Minister van Justitie de garantie gevraagd en verkregen, dat de opgeëiste persoon niet in strijd met het specialiteitsbeginsel als een “enemy combatant” zou worden behandeld. In Rb. Haarlem 5 augustus 2003, *LJN* AI0833 (beschikking op een verzoek ex art. 59 UW jo. art. 89 Sv) wordt melding gemaakt van een door de Minister van Justitie verkregen garantie van Jordanië. dat de Jordaanse autoriteiten de betrokkene niet zullen vervolgen voor andere feiten dan de feiten genoemd in het uitleveringsverzoek en in de stukken ter ondersteuning daarvan. Het ging hier kennelijk om een - uiteindelijk door de Minister van Justitie op grond van art. 20 lid 1 UW afgewezen - uitlevering als bedoeld in art. 51a lid 1 UW.

²⁷⁵⁰ Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 december 2001, *LJN* AD8374; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 februari 2002, *LJN* AD9525; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 2004, *LJN* AQ7086; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *LJN* BK4433. Zie over een aantal van deze uitspraken Rozemond 2009, p. 59-62.

²⁷⁵¹ HR 9 september 2003, *NJ* 2003, 698, r.o. 3.4; HR 6 november 2007, *NJ* 2007, 600, r.o. 3.3. Opmerkelijk is in dit verband Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *LJN* BK4433, r.o. 3.4: de kortgedingrechter verwerpt het beroep op een dreigende schending van het specialiteitsbeginsel onder meer onder verwijzing naar de - evident onjuiste - mededeling van de Minister van Justitie “dat in een latere exequaturprocedure slechts verlof zal worden verleend voor de tenuitvoerlegging van de straf die is opgelegd voor de feiten waarvoor de Minister bij beschikking de uitlevering heeft toegestaan”. Zie over schending van het specialiteitsbeginsel en de exequaturprocedure ook Strijards 1997.

²⁷⁵² Berusting in een schending van de specialiteitsregeling.

²⁷⁵³ Swart 1986, p. 347.

²⁷⁵⁴ De beslissing van de Minister van Justitie wordt langs diplomatieke weg ter kennis gebracht van de staat van wie het verzoek om toestemming is uitgegaan, tenzij het toepasselijke verdrag iets anders bepaalt: art. 12 lid 4 UW.

²⁷⁵⁵ HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 446, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.

²⁷⁵⁶ Punt 2 van de noot van N. Keijzer onder HR HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 446.

de uitgeleverde persoon de beslissing tot het verlenen van de toestemming in kort geding aanvechten op grond van een actie uit onrechtmatige daad.²⁷⁵⁷

Die toestemming mag de Minister van Justitie maar voor twee categorieën van strafbare feiten geven (art. 12 lid 2 UW): (1) strafbare feiten waarvoor de opgeëiste persoon had kunnen worden uitgeleverd aan de verzoekende staat krachtens het tussen die staat en Nederland toepasselijke uitleveringsverdrag en (2) andere feiten, mits deze dubbel strafbaar zijn en mits de art. 8-11 UW de mogelijkheid van uitlevering voor die feiten niet uitsluiten. De eerste categorie heeft betrekking op strafbare feiten ten aanzien waarvan zich geen enkele omstandigheid voordoet die op grond van het toepasselijke verdrag, eventueel in samenhang met de Uitleveringswet, tot weigering van de uitlevering van de opgeëiste persoon zou hebben moeten leiden.²⁷⁵⁸ De tweede categorie is bedoeld voor strafbare feiten die wel dubbel strafbaar zijn, maar niet voldoen aan de eis van dubbele *gekwalficeerde* strafbaarheid.²⁷⁵⁹

Aanvullende toestemming kan alleen worden gevraagd en verkregen ná de feitelijke uitlevering van de opgeëiste persoon. De uit het specialiteitsbeginsel voortvloeiende beperkingen van de soevereiniteit van de verzoekende staat wordt pas na de feitelijke uitlevering van kracht,²⁷⁶⁰ zodat van doorbreking van de specialiteit uit de aard van de zaak eveneens pas na de feitelijke uitlevering sprake kan zijn.²⁷⁶¹ Heeft de feitelijke uitlevering van de opgeëiste persoon nog niet plaatsgehad en ontvangt de Minister van Justitie een aanvullend uitleveringsverzoek, dan mag hij dit verzoek niet afdoen als een verzoek om aanvullende toestemming, maar moet hij dit verzoek via de officier van justitie aan de uitleveringsrechter voorleggen, tenzij hij al aanstonds van oordeel is dat het moet worden afgewezen (art. 20 lid 1 UW).²⁷⁶²

De aanvullende toestemming kan niet alleen worden gevraagd en verkregen voor feiten die pas na de uitlevering ter kennis van de verzoekende staat zijn gekomen, maar ook voor feiten die bij de verzoekende staat al bekend waren, maar die hij niet aan het verzoek om uitlevering ten grondslag had gelegd.²⁷⁶³ Bovendien is niet uitgesloten dat de Minister van Justitie aanvullende toestemming verleent ter zake van een feit ten aanzien waarvan de uitlevering eerder ontoelaatbaar is verklaard en de uitlevering is geweigerd.²⁷⁶⁴ De omstandigheid dat de uitleveringsrechter eerder de uitlevering ontoelaatbaar heeft verklaard, staat namelijk niet in de weg aan een herhaald verzoek om uitlevering en aan een nieuwe beoordeling van de toelaatbaarheid, zodat in het verlengde daarvan - wanneer de

²⁷⁵⁷ Zie HR 16 juni 1996, *NJ* 1996, 734; HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 446, m.nt. N. Keijzer; Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 februari 2002, *LJN* AD9806. Zie voor een spiegelbeeldig geval (Nederland vraagt als verzoekende staat om aanvullende toestemming) Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 mei 1984, *KG* 1984, 148.

²⁷⁵⁸ Swart 1986, p. 348.

²⁷⁵⁹ Swart 1986, p. 348-349.

²⁷⁶⁰ Dewulf 2009, p. 43-44.

²⁷⁶¹ Swart 1986, p. 350.

²⁷⁶² Swart 1986, p. 350. Art. 12 UW spreekt van "opgeëiste persoon" en niet van "uitgeleverde persoon", zoals art. 14 lid 1 onder a EUV dat doet. Swart 1986, p. 349, noemt daarvoor twee verklaringen. De eerste is dat de Uitleveringswet de accessoire uitlevering niet regelt. In de voorstelling van de wetgever zou de uitleveringsrechter de uitlevering wegens de accessoire feiten ontoelaatbaar moeten verklaren, waarna de Minister van Justitie bij zijn beslissing op het uitleveringsverzoek toestemming tot vervolging etc. kon geven. Inmiddels heeft de rechtspraak een andere oplossing gevonden (zie Hoofdstuk VII.2.4). De tweede verklaring is dat art. 12 UW de Minister van Justitie verplicht te overwegen of de specialiteit voldoende is gewaarborgd, alvorens het uitleveringsverzoek in te willigen.

²⁷⁶³ HR 16 juni 1996, *NJ* 1996, 734, r.o. 3.4; HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 446, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.

²⁷⁶⁴ HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 446, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.6.

uitlevering ter zake van andere feiten al heeft plaatsgevonden - een verzoek om aanvullende toestemming mogelijk is ter zake van een feit waarvoor de uitleveringsrechter de uitlevering eerder ontoelaatbaar heeft verklaard.²⁷⁶⁵ De Minister van Justitie beslist op een dergelijk verzoek op grond van art. 12 lid 2 UW en is daarbij gebonden aan de voorwaarden van het toepasselijke verdrag en van de Uitleveringswet.²⁷⁶⁶

De Minister van Justitie kan de beperking van de bevoegdheid van de verzoekende staat om de aan hem uitgeleverde persoon verder te leveren aan een derde staat opheffen met betrekking tot strafbare feiten “waarvoor de opgeëiste persoon door Nederland aan de derde staat had kunnen worden uitgeleverd” (art. 12 lid 3 UW).²⁷⁶⁷ Daarvoor is allereerst vereist dat tussen die derde staat en Nederland een uitleveringsverdrag van kracht is. Nederland levert immers alleen uit krachtens een verdrag (art. 2 lid 3 Gw; art. 2 UW). Verder brengt de formulering van art. 12 lid 3 UW mee, dat de Minister van Justitie de toestemming alleen mag verlenen, voor zover zich geen omstandigheid voordoet die op grond van dat verdrag, eventueel in samenhang met de Uitleveringswet, tot weigering van de uitlevering van de opgeëiste persoon aan die derde staat zou hebben moeten leiden.

Zoals gezegd, geldt het verbod op verderlevering ook voor de feiten waarvoor Nederland de uitlevering heeft toegestaan. Voor zover de verzoekende staat de uitgeleverde persoon daadwerkelijk heeft vervolgd en berecht, zal hij de uitlevering aan de derde staat waarschijnlijk moeten weigeren op grond van het *ne bis in idem* beginsel, terwijl de Minister van Justitie zijn toestemming aan verderlevering waarschijnlijk zal moeten onthouden op grond van de verdragsrechtelijke *ne bis in idem* regeling met betrekking tot gewijsden uit

²⁷⁶⁵ Een dergelijke gang van zaken kan zinvol zijn, indien een feit ten tijde van de beslissing van de uitleveringsrechter naar Nederlands recht nog niet strafbaar was, maar inmiddels wel. Volgens Sjöcrona & Orié 2002, p. 116 en Joubert & Dijkstra 2011, (T&C Isr), art. 12 Uitleveringswet, aant. 3a, zou de aanvullende toestemming betrekking kunnen hebben op feiten waarvoor de uitlevering wegens een te lage strafbedreiging (of een te gering strafrestant) ontoelaatbaar werd verklaard. De uitleveringsrechter mag echter de uitlevering voor *accessoire* feiten - en gelet op de context hebben deze auteurs het oog op zulke feiten - niet ontoelaatbaar verklaren, omdat de Minister van Justitie beslist over *accessoire* uitlevering (zie Hoofdstuk VII.2.4).

²⁷⁶⁶ In HR 14 april 2006, NJ 2006, 446, m.nt. N. Keijzer, had de Rechtbank Haarlem de uitlevering ter zake van de invoer van diamorfine partieel ontoelaatbaar verklaard, omdat dit feit naar Nederlands recht niet strafbaar zou zijn. Ten onrechte, omdat diamorfine een andere benaming is voor heroïne. Na de uitlevering verleende de Minister van Justitie op verzoek van het Verenigd Koninkrijk aanvullende toestemming voor de invoer van diamorfine. Nu sprake was van een kennelijke vergissing, nu niet voor redelijke twijfel vatbaar was dat de Rechtbank Haarlem zonder die vergissing de uitlevering voor dat feit toelaatbaar zou hebben verklaard, nu aan het vereiste van dubbele strafbaarheid was voldaan, nu een redelijke verdenking tegen de opgeëiste persoon bestond en nu zijn onschuldverweer toereikend was onderzocht, was de aanvullende toestemming niet in strijd met het Europees Verdrag betreffende uitlevering en de Uitleveringswet: HR 14 april 2006, NJ 2006, 446, m.nt. N. Keijzer, r.o. 3.7. Zie voor kritiek op dit oordeel vanuit het oogpunt van de formele rechtskracht punt 3 van de noot.

²⁷⁶⁷ Het spiegelbeeld van de in art. 12 lid 3 UW beschreven situatie doet zich voor, indien staat A de opgeëiste persoon áán Nederland heeft uitgeleverd en staat C vervolgens de uitlevering vraagt ter zake van vóór de eerdere uitlevering aan Nederland gebane feiten. Zie paragraaf 2.3.3.1.

derde staten²⁷⁶⁸ (Nederlands voorbehoud met betrekking tot art. 9 EUV; art. 9 lid 2 EUV; zie Hoofdstuk X.2.3).²⁷⁶⁹

In geval van uitlevering via de verkorte procedure is art. 12 UW niet van toepassing (art. 45 lid 3 UW). Deze procedure staat alleen open, indien de opgeëiste persoon instemt met zijn onmiddellijke uitlevering (art. 41 lid 1 UW). Vóórdat de opgeëiste persoon een verklaring, houdende instemming met zijn onmiddellijke uitlevering, aflegt, moet de autoriteit voor wie hij die verklaring zal afleggen hem op de mogelijke gevolgen daarvan wijzen (art. 41 lid 5 UW). Één van die gevolgen is dat art. 12 UW toepassing mist.²⁷⁷⁰ Door in te stemmen met zijn onmiddellijke uitlevering doet de opgeëiste persoon als het ware afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel. Die *quasi* afstand heeft echter niet zonder meer het verlies van die bescherming tot gevolg. Het is namelijk aan de officier van justitie om te beslissen of aan de verklaring van de opgeëiste persoon gevolg zal worden gegeven (art. 42 lid 1 UW). De Uitleveringswet schrijft hem in een aantal gevallen een negatieve beslissing voor (art. 42 lid 2 UW).

Tot de inwerkingtreding van de Overleveringswet²⁷⁷¹ bevatte art. 12 lid 5 UW een algemene uitzondering op de specialiteitsregeling van de leden 1 en 3. De uit die leden voortvloeiende beperking van de soevereiniteit van de verzoekende staat kende qua tijdsduur een grens. Mits zulks bij verdrag was bepaald, was de toestemming van de Minister van Justitie niet vereist, indien de opgeëiste persoon, na het tijdstip van zijn uitlevering, gedurende een tijdvak van ten minste dertig dagen de gelegenheid had gehad het grondgebied van de staat van wie het verzoek om toestemming was uitgegaan te verlaten. In de literatuur noemt een dergelijke termijn wel een “Schonfrist”²⁷⁷², “Schutzfrist”,²⁷⁷³ “respijttermijn”²⁷⁷⁴ of “beschermingstermijn”.²⁷⁷⁵ Lid 5 heeft bij de inwerkingtreding van de Overleveringswet een geheel andere inhoud gekregen, terwijl de oorspronkelijke inhoud niet meer is teruggekeerd. De parlementaire stukken lichten het verdwijnen van de oorspronkelijke inhoud niet toe.²⁷⁷⁶

Art. 12 lid 6 UW bepaalt dat ten aanzien van de lidstaten van de Europese Unie bij verdrag in andere uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel kan worden voorzien dan de in het *vijfde* lid bedoelde uitzonderingen. Bij de wijziging van lid 5 heeft de wetgever kennelijk de verwijzing in lid 6 over het hoofd gezien.

²⁷⁶⁸ De derde staat is in dit verband de verzoekende staat, dat wil zeggen de staat waaraan Nederland de opgeëiste persoon heeft uitgeleverd. De Minister van Justitie moet immers de mogelijkheid van toestemming tot verderlevering onderzoeken alsof het ging om de mogelijkheid van uitlevering aan de staat die de uitlevering heeft verzocht aan de staat waaraan Nederland de opgeëiste persoon eerder heeft uitgeleverd.

²⁷⁶⁹ Vgl. Schwaighofer 1988, p. 192, met betrekking tot § 23 Abs 1 *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz*, dat de feiten waarvoor Oostenrijk de uitlevering heeft toegestaan, uitzondert van het verbod op verderlevering.

²⁷⁷⁰ Swart 1986, p. 508.

²⁷⁷¹ Op 12 mei 2004.

²⁷⁷² Murschetz 2007a, p. 155; Schwaighofer 1988, p. 188; Swart 1986, p. 352.

²⁷⁷³ Linke 1983, p. 82; Schwaighofer 1988, p. 187-188.

²⁷⁷⁴ Thomas 1980, p. 208.

²⁷⁷⁵ Dewulf 2009, p. 43, onder verwijzing naar Trousse & Vanhalewijn 1970, p. 110.

²⁷⁷⁶ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 34.

XVII.2.2.2 *De ratio*

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de Uitleveringswet heeft geleid, voert als reden voor de opname van art. 12 UW aan dat de “beperkingen die aan de mogelijkheid van uitlevering zijn gesteld, (...) hun effect voor een deel [zouden] missen, indien de autoriteiten van de verzoekende staat de volledige vrijheid [zouden] hebben iemand na diens uitlevering te vervolgen, te bestraffen of aan een derde staat uit te leveren wegens daarvóór begane feiten”.²⁷⁷⁷ Voor wat betreft die “beperkingen” wijst de literatuur in het bijzonder op de exceptie van het politieke misdrijf²⁷⁷⁸ en op het beginsel van dubbele gekwalificeerde strafbaarheid²⁷⁷⁹ als - oorspronkelijke - redenen voor de gelding van het specialiteitsbeginsel. Gezien de ratio van het specialiteitsbeginsel, merkt Swart dit beginsel aan als het logische sluitstuk van het uitleveringsrecht.²⁷⁸⁰

Specialiteitsregelingen, die ertoe strekken de vrijheid van de verzoekende staat in te perken, zijn volgens de Memorie van Toelichting dan ook “algemeen gebruikelijk”.²⁷⁸¹ Dat gebruik is zelfs zozeer algemeen, dat men in de literatuur wel aanneemt dat het specialiteitsbeginsel behoort tot het internationale gewoonterecht.²⁷⁸² Het beginsel is volgens die opvatting ook van toepassing, indien het toepasselijke uitleveringsverdrag op dit punt zwijgt,²⁷⁸³ maar verdragspartijen kunnen ervoor kiezen uitdrukkelijk af te zien van een specialiteitsregeling.²⁷⁸⁴ Alle uitleveringsverdragen waarbij Nederland partij is, bevatten regelingen inzake de specialiteit.²⁷⁸⁵

²⁷⁷⁷ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 12. In dezelfde zin Dewulf 2009, p. 41; Heimgartner 2002, p. 164; Linke 1983, p. 22; Swart 1986, p. 339; Tinkl 2008, p. 205; Vogler 1992, p. 874. Zo ook het Zwitserse *Bundesgericht* 27 februari 1991, *BGE* 117 IV 222: “(...) entscheidend ist dabei, dass der ersuchte Staat diese Delikte [d.h. Taten die der Ausgelieferte vor der Übergabe begangen hat und für welche die Auslieferung nicht bewilligt worden ist] nicht daraufhin prüfen konnte ob sie von der Auslieferung absolut ausgeschlossen und ob sie beidseitig strafbar seien (...)”.

²⁷⁷⁸ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 3, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 339; Zimmermann 2004, p. 530.

²⁷⁷⁹ Heimgartner 2002, p. 164; Murschetz 2007a, p. 148; Schwaighofer 1988, p. 122; Vogler 1992, p. 890.

²⁷⁸⁰ Swart 1986, p. 339.

²⁷⁸¹ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 12.

²⁷⁸² Dewulf 2009, p. 40; Heimgartner 2002, p. 164; Linke 1983, p. 22; Murschetz 2007a, p. 148; Rimmelink 1990, p. 94; Schwaighofer 1988, p. 122; Sjöcrona & Orie 2002, p. 115; Swart 1986, p. 339.

²⁷⁸³ Heimgartner 2002, p. 164; Rimmelink 1990, p. 94; Swart 1986, p. 339.

²⁷⁸⁴ Swart 1986, p. 339, noot 5.

²⁷⁸⁵ Swart 1986, p. 339. Als onderdeel van internationaal gewoonterecht is het specialiteitsbeginsel van belang voor de *verdragsloze* uitlevering áán Nederland. De Uitleveringswet noch enige andere Nederlandse wet bevat namelijk de verplichting tot naleving van het specialiteitsbeginsel in geval van uitlevering áán Nederland. (Vgl. Rb. 's-Gravenhage 17 april 2007, *LJN* BB2669: Brazilië had de opgeëiste persoon aan Nederland uitgeleverd onder de voorwaarde dat Nederland zich zou houden aan de tekst van de in de Braziliaanse wet neergelegde specialiteitsregeling - kort gezegd inhoudende dat de opgeëiste persoon niet zal worden vervolgd ter zake van feiten die zijn gepleegd vóór die van het verzoek tot uitlevering -, onder welke voorwaarde Nederland de uitlevering had geaccepteerd; de rechtbank verklaarde de officier van justitie niet-ontvankelijk in de verdere vervolging ter zake van twee feiten die waren gepleegd vóór die van het verzoek tot uitlevering, waarvoor aanvullende toestemming (nog) niet was verkregen.) Verder is het specialiteitsbeginsel als onderdeel van het internationaal gewoonterecht relevant voor gevallen waarin de opgeëiste persoon eerder aan Nederland is uitgeleverd en uitlevering dóór Nederland aan een derde staat verderlevering zou opleveren, terwijl de drie betrokken staten niet bij één en hetzelfde uitleveringsverdrag partij zijn. Zie paragraaf 2.3.3.1. Ten slotte is het internationaal gewoonterecht van belang voor uitlevering op grond van de in art. 51a lid 2 UW bedoelde verdragen. Deze verdragen zijn geen uitleveringsverdragen in eigenlijke zin en bevatten geen specialiteitsregelingen.

Zoals gezegd, legt de wetsgeschiedenis een verband tussen het specialiteitsbeginsel en de weigeringsgronden. Via de weigeringsgronden kan men weer een meer algemeen verband leggen tussen dat beginsel en de soevereiniteit van de aangezochte staat. In Hoofdstuk II.2.2.1 heb ik uiteengezet dat staten uitleveringsverdragen met elkaar sluiten, omdat staten zonder een daartoe strekkend verdrag niet gehouden zijn om aan een uitleveringsverzoek gevolg te geven. Een uitleveringsverdrag levert dan ook een vrijwillige beperking van de soevereiniteit van de partijen bij het verdrag op. Omdat de aangezochte staat die beperking alleen heeft aanvaard voor zover aan de voorwaarden van het verdrag is voldaan en omdat die beperking strafrechtelijk optreden in de verzoekende staat mogelijk maakt, moet ook de verzoekende staat een beperking van zijn soevereiniteit aanvaarden. Hij mag de opgeëiste persoon alleen vervolgen voor de feiten waarvoor de aangezochte partij de uitlevering heeft toegestaan.

Uit het voorgaande blijkt waarom het specialiteitsbeginsel alleen betrekking heeft op feiten die *vóór* de feitelijke uitlevering begaan zijn. De uitlevering kan begripsmatig alleen betrekking hebben op *vóór* de feitelijke uitlevering begane feiten. Voor het specialiteitsbeginsel, dat de ondergraving van de controle op de verdragsvoorwaarden voor uitlevering beoogt te voorkomen, geldt noodzakelijkerwijs hetzelfde.²⁷⁸⁶ Alleen ter zake van het strafrechtelijke verleden van de opgeëiste persoon komt op de verzoekende staat door het verkrijgen van de uitlevering een beperking van zijn soevereiniteit te rusten. Begaat de opgeëiste persoon ná zijn feitelijke uitlevering nieuwe strafbare feiten in de verzoekende staat, dan bestaat tussen eventueel strafrechtelijk optreden door de verzoekende staat ter zake van die feiten enerzijds en de uitlevering door de aangezochte staat anderzijds geen *juridisch* verband.²⁷⁸⁷

Het specialiteitsbeginsel beschermt op de eerste plaats de belangen van de aangezochte staat. Het beginsel beoogt immers te voorkomen dat het systeem van verdragsvoorwaarden wordt ondergraven waaronder deze staat de uitlevering als inperking van zijn soevereiniteit heeft aanvaard. Omdat het beginsel de belangen van de aangezochte staat beschermt, kan deze staat afstand doen van die bescherming. Daarnaast biedt het beginsel rechtsbescherming aan de uitgeleverde persoon.²⁷⁸⁸ Dat is niet meer dan vanzelfsprekend voor zover de weigeringsgronden mede het oog hebben op de belangen van de opgeëiste

²⁷⁸⁶ In deze zin Swart 1986, p. 340; Vogler 1992, p. 880. Janssens 2004-2005, p. 975 merkt op dat het specialiteitsbeginsel beperkt is tot feiten die gepleegd zijn *vóór* de uitlevering om straffeloosheid in de toekomst te vermijden.

²⁷⁸⁷ Wel een *feitelijk* verband - de opgeëiste persoon bevindt zich als gevolg van de feitelijke uitlevering op het grondgebied van de verzoekende staat -, maar dat feitelijke verband heeft alleen juridische gevolgen met betrekking tot in het verleden begane feiten.

²⁷⁸⁸ Dewulf 2009, p. 41; Heimgartner 2002, p. 165; Murschetz 2007a, p. 149; Hackner, § 72 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 13-14, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012. Vgl. HR 27 september 1983, NJ 1984, 96, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 6.1. Volgens de Hoge Raad had het gerechtshof "met juistheid overwogen en beslist" dat de specialiteitsbepaling uit het bilaterale uitleveringsverdrag met Groot-Brittannië "ook door verdachte kan worden ingeroepen omdat deze bepaling 'tevens zijn rechten beschermt', zodat dit artikel de rechter 'verplicht (...) de telastelegging te toetsen aan het uitleveringsbevel'". Zo ook het Zwitserse *Bundesgericht* 11 februari 2003, I. Öffentlich-rechtliche Abteilung 1A.1/2003: "Dieser [der Grundsatz der Spezialität] sei nicht nur eine Garantie zugunsten der ausgelieferten Person" (beschikbaar op www.bger.ch). Anders Linke 1983, p. 82 ("(...) da es sich bei der Spezialität um ein ausschließlichs vom ersuchten Staat wahrzunehmendes Recht handelt (...)"); Vogler 1992, p. 881 (de specialiteit dient alleen de rechten van de aangezochte staat, niet die van de uitgeleverde persoon. De bescherming die de uitgeleverde persoon onder het specialiteitsbeginsel geniet is niet meer dan een "Reflexwirkung" van de volkenrechtelijke beperking van de soevereiniteit van de verzoekende staat).

persoon, zoals de eis van dubbele gekwalificeerde strafbaarheid (zie Hoofdstuk VII.2), de regelingen inzake onderdanen van de aangezochte staat (zie Hoofdstuk IX.2) en de *ne bis in idem* regelingen (zie Hoofdstuk X.2) dat - in elk geval - in de Nederlandse opvatting doen.²⁷⁸⁹ Dat het specialiteitsbeginsel mede de belangen van de opgeëiste persoon beoogt te beschermen, blijkt ook daaruit, dat hij van de bescherming die dat beginsel hem biedt vrijwillig afstand kan doen.²⁷⁹⁰

Een aan Nederland uitgeleverde persoon kan zich bij de Nederlandse rechter op de specialiteitsbepaling uit het toepasselijke verdrag beroepen. Een dergelijke bepaling kan immers naar haar inhoud een ieder verbinden in de zin van art. 93 Gw en heeft dus na haar bekendmaking verbindende kracht in Nederland.²⁷⁹¹ Vervolging in strijd met het specialiteitsbeginsel leidt tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in die vervolging.²⁷⁹² Deze niet-ontvankelijkheid staat niet in de weg aan hernieuwde vervolging ter zake van hetzelfde feit in geval van doorbreking van de specialiteit.²⁷⁹³

XVII.2.3 Specialiteitsbeginsel in de uitleveringsverdragen

XVII.2.3.1 Inleiding

Het Europees Verdrag betreffende uitlevering bevat een aantal uitdrukkelijke specialiteitsregelingen. Art. 14 lid 1 EUV regelt de beperking van het recht van de verzoekende staat om op strafrechtelijke of andere wijze tegen de uitgeleverde persoon op te treden, terwijl art. 15 EUV de beperking bevat van de bevoegdheid om de uitgeleverde persoon aan een derde staat uit te leveren.

XVII.2.3.2 Beperking strafrechtelijk of ander optreden

XVII.2.3.2.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering

De verzoekende staat mag de uitgeleverde persoon wegens enig ander vóór de feitelijke uitlevering²⁷⁹⁴ begaan strafbaar feit dan waarvoor de aangezochte staat de uitlevering heeft

²⁷⁸⁹ In dezelfde zin Swart 1986, p. 340.

²⁷⁹⁰ Heimgartner 2002, p. 165; Murschetz 2007a, p. 149. Linke 1983, p. 82 en Vogler 1992, p. 881, zijn daarentegen van mening dat toestemming van de betrokkene voor vervolging etc. ter zake van andere feiten dan die waarvoor de uitlevering is toegestaan niet relevant is, nu het specialiteitsbeginsel alleen de rechten van de aangezochte staat beschermt.

²⁷⁹¹ Strijjards 1988, p. 123.

²⁷⁹² Zie bijvoorbeeld HR 27 september 1983, *NJ* 1984, 96, m.nt. A.C. 't Hart; Gerechtshof 's-Gravenhage 24 december 2003, *LJN* AF5466; Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2005, *NJ* 2006, 90; Rb. 's-Gravenhage 28 april 1965, *NJ* 1965, 25; Rb. Zutphen 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 529; Rb. 's-Gravenhage 17 april 2007, *LJN* BB2660.

²⁷⁹³ Rb. 's-Gravenhage 17 april 2007, *LJN* BB2660 (beschikking op een bezwaarschrift tegen de kennisgeving verdere vervolging). Nederland had aanvullende toestemming verzocht, maar nog niet verkregen. De rechtbank stelde de verdachte niet buiten vervolging, maar verklaarde de officier van justitie (partieel) niet-ontvankelijk in de verdere vervolging, "aangezien inwilliging van het aanvullende verzoek tot uitlevering door de Braziliaanse autoriteiten tot gevolg heeft dat de officier van justitie - in beginsel - alsnog bevoegd wordt over te gaan tot verdere vervolging ter zake van de feiten 6 en 7". Na een buitenvervolginstelling kan de officier van justitie de betrokkene immers alleen opnieuw in rechten betrekken in geval van nieuwe bezwaren (art. 255 lid 1 Sv).

²⁷⁹⁴ De Engelse taalversie spreekt van "surrender" ("overlevering"), maar om verwarring te voorkomen, hanteer ik het begrip "feitelijke uitlevering".

toegestaan niet vervolgen (“proceed against”), berechten (“sentenced”), in hechtenis nemen met het oog op de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel (“detained with a view to the carrying out of a sentence or detention order”) of aan enige andere beperking van zijn persoonlijke vrijheid onderwerpen (“for any other reason restricted in his personal freedom”) (art. 14 lid 1 EUV).

Onder het verbod op vervolging en berechting van de uitgeleverde persoon in de zin van art. 14 lid 1 EUV vallen de voeging *ad informandum* van strafbare feiten die zijn begaan vóór de feitelijke uitlevering en waarvoor de aangezochte staat de uitlevering niet heeft toegestaan, alsmede het rekening houden van dergelijke feiten bij de strafoplegging. Meer in het algemeen mogen vóór de feitelijke uitlevering begane strafbare feiten waarvoor de uitlevering niet is toegestaan geen rol spelen bij de bewijsvoering en de straffoemeting ter zake van de strafbare feiten waarvoor is uitgeleverd.²⁷⁹⁵

Het verbod op hechtenis met het oog op de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel staat in de weg aan de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf die is opgelegd wegens vóór de feitelijke uitlevering begane strafbare feiten waarvoor de uitlevering niet is toegestaan.²⁷⁹⁶ De tenuitvoerlegging van een wegens dergelijke strafbare feiten opgelegde geldboete is daarentegen toegestaan,²⁷⁹⁷ maar de verzoekende staat mag niet zonder toestemming van de aangezochte staat overgaan tot de tenuitvoerlegging van een *vervangende* vrijheidsbenemende straf of maatregel.

Na de uitlevering mag de verzoekende staat een procedure inleiden tot herroeping van een ter zake van andere vóór de uitlevering begane strafbare feiten opgelegde voorwaardelijke vrijheidsstraf, zolang deze niet gepaard gaat een beperking van de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon in de zin van art. 14 lid 1 EUV - zoals een bevel tot medebrenging, teneinde over de herroeping te worden gehoord -, omdat een dergelijke procedure noch een vervolging noch een berechting in de zin van art. 14 lid 1 EUV oplevert. De beslissing tot herroeping van de voorwaardelijke vrijheidsstraf is niet in strijd met art. 14 lid 1 EUV, omdat deze beslissing op zichzelf nog geen hechtenis of beperking van de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon oplevert. Pas de tenuitvoerlegging van die beslissing leidt tot strijd met het specialiteitsbeginsel.²⁷⁹⁸ Een verlenging van de proeftijd is evenmin in strijd met het specialiteitsbeginsel, zolang deze

²⁷⁹⁵ Linke 1983, p. 88; Murschetz 2007a, p. 152-153; Hackner, § 72 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 17, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Schwaighofer 1988, p. 185; Swart 1986, p. 342; Vogler 1992, p. 875-877. Het Duitse *Bundesgerichtshof* staat toe dat vóór de feitelijke uitlevering begane strafbare feiten waarvoor de uitlevering niet is toegestaan als *Indiz* worden betrokken bij de *Überzeugungsbildung* met betrekking tot de *Auslieferungstat*: Hackner, § 72 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 16, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Vogler 1992, p. 875-877.

²⁷⁹⁶ Swart 1986, p. 342. Zie voor de tenuitvoerlegging van een samengestelde straf, opgelegd voor één of meer feiten waarvoor de aangezochte staat de uitlevering heeft toegestaan en voor één of meer andere feiten waarvoor hij de uitlevering heeft geweigerd Hoofdstuk VII.

²⁷⁹⁷ Vgl. Swart 1986, p. 342.

²⁷⁹⁸ Zie de Duitse rechtspraak, vermeld en bekritiseerd door Hackner, § 72 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 18, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012. Anders *Bundesgericht* (Zwitserland) 18 juni 1964, *BGE* 90 IV 121, maar in deze zaak waren tegen de uitgeleverde persoon “prozessuale Zwangsmittel angewendet, die seine persönliche Freiheit beschränkten”, en *Bundesgericht* 27 februari 1991, *BGE* 117 IV 222. Zie ook de in *Oberster Gerichtshof* (Oostenrijk) 7 november 2007, *Geschäftszahl* 13 Os 109/07i (13 Os 10/07m), vermelde literatuur en rechtspraak *pro* en *contra*.

niet gepaard gaat met een beperking van de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon in de zin van art. 14 lid 1 EUV.²⁷⁹⁹

Het verbod op beperking van de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon op andere wijze dan door vervolging, berechting of hechtenis heeft naar de letter van art. 14 lid 1 EUV niet alléén betrekking op andere, vóór de feitelijke uitlevering begane feiten dan die waarvoor de aangezochte staat de uitlevering heeft toegestaan, maar ook op feiten die ná de feitelijke uitlevering zijn begaan.²⁸⁰⁰ Volgens het *Committee of Experts on the Operation of European Conventions on co-operation in criminal matters* is het evenwel “indisputable” dat het verbod “applies only to facts that occurred prior to the surrender of the person”.²⁸⁰¹ Dit verbod beoogt te voorkomen dat de verzoekende staat ná uitlevering het specialiteitsbeginsel tracht te ontduiken²⁸⁰² door toepassing van bijvoorbeeld het bestuursrecht,²⁸⁰³ het (militaire) tuchtrecht²⁸⁰⁴ of het civiele recht.²⁸⁰⁵

Deze op de verzoekende staat rustende verplichtingen lijden uitzondering in twee gevallen. Het eerste geval betreft de toestemming van de aangezochte staat (art. 14 lid 1 onder a EUV). Deze staat *moet* de toestemming desgevraagd verlenen “when the offence for which it is requested is itself subject to extradition in accordance with the provisions of this Convention”, indien met andere woorden de uitlevering voor dat feit had moeten worden toegestaan, wanneer de verzoekende staat daarom had verzocht.²⁸⁰⁶ Art. 14 lid 1 onder a EUV zet in zoverre art. 12 lid 2 onder a UW opzij, omdat deze laatste bepaling een *bevoegdheid* tot het verlenen van toestemming aan de Minister van Justitie toekent. Voor andere feiten, bijvoorbeeld feiten die niet voldoen aan de eis van *gekwalificeerde* dubbele strafbaarheid (art. 2 lid 2 EUV),²⁸⁰⁷ *mag* de aangezochte staat toestemming verlenen. Art. 12 lid 2 onder b UW vult deze bevoegdheid nader in, door de toepassing daarvan toe te spitsen op gevallen waarin niet voldaan is aan de eis van *gekwalificeerde* dubbele strafbaarheid en daaraan de eis toe te voegen dat de mogelijkheid van uitlevering niet op grond van de art. 8-11 UW is uitgesloten.

Bij het verzoek om aanvullende toestemming moet de verzoekende staat een proces-verbaal, een “legal record”, met daarin “any statement made by the extradited person in respect of the offence concerned”, overleggen. Volgens het *Explanatory report* zou de uitgeleverde persoon namelijk in de gelegenheid moeten worden gesteld om een verklaring af te leggen over een nieuwe beschuldiging, vooraleer een beslissing wordt genomen over de toestemming inzake het nieuwe “offence”.²⁸⁰⁸ De enkele verklaring van de uitgeleverde persoon dat hij desgevraagd niet instemt met het verlenen van aanvullende toestemming is onvoldoende om tot een weloverwogen beoordeling van het verzoek te komen, omdat

²⁷⁹⁹ *Oberster Gerichtshof* (Oostenrijk) 7 november 2007, *Geschäftszahl* 13 Os 109/07i (13 Os 10/07m), beschikbaar op www.ris.bka.gv.at.

²⁸⁰⁰ De Nederlandse taalversie beperkt het verbod tot andere, vóór de feitelijke uitlevering begane feiten dan die waarvoor de uitlevering is toegestaan, maar deze taalversie is niet authentiek.

²⁸⁰¹ Extradition: European standards 2006, p. 37.

²⁸⁰² Swart 1986, p. 342-343.

²⁸⁰³ Heimgartner 2002, p. 164, noot 1107.

²⁸⁰⁴ Vogler 1992, p. 878.

²⁸⁰⁵ Extradition: European standards 2006, p. 37-38: een verbod om de verzoekende staat te verlaten (“stop order”), opgelegd vanwege een “civil bankruptcy matter”, vormt een “restriction on the personal freedom” van de uitgeleverde persoon in de zin van art. 14 lid 1 EUV.

²⁸⁰⁶ Swart 1986, p. 347.

²⁸⁰⁷ Extradition: European standards 2006, p. 34 (*Explanatory report*).

²⁸⁰⁸ Extradition: European standards 2006, p. 34.

daarvoor kennisname van de argumenten van de uitgeleverde persoon nodig is.²⁸⁰⁹ Nu art. 14 EUV het overleggen van een proces-verbaal met de verklaring van de uitgeleverde persoon eist, is het afnemen van een dergelijke verklaring op zichzelf niet in strijd met het specialiteitsbeginsel.²⁸¹⁰ Verder moeten bij het verzoek om aanvullende toestemming de stukken worden gevoegd die ook bij een verzoek om uitlevering moeten worden ingediend. Tot die stukken behoort het origineel of een gewaarmerkte kopie van “the arrest warrant or other order having the same effect” (art. 12 lid 2 onder a EUV). Hoewel de uitvaardiging van een aanhoudingsbevel *stricto sensu* wellicht vervolging in de zin van art. 14 lid 1 EUV oplevert en dus wellicht in strijd is met het specialiteitsbeginsel, is deze handeling toegestaan *met het oog op de verkrijging van aanvullende toestemming*.²⁸¹¹ Ware dit anders, dan zou de verzoekende staat alleen aanvullende toestemming kunnen verkrijgen, indien zijn autoriteiten al vóór de feitelijke uitlevering een dergelijk aanhoudingsbevel hadden uitgevaardigd.

Het tweede geval betreft het gedrag van de uitgeleverde persoon. Heeft de uitgeleverde persoon, “having had an opportunity to leave the territory of the Party to which he has been surrendered”, dat grondgebied niet binnen 45 dagen na zijn “final discharge” daadwerkelijk verlaten, dan vervalt de beperking van het recht van de verzoekende staat om strafrechtelijk of anderszins tegen de uitgeleverde persoon op te treden. De respijtermijn van art. 14 lid 1 onder b EUV is ruimer dan die van art. 12 lid 5 (oud) UW (dertig dagen). De uitgeleverde persoon moet het recht en de feitelijke mogelijkheid hebben gehad om de verzoekende staat te verlaten. Is de opgeëiste persoon bijvoorbeeld voorwaardelijk veroordeeld of voorwaardelijk in vrijheid gesteld, dan is van een “final discharge” geen sprake, zolang de gestelde voorwaarden een vertrek naar het buitenland verhinderen en de proeftijd nog niet verstreken is.²⁸¹² Indien de uitgeleverde persoon wegens ziekte of gebrek aan financiële middelen,²⁸¹³ dan wel omdat de verzoekende staat zijn paspoort heeft ingenomen²⁸¹⁴ de verzoekende staat niet kon verlaten binnen de termijn van 45 dagen, dan heeft hij daartoe niet de “opportunity” gehad, als bedoeld in art. 14 lid 1 onder b EUV. De ratio van deze uitzondering op het specialiteitsbeginsel is dat de uitgeleverde persoon zich, door vrijwillig op het grondgebied van de verzoekende staat te verblijven, *volledig* onderwerpt aan de

²⁸⁰⁹ Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 26 februari 2002, L/JN AD9806. De Staat werd geboden de door de Minister van Justitie verleende toestemming in te trekken. In een spiegelbeeldig geval (uitlevering aan Nederland, aanvullende toestemming verzocht en verkregen dóór Nederland) waarin het in art 14 lid 1 onder a EUV bedoelde “legal record” ontbrak, oordeelde het Hof Amsterdam dat deze bepaling niet een recht inhoudt van de uitgeleverde persoon om op het verzoek te worden gehoord, maar veeleer een recht van de aangezochte staat op verstrekking van informatie: Gerechtshof Amsterdam 8 juli 2002, L/JN AE7040. Overigens was niet aannemelijk geworden, dat de verdachte ter zake niet afdoende was geïnformeerd en dat hem de gelegenheid was onthouden zich tegen het verzoek te verweren.

²⁸¹⁰ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 18, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 348.

²⁸¹¹ Extradition: European standards 2006, p. 36; Hackner, § 72 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 23, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

²⁸¹² Murschetz 2007a, p. 155; Schwaighofer 1988, p. 188.

²⁸¹³ Extradition: European standards 2006, p. 34-35 (*Explanatory report*).

²⁸¹⁴ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 30, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 353. Zie ook Rb. Zutphen 23 oktober 1987, NJ 1988, 529 (ten aanzien van de respijtermijn van art. 13 lid 1 onder b BUV): schorsing van de bewaring van de uitgeleverde persoon onder de voorwaarde dat hij zijn paspoort inlevert en dat dit paspoort gedurende de schorsing ter beschikking van de officier van justitie blijft; de uitgeleverde persoon heeft aldus in redelijkheid geen mogelijkheid gehad om gebruik te maken van de respijtermijn.

strafwetten van die staat, dus ook voor zover het feiten van vóór de feitelijke uitlevering betreft.²⁸¹⁵ Die onderwerping is in wezen een stilzwijgende toestemming en vereist dus dat de uitgeleverde persoon kennis heeft van de termijn en van de gevolgen van het verblijf in de verzoekende staat na het verstrijken van die termijn.²⁸¹⁶

Art. 14 lid 1 onder b EUV bevat nog een tweede, aan het gedrag van de uitgeleverde persoon gerelateerde uitzondering. Keert de uitgeleverde persoon vrijwillig - in de literatuur lijkt men overwegend aan te nemen dat vrijwilligheid vereist is, hoewel deze eis niet in de tekst van art. 14 lid 1 onder b EUV is uitgedrukt -²⁸¹⁷ terug naar de verzoekende staat “after leaving it”, dan vervalt de beperking van het recht van de verzoekende staat om strafrechtelijk of anderszins tegen de uitgeleverde persoon op te treden. Het verlaten van en de terugkeer naar de verzoekende staat staan los van de respijttermijn van 45 dagen²⁸¹⁸ en van een “final discharge”. Als gevolg van de vrijwillige terugkeer houdt de aanwezigheid van de uitgeleverde persoon op het grondgebied van de verzoekende staat geen verband meer met de uitlevering door de aangezochte staat, zodat de uit het specialiteitsbeginsel voortvloeiende beperking van de soevereiniteit van de verzoekende staat niet meer van toepassing is.²⁸¹⁹

Ook indien géén van deze uitzonderingen zich voordoet, mag de verzoekende staat desondanks de maatregelen nemen “necessary to remove the person from its territory, or any measures necessary under its law, including proceedings by default, to prevent any legal effects of lapse of time” (art. 14 lid 2 EUV). Zonder de toestemming van de aangezochte staat, biedt art. 14 lid 2 EUV evenwel geen grondslag voor vrijheidsbeneming.²⁸²⁰

Swart ziet art. 14 lid 2 EUV voor wat betreft de mogelijkheid van het instellen van een verstekprocedure als de uitdrukking van een algemene opvatting die ook zonder uitdrukkelijke vermelding in het verdrag zou hebben gegolden.²⁸²¹ Die algemene opvatting houdt dan in dat het specialiteitsbeginsel louter betrekking heeft op maatregelen die *alleen*

²⁸¹⁵ Bouloc 1990, p. 20; Dewulf 2009, p. 43; Murschetz 2007a, p. 155-156; Schwaighofer 1988, p. 187-188.

²⁸¹⁶ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 34-35, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 155-156; Schwaighofer 1988, p. 188.

²⁸¹⁷ Dewulf 2009, p. 43; Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 37, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012 (met betrekking tot § 11 Abs 2 Nr 3 *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, dat evenmin van vrijwilligheid gewaagt); Murschetz 2007a, p. 156; Schwaighofer 1988, p. 188 (met betrekking tot § 70 Abs. 1 Z 2 *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz*, dat wel van vrijwilligheid gewaagt).

²⁸¹⁸ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 37, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Schwaighofer 1988, p. 188; Vogler 1992, p. 880.

²⁸¹⁹ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 37, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 156. Volgens Murschetz is het niet nodig dat de autoriteiten van de verzoekende staat de uitgeleverde persoon “belehren” over de gevolgen van een mogelijke vrijwillige terugkeer, omdat niet voor misverstand vatbaar is dat de onafhankelijke en vrijwillige inreis in een land niet meer in verband staat met de eerdere uitlevering aan dat land. Swart 1986, p. 353, beredeneert de bestaansgrond van deze uitzondering anders. Hij ziet kennelijk een verband met de respijttermijn: heeft de uitgeleverde persoon de verzoekende staat verlaten en is hij daarna teruggekeerd, dan heeft hij de gelegenheid tot vertrek gehad.

²⁸²⁰ *Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr. 7, p. 30*. Het Beneluxverdrag aangaande de uitlevering en de kleine rechtshulp in strafzaken kende een vergelijkbare bepaling (art. 13 lid 2 BUV). Volgens het *Gemeenschappelijk commentaar van de drie regeringen* sprak het echter vanzelf dat de in die bepaling bedoelde maatregelen gepaard konden gaan met vrijheidsbeneming; R Emmelink 1990, p. 294.

²⁸²¹ Swart 1986, p. 341.

kunnen worden genomen, *omdat* de opgeëiste persoon is uitgeleverd.²⁸²² Ter zake van aan de feitelijke uitlevering anterieure feiten waarvoor de opgeëiste persoon niet is uitgeleverd, moet de verzoekende staat hem als niet aanwezig beschouwen. Maatregelen ter zake van zulke feiten die ook genomen kunnen worden buiten de aanwezigheid van de opgeëiste persoon en zonder dwang op hem uit te oefenen, zijn dan ook toegelaten, omdat deze maatregelen ook hadden kunnen worden getroffen, indien uitlevering niet had plaatsgevonden.²⁸²³ Het horen van getuigen, het inschakelen van deskundigen en het doorzoeken ter inbeslagneming van een woning van een derde is dus toegestaan. Handelingen als detentie, verhoor als verdachte, confrontatie met getuigen, afname van bloed en van vingerafdrukken, afuisteren van telefoongesprekken waaraan de opgeëiste persoon deelneemt en persoonlijke inbeschuldigingstelling zijn daarentegen verboden.²⁸²⁴

Wat er ook van deze opvatting zij, art. 14 lid 2 EUV verbindt de toelaatbaarheid van maatregelen als het instellen van een verstekprocedure uitdrukkelijk aan een daarmee na te streven doel, de stuiting van een verjaringstermijn. Het valt naar mijn mening dan ook niet te verdedigen, dat de verzoekende staat onder art. 14 lid 2 EUV met een ander doel dan stuiting van de verjaring maatregelen ter vervolging of bestraffing zou mogen nemen, ook indien de aanwezigheid van de opgeëiste persoon niet nodig is. Daarbij komt dat het *Explanatory report* niet de opvatting ondersteunt dat het de verzoekende staat ook zonder grondslag in het verdrag vrij zou staan om maatregelen te nemen die hij ook buiten de aanwezigheid van de uitgeleverde persoon had kunnen nemen. Art. 14 lid 2 EUV “authorises the requesting Party to take the measures necessary to interrupt any legal effects of the lapse of time”. Omdat een staat de in lid 2 bedoelde maatregelen had kunnen nemen “even if the accused had not been extradited”, achtten de deskundigen een dergelijke “authorisation” noodzakelijk.²⁸²⁵ Een *noodzakelijke* “authorisation” is niet een overbodige “authorisation”. Anders gezegd, het *Explanatory report* duidt erop dat de deskundigen het nemen van de in lid 2 bedoelde maatregelen zonder “authorisation” niet geoorloofd achtten. Bovendien pleit de formulering van art. 14 lid 1 EUV tegen de opvatting dat het de verzoekende staat zonder meer is toegestaan maatregelen te nemen die hij ook zonder de uitlevering van de opgeëiste persoon had kunnen nemen. Zou deze opvatting daadwerkelijk aan art. 14 EUV ten grondslag liggen, dan hadden de verdragspartijen wel volstaan met voor te schrijven dat de uitgeleverde persoon niet in hechtenis mag worden genomen met het oog op de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel noch aan enige andere beperking van zijn persoonlijke vrijheid mag worden onderworpen. In deze opvatting zijn immers vervolging en berechting die *niet* gepaard gaan met hechtenis of met enige beperking van de persoonlijke vrijheid toegestaan, terwijl vervolging en berechting die daarmee *wel* gepaard gaan juist vanwege die hechtenis of beperking van de persoonlijke vrijheid al verboden zijn. Nu art. 14 lid 1 EUV vervolging en berechting als aparte categorieën van verboden handelingen noemt,

²⁸²² Zo sluit § 11 Abs 1 Nr 1 *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* uitdrukkelijk vervolging uit door maatregelen die “nicht auch in seiner Abwesenheit getroffen werden können”. De uitlevering aan Duitsland is namelijk niet “ursächlich” voor maatregelen die “auch in Abwesenheit des Verfolgten möglich sind”: Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 19, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

²⁸²³ Boulloc 1990, p. 16-18; Dewulf 2009, p. 43; Murschetz 2007a, p. 153-154; Swart 1986, p. 341; Vogler 1992, p. 879; Zaïri 1962, p. 137-148; Zodrow 1968, p. 94-96.

²⁸²⁴ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 20-21, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 341; Zaïri 1992, p. 139-146; Zodrow 1968, p. 96-97.

²⁸²⁵ Extradition: European standards 2006, p. 35.

moet men naar mijn mening aannemen dat aan deze categorieën een zelfstandige betekenis toekomt.²⁸²⁶

XVII.2.3.2.2 EU-uitleveringsovereenkomst

De nooit in werking getreden EU-uitleveringsovereenkomst bevatte een aantal verdere uitzonderingen op de in art. 14 lid 1 EUV neergelegde specialiteitsregeling. Deze Overeenkomst werd voorlopig toegepast door enkele lidstaten, waaronder Nederland. Bespreking van de regelingen van de Overeenkomst is gerechtvaardigd, omdat deze model hebben gestaan voor de regelingen in het Kaderbesluit.

Ingevolge art. 10 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst had de verzoekende staat in vier gevallen niet de - in art. 14 lid 1 onder a EUV bedoelde - toestemming van de aangezochte staat nodig voor vervolging, berechting, in hechtenis nemen of onderwerping aan een andere beperking van de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon ter zake van “andere voor de [feitelijke uitlevering] begane feiten dan die welke aan het verzoek tot uitlevering ten grondslag lagen”. Uit deze formulering volgt dat de regeling niet van toepassing was op feiten die wél aan het uitleveringsverzoek ten grondslag lagen, maar waarvoor de aangezochte staat de uitlevering had geweigerd. Voor dergelijke feiten kan de aangezochte staat wel aanvullende toestemming verlenen (zie paragraaf 2.2.1). In drie van de art. 10 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst bedoelde gevallen ging het om strafbare feiten waarvoor de verzoekende staat niet noodzakelijkerwijs om uitlevering had kunnen verzoeken.²⁸²⁷ Op grond van art. 14 lid 1 onder a EUV rustte op de aangezochte staat in die gevallen dus niet de verplichting om toestemming te verlenen.

Onderdeel a van art. 10 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst stond (instelling en voortzetting van de) vervolging of berechting in de verzoekende staat toe, “wanneer de feiten niet strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of een vrijheidsbenemende maatregel”.

Art. 10 lid 1 onder b UW autoriseerde vervolging of berechting, “voor zover de strafvervolging niet leidt tot de toepassing van een maatregel die zijn persoonlijke vrijheid beperkt”. Deze categorie omvatte ook feiten die wél met een vrijheidssanctie bedreigd waren. Leidde de vervolging tot oplegging van een vrijheidssanctie, dan mocht de verzoekende staat deze alleen ten uitvoer leggen, indien hetzij de aangezochte staat, hetzij de uitgeleverde persoon daarvoor toestemming had gegeven.²⁸²⁸

Onderdeel c van art. 10 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst stond de tenuitvoerlegging toe “van een straf of een maatregel die geen vrijheidsbeneming meebrengt, met inbegrip

²⁸²⁶ Het op 20 september 2012 tot stand gekomen Vierde Aanvullend Protocol geeft de verzoekende staat uitdrukkelijk de bevoegdheid tot het verrichten van “pre-trial investigations, except for measures restricting the personal freedom of the person concerned” (art. 3). Zulke “investigations” omvatten “intrusive measures such as wiretapping or house searches”, “confrontation and interrogation of persons other than the extradited person” en verhoor van of confrontatie met de uitgeleverde persoon “in so far as this investigative measure does not imply coercion” (*Explanatory Report*, par. 31; beschikbaar op www.conventions.coe.int). De woorden “proceeded against” in art. 14 lid 1 EUV, die in de opvatting van sommige lidstaten in de weg staan aan dergelijke “pre-trial investigations”, worden vervangen door de woorden “arrested, prosecuted, tried”. Deze wijzigingen brengen mee dat de verzoekende staat de maatregelen kan nemen ter verkrijging van de in art. 14 lid 1 onder a EUV bedoelde toestemming van de aangezochte staat ter zake van vóór de uitlevering begane strafbare feiten die na de uitlevering worden ontdekt, “while still ruling out the possibility for the requesting Party to bring the case to trial or restrict the personal freedom of the extradited person, solely based on these newly discovered offences”.

²⁸²⁷ Toelichtend rapport, *PbEG* 1997, C 191/22.

²⁸²⁸ Toelichtend rapport, *PbEG* 1997, C 191/22.

van een geldboete, of een daarvoor in de plaats komende maatregel, zelfs indien deze kan leiden tot beperking van zijn persoonlijke vrijheid". Onder een voor een geldboete "in de plaats komende maatregel" moest uitsluitend worden verstaan "een maatregel die overeenkomstig het nationale recht kan worden toegepast indien geen betaling van de geldboete is verkregen".²⁸²⁹ Naar Nederlands recht was dit de vervangende hechtenis (art. 24c Sr).²⁸³⁰ Voor de toepassing van deze bepaling deed niet ter zake of de veroordeling tot geldboete dateerde van vóór de feitelijke uitlevering.²⁸³¹

Voor deze drie categorieën gold dat zij mede feiten omvatten die niet strafbaar waren in de aangezochte staat. Op grond van art. 14 lid 1 onder a EUV in samenhang met art. 12 lid 2 onder b UW zou de Minister van Justitie voor dergelijke feiten geen toestemming mogen verlenen.

Gezien de geringe ernst van de feiten en/of van de gevolgen voor de uitgeleverde persoon, wogen in deze drie categorieën van gevallen de belangen van de aangezochte staat en die van de uitgeleverde persoon niet op tegen het belang van de verzoekende staat bij rechtshandhaving.

Art. 10 lid 1 onder d EU-uitleveringsovereenkomst bevatte de bevestiging dat het specialiteitsbeginsel - in elk geval in de opvatting van de Raad - ook de belangen van de uitgeleverde persoon beschermt. De uitgeleverde persoon kon namelijk ná zijn feitelijke uitlevering uitdrukkelijk afstand doen van de bescherming van het specialiteitsbeginsel voor bepaalde, vóór zijn feitelijke uitlevering begane feiten.²⁸³² Ter bescherming van de belangen van de uitgeleverde persoon bood art. 10 leden 2 en 3 EU-uitleveringsovereenkomst hem enkele waarborgen. De verklaring van afstand moest worden afgelegd voor de bevoegde *rechterlijke* autoriteit van de verzoekende staat en moest worden opgenomen in een proces-verbaal (lid 2). Verder moest de verzoekende staat maatregelen nemen om te verzekeren dat de afstand uit vrije wil geschiedde en dat de uitgeleverde persoon volledig op de hoogte was van de gevolgen van die afstand (lid 3). De uitgeleverde persoon mocht zich daarom laten bijstaan door een raadsman (lid 3).

De in onderdeel d voorziene uitdrukkelijke afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel ná de feitelijke uitlevering hief de beperking van het recht van de verzoekende staat om strafrechtelijk of op andere wijze tegen de uitgeleverde persoon op te treden *zonder meer* op. Afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel vóór de feitelijke uitlevering, in het kader van verkorte uitlevering, had niet zulk een effect, omdat de aangezochte staat steeds bevoegd bleef om zijn toestemming met de verkorte uitlevering te onthouden. Art. 2 van de Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie vestigde slechts een verplichting tot

²⁸²⁹ Toelichtend rapport, *PbEG* 1997, C 191/22. Vrijheidsbeneming als gevolg van een herroeping van een voorwaardelijke straf viel dus niet onder deze bepaling: Plachta 1998, p. 107.

²⁸³⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 13.

²⁸³¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 13.

²⁸³² Reeds art. VII lid 2 Overeenkomst van Wittenmeijer voorzorg in een vorm van afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel door de betrokkene. Anders dan onder de EU-uitleveringsovereenkomst, kon de betrokkene zowel vóór als na de feitelijke uitlevering instemmen met "strafvervolgning en tenuitvoerlegging van straf in hun volle omvang". In dat geval kon de aangezochte staat geen aanspraak meer maken op naleving van art. 14 lid 1 EUV. Een vergelijkbare regeling bevatte art. 13 lid 1 onder c BUV. Beide verdragen bevatten niet de beperking tot *bepaalde* feiten en voorzagen niet in waarborgen voor de opgeëiste of uitgeleverde persoon.

uitlevering²⁸³³ volgens de verkorte procedure, voor zover “de betrokken persoon daarmee instemt *en de aangezochte Staat zijn toestemming voor deze [uitlevering] heeft gegeven*”.²⁸³⁴ Zo moet de officier van justitie op grond van art. 42 lid 2 UW weigeren om gevolg te geven aan de instemming van de betrokken persoon, indien het toepasselijke verdrag en - voor zover dat verdrag daartoe de ruimte laat - de Uitleveringswet de uitlevering niet toelaten. Hoewel het specialiteitsbeginsel de belangen van de aangezochte staat én van de opgeëiste persoon beoogt te beschermen, heeft de aangezochte staat de bevoegdheid om zijn belangen zwaarder te laten wegen dan die van de opgeëiste persoon, zolang de opgeëiste persoon zich nog onder zijn rechtsmacht bevindt. Ná de feitelijke uitlevering is daartoe geen noodzaak meer, omdat de aangezochte staat in dat geval heeft kunnen toetsen of de uitlevering aan verzoekende staat mogelijk was.

Art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst bood de lidstaten van de Europese Unie de mogelijkheid om geheel van de specialiteitsregeling af te zien. Indien zij een daartoe strekkende verklaring hadden afgelegd, werd de in art. 14 lid 1 onder a EUV bedoelde toestemming op basis van wederkerigheid geacht te zijn gegeven, tenzij de aangezochte staat in een concreet geval bij de inwilliging van de uitlevering anders aangaf (art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst). In dat laatste geval waren de uitzonderingen van art. 10 EU-uitleveringsovereenkomst weer van toepassing. Slechts vier lidstaten hebben een verklaring als bedoeld in art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst afgelegd.²⁸³⁵

XVII.2.3.3 *Verbod op verderlevering*

XVII.2.3.3.1 Europees Verdrag betreffende uitlevering

Algemeen

Art. 15 EUV verbiedt de verzoekende staat om de aan hem uitgeleverde persoon uit te leveren aan een andere partij bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering of aan een derde staat wegens vóór de feitelijke uitlevering begane feiten. Evenals art. 12 lid 3 UW, heeft dit verbod dus mede betrekking op de feiten waarvoor de aangezochte staat de uitlevering aan de verzoekende staat heeft toegestaan. Op het verbod bestaan twee uitzonderingen. De aangezochte staat kán toestemming verlenen voor verderlevering.²⁸³⁶

Art. 12 lid 3 UW perkt deze bevoegdheid in door te bepalen dat de Minister van Justitie de toestemming kan geven “ten aanzien van strafbare feiten waarvoor de opgeëiste persoon door Nederland aan de derde staat²⁸³⁷ had kunnen worden uitgeleverd”. Daarnaast is art. 14 lid 1 onder b EUV van overeenkomstige toepassing. Anders dan art. 45 lid 3 UW, maakt

²⁸³³ De Overeenkomst spreekt van “overlevering”. Om verwarring te voorkomen, hanteer ik het begrip “uitlevering”.

²⁸³⁴ Mijn cursivering. Vgl. art. 66 lid 1 SUO: “Indien de uitlevering van een opgeëiste persoon niet kennelijk naar het recht van de aangezochte Overeenkomstsluitende Partij is uitgesloten, kan deze Partij de uitlevering toestaan (...)” en art. 1 Derde Aanvullend Protocol EUV: “De Verdragsluitende partijen verplichten zich ertoe om elkaar, overeenkomstig de verkorte procedure voorzien in dit Protocol, personen die in overeenstemming met artikel 1 van het Verdrag worden gezocht uit te leveren, mits deze personen daarmee instemmen en de aangezochte partij zijn toestemming daarvoor heeft gegeven”.

²⁸³⁵ Duitsland, Letland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk.

²⁸³⁶ Art. 15 EUV gaat minder ver dan art. 14 lid 2 BUV, dat voor verderlevering aan *een ander Beneluxland* géén toestemming van het aangezochte Beneluxland vereiste.

²⁸³⁷ Het begrip “derde staat” heeft hier vanzelfsprekend een ruimere betekenis dan het begrip “third state”, als bedoeld in art. 15 EUV, namelijk elke andere staat dan de verzoekende staat.

art. 15 EUV geen uitzondering voor uitlevering via de verkorte procedure. In geval van uitlevering via de verkorte procedure door Nederland zal de verzoekende staat dus toch de toestemming van Nederland voor verderlevering nodig hebben, tenzij de uitzondering van art. 14 lid 1 onder b EUV zich voordoet.²⁸³⁸

Juridische belemmering: eerdere uitlevering aan Nederland

De eerdere uitlevering van een persoon aan Nederland door een partij bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering (staat A) levert in beginsel een juridische belemmering op voor zijn uitlevering dóór Nederland aan een andere staat (staat C) wegens vóór die eerdere uitlevering aan Nederland begane strafbare feiten. Op grond van art. 15 EUV mag Nederland immers niet overgaan tot uitlevering, *tenzij* staat A daarvoor toestemming heeft gegeven of de opgeëiste persoon de respijtt termijn heeft laten verstrijken zonder het grondgebied van Nederland te verlaten dan wel vrijwillig is teruggekeerd naar Nederland na het Nederlandse grondgebied te hebben verlaten (art. 14 lid 1 onder b EUV).

Men kan hier twee gevallen onderscheiden: (1) staat C is ook partij bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering en (2) staat C is geen partij bij dat verdrag. Geeft staat A geen toestemming voor verderlevering en doet zich de uitzondering van art. 14 lid 1 onder b EUV niet voor, dan is Nederland in het eerste geval jegens staat A gehouden de uitlevering aan staat C te weigeren. Staat C zal die weigering moeten accepteren, omdat art. 15 EUV fungeert als een uitzondering op de uit het Europees Verdrag betreffende uitlevering voortvloeiende verplichting tot uitlevering aan staat C. In het tweede geval lijkt voor Nederland een conflict van verdragsverplichtingen te kunnen ontstaan. Weigert staat A, een partij bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering, toestemming te verlenen voor verderlevering aan staat C en doet zich de uitzondering van art. 14 lid 1 onder b EUV niet voor, dan is Nederland namelijk op grond van art. 15 EUV jegens staat A gehouden tot weigering van de uitlevering aan staat C. Ten opzichte van staat C is Nederland echter gehouden tot uitlevering op grond van het uitleveringsverdrag met die staat. Staat C heeft geen boodschap aan de specialiteitsregeling in het uitleveringsverdrag tussen Nederland en staat A, omdat hij daarbij geen partij is. Ter rechtvaardiging van de weigering van de uitlevering kan Nederland zich ten opzichte van staat C evenwel beroepen op het specialiteitsbeginsel als onderdeel van het internationale gewoonterecht, waaraan ook staat C is gebonden en dat het uitleveringsverdrag met staat C als het ware aanvult.²⁸³⁹

De vraag of de betrokkene, gelet op zijn eerdere uitlevering aan Nederland, dóór Nederland kan worden uitgeleverd aan staat C raakt niet de toelaatbaarheid van de uitlevering aan staat C en staat dus ter beoordeling van de Minister van Justitie.²⁸⁴⁰ Nu de onderhavige situatie het spiegelbeeld van art. 12 lid 3 UW betreft - na uitlevering dóór Nederland is voor verderlevering de toestemming van de Minister van Justitie vereist (zie paragraaf 2.2.1) -, strookt deze bevoegdheid van de Minister van Justitie met het systeem

²⁸³⁸ In deze zin ook *Bundesgericht* 11 februari 2003, I. Öffentlich-rechtliche Abteilung 1A.1/2003, beschikbaar op www.bger.ch.

²⁸³⁹ Zie punt 1 van de noot van A.H.J. Swart onder HR 20 juni 1989, *NJ* 1990, 50 (Rommeling 1990, p. 162, meldt dat de Minister van Justitie in deze zaak de uitlevering aan de derde staat heeft geweigerd) en Sjöcrona & Orié 2002, p. 115.

²⁸⁴⁰ HR 20 juni 1989, *NJ* 1990, 50, m.nt. AHJS (Rommeling 1990, p. 162 meldt dat de Minister van Justitie in deze zaak de uitlevering aan staat C heeft geweigerd); HR 10 september 1991, *NJ* 1991, 825; HR 19 december 2000, *LJN* AA9070.

van de Uitleveringswet. Het is daarbij kennelijk niet van belang of de drie betrokken staten al dan niet partij zijn bij één en hetzelfde verdrag.²⁸⁴¹

XVII.2.3.3.2 EU-uitleveringsovereenkomst

Vergeleken met art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst, draaide art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst de algemene regel en de uitzondering om. Art. 12 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst verklaarde als algemene regel dat art. 15 EUV niet van toepassing was op verzoeken om verderlevering van een lidstaat van de Europese Unie naar een andere lidstaat. Een en ander betekende dat de lidstaat die een uitleveringsverzoek van een andere lidstaat had ontvangen voor die uitlevering dus niet de toestemming nodig had van de lidstaat die de betrokken persoon eerder aan hem had uitgeleverd.²⁸⁴²

De lidstaten konden bij verklaring een uitzondering op die algemene regel maken. Die verklaring hield in dat art. 15 EUV van toepassing bleef (art. 12 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst), behoudens in twee gevallen: (1) indien de betrokken persoon was uitgeleverd via de verkorte procedure overeenkomstig de EU-overeenkomst inzake de verkorte procedure én hij niet de bescherming van het specialiteitsbeginsel genoot en (2) indien de betrokken persoon instemde met zijn verderlevering aan een andere lidstaat. Twaalf lidstaten hebben een dergelijke verklaring afgelegd.²⁸⁴³ De Nederlandse verklaring beperkte de toepasselijkheid van art. 15 EUV tot de verderlevering van Nederlandse onderdanen in de zin van art. 7 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst (zie Hoofdstuk IX.2.4).

XVII.2.4 Het feitsbegrip

Op grond van de in het toepasselijke verdrag opgenomen specialiteitsregeling mag de verzoekende staat de uitgeleverde persoon niet vervolgen, bestraffen, van zijn vrijheid beroven of anderszins in zijn persoonlijke vrijheid beperken wegens een *ander* vóór de feitelijke uitlevering begaan *feit* (“offence”/“fait”, art. 14 lid 1 EUV) dan het feit waarvoor de aangezochte staat de uitlevering heeft toegestaan. Teneinde het onderzoek door de aangezochte staat naar de mogelijkheid van uitlevering mogelijk te maken, heeft de verzoekende staat bij het uitleveringsverzoek een “statement of the offences” gevoegd, waarin hij zo nauwkeurig mogelijk de “time and place of their commission, their legal descriptions and a reference to the relevant legal provisions” heeft uiteengezet (art. 12 lid 2 onder b EUV). Willigt de aangezochte staat het verzoek om uitlevering in, dan zal hij in de desbetreffende beslissing het feit aanduiden waarvoor hij de uitlevering toestaat, al dan niet onder verwijzing naar het “statement of the offences”. De in die beslissing opgenomen omschrijving van het feit vormt dus het uitgangspunt voor de beoordeling of de vervolging, bestraffing, vrijheidsberoving of andere vrijheidsbeperking betrekking heeft op hetzelfde feit dan wel op een ander feit.²⁸⁴⁴ Juist met het oog op de naleving van het specialiteitsbeginsel schrijft art. 28 lid 3 UW voor dat de rechtbank, indien en voor zover zij

²⁸⁴¹ In HR 19 december 2000, *L/JN AA9070* was de opgeëiste persoon door Roemenië aan Nederland uitgeleverd - kennelijk onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering -, terwijl Duitsland onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering aan Nederland om zijn uitlevering verzocht.

²⁸⁴² Toelichtend rapport, *PbEG* 1997, C 191/22.

²⁸⁴³ België, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Luxemburg, Nederland, Polen, Portugal, Slovenië en Zweden.

²⁸⁴⁴ Swart 1986, p. 344. Zie HR 27 september 1983, *NJ* 1984, 96, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 6.2: naar aanleiding van een beroep op de toepasselijke specialiteitsregel heeft het hof “met juistheid overwogen en beslist” dat deze regel “de rechter ‘verplicht (...) de telastelegging te toetsen aan het uitleveringsbevel”.

de uitlevering toelaatbaar verklaart, in haar uitspraak - voldoende duidelijk - het feit of de feiten vermeldt waarvoor de uitlevering kan worden toegestaan.²⁸⁴⁵

De omschrijving in de uitleveringsbeslissing trekt naar plaats, tijd en gedraging de grenzen van een bepaalde historische gebeurtenis, bijvoorbeeld de poging om opzettelijk de heer Jansen te doden, gepleegd op 1 januari 2011 te Amsterdam. Ten aanzien van deze historische gebeurtenis heeft de aangezochte staat de toelaatbaarheid van de uitlevering onderzocht. Nu het specialiteitsbeginsel beoogt te voorkomen dat de verzoekende staat een vervolging instelt ter zake van een vóór de uitlevering begaan feit zonder dat de aangezochte staat heeft kunnen onderzoeken of aan de voorwaarden voor uitlevering ter zake van dat feit is voldaan, ligt het voor de hand dat de verzoekende staat na uitlevering binnen de grenzen van de in de uitleveringsbeslissing beschreven historische gebeurtenis moet blijven, omdat de aangezochte staat alleen ten aanzien van deze gebeurtenis de toelaatbaarheid heeft kunnen onderzoeken.

Daaruit volgt dat wijzingen ten opzichte van de in de uitleveringsbeslissing geschilderde historische gebeurtenis niet zonder meer zijn uitgesloten. Is de uitlevering ter fine van strafvervolging toegestaan, dan is sowieso een zekere souplesse vereist. De bij het uitleveringsverzoek gevoegde "statement" reflecteert de stand van de verdenking op dat moment, terwijl tijdens het onderzoek na de uitlevering nog nieuwe relevante feiten en omstandigheden naar voren kunnen komen. Blijkt dat sprake is van een strafverzwarende omstandigheid - bijvoorbeeld dat de uitgeleverde persoon de heer Jansen met voorbedachten rade heeft gepoogd te doden -,²⁸⁴⁶ dat sprake is van een in deelneming begaan feit - bijvoorbeeld omdat de uitgeleverde persoon de poging tezamen en in vereniging met een ander heeft gepleegd - of dat wat aanvankelijk een poging leek te zijn, toch een voltooid misdrijf oplevert - bijvoorbeeld omdat dat de heer Jansen als gevolg van de poging alsnog is komen te overlijden -, dan zal de verzoekende staat daarmee rekening mogen houden zonder toestemming van de aangezochte staat.²⁸⁴⁷ Bovendien hoeven wijzigingen in de omschrijving van het feit die van ondergeschikt belang zijn niet de toestemming van de aangezochte staat, zoals de wijziging dat de uitgeleverde persoon zich bij de zo-even genoemde poging van een houten knuppel heeft bediend in plaats van de in de "statement" vermelde ijzereen staaf.²⁸⁴⁸

Een wijziging ten opzichte van de in de uitleveringsbeslissing omschreven gebeurtenis die tot gevolg heeft dat de gewijzigde gebeurtenis onder het bereik van een weigeringsgrond zou komen,²⁸⁴⁹ is ontoelaatbaar. Een dergelijk geval zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen, indien de pleegperiode zou worden verruimd met tijdstippen gelegen

²⁸⁴⁵ HR 12 april 1983, *NJ* 1983, 670, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 4.2.

²⁸⁴⁶ Anders kennelijk het Hof 's-Gravenhage, dat het openbaar ministerie in een vervolging ter zake van deelneming aan een criminele organisatie (art. 140 lid 1 Sr) partieel niet-ontvankelijk verklaarde voor zover aan de verdachte werd verweten dat hij binnen die organisatie een rol als bestuurder had gespeeld (art. 140 lid 3 Sr), omdat dit in de uitleveringsprocedure in Spanje niet aan de orde was geweest. Zie punt 3.2 van de conclusie van de A-G Machiels vóór HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 520, m.nt. Y. Buruma.

²⁸⁴⁷ Dewulf 2009, p. 43-44 (strafverzwarende omstandigheid); Murschetz 2007a, p. 151 (strafverzwarende omstandigheid, deelneming); Schwaighofer 1988, p. 182 (strafverzwarende omstandigheid); Swart 1986, p. 344; Zaïri 1992, p. 58 (strafverzwarende omstandigheid).

²⁸⁴⁸ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 14, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012. Hetzelfde geldt, indien de uitlevering is toegestaan ter zake van diefstal van drie kunstvoorwerpen en na de uitlevering blijkt dat de verdachte bij gelegenheid van dezelfde diefstal nog twee kunstvoorwerpen heeft ontvreemd: Schwaighofer 1988, p. 179.

²⁸⁴⁹ HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 117, r.o. 5.9.

vóór de in de uitleveringsbeslissing genoemde pleegperiode. Zo een wijziging zou de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de aangezochte staat kunnen raken (art. 10 EUV). Wijziging van de pleegplaats zou in dit opzicht eveneens problemen kunnen opleveren. Is het feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de aangezochte staat begaan of geheel buiten het grondgebied van de verzoekende staat, terwijl de aangezochte staat voor een dergelijk feit in een vergelijkbaar geval geen rechtsmacht zou kunnen uitoefenen, dan kan de aangezochte staat de uitlevering weigeren (art. 7 EUV). Ook hier geldt dat een wijziging die van ondergeschikt belang is, niet tot strijd met het specialiteitsbeginsel leidt, omdat een dergelijke wijziging geen verandering brengt in de verplichtingen die krachtens het toepasselijke verdrag op de aangezochte staat rusten.²⁸⁵⁰ Toevoeging van een niet in de uitleveringsbeslissing genoemde pleegplaats die in theorie het grondgebied van de aangezochte staat omvat (“althans in Europa”), brengt geen verandering in die verplichtingen en is dus niet in strijd met het specialiteitsbeginsel, indien noch uit het dossier noch uit het verhandelde ter terechtzitting blijkt dat die plaatsbepaling daadwerkelijk mede ziet op het grondgebied van de aangezochte staat.²⁸⁵¹

In het bij het uitleveringsverzoek gevoegde “statement of the offences” heeft de verzoekende staat de “legal descriptions” (“qualification légale”) opgenomen van de feiten waarvoor hij de uitlevering verzoekt (art. 12 lid 2 onder b EUV). Verder heeft hij bij het uitleveringsverzoek een kopie van de “relevant enactments” (“dispositions légales”) gevoegd (art. 12 lid 2 onder c EUV). Deze kwalificaties en wetsbepalingen geven - in vervolgingszaken - blijk van het *voorlopige* juridische oordeel van de verzoekende staat omtrent de feiten waarvoor hij de uitlevering verzoekt. Aan het juridische oordeel dat de *aangezochte* staat in het kader van de beoordeling van de dubbele strafbaarheid aan deze feiten heeft gegeven, is de verzoekende staat niet gebonden. Deze beoordeling vindt immers plaats aan de hand van de materiële feiten, niet aan de hand van de strafbepalingen (zie Hoofdstuk VII.2.3.3.1).²⁸⁵² Evenzeer staat het de verzoekende staat vrij om na de uitlevering af te wijken van zijn eigen voorlopige juridische oordeel omtrent de in de uitleveringsbeslissing opgenomen historische gebeurtenis, *mits* de uitlevering voor die gebeurtenis onder de nieuwe juridische waardering toelaatbaar zou zijn (art. 14 lid 3 EUV). Het specialiteitsbeginsel heeft met andere woorden betrekking op feiten, niet op delictomschrijvingen of kwalificaties,²⁸⁵³ hetgeen het specialiteitsbeginsel gemeen heeft met het beginsel van dubbele strafbaarheid (zie Hoofdstuk VII.2.3.3.1) waaraan het - mede - zijn bestaan dankt (zie paragraaf 2.2.2). Indien bijvoorbeeld de uitlevering is toegestaan ter zake van het onttrekken van een minderjarige aan het wettig over hem gestelde gezag, “zulks terwijl bij dit opzettelijk onttrekken van een minderjarige aan het wettig/bevoegd gezag geweld is gebezigd” en wel tegen de moeder van de minderjarige - hetgeen in het bij het uitleveringsverzoek gevoegde bevel tot aanhouding werd aangemerkt als handelen in

²⁸⁵⁰ HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 117, r.o. 5.8. In de tenlastelegging waren opgenomen niet in de uitleveringsbeslissing genoemde, buiten Nederland en de aangezochte staat gelegen, pleegplaatsen (in België en Frankrijk), waar tevens uitvoeringshandelingen van de poging tot afpersing waren verricht en die dus mede aan te merken waren als plaatsen waar het misdrijf was gepleegd. Vervolging ter zake van de in België en Frankrijk verrichte uitvoeringshandelingen was niet in strijd met het specialiteitsbeginsel, omdat het misdrijf was begaan in Nederland en de uitvoeringshandelingen in België en Frankrijk niet van doorslaggevende betekenis waren voor de bewezenverklaring en kwalificatie.

²⁸⁵¹ HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 117, r.o. 5.9.

²⁸⁵² Swart 1986, p. 345. Zo ook Gerechtshof Arnhem 1 september 2000, *NJ* 2000, 662.

²⁸⁵³ Bouloc 1990, p. 12-13; Dewulf 2009, p. 41-42; Heimgartner 2002, p. 166-167; Van Den Wijngaert 2006, p. 1259; Vogler 1992, p. 883.

strijd met art. 279 lid 2 Sr -, mag de verzoekende staat de uitgeleverde persoon ook *afzonderlijk* vervolgen en berechten ter zake van de jegens de moeder gepleegde mishandeling.²⁸⁵⁴

Zoals gezegd, moet de nieuwe juridische waardering er één zijn die tot uitlevering zou kunnen leiden (art. 14 lid 3 EUV). De nieuwe strafbepaling moet voldoen aan de eisen met betrekking tot (de hoogte van) de strafbedreiging (art. 2 lid 1 EUV)²⁸⁵⁵ en mag niet een fiscaal, militair of politiek delict opleveren (art. 3, 4 en 5 EUV).²⁸⁵⁶ Een andere juridische waardering die de historische gebeurtenis onder een strafbepaling brengt met een *lager* strafmaximum dan het toepasselijke verdrag vereist, is naar de letter van art. 14 lid 3 EUV niet toegelaten.²⁸⁵⁷ Betoogd wordt wel dat, nu de verdragsrechtelijke strafdrempels de proceseconomie en de evenredigheid van de uitlevering beogen te waarborgen, daaraan ná de uitlevering geen gewicht meer toekomt, zodat kwalificatie onder een geprivilegieerde strafbepaling ook zonder toestemming van de aangezochte staat is toegelaten, indien daardoor de strafbedreiging onder de door het verdrag gestelde drempel komt te vallen.²⁸⁵⁸

Feitelijke wijzigingen binnen de omschrijving van de historische gebeurtenis kunnen ook gevolgen hebben voor de juridische waardering daarvan. De toevoeging van een strafverzwarende omstandigheid of van een deelnemingsvorm en de wijziging van een poging in een voltooid delict hebben gevolgen voor de kwalificatie van die gebeurtenis. Zulke toevoegingen en wijzigingen zullen doorgaans een strafbaar feit opleveren waarvoor de uitlevering zou zijn toegestaan. Is het gronddelict een delict waarvoor de uitlevering is toegestaan, dan is de gekwalificeerde variant dat *a fortiori*.²⁸⁵⁹ Toevoeging van een vorm van deelneming aan het gronddelict zal in dit opzicht evenmin problematisch zijn.²⁸⁶⁰ Voor de wijziging van een poging in een voltooid delict geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

²⁸⁵⁴ HR 27 maart 2001, L/JN AB0743.

²⁸⁵⁵ Bouloc 1990, p. 12-13; Heimgartner 2002, p. 167; Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 13, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 345. Gelet op de wijze waarop Nederland de dubbele strafbaarheid toetst, zou men kunnen betogen dat de nieuwe strafbepaling in de kern hetzelfde rechtsgoed moet beschermen als de strafbepaling waaronder de historische gebeurtenis in de aangezochte staat valt (zie Hoofdstuk VII.2.3.3.1). Anders Heimgartner 2002, p. 167, volgens wie kwalificatie onder een ander “Tatbestand” geen probleem oplevert, “selbst wenn dieser ein unterschiedliches Rechtsgut schützt”.

²⁸⁵⁶ Bouloc 1990, p. 13; Heimgartner 2002, p. 167, noot 1129; Swart 1986, p. 345.

²⁸⁵⁷ Heimgartner 2002, p. 167; Zaïri 1992, p. 60.

²⁸⁵⁸ Lagodny, § 11 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 13, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 152, die zich overigens tegen deze opvatting verzet vanwege de “Umgehungsmöglichkeiten” die zij biedt: “Der ersuchende Staat könne stets, um sich der Auslieferung zu versichern, nicht vorhandene Qualifikationen nennen bzw privilegierende Umstände im Ersuchen außer Acht lassen”; Swart 1986, p. 345, noot 30 en de daar vermelde literatuur.

²⁸⁵⁹ Heimgartner 2002, p. 167; Schwaighofer 1988, p. 182. Dit zou anders zijn, indien de aard van de op het gekwalificeerde delict gestelde sanctie als zodanig in de weg aan uitlevering zou staan (bijvoorbeeld de doodstraf (art. 11 EUV); zie Hoofdstuk V.3.2). Zo ook Heimgartner 2002, p. 167, noot 1130.

²⁸⁶⁰ Een wijziging van medeplegen in medeplichtigheid zou, gezien art. 49 lid 1 Sr, tot gevolg kunnen hebben dat de maximale strafbedreiging niet meer aan art. 2 lid 1 EUV voldoet. Een degelijke wijziging is uitleveringsrechtelijk niet relevant, nu alleen de naar de wettelijke omschrijving bedoelde straf maatgevend is (zie Hoofdstuk VII.2.2). Zie ook Heimgartner 2002, p. 167.

XVII.3 Specialiteitsbeginsel in het overleveringsrecht

XVII.3.1 Inleiding

Evenals het uitleveringsrecht, kent het overleveringsrecht het specialiteitsbeginsel en wel in twee verschijningsvormen: een beperking van het vervolgings- en executierecht van de uitvaardigende lidstaat en een verbod op verderlevering door de uitvaardigende lidstaat. In paragraaf 3.2 zal ik de in het Kaderbesluit opgenomen specialiteitsregelingen bespreken. In paragraaf 3.3 zal ik de implementatie van deze regelingen in de Overleveringswet bespreken. Paragraaf 3.4 zal ik wijden aan het feitsbegrip.

XVII.3.2 Specialiteitsbeginsel in het Kaderbesluit

XVII.3.2.1 Inleiding

Hoofdstuk 3 van het Kaderbesluit, getiteld “Gevolgen van de overlevering”, bevat twee specialiteitsregelingen. Art. 27 Kaderbesluit, met het opschrift “Eventuele vervolging wegens andere strafbare feiten”, regelt de beperking van het vervolgings- en executierecht van de uitvaardigende lidstaat en de uitzonderingen op die beperking. Art. 28 Kaderbesluit, met het opschrift “Verdere overlevering of uitlevering”, bevat het verbod op verderlevering door de uitvaardigende lidstaat aan een andere lidstaat of aan een derde staat en regelt de uitzonderingen op dat verbod.

XVII.3.2.2 Beperking van het vervolgings- en executierecht

XVII.3.2.2.1 De hoofdregel

Art. 27 Kaderbesluit regelt de beperking van het vervolgings- en executierecht van de uitvaardigende lidstaat, die het gevolg is van overlevering aan die lidstaat. Art. 27 lid 2 Kaderbesluit formuleert de hoofdregel: de uitvaardigende lidstaat mag een overgeleverde persoon niet vervolgen, berechten of anderszins van zijn vrijheid beroven “wegens enig ander vóór de overlevering begaan feit dan dat welk de reden tot de overlevering is geweest”.²⁸⁶¹ In zoverre komt art. 27 lid 2 Kaderbesluit overeen met art. 14 lid 1 EUV.²⁸⁶² Niet alleen legt deze bepaling verplichtingen aan de uitvaardigende lidstaat op, zij geeft ook aan de overgeleverde persoon “het recht om enkel te worden vervolgd, berecht of anderszins van zijn vrijheid beroofd voor het strafbare feit dat de reden tot de overlevering is geweest”.²⁸⁶³

²⁸⁶¹ Niet relevant is of de verdachte ten tijde van de overlevering al “in beeld” was voor andere feiten. Alleen de (gestelde) pleegdatum van de andere feiten is van belang: Rb. Haarlem 9 november 2005, *LJN AU6552*.

²⁸⁶² De verlenging van een proeftijd, opgelegd wegens “andere feiten”, is niet in strijd met het specialiteitsbeginsel, omdat een dergelijke verlenging niet een vervolging, berechting of vrijheidsberoving in de zin van art. 27 lid 2 Kaderbesluit oplevert: *Oberster Gerichtshof* (Oostenrijk) 7 november 2007, *Geschäftszahl* 13 Os 109/07i (13 Os 10/07m), beschikbaar op www.ris.bka.gv.at. Het bevel tot tenuitvoerlegging van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, opgelegd voor andere vóór de overlevering begane feiten dan waarvoor de uitvaardigende lidstaat de overlevering heeft toegestaan, is wel in strijd met het specialiteitsbeginsel: *Oberster Gerichtshof* 23 april 2008, *Geschäftszahl* 130s154/07g, beschikbaar op www.ris.bka.gv.at.

²⁸⁶³ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 44.

Vergeleken met art. 14 lid 1 EUV zijn de verplichtingen die op de uitvaardigende lidstaat rusten en de rechten waarop de overgeleverde persoon bijgevolg aanspraak kan maken beperkter van omvang. In art. 27 lid 2 Kaderbesluit ontbreekt namelijk de categorie “for any other reason restricted in his personal freedom” (“enige andere beperking van zijn persoonlijke vrijheid”), die beoogt te voorkomen dat de verzoekende staat het specialiteitsbeginsel ontduikt door op andere dan strafrechtelijke wijze tegen de uitgeleverde persoon op te treden ter zake van feiten die vóór de feitelijk uitlevering begaan zijn en waarvoor de uitlevering niet is toegestaan (zie paragraaf 2.3.2.1). Aan dergelijk optreden staat art. 27 lid 2 Kaderbesluit niet in de weg. Kennelijk waren de lidstaten van mening dat een dergelijke beperking getuigde van een wantrouwen dat niet meer paste bij de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten.²⁸⁶⁴ Een en ander verklaart wellicht ook waarom in art. 27 Kaderbesluit een uitdrukkelijke autorisatie ontbreekt om maatregelen ter uitzetting van de overgeleverde persoon te nemen, zoals die wel in art. 14 lid 2 EUV voorkomt (zie paragraaf 2.3.2.1). Dergelijke maatregelen zijn toegelaten wegens andere vóór de overlevering begane feiten dan waarvoor de overlevering is toegestaan, zolang zij niet met vrijheidsberoving gepaard gaan.

Art. 27 lid 2 Kaderbesluit spreekt van “vervolgd, berecht of *anderszins* van zijn vrijheid beroofd”.²⁸⁶⁵ Uit het gebruik van het woord “anderszins” zou men kunnen afleiden dat van “vervolgen” of “berechten” in de zin van art. 27 lid 2 Kaderbesluit pas sprake is, indien de vervolging of berechting gepaard gaat met dwangmiddelen die de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon aantasten. De autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat zouden dan na overlevering bevoegd zijn om die maatregelen te nemen, die zij ook hadden kunnen nemen, indien de opgeëiste persoon niet zou zijn overgeleverd.

Problematisch aan deze lezing is dat sommige taalversies het equivalent van het woord “anderszins” kennen en andere niet. Een dergelijk equivalent komt voor in de Engelse²⁸⁶⁶ en Italiaanse²⁸⁶⁷ taalversies, maar niet in de Duitse,²⁸⁶⁸ Franse,²⁸⁶⁹ Spaanse²⁸⁷⁰ en Portugese²⁸⁷¹ taalversies. Tegen de lezing pleit naar mijn mening dat, indien het specialiteitsbeginsel inderdaad louter in de weg zou staan aan vrijheidsberovende en -beperkende maatregelen ter zake van andere, vóór de overlevering begane feiten dan waarvoor de overlevering is toegestaan, art. 27 lid 2 Kaderbesluit niet de categorieën “vervolgd” en “berecht” zou hebben bevat. Nu art. 27 lid 2 Kaderbesluit een trits van verboden handelingen bevat, moeten ook de eerste twee categorieën van die trits een zelfstandige betekenis hebben. Art. 27 lid 1 Kaderbesluit pleit eveneens tegen de bedoelde lezing. In deze bepaling komt de trits ook voor, zij het in enigszins andere bewoordingen (“vervolging, berechting of detentie met het oog op de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel”), zonder het woord “anderszins”. Een equivalent van dat woord ontbreekt ook in de andere taalversies, zelfs in die taalversies waarin een dergelijk equivalent wel in lid 2 figureert. Ten slotte biedt lid 3 geen steun aan de lezing. Op grond van art. 27 lid 3 onder c Kaderbesluit is het specialiteitsbeginsel niet van toepassing, indien de strafvervolging niet leidt tot de

²⁸⁶⁴ Zie overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit.

²⁸⁶⁵ Mijn cursivering.

²⁸⁶⁶ “or otherwise deprived of his or her liberty”.

²⁸⁶⁷ “o altrimenti privata della libertà”.

²⁸⁶⁸ “noch eine freiheitsentziehende Maßnahme”.

²⁸⁶⁹ “ou privée de liberté”.

²⁸⁷⁰ “o privada de libertad”.

²⁸⁷¹ “ou privada de liberdade”.

toepassing van een maatregel die de persoonlijke vrijheid van de opgeëiste persoon beperkt. Deze uitzondering laat vervolging en berechting van de overgeleverde persoon toe ter zake van andere, vóór de feitelijke overlevering begane feiten dan die waarvoor de overlevering is toegestaan, mits hij tijdens die vervolging en berechting niet in voorarrest wordt genomen en mits een eventueel opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel niet zonder toestemming van de uitvaardigende lidstaat ten uitvoer wordt gelegd.²⁸⁷² Deze uitzondering zou overbodig zijn, indien art. 27 lid 2 Kaderbesluit al vervolging en berechting zonder vrijheidsbeperking zou toelaten ter zake van een ander feit. Deze uitzondering verklaart bovendien waarom het Kaderbesluit niet een bepaling als art. 14 lid 2 EUV bevat (zie paragraaf 2.3.2.1). Aan de autorisatie om maatregelen ter stuiting van de verjaring te nemen, zoals het inleiden van een verstekprocedure, bestaat onder het Kaderbesluit geen behoefte, nu de autoriteiten de overgeleverde persoon op grond van art. 27 lid 3 onder c Kaderbesluit toch al mogen vervolgen en berechten ter zake van “andere feiten”.

XVII.3.2.2.2 Algemene afstand

Op grond van art. 27 lid 1 Kaderbesluit mogen de lidstaten in het algemeen afzien van de handhaving van het specialiteitsbeginsel. Een lidstaat mag namelijk het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie ervan in kennis stellen dat hij “in zijn betrekking met andere lidstaten die dezelfde kennisgeving hebben verricht” geacht wordt toestemming te hebben gegeven voor “de vervolging, berechting of detentie met het oog op de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel, van de persoon wegens enig ander vóór de overlevering begaan feit dan dat welk de reden tot de overlevering is geweest, tenzij de uitvoerende rechterlijke autoriteit in een specifiek geval in haar beslissing tot overlevering anders heeft beschikt”. Deze “reversal of the rule of specialty by consent”²⁸⁷³ is klaarblijkelijk ontleend aan art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst²⁸⁷⁴ en berust op de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten die de basis vormt van de regeling van het EAB.²⁸⁷⁵

Kennisgevingen als bedoeld in art. 27 lid 1 Kaderbesluit werken op basis van wederkerigheid (“in zijn betrekking met andere lidstaten die dezelfde kennisgeving hebben verricht”). Indien één van de twee bij een overlevering betrokken lidstaten, ongeacht welke, niet een dergelijke kennisgeving heeft gedaan, is de uitvaardigende lidstaat dus gebonden aan art. 27 lid 2 Kaderbesluit, tenzij één of meer van de uitzonderingen van art. 27 lid 3 Kaderbesluit zich voordoen.²⁸⁷⁶ Ook al hebben de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat wel een kennisgeving gedaan, dan mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit in een concreet geval in haar beslissing op het EAB bepalen dat de toestemming voor vervolging, berechting en detentie niet geacht kan worden te zijn gegeven. Zulks brengt dan mee dat de

²⁸⁷² HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 73.

²⁸⁷³ *Supreme Court of Ireland* 19 februari 2009, *Minister for Justice Equality and Law Reform -v- Gotszlik* [2009] IESC 13, para. 14 (beschikbaar op www.bailii.org). Ook Blekxtoon 2005, p. 262 spreekt van “reversed rules”.

²⁸⁷⁴ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 67.

²⁸⁷⁵ Blekxtoon 2005, p. 262. Zo ook *Supreme Court of Ireland* 19 februari 2009, *Minister for Justice Equality and Law Reform -v- Gotszlik* [2009] IESC 13, para. 14 (beschikbaar op www.bailii.org), en punt 71 van de conclusie van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West), ten aanzien van het vergelijkbare art. 28 lid 1 Kaderbesluit.

²⁸⁷⁶ Fichera 2011, p. 83; Glerum 2005, p. 87; Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 2a en art. 48 Overleveringswet, aant. 3b; Lagodny & Rosbaud 2009, p. 278.

uitvaardigende lidstaat, ondanks de wederkerige kennisgevingen, aan art. 27 lid 2 Kaderbesluit gebonden is, behoudens in de uitzonderingsgevallen van art. 27 lid 3 Kaderbesluit.

Van de 27 lidstaten hebben maar drie lidstaten een kennisgeving als bedoeld in art. 27 lid 1 Kaderbesluit gedaan.²⁸⁷⁷ Gezien de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het Kaderbesluit berust, is dit een opmerkelijk en pover resultaat, zeker wanneer men het aantal kennisgevingen onder art. 27 lid 1 Kaderbesluit vergelijkt met de vier kennisgevingen onder art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst, waaraan de eerstgenoemde bepaling is ontleend. Hoewel onder het Kaderbesluit nog minder weigeringsgronden openstaan dan onder de EU-uitleveringsovereenkomst en hoewel de beslissing bij uitsluiting is opgedragen aan rechterlijke autoriteiten, hetgeen voortvloeit uit de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarvan overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit gewaagt, lijkt uit het geringe aantal kennisgevingen als bedoeld in art. 27 lid 1 Kaderbesluit te volgen dat de lidstaten, althans op het gebied van het specialiteitsbeginsel, *in werkelijkheid* minder vertrouwen in elkaar hebben dan de preambule bij het Kaderbesluit decreeteert.

XVII.3.2.2.3 Specifieke uitzonderingen

Art. 27 lid 3 Kaderbesluit formuleert een zevental specifieke uitzonderingen op het in art. 27 lid 2 Kaderbesluit neergelegde specialiteitsbeginsel. Deze uitzonderingen zijn deels ontleend aan art. 14 lid 1 EUV en deels aan art. 10 EU-uitleveringsovereenkomst.²⁸⁷⁸ Anders dan de uitzonderingen bedoeld in art. 10 EU-uitleveringsovereenkomst (zie paragraaf 2.3.2.2), hebben de uitzonderingen van art. 27 lid 3 Kaderbesluit alle betrekking op andere, vóór de overlevering begane feiten dan de feiten waarvoor de uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft toegestaan. Zij hebben mede betrekking op feiten die wel in het EAB waren opgenomen, maar waarvoor de overlevering is geweigerd.

De uitzonderingen kan men als volgt categoriseren: uitzonderingen die betrekking hebben op het gedrag van de overgeleverde persoon (lid 3 onder a); uitzonderingen die betrekking hebben op de geringe ernst van het feit en/of van de gevolgen voor de overgeleverde persoon (lid 3 onder b, c en d) en uitzonderingen die berusten op toestemming van de uitvoerende lidstaat of van de betrokken persoon (lid 3 onder e, f en g).

Evenals het uitleveringsrecht, kent het overleveringsrecht uitzonderingen op de bescherming die het specialiteitsbeginsel biedt die op het gedrag van de overgeleverde persoon zijn gebaseerd. Ingevolge art. 27 lid 3 onder a Kaderbesluit geldt lid 2 niet, indien de overgeleverde persoon niet binnen 45 dagen na zijn definitieve invrijheidstelling het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat heeft verlaten.²⁸⁷⁹ Deze respijtermijn komt overeen met art. 14 lid 1 onder a EUV. Daarnaast geldt ingevolge de genoemde bepaling het specialiteitsbeginsel niet meer, indien de overgeleverde persoon na het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat te hebben verlaten - vrijwillig -²⁸⁸⁰ daarnaar is teruggekeerd.

²⁸⁷⁷ Estland, Oostenrijk en Roemenië: *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 34.

²⁸⁷⁸ Zo de Duitse wetgever (*Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 24-25) en de Belgische wetgever (*Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 279/001, p. 37-38). In meer algemene bewoordingen: HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 67.

²⁸⁷⁹ Zie voor toepassing van deze uitzondering Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, L/JN BR4266.

²⁸⁸⁰ Punt 86 van de conclusie van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West), ten aanzien van het gelijkkluidende art. 28 lid 2 onder a Kaderbesluit.

Ook in zoverre komt art. 27 lid 3 onder a Kaderbesluit overeen met art. 14 lid 1 onder a EUV. Volgens het Hof van Justitie berusten deze uitzondering op de “eenvoudige impliciete toestemming” van de overleverde persoon.²⁸⁸¹

Art. 27 lid 2 Kaderbesluit is niet van toepassing: (1) op strafbare feiten die niet strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel (lid 3 onder b); (2) indien de strafvervolging niet leidt tot de toepassing van een maatregel die de persoonlijke vrijheid van de overgeleverde persoon beperkt (lid 3 onder c) en (3) op de tenuitvoerlegging van een straf of een maatregel die geen vrijheidsbeneming meebrengt, met inbegrip van een geldboete, of een daarvoor in de plaats komende maatregel, zelfs indien deze kan leiden tot beperking van zijn persoonlijke vrijheid (lid 3 onder d). Deze uitzonderingen stemmen overeen met art. 10 lid 1 onder a, b en c EU-uitleveringsovereenkomst.²⁸⁸²

Onderdeel c staat vervolging en berechting toe wegens enig ander vóór de overlevering begaan feit dan dat waarvoor de overlevering is toegestaan, “op voorwaarde dat tijdens de strafvervolging geen vrijheidsbeperkende maatregel wordt opgelegd”.²⁸⁸³ Veroordeelt de rechter de overgeleverde persoon evenwel tot een vrijheidsbeperkende straf of maatregel, dan mogen de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat deze pas met toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit ten uitvoer leggen.²⁸⁸⁴ Art. 27 lid 3 onder c Kaderbesluit wordt dus op dezelfde wijze uitgelegd als art. 10 lid 1 onder b EU-uitleveringsovereenkomst.²⁸⁸⁵ Zonder toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit mag de uitvaardigende rechterlijke autoriteit de overgeleverde persoon wel aan een vrijheidsbeperkende maatregel onderwerpen, “mits die beperking wettelijk gerechtvaardigd is door andere tenlasteleggingen in het Europees aanhoudingsbevel”.²⁸⁸⁶ De overgeleverde persoon mag dus zonder toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit worden vervolgd en berecht voor “andere feiten”, maar hij mag alleen in voorlopige hechtenis worden genomen of aan de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel worden onderworpen ter zake van het feit waarvoor de overlevering is toegestaan.²⁸⁸⁷

De uitvoerende rechterlijke autoriteit “die de gezochte persoon heeft overgeleverd” kan toestemming tot vervolging, berechting en vrijheidsberoving geven (lid 3 onder g). Art. 27 lid 4 Kaderbesluit geeft nadere procedurele en materiële voorschriften over het verlenen van die toestemming. Van *procedurele* aard zijn de voorschriften dat het verzoek tot toestemming de gegevens als bedoeld in art. 8 lid 1 Kaderbesluit dient te bevatten - dat wil zeggen de gegevens die een EAB moet inhouden -, dat dit verzoek vergezeld moet gaan van een vertaling als bedoeld in art. 8 lid 2 Kaderbesluit - dat wil zeggen in de officiële taal of in één van de officiële talen van de uitvoerende lidstaat dan wel in één of meer andere, bij

²⁸⁸¹ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 70, ten aanzien van het gelijkkluidende art. 28 lid 2 onder a Kaderbesluit.

²⁸⁸² HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 67.

²⁸⁸³ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 73.

²⁸⁸⁴ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 73. Zie ook Hof van Cassatie van België 24 maart 2009, AR P.08.1881.N en Hof van Cassatie van België 21 april 2009, AR P.08.1789.N, beide beschikbaar op www.cass.be.

²⁸⁸⁵ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 74. Het Hof verwijst naar het Toelichtend rapport bij de EU-uitleveringsovereenkomst.

²⁸⁸⁶ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 75 (mijn cursivering).

²⁸⁸⁷ Zie Rb. Amsterdam 9 maart 2009, LJN BI0089.

verklaring aangeduide officiële talen van de Europese Gemeenschappen -, dat de uitvaardigende lidstaat voor “de in artikel 5 bedoelde situaties” de “daarin bedoelde garanties” moet geven en dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit uiterlijk 30 dagen na ontvangst van het verzoek daarop moet beslissen.

Nu het verzoek de gegevens als bedoeld in art. 8 lid 1 Kaderbesluit dient te bevatten, moet de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in geval van een vervolgingsoverlevering een verwijzing naar een “aanhoudingsbevel of een andere voor tenuitvoerlegging vatbare gelijkwaardige rechterlijke beslissing” opnemen. Het geven van een bevel tot aanhouding van de overgeleverde persoon, teneinde toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit te kunnen verkrijgen, is niet in strijd met art. 27 lid 2 Kaderbesluit, zolang het bevel niet ten uitvoer wordt gelegd (art. 27 lid 3 onder c Kaderbesluit; vergelijk paragraaf 2.3.2.1).²⁸⁸⁸

De positie van de overgeleverde persoon is ten aanzien van een verzoek om aanvullende toestemming zwakker dan die van de uitgeleverde persoon. Art. 27 lid 4 Kaderbesluit schrijft namelijk niet voor dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit een proces-verbaal met de verklaring van de overgeleverde persoon overlegt noch dat deze autoriteit de overgeleverde persoon op de hoogte stelt van het verzoek. Is de overgeleverde persoon niet op de hoogte van het verzoek, dan kan hij zich niet in rechte verzetten tegen de inwilliging daarvan.

In *materieel* opzicht schrijft art. 27 lid 4 Kaderbesluit voor dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de toestemming verleent “indien het strafbaar feit waarvoor zij wordt verzocht op zichzelf de verplichting tot overlevering overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit meebrengt”. Voor een strafbaar feit dat binnen de reikwijdte van art. 2 lid 1 Kaderbesluit of van art. 2 lid 2 Kaderbesluit valt, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit dus toestemming verlenen en voor een feit dat niet binnen de reikwijdte van art. 2 lid 1 Kaderbesluit valt, mag zij toestemming verlenen (zie Hoofdstuk VII.3.5.1), behoudens de weigeringsgronden. De uitvoerende rechterlijke autoriteit moet de toestemming weigeren “op de in artikel 3 genoemde gronden” en mag de toestemming voor het overige alleen “op de in artikel 4 genoemde gronden” weigeren. Een verwijzing naar de later in het Kaderbesluit ingevoegde facultatieve weigeringsgrond van art. 4 bis ontbreekt (zie Hoofdstuk VI.4.3.1). Nu geen goede reden voor een dergelijke uitsluiting valt te geven, is naar mijn mening sprake van een kennelijke omissie, te meer daar de uitvaardigende rechterlijke autoriteit als gevolg van de verwijzing naar art. 8 lid 1 Kaderbesluit wel de voor toepassing van art. 4 bis Kaderbesluit relevante gegevens moet vermelden.²⁸⁸⁹ Een weigering van de toestemming vanwege het ontbreken van de in art. 5 Kaderbesluit bedoelde garanties is niet aan de orde, nu art. 27 lid 4 Kaderbesluit de uitvaardigende lidstaat verplicht tot verstrekking van die garanties. Art. 27 lid 4 Kaderbesluit laat naar de

²⁸⁸⁸ Anders Dewulf 2009, p. 177, die zich afvraagt of art. 27 lid 4 Kaderbesluit *an sich* verenigbaar is met het specialiteitsbeginsel: om een aanhoudingsbevel te verkrijgen, moet een vervolging worden ingesteld, hetgeen het specialiteitsbeginsel verbiedt. In deze zin ook *Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten: Verslag over België*, Raadsdocument 16454/1/06 REV 1, p. 47-48.

²⁸⁸⁹ Zie rubriek d) van het als bijlage bij het Kaderbesluit gevoegde model EAB. Ook het Hof van Justitie neemt kennelijk aan dat de uitvoerende lidstaat de toestemming kan weigeren op grond van art. 4 bis Kaderbesluit. Zie HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 66, ten aanzien van het op dit punt gelijklopende artikel 28 lid 3 Kaderbesluit (“(...) kan de eerste uitvoerende lidstaat immers overeenkomstig artikel 28, lid 3, van dit kaderbesluit de bepalingen van de artikelen 3 tot en met 5 inroepen”, mijn cursivering).

letter de weigering van toestemming vanwege een (dreigende) schending van mensenrechten niet toe, maar art. 27 lid 4 Kaderbesluit behoort tot het secundaire Unierecht, waarop de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, die tot het primaire Unierecht behoort, voorrang heeft (vergelijk Hoofdstuk V.2.3.1). Geconcludeerd kan worden dat voor het verlenen van de in art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit bedoelde toestemming dezelfde materiële criteria gelden als voor het toestaan van de overlevering.

Ook de betrokken persoon kan *expliciet* toestemming voor vervolging, berechting en vrijheidsberoving geven, hetzij vóór de overlevering, hetzij ná de overlevering. Vóór de overlevering kan de opgeëiste persoon instemmen met zijn overlevering (art. 13 lid 1 Kaderbesluit). Indien hij daarbij *tevens* “uitdrukkelijke afstand van de bescherming van het in artikel 27, lid 2, omschreven specialiteitsbeginsel” doet (art. 13 lid 1 Kaderbesluit), is artikel 27 lid 2 Kaderbesluit niet van toepassing (art. 27 lid 3 onder e Kaderbesluit). De opgeëiste persoon kan namelijk ook instemmen met zijn overlevering *zonder* daarbij afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel te doen. De opgeëiste persoon moet de afstand van het specialiteitsbeginsel doen ten overstaan van de uitvoerende rechterlijke autoriteit overeenkomstig het nationale recht van de uitvoerende lidstaat (art. 13 lid 1 Kaderbesluit). Op de uitvoerende lidstaat rust de verplichting om ervoor te zorgen dat de afstand wordt verkregen “onder omstandigheden waaruit blijkt dat de betrokkene uit vrije wil handelt en zich volledig bewust is van de gevolgen” (art. 13 lid 2 Kaderbesluit). Daarom heeft de betrokkene het recht om zich door een raadsman te laten bijstaan (art. 13 lid 2 Kaderbesluit).

De uitvoerende rechterlijke autoriteit moet de instemming en de afstand optekenen in een proces-verbaal (art. 13 lid 3 Kaderbesluit). Een eenmaal gegeven instemming en een eenmaal gedane afstand kunnen niet worden herroepen, tenzij de uitvoerende lidstaat bij kennisgeving aan het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie anders heeft bepaald (art. 13 lid 4 Kaderbesluit).²⁸⁹⁰ Deze uitzondering komt overeen met art. 7 EU-overeenkomst inzake verkorte uitlevering.

Ná de overlevering kan de overgeleverde persoon eveneens expliciet toestemming tot vervolging, berechting en vrijheidsberoving geven. De overgeleverde persoon kan namelijk uitdrukkelijk afstand doen van de bescherming van het specialiteitsbeginsel (art. 27 lid 3 onder f Kaderbesluit), zij het alleen “voor bepaalde, vóór zijn overlevering gepleegde feiten”. Teneinde te verzekeren dat de overgeleverde persoon uit vrije wil handelt en zich volkomen bewust is van de gevolgen van de afstand, is in dezelfde procedurele waarborgen als in art. 13 Kaderbesluit voorzien. Art. 27 lid 3 onder f Kaderbesluit komt overeen met art. 10 leden 1 onder d, 2 en 3 EU-uitleveringsovereenkomst.

XVII.3.2.2.4 Géén weigeringsgrond

Zoals al volgt uit de plaatsing in het hoofdstuk over de *gevolgen* van de overlevering, bevat art. 27 Kaderbesluit géén weigeringsgronden of andere voorschriften die relevant zijn voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering.²⁸⁹¹ Het in deze bepaling neergelegde specialiteitsbeginsel richt zich tot de *uitvaardigende* lidstaat en wel voor zover deze lidstaat de overlevering van de door zijn rechterlijke autoriteit gezochte persoon heeft

²⁸⁹⁰ Van deze mogelijkheid hebben zes lidstaten gebruik gemaakt (België, Denemarken, Ierland, Letland, Finland en Zweden): *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 25.

²⁸⁹¹ Lagodny & Rosbaud 2009, p. 276-277.

verkregen. De in de art. 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit opgenomen weigeringsgronden hebben geen betrekking op de naleving van art. 27 Kaderbesluit. Deze voorschriften bevatten een *limitatieve* opsomming van de dwingende en facultatieve weigeringsgronden.²⁸⁹² Evenmin behoort de naleving van art. 27 Kaderbesluit tot de limitatieve garanties van de verstrekking waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering ingevolge art. 5 Kaderbesluit afhankelijk mag stellen.²⁸⁹³ De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten - die behoort tot het primaire Unierecht waaraan het Kaderbesluit als maatregel van secundair Unierecht dient te voldoen (vergelijk Hoofdstuk V.2.3.1) - dwingt niet tot het maken van een uitzondering voor de dreigende niet naleving van art. 27 Kaderbesluit (zie paragraaf 1).

Op dit punt wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2.2.1). Een dreigende schending van het specialiteitsbeginsel levert in het overleveringsrecht niet een weigeringsgrond op.²⁸⁹⁴ Dit is ongetwijfeld een uitvloeisel van de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het Kaderbesluit berust: de ene lidstaat vertrouwt erop dat de andere lidstaat de uit de art. 27 en 28 Kaderbesluit voortvloeiende verplichtingen tot implementatie heeft nageleefd en dat zijn nationale autoriteiten de nationale regels die ter uitvoering van die verplichtingen strekken, zal naleven. Een voorafgaande beoordeling van de toekomstige naleving van het specialiteitsbeginsel, een vooraf te accepteren beding of een vooraf te verstrekken garantie inzake de naleving van het specialiteitsbeginsel is daarmee onverenigbaar. De betrokken persoon zal een dreigende of reeds gerealiseerde schending van het specialiteitsbeginsel na zijn overlevering in de uitvaardigende lidstaat moeten aanklaarten.²⁸⁹⁵ Het in art. 27 lid 2 neergelegde specialiteitsbeginsel “verleent” de overgeleverde persoon “*het recht om enkel te worden vervolgd, berecht of anderszins van zijn vrijheid beroofd voor het strafbare feit dat de reden tot de overlevering is geweest*”.²⁸⁹⁶ De autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat zullen zijn beroep op het specialiteitsbeginsel dus niet mogen afdoen met de overweging dat dit beginsel alleen de belangen van de uitvoerende lidstaat beoogt te beschermen. De autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat zijn bovendien bij de toepassing van hun nationale recht gehouden om dit “zo veel mogelijk”²⁸⁹⁷ conform art. 27 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit uit te leggen en toe te passen.

Nu art. 27 Kaderbesluit niet relevant is voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering, behoeven de lidstaten deze bepaling niet te implementeren voor wat betreft hun rol als *uitvoerende* lidstaat (behoudens de voorschriften over het verlenen van aanvullende toestemming). Op dit punt geven de verschillende implementatiewetgevingen

²⁸⁹² HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

²⁸⁹³ Vgl. de Duitse wetgever (“Die Erledigung von Auslieferungersuchen sollte auch aus Gründen der Vermeidung eines nicht erforderlichen Aufwands nicht im Einzelfall mit der Bedingung verbunden werden, die Spezialität zu beachten”): *Bundestag Drucksache 15/1718*, p. 24.

²⁸⁹⁴ Glerum 2011 (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 2a en art. 48 Overleveringswet, aant. 3b; Lagodny & Rosbaud 2009, p. 277; Murschetz 2007a, p. 326-327 en p. 331 (zij is overigens van mening dat de uitvoerende lidstaat de toetsing “der Einhaltung der Spezialität” niet “untersagt” is, wanneer een concreet geval daartoe aanleiding geeft); Sanders 2011, p. 245-246.

²⁸⁹⁵ Lagodny & Rosbaud 2009, p. 277.

²⁸⁹⁶ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 44 (mijn cursivering).

²⁸⁹⁷ HvJ EG 16 juni 2005, NJ 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 43.

blijk van divergerende opvattingen. Zo hebben de Duitse wetgever en de Oostenrijkse wetgever in hun respectieve implementatiewetgevingen terecht geen specialiteitsregelingen opgenomen voor overlevering dóór Duitsland²⁸⁹⁸ onderscheidenlijk dóór Oostenrijk.²⁸⁹⁹ De Ierse implementatiewetgeving daarentegen draagt de uitvoerende rechterlijke autoriteit op om de overlevering te weigeren, indien aan twee voorwaarden is voldaan: (1) het recht van de uitvaardigende lidstaat voorziet niet in een verbod op vervolging, berechting en vrijheidsbeneming ter zake van een ander, vóór de overlevering begaan strafbaar feit dan het feit waarop het EAB betrekking heeft en (2) de overgeleverde persoon zal worden vervolgd, berecht of van zijn vrijheid beroofd ter zake van een dergelijk feit.²⁹⁰⁰ Ondanks de plaatsing van art. 27 Kaderbesluit in het hoofdstuk over de *gevolgen* van de overlevering, beschouwt de Ierse wetgever art. 27 Kaderbesluit dus als van belang voor de beoordeling van de *toelaatbaarheid* van de overlevering. De omstandigheden dat de Ierse wetgeving daarnaast het vermoeden bevat dat de uitvaardigende lidstaat zijn verplichtingen uit het Kaderbesluit zal naleven, “unless the contrary is shown”,²⁹⁰¹ en het vermoeden dat de uitvaardigende lidstaat de overgeleverde persoon *niet* zal vervolgen, berechten of van zijn vrijheid beroven ter zake van een ander, vóór de overlevering begaan strafbaar feit dan het feit waarop het EAB betrekking heeft,²⁹⁰² zodat op de opgeëiste persoon de bewijslast ter zake van de twee genoemde voorwaarden rust,²⁹⁰³ maken deze strijdigheid grotendeels ongedaan. De Britse²⁹⁰⁴ en Maltese²⁹⁰⁵ implementatiewetgevingen voorzien in een dwingende weigeringsgrond, indien en voor zover met de uitvaardigende lidstaat geen “speciality arrangement” bestaat. De eis van een “speciality arrangement” verdraagt zich niet met art. 27 Kaderbesluit, omdat de verplichtingen als bedoeld in art. 27 lid 2 Kaderbesluit al op de uitvaardigende lidstaat rusten, indien niet *beide* bij de overlevering betrokken lidstaten een kennisgeving als bedoeld in art. 27 lid 1 Kaderbesluit hebben gedaan. Malta en het Verenigd Koninkrijk hebben niet een dergelijke kennisgeving gedaan (zie paragraaf 3.2.2.2), zodat hun respectieve wederpartijen steeds aan het specialiteitsbeginsel gebonden zullen zijn. Strijd met art. 27 Kaderbesluit is inmiddels afgewend, doordat beide lidstaten deze bepaling als het bedoelde “speciality arrangement” beschouwen, ook al heeft zij geen rechtstreekse werking (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU).²⁹⁰⁶ De Belgische wetgever heeft de Belgische uitvoerende rechterlijke autoriteiten de verplichting opgelegd om in de beslissing tot tenuitvoerlegging van het buitenlandse EAB op te nemen de zinsnede “dat de betrokken persoon niet mag worden vervolgd, veroordeeld of van zijn vrijheid beroofd wegens enig ander vóór de overlevering begaan strafbaar feit dan dat welk de reden voor de overlevering is geweest, zulks overeenkomstig

²⁸⁹⁸ De “Einhaltung der Spezialität (§ 11 IRG)” is “durch die Umsetzung des RbEuHb in die nationalen Rechtsordnungen verbürgt. Jeder Mitgliedstaat ist nach dem RbEuHb verpflichtet, in seinem nationalen Recht im Bereich des RbEuHb die Beachtung der Spezialität bei der Auslieferung an ihn aus einem anderen Mitgliedstaat zu sichern”: *Bundestag Drucksache* 15/1718, p. 18.

²⁸⁹⁹ Murschetz 2007a, p. 331.

²⁹⁰⁰ Section 22(2) *European Arrest Warrant Act*, 2003.

²⁹⁰¹ Section 4A *European Arrest Warrant Act*, 2003.

²⁹⁰² Section 22(3) *European Arrest Warrant Act*, 2003.

²⁹⁰³ *Supreme Court of Ireland* 6 mei 2009, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Pità and Šulej* [2008] IESC 30, para. 35, beschikbaar op www.bailii.org.

²⁹⁰⁴ Section 11(1)(f) en Section 17(1) *Extradition Act* 2003.

²⁹⁰⁵ Section 13(1)(e) en Section 18(1) *Extradition (Designated Foreign Countries) Order*, 2004.

²⁹⁰⁶ *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 35. Zie verder Lagodny & Rosbaud 2009, p. 274-275.

de bepalingen van het recht van de uitvaardigende Staat genomen overeenkomstig de artikelen 27 en 28 van het kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten”.²⁹⁰⁷ Gezien het systeem van art. 27 Kaderbesluit, is die mededeling overbodig, maar niet in strijd met art. 27 Kaderbesluit, omdat zij geen grond tot weigering van de overlevering bevat. België ziet deze mededeling kennelijk zelf ook als overbodig, nu een verzuim op zichzelf de beslissing tot overlevering niet aantast.²⁹⁰⁸

XVII.3.2.3 *Verbod op verderlevering lidstaat*

XVII.3.2.3.1 *Hoofdregeel*

De uitvaardigende lidstaat mag de aan hem overgeleverde persoon zonder toestemming van de uitvoerende lidstaat niet aan een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat overleveren “op grond van een Europees aanhoudingsbevel dat is uitgevaardigd wegens enig vóór de overlevering gepleegd feit” (art. 28 lid 2 Kaderbesluit). Evenals in het uitleveringsrecht, omvat dit verbod ook de feiten waarvoor de betrokken persoon aan de uitvaardigende lidstaat is overgeleverd (zie de paragrafen 2.2.1 en 2.3.3.1).

De in art. 28 lid 2 Kaderbesluit neergelegde regel geeft de overleverde persoon “het recht om slechts te worden overgeleverd [verdergeleverd] aan een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat (...) voor een strafbaar feit dat hij vóór de overlevering aan de uitvaardigende lidstaat heeft begaan”.²⁹⁰⁹ Op dat recht bestaan echter belangrijke uitzonderingen (zie paragrafen 3.2.3.2 en 3.2.3.3). Bovendien wekt de formulering van dat recht *ten onrechte* de indruk dat de overgeleverde persoon niet zou mogen worden verdergeleverd voor een strafbaar feit dat de opgeëiste persoon heeft gepleegd ná zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat. Het verbod op verderlevering heeft naar zijn aard immers alléén betrekking op strafbare feiten die zijn gepleegd vóór de overlevering aan de uitvaardigende lidstaat (zie de paragraaf 2.2.2 en 3.2.6). Voor *andere* feiten rusten er dus uit hoofde van een eerdere overlevering geen beperkingen op de uitvaardigende lidstaat en kan de opgeëiste persoon bijgevolg aan die eerdere overlevering geen rechten ontlenen.

XVII.3.2.3.2 *Algemene afstand*

De lidstaten kunnen op grond van art. 28 lid 1 Kaderbesluit in het algemeen afzien van de handhaving van het verbod op verderlevering aan een derde lidstaat. Vergelijkbaar met de kennisgeving van art. 27 lid 1 Kaderbesluit, kan een lidstaat namelijk het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie ervan in kennis stellen dat hij, op basis van wederkerigheid, geacht wordt toestemming te hebben gegeven voor “de overlevering aan een andere lidstaat dan de uitvoerende lidstaat op grond van een Europees aanhoudingsbevel dat is uitgevaardigd wegens enig vóór de overlevering begaan feit, tenzij de uitvoerende rechterlijke autoriteit in een specifiek geval in haar beslissing tot overlevering anders heeft beschikt”. Evenals art. 27 lid 1 Kaderbesluit, vloeit art. 28 lid 1 Kaderbesluit voort uit de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten²⁹¹⁰ waarop de regeling van het EAB berust.²⁹¹¹

²⁹⁰⁷ Art. 16 § 4 Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel.

²⁹⁰⁸ Hof van Cassatie van België 16 maart 2005, AR P.05.0323.F, beschikbaar op www.cass.be.

²⁹⁰⁹ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 41.

²⁹¹⁰ Zie overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit.

²⁹¹¹ Zo ook punt 71 van de conclusie van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West).

Art. 28 Kaderbesluit keert het systeem van art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst om. Ingevolge het eerste lid van deze laatste bepaling gold voor de verdere uitlevering aan een lidstaat het in art. 15 EUV neergelegde verbod op verderlevering niet, maar op grond van het tweede lid konden de lidstaten bepalen dat zij art. 15 EUV zouden blijven toepassen, tenzij de betrokken persoon had ingestemd met zijn uitlevering en het specialiteitsbeginsel niet van toepassing was en tenzij de betrokken persoon had ingestemd met zijn verderlevering aan een lidstaat (zie paragraaf 2.3.3.2). Gezien de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten is de omkering opmerkelijk. Bij een dergelijke mate van vertrouwen past immers eerder de regel “geen verbod op verderlevering, tenzij” dan de regel “een verbod op verderlevering, tenzij”.

Evenals de kennisgeving van art. 27 lid 1 Kaderbesluit, werkt de kennisgeving van art. 28 lid 1 Kaderbesluit alleen op basis van *wederkerigheid*.²⁹¹² Nu alleen Roemenië een kennisgeving als bedoeld in art. 28 lid 1 Kaderbesluit heeft gedaan,²⁹¹³ zijn *alle* lidstaten - ook Roemenië - gebonden aan het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat, behoudens in de uitzonderingsgevallen van art. 28 lid 2 Kaderbesluit.²⁹¹⁴ Die enkele kennisgeving en de omkering van het systeem van art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst lijken erop te duiden dat de lidstaten ten aanzien van de verderlevering aan derde lidstaten eveneens *in werkelijkheid* minder vertrouwen in elkaar hebben dan de preambule bij het Kaderbesluit decreteert.

XVII.3.2.3.3 Specifieke uitzonderingen

De in art. 28 lid 2 Kaderbesluit opgenomen specifieke uitzonderingen op het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat komen *ten dele* overeen met de in art. 27 lid 3 Kaderbesluit genoemde uitzonderingen.

Het gedrag van de overgeleverde persoon (vrijwillig²⁹¹⁵ verblijf in de uitvaardigende lidstaat na zijn definitieve invrijheidstelling gedurende de respijttermijn; vrijwillige²⁹¹⁶ terugkeer in de uitvaardigende lidstaat na een eerder vertrek) brengt mee dat hij zonder toestemming van de uitvoerende lidstaat kan worden overgeleverd aan een derde lidstaat (art. 28 lid 1 onder a en onder c). Deze uitzondering komt overeen met art. 27 lid 3 onder a Kaderbesluit. Door zijn gedrag heeft de overgeleverde persoon impliciet toegestemd met zijn verdere overlevering.²⁹¹⁷

Toestemming voor *verderlevering* door de uitvoerende rechterlijke autoriteit heft het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat op (art. 28 lid 2 jo. lid 3 Kaderbesluit). Deze autoriteit hoeft kennelijk niet dezelfde te zijn als de uitvoerende rechterlijke autoriteit “die de gezochte persoon overgeleverd heeft”, nu deze woorden ontbreken in art. 28 lid 2 Kaderbesluit. De procedurele en materiële voorschriften met betrekking tot het vragen en verkrijgen van de toestemming (art. 28 lid 3 Kaderbesluit) zijn *grosso modo* gelijk aan die

²⁹¹² Glerum 2005, p. 87; Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 2 en art. 48 Overleveringswet, aant. 3b; Sanders 2011, p. 244.

²⁹¹³ *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 35.

²⁹¹⁴ Lagodny & Rosbaud 2009, p. 284.

²⁹¹⁵ Punt 86 van de conclusie van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West).

²⁹¹⁶ Punt 86 van de conclusie van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West).

²⁹¹⁷ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 78.

van art. 27 lid 4 Kaderbesluit.²⁹¹⁸ De bevoegde autoriteit *moet* de gevraagde toestemming verlenen voor een feit dat onder de reikwijdte van art. 2 lid 1 of lid 2 Kaderbesluit valt. Alleen indien zich de in de art. 3 tot en met 5 Kaderbesluit bedoelde omstandigheden voordoen, moet of mag deze autoriteit de toestemming voor zo een feit weigeren.²⁹¹⁹ Voor een feit dat niet onder de reikwijdte van art. 2 lid 1 of lid 2 Kaderbesluit valt, *mag* de bevoegde autoriteit toestemming verlenen.

Heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit die de gezochte persoon heeft overgeleverd op grond van art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit toestemming gegeven voor *vervolgning, berechting en vrijheidsberoving*, dan geldt het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat niet (art. 28 lid 2 onder c Kaderbesluit).²⁹²⁰ Met die expliciete toestemming voor vervolging, berechting en vrijheidsberoving heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit indirect toestemming gegeven voor verderlevering.²⁹²¹

De overgeleverde persoon kan na zijn overlevering expliciet instemmen met zijn overlevering aan een derde lidstaat (art. 28 lid 2 onder b Kaderbesluit). De procedurele waarborgen zijn gelijk aan die van art. 27 lid 3 onder f Kaderbesluit).

Heeft de opgeëiste persoon expliciet ingestemd met zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat én heeft hij daarbij *tevens* “uitdrukkelijke afstand van de bescherming van het in artikel 27, lid 2, omschreven specialiteitsbeginsel” gedaan (art. 13 lid 1 Kaderbesluit), dan geldt het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat niet (art. 28 lid 2 onder c jo. art. 27 lid 3 onder e Kaderbesluit).

Hetzelfde geldt, indien de overgeleverde persoon na zijn overlevering aan de uitvaardigende lidstaat “uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van bescherming van het specialiteitsbeginsel voor bepaalde, vóór zijn overlevering gepleegde feiten” overeenkomstig art. 27 lid 3 onder f Kaderbesluit (art. 28 lid 2 onder c Kaderbesluit). Hij heeft dan indirect toestemming gegeven voor verderlevering.²⁹²²

Toestemming voor doorbreking van het in art. 27 lid 2 Kaderbesluit neergelegde specialiteitsbeginsel en uitdrukkelijke afstand van de bescherming die dat beginsel biedt, hebben dus tot gevolg dat het verbod op verderlevering aan een derde lidstaat niet geldt.

Vergeleken met art. 27 lid 3 Kaderbesluit valt op dat de uitzonderingen die betrekking hebben op de geringe ernst van het strafbare feit en/of van de gevolgen voor de overgeleverde persoon (lid 3 onder b, c en d) niet figureren in art. 28 lid 2 Kaderbesluit. Een mogelijke verklaring kan zijn dat dergelijke uitzonderingen niet in een redelijke verhouding tot verderlevering staan. In de in art. 27 lid 3 onder b, c en d Kaderbesluit bedoelde gevallen bevindt de betrokken persoon zich al in de uitvaardigende lidstaat. Vervolging, berechting en tenuitvoerlegging ter zake van “andere feiten” is dan minder bezwaarlijk voor de overgeleverde persoon. In de context van art. 28 lid 2 Kaderbesluit gaat het daarentegen om de beantwoording van de vraag of de overgeleverde persoon (opnieuw) mag worden overgeleverd. Bovendien kunnen twee van deze uitzonderingen uit de aard van de zaak niet aan de orde zijn in geval van verdere overlevering aan een derde lidstaat. Overlevering - uitsluitend -²⁹²³ ter zake van feiten die in die lidstaat niet strafbaar

²⁹¹⁸ Het enige verschil is dat art. 28 lid 3 Kaderbesluit voorschrijft dat het verzoek wordt ingediend overeenkomstig art. 9 lid 1 Kaderbesluit.

²⁹¹⁹ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 77.

²⁹²⁰ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 43.

²⁹²¹ Punt 85 van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West).

²⁹²² Punt 83 van de A-G Cruz Villalón in zaak C-192/12 PPU (West).

²⁹²³ Zie over accessoire vervolgingsoverlevering Hoofdstuk VII.3.5.1.

gesteld zijn met een vrijheidssanctie (art. 27 lid 3 onder b) of - uitsluitend ²⁹²⁴ ter zake van de tenuitvoerlegging van een in die lidstaat opgelegde straf of maatregel die geen vrijheidsbeneming meebrengt (art. 27 lid 3 onder d), is immers niet toegestaan (art. 2 lid 1 Kaderbesluit).²⁹²⁵

Vergeleken met art. 15 EUV en art. 12 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst kent art. 28 lid 2 Kaderbesluit ruimere uitzonderingen op het verbod op verderlevering. De uitdrukkelijke afstand door de overgeleverde persoon van de bescherming van het specialiteitsbeginsel als bedoeld in art. 27 lid 2 Kaderbesluit en de toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit als bedoeld in art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit heffen immers ook het verbod op verderlevering op. De ruimere uitzonderingen geven weer blijk van vertrouwen tussen de lidstaten en compenseren het gebrek aan vertrouwen dat blijkt uit de omkering van het systeem van art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst en uit de omstandigheid dat maar één lidstaat gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om af te zien van het verbod op verderlevering aan een derde lidstaat (zie paragraaf 3.2.3.2).

XVII.3.2.3.4 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere overlevering

Een eerdere overlevering van de opgeëiste persoon door lidstaat A aan lidstaat B kan een juridische belemmering opleveren voor verderlevering van die opgeëiste persoon door lidstaat B aan lidstaat C.²⁹²⁶ Ten opzichte van lidstaat A is lidstaat B immers gebonden aan art. 28 lid 2 Kaderbesluit. Heeft de rechterlijke autoriteit van lidstaat A geweigerd toestemming te verlenen voor verderlevering aan lidstaat C en doet zich geen van de in art. 28 lid 2 Kaderbesluit bedoelde uitzonderingen voor, dan mag lidstaat B de eerder aan hem overgeleverde persoon niet overleveren (verderleveren) aan lidstaat C wegens enig vóór de eerdere overlevering gepleegd feit.²⁹²⁷ In een dergelijk geval vormt de verplichting tot het achterwege laten van verderlevering dus een uitzondering op de uit het Kaderbesluit voortvloeiende verplichting tot overlevering aan lidstaat C.

Een dreigende verderlevering in strijd met art. 28 lid 2 Kaderbesluit aan lidstaat C levert daarentegen voor lidstaat A geen grond tot weigering van de overlevering aan lidstaat B op, nu deze grond niet voorkomt in de art. 3, 4 en 4 bis Kaderbesluit (vergelijk paragraaf 3.2.2.4). De overlevering mag niet afhankelijk worden gesteld van een te accepteren beding of een te verstrekken garantie dat de uitvaardigende lidstaat (lidstaat B) na overlevering art. 28 lid 2 Kaderbesluit zal naleven, aangezien een dergelijk beding of een dergelijke garantie niet in art. 5 Kaderbesluit figureert (vergelijk paragraaf 3.2.2.4). Een dreigende verderlevering in strijd met art. 28 lid 2 Kaderbesluit raakt op zichzelf²⁹²⁸ evenmin de

²⁹²⁴ Zie over accessoire executieoverlevering Hoofdstuk VII.3.5.1.

²⁹²⁵ Vgl. Murschetz 2007a, p. 331, die kennelijk alleen het oog heeft op de onderdelen b en c van lid 3. In een geval als bedoeld in art. 27 lid 3 onder c Kaderbesluit zou (verdere) overlevering evenwel niet zonder meer uitgesloten zijn. Onder deze uitzondering vallen ook feiten waarop wel een vrijheidssanctie van voldoende duur is gesteld, zolang de overgeleverde persoon bij de vervolging en berechting daarvan maar niet aan een vrijheidsbeperkende maatregel wordt onderworpen.

²⁹²⁶ Vgl. Stessens 2004-2005, p. 578, die in dit verband spreekt van de specialiteit "als hinderpaal voor de overlevering".

²⁹²⁷ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 (West), r.o. 50.

²⁹²⁸ Kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit voorzien dat verderlevering aan een lidstaat dreigt waar de betrokken persoon een behandeling in strijd met art. 3 EVRM te wachten staat, dan moet zij de overlevering op grond van art. 3 EVRM weigeren. Vgl. EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S./België en Griekenland). Het is dan niet de dreigende schending van het specialiteitsbeginsel, maar de dreigende schending van art. 3 EVRM die tot weigering van de overlevering leidt.

verplichting van primair Unierecht tot eerbiediging van de mensenrechten (vergelijk paragraaf 3.2.2.4). De mogelijkheid dat de uitvaardigende lidstaat (lidstaat B) de opgeëiste persoon na overlevering zal verderleveren regardeert dus niet de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering door de uitvoerende rechterlijke autoriteit van lidstaat A.²⁹²⁹

In geval van meer dan één overlevering tussen lidstaten van dezelfde opgeëiste persoon krachtens opeenvolgende EAB's - lidstaat A levert de opgeëiste persoon over aan lidstaat B; lidstaat B levert hem vervolgens over aan lidstaat C, waarna lidstaat D de overlevering vraagt aan lidstaat C - is voor de verderlevering van die opgeëiste persoon alléén de toestemming van de lidstaat nodig die tot de *laatste* overlevering is overgegaan (lidstaat B).²⁹³⁰ Dit strookt met de doelstelling van het Kaderbesluit om de justitiële samenwerking te vergemakkelijken en te bespoedigen²⁹³¹ en berust op de hoge mate van vertrouwen die tussen de lidstaten moet bestaan.²⁹³² Zou óók de toestemming vereist zijn van de lidstaat die de opgeëiste persoon het eerst heeft overgeleverd (lidstaat A), dan zou dit vereiste de tenuitvoerlegging van een EAB kunnen bemoeilijken en vertragen. Bovendien zou dit vereiste kunnen leiden tot uiteenlopende beslissingen over de verderlevering. Dat slechts de toestemming van de lidstaat vereist is die de betrokken persoon het laatst heeft overgeleverd, faciliteert de overlevering in overeenstemming met het beginsel van wederzijdse erkenning en versterkt dus het systeem van overlevering ten gunste van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.²⁹³³ Een en ander doet geen afbreuk aan de soevereiniteit van de lidstaat die de opgeëiste persoon het eerst heeft overgeleverd (lidstaat A), omdat deze lidstaat zowel bij de eerste overlevering (aan lidstaat B) als bij de tweede overlevering (tussen de lidstaten B en C) de in de art. 3 tot en met 5 Kaderbesluit bedoelde weigeringsgronden en garanties moet of mag inroepen.²⁹³⁴ Voor wat betreft omstandigheden die tot toepassing van een weigeringsgrond of garantie aanleiding geven en die zich eerst bij de overlevering tussen de lidstaten C en D manifesteren, brengt de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten mee dat het aan de lidstaten C (op grond van de art. 3-5 Kaderbesluit) en B (op grond van art. 28 lid 3 Kaderbesluit) is om de weigeringsgronden en garanties in te roepen.²⁹³⁵

XVII.3.2.4 *Verbod op verderlevering derde staat*

De uitvaardigende lidstaat mag de aan hem overgeleverde persoon niet *uitleveren* aan een *derde staat*, dat wil zeggen een staat die niet tot de Europese Unie behoort, zonder toestemming van de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat (art. 28 lid 4 Kaderbesluit). Naar de letter geldt dit verbod ongeacht of de feiten waarvoor de derde staat de uitlevering verzoekt begaan zijn vóór of na de eerdere overlevering. Dat is opmerkelijk, omdat feiten die de overgeleverde persoon ná zijn overlevering heeft begaan in juridisch opzicht geen verband houden met die overlevering en de uitvoerende lidstaat dus in beginsel niets aangaan. Art. 28 lid 4 Kaderbesluit is in dit opzicht dus strenger dan art. 15

²⁹²⁹ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 2a en art. 48 Overleveringswet, aant. 3b; Sanders 2011, p. 249.

²⁹³⁰ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 80.

²⁹³¹ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 58-61.

²⁹³² HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 62.

²⁹³³ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 62.

²⁹³⁴ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 66.

²⁹³⁵ HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 68.

EUV, dat het verbod op verderlevering van de uitgeleverde persoon aan staten die niet bij dat verdrag zijn aangesloten, beperkt tot “offences committed before his surrender [dat wil zeggen zijn feitelijke uitlevering]”.

Op het al dan niet verlenen van toestemming voor uitlevering aan de derde staat zijn van toepassing de verdragen waarbij de uitvoerende lidstaat én de derde staat partij zijn en de nationale wetgeving van de uitvoerende lidstaat (art. 28 lid 4 Kaderbesluit). Vanuit het perspectief van de uitvoerende lidstaat is de toestemming voor uitlevering door de uitvaardigende lidstaat aan een derde staat namelijk een vorm van uitlevering waarin hij alleen wil bewilligen, voor zover hij zélf in de uitlevering aan die derde staat had kunnen bewilligen.²⁹³⁶ Zo kan worden voorkomen dat hij de toestemming moet verlenen in gevallen waarin hij niet tot uitlevering aan de derde staat had kunnen overgaan en dat hij die toestemming moet weigeren in gevallen waarin hij wel had kunnen uitleveren aan de derde staat.²⁹³⁷

Art. 28 lid 4 Kaderbesluit spreekt niet van “uitvoerende rechterlijke autoriteit”, maar van “bevoegde autoriteit”, omdat de toestemming voor uitlevering aan een derde staat een *uitleveringsrechtelijke* kwestie betreft.²⁹³⁸

XVII.3.2.5 *Verbod op verderlevering na eerdere uitlevering*

XVII.3.2.5.1 Algemeen

Het Kaderbesluit bevat een regeling voor het geval dat op de uitvoerende lidstaat conflicterende internationale verplichtingen rusten (art. 21 Kaderbesluit). Is de opgeëiste persoon eerder aan de uitvoerende lidstaat *uitgeleverd* door een derde staat, terwijl de opgeëiste persoon de bescherming van het specialiteitsbeginsel geniet op grond van het tussen de uitvoerende lidstaat en die derde staat geldende verdrag of op grond van het internationaal gewoonterecht, dan mag de uitvoerende lidstaat hem zonder toestemming van die derde staat niet overleveren aan de uitvaardigende lidstaat. Ingevolge het Kaderbesluit rust op de uitvoerende lidstaat evenwel ook de verplichting tot overlevering “op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van [het] kaderbesluit” (art. 1 lid 2 Kaderbesluit). Art. 21 Kaderbesluit bepaalt dat het Kaderbesluit de internationale - uit het verdrag of uit het internationale gewoonterecht voortvloeiende - verplichting jegens de derde staat onverlet laat. Deze uitdrukkelijke regeling is een verbetering ten opzichte van het uitleveringsrecht: zijn de drie bij een verdere uitlevering betrokken staten niet partij bij hetzelfde uitleveringsverdrag, dan moet een beroep op het internationale gewoonterecht een oplossing bieden (zie paragraaf 2.3.3.1).

De uitvoerende lidstaat moet onverwijld toestemming voor verderlevering verzoeken aan de staat die de opgeëiste persoon aan hem heeft uitgeleverd. Pas zodra hij deze toestemming heeft verkregen, gaan de beslistermijnen van art. 17 Kaderbesluit lopen. In de tussentijd moet hij zich ervan vergewissen dat de “materiële voorwaarden die voor een daadwerkelijke overlevering nodig zijn, gehandhaafd blijven” (art. 21 Kaderbesluit). De

²⁹³⁶ Vgl. Lagodny & Rosbaud 2006, p. 288.

²⁹³⁷ Vgl. Lagodny, § 36 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 7, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

²⁹³⁸ Anders dan Blekxtoon 2005, p. 265, meent, betekent “de bevoegde autoriteit” niet noodzakelijkerwijs “de Minister van Justitie”. Welke autoriteit bevoegd is tot het verlenen toestemming hangt af van het toepasselijke verdrag en van het nationale recht van de uitvoerende lidstaat.

belangrijkste van die voorwaarden is wel dat de opgeëiste persoon (al dan niet in overleveringsdetentie) op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat blijft op een voor de autoriteiten van die lidstaat bekende plaats.

XVII.3.2.5.2.2 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere uitlevering

Art. 21 Kaderbesluit lijkt ervan uit te gaan dat de uitvoerende lidstaat de toestemming voor verderlevering zal verkrijgen. In werkelijkheid is dit zeker geen uitgemaakte zaak. Afhankelijk van het toepasselijke verdrag, zal de derde staat de toestemming bijvoorbeeld kunnen weigeren, indien het aan het EAB ten grondslag liggende feit op zichzelf niet de verplichting tot uitlevering meebrengt. Denk bijvoorbeeld aan een lijstfeit dat niet dubbel gekwalificeerd strafbaar is conform het toepasselijke verdrag. Weigert de derde staat toestemming te verlenen, dan mag de uitvoerende lidstaat de eerder aan hem uitgeleverde persoon niet overleveren aan de uitvaardigende lidstaat vanwege de verplichting die voor de uitvoerende lidstaat voortvloeit uit het tussen hem en de derde staat geldende uitleveringsverdrag. Het Kaderbesluit laat die verplichting immers onverlet.²⁹³⁹

XVII.3.2.6 Ratio regelingen

Volgens het Hof van Justitie houdt het specialiteitsbeginsel van art. 27 Kaderbesluit “verband met de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat en verleent [het] de gezochte persoon het recht om enkel te worden vervolgd, berecht of anderszins van zijn vrijheid beroofd voor het strafbare feit dat de reden tot de overlevering is geweest”.²⁹⁴⁰ Dat het specialiteitsbeginsel naar het oordeel van het Hof rechten verleent aan de overgeleverde persoon strookt met de moderne opvattingen over het uitleveringsrechtelijke specialiteitsbeginsel (zie paragraaf 2.2.2). De verwijzing naar de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat is daarentegen op het eerste gezicht enigszins wonderlijk. Aan het overleveringsrecht ligt het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen ten grondslag, waarvan het Kaderbesluit “de eerste tastbare toepassing op strafrechtelijk gebied” vormt.²⁹⁴¹ De traditionele vormen van justitiële samenwerking in strafzaken, zoals uitlevering, zijn gebaseerd op wat de Commissie wel het “verzoek”-beginsel heeft genoemd: “de ene soevereine staat dient een verzoek in bij een andere soevereine staat, die vervolgens besluit of hij het verzoek wel of niet zal inwilligen”. Het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen brengt - in zijn meest zuivere vorm - daarentegen volgens de Commissie mee dat, indien “in een van de lidstaten een bepaalde maatregel wordt genomen, zoals een beslissing van een rechter in functie, deze maatregel, voor zover deze grensoverschrijdende gevolgen heeft, automatisch in alle andere lidstaten wordt aanvaard en daar dezelfde of tenminste vergelijkbare rechtskracht heeft”.²⁹⁴² Toegepast op uitlevering leidt het beginsel ertoe dat “elke nationale gerechtelijke autoriteit *ipso facto* en na een minimale controle het verzoek van een gerechtelijke autoriteit

²⁹³⁹ In deze zin kennelijk ook Stessens 2004-2005, p. 578, die in dit verband spreekt van de specialiteit “als hinderpaal voor de overlevering”. Zie ook *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 31: ““(..) since refusal should only be possible once it is established that consent has not been given”.

²⁹⁴⁰ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 44.

²⁹⁴¹ Overweging 6 van de preambule bij het Kaderbesluit.

²⁹⁴² COM(2000)495 def., p. 2.

van een andere lidstaat om overlevering van een persoon erkent”.²⁹⁴³ Anders gezegd: “(l’)exécution du mandat d’arrêt européen est (...) pratiquement automatique (...)”.²⁹⁴⁴ Dat kan, omdat de regeling van het EAB berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten van de Europese Unie.²⁹⁴⁵ Anders dan in het uitleveringsrecht, spelen de centrale autoriteiten van de lidstaten geen beslissende rol meer: zij mogen alleen “praktische en administratieve bijstand” verlenen.²⁹⁴⁶ Overlevering vindt plaats tussen de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten.

Een regeling van specialiteitsbescherming lijkt zich dus niet te verdragen met de beginselen en uitgangspunten die aan het Kaderbesluit ten grondslag liggen. Het ligt op zichzelf niet de voor de hand dat de erkenning *ipso facto* door de uitvoerende rechterlijke autoriteit enige beperking van het recht van de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat tot vervolging of tot tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen zou moeten meebrengen. Een regeling van specialiteitsbescherming past bovendien niet goed bij de hoge mate van vertrouwen die de lidstaten in elkaar hebben. Ten slotte laat een regeling die mede gebaseerd is op de soevereiniteit van *lidstaten* zich op het eerste gezicht niet rijmen met een vorm van strafrechtelijke samenwerking tussen *rechterlijke autoriteiten*.

Wat is dan de verklaring voor de opname van een regeling inzake specialiteitsbescherming in het Kaderbesluit? Zonder het Kaderbesluit zouden de lidstaten niet verplicht zijn om zich op hun grondgebied bevindende verdachten en veroordeelden aan andere lidstaten over te leveren. Art. 1 lid 2 Kaderbesluit legt *de lidstaten* de verplichting op “om, op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit, elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen”. Die verplichting tot overlevering, die een inperking vormt van de soevereiniteit van de lidstaten, hebben zij alleen aanvaard, voor zover aan de voorwaarden van het Kaderbesluit is voldaan. Tot die voorwaarden behoren de verplichte weigeringsgronden van art. 3 Kaderbesluit, de facultatieve weigeringsgronden van de art. 4 en 4 bis Kaderbesluit en de in art. 5 Kaderbesluit bedoelde gevallen waarin de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag laten stellen van een door de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat te geven garantie. Zou het de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat zonder meer vrij staan om na de overlevering strafrechtelijk op te treden ter zake van andere strafbare feiten, dan zou daardoor het systeem van weigeringsgronden en garanties worden ondergraven²⁹⁴⁷ en zou daardoor de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat worden aangetast.

De ratio van de specialiteitsbescherming in het Kaderbesluit is er dan ook in gelegen te voorkomen dat de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat overgaan tot vervolging, berechting of vrijheidsbeneming ter zake van andere vóór de overlevering begane strafbare feiten dan waarvoor de overlevering is toegestaan, *omdat* de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet heeft kunnen onderzoeken of zij de overlevering voor deze feiten zou

²⁹⁴³ COM(2001)522 def., p. 2.

²⁹⁴⁴ EHRM 7 oktober 2008, NJ 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje).

²⁹⁴⁵ Overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit.

²⁹⁴⁶ Overweging 9 van de preambule bij het Kaderbesluit.

²⁹⁴⁷ In deze zin ook Glerum 2005, p. 87; Glerum & Rozemond 2008a, p. 165; Murschetz 2007a, p. 326 (ten aanzien van het beginsel van dubbele strafbaarheid); Sanders 2011, p. 242. Vgl. ook één van de door de Duitse wetgever aangevoerde redenen om niet een kennisgeving als bedoeld in de art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Kaderbesluit te doen (“(...) andererseits würden bei einem Verzicht auf die Beachtung der Spezialität die Verweigerungsgründe weitgehend leerlaufen. Sie könnten ihre Schutzfunktion, beispielsweise zum Schutz Deutscher, nicht mehr erfüllen”): *Bundestag Drucksache 15/1718*, p. 25.

hebben moeten of mogen weigeren dan wel de overlevering van een garantie afhankelijk zou hebben moeten of mogen maken. Zo bezien, houdt deze ratio inderdaad verband met de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat. Weigeringsgronden en garanties aan de ene kant en het specialiteitsbeginsel aan de andere kant vormen de twee zijden van één en dezelfde medaille, ook in het overleveringsrecht. Zouden die weigeringsgronden en garanties worden geschrapt, dan zou voor de handhaving van het specialiteitsbeginsel geen redelijke grond meer bestaan.²⁹⁴⁸ Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor het verbod op verderlevering aan een derde lidstaat en voor het verbod op verderlevering aan een derde staat.

Een vergelijking met het Voorstel van de Commissie illustreert de nauwe band tussen de weigeringsgronden en garanties enerzijds en het specialiteitsbeginsel anderzijds. Het Voorstel van de Commissie proclameerde namelijk de opheffing van het specialiteitsbeginsel en bracht die opheffing in verband met de voorgestelde opheffing van het beginsel van dubbele strafbaarheid.²⁹⁴⁹ De opheffing van het beginsel van dubbele strafbaarheid beoogde de procedure zoveel mogelijk te vereenvoudigen en te bespoedigen.²⁹⁵⁰ Art. 41 van het Voorstel, getiteld “Andere strafbare feiten”, stond toe dat de “persoon die op grond van een Europees arrestatiebevel is overgeleverd” in de uitvaardigende lidstaat werd “vervolgd, berecht of in hechtenis genomen voor een ander strafbaar feit dan dat ter zake waarvan dit arrestatiebevel werd uitgevaardigd”. Art. 41 maakte drie uitzonderingen op de opheffing van het specialiteitsbeginsel. Zoals gezegd, hief het Voorstel het beginsel van dubbele strafbaarheid op, behalve in twee gevallen. Op de eerste plaats konden de lidstaten een zogenaamde negatieve lijst opstellen met gedragingen ten aanzien waarvan zij geen EAB’s ten uitvoer zouden leggen (art. 27), zoals abortus, drugsgebruik en euthanasie.²⁹⁵¹ De uitvaardigende lidstaat mocht de overgeleverde persoon, ondanks de opheffing van het specialiteitsbeginsel, niet vervolgen, berechten of in hechtenis nemen wegens een strafbaar feit dat de uitvoerende lidstaat op de in art. 27 bedoelde lijst had geplaatst. Een tweede facultatieve uitzondering op de opheffing van het beginsel van dubbele strafbaarheid bestond in de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door de uitvaardigende lidstaat, terwijl het feit niet strafbaar was naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 28). Na de overlevering mocht de uitvaardigende lidstaat de overgeleverde persoon niet vervolgen, berechten of in hechtenis nemen wegens een dergelijk extraterritoriaal feit. Een derde uitzondering op de opheffing van het specialiteitsbeginsel was gelegen in de weigeringsgrond inzake amnestie. De uitvaardigende lidstaat mocht niet strafrechtelijk optreden tegen de overgeleverde persoon wegens een strafbaar feit waarvoor in de uitvoerende lidstaat een amnestie was verleend en dat onder de rechtsmacht van die lidstaat viel (art. 30). Kennelijk was de Commissie van mening dat amnestie de strafbaarheid van de gedraging waarop zij betrekking heeft, doet vervallen (zie Hoofdstuk XIII).

In het systeem van het Voorstel van de Commissie hingen de opheffing van het beginsel van dubbele strafbaarheid en de opheffing van het specialiteitsbeginsel dus nauw samen. De enige uitzonderingen op de opheffing van het eerste beginsel vormden tevens de enige uitzonderingen op de opheffing van het tweede beginsel. De uitzonderingen op de opheffing van het specialiteitsbeginsel beoogden met andere woorden het omzeilen van de

²⁹⁴⁸ Iets minder stellig: Glerum & Rozemond 2008a, p. 165; Sanders 2011, p. 242.

²⁹⁴⁹ COM(2001)522 def., p. 6. Zie ook p. 8 en p. 25.

²⁹⁵⁰ COM(2001)522 def., p. 6.

²⁹⁵¹ COM(2001)522 def., p. 19.

uitzonderingen op de opheffing van het beginsel van dubbele strafbaarheid te voorkomen. Hoewel het Kaderbesluit evenals het Voorstel van de Commissie een (partiële) opheffing van het beginsel van (de toetsing van de) dubbele strafbaarheid kent (zie Hoofdstuk VII.3.3), hanteert het Kaderbesluit niet het systeem van het Voorstel - “het specialiteitsbeginsel geldt niet, tenzij” -, maar het systeem “het specialiteitsbeginsel geldt, tenzij”. De gelding van het specialiteitsbeginsel is onder het Kaderbesluit niet beperkt tot strafbare feiten waarvan de uitvoerende lidstaat de dubbele strafbaarheid wél mag toetsen. Het specialiteitsbeginsel heeft dus niet alleen betrekking op de weigeringsgrond van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 2 lid 4 jo. art. 4 lid 1 Kaderbesluit), maar ook op alle andere beperkingen van de toelaatbaarheid van de overlevering (weigeringsgronden en garanties).

Uit het voorgaande volgt dat een zekere mate van *wantrouwen* jegens de uitvaardigende lidstaat inherent is aan het specialiteitsbeginsel: de vrees dat de uitvaardigende lidstaat het systeem van weigeringsgronden en garanties zal trachten te ontduiken.²⁹⁵² Zonder het specialiteitsbeginsel, zo zegt de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel dat de Overleveringswet heeft geleid, bestaat “het risico dat met opzet of door nalatigheid de overlevering slechts wordt gevraagd voor feiten waarvoor overlevering kan worden toegestaan of dat andere feiten al dan niet opzettelijk niet in het Europees aanhoudingsbevel worden vermeld”.²⁹⁵³ Het wantrouwen van de Raad jegens de uitvaardigende lidstaat is kennelijk groter dan het wantrouwen van de Commissie jegens die lidstaat, omdat onder het Kaderbesluit het specialiteitsbeginsel ziet op *alle* weigeringsgronden en garanties en dit beginsel, anders dan het Voorstel, verboden op verderlevering omvat. Dergelijk wantrouwen laat zich moeilijk rijmen met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het EAB berust, al geldt hetzelfde voor het wantrouwen dat blijkt uit de weigeringsgronden en de garanties ter verzekering waarvan het specialiteitsbeginsel dient. Daar staat tegenover dat het Voorstel van de Commissie niet in doorbreking van de uitzonderingen op de opheffing van het specialiteitsbeginsel voorzag, terwijl het Kaderbesluit een ruim assortiment aan uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel kent.

XVII.3.3 Specialiteitsbeginsel in de Overleveringswet

XVII.3.3.1 Inleiding

De Nederlandse wetgever heeft de art. 27 en 28 Kaderbesluit geïmplementeerd als voorwaarden voor overlevering dóór Nederland en wel als algemene bedingen voor de overlevering. Deze regelingen zullen aan de orde komen in paragraaf 3.3.2. Het materiële aspect van het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat wegens een eerdere overlevering áán Nederland heeft de wetgever neergelegd in het onderdeel van de Overleveringswet dat betrekking heeft op overlevering áán Nederland. Het procedurele aspect van dat verbod heeft hij ondergebracht onder de procedurele voorschriften inzake overlevering dóór Nederland. Deze regelingen zal ik bespreken in paragraaf 3.3.3. Het verbod op verderlevering aan een lidstaat wegens een eerdere uitlevering áán Nederland is opgenomen onder de procedurele regels inzake overlevering dóór Nederland. Aan deze regeling zal ik in paragraaf 3.3.4 aandacht besteden.

²⁹⁵² Blekxtoon 2005, p. 262, spreekt van “a sort of institutional mistrust between States”.

²⁹⁵³ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 17-18.

XVII.3.3.2 *Algemene bedingen*XVII.3.3.2.1 *Inleiding*

Nederland heeft niet een kennisgeving als bedoeld in de art. 27 lid 1 en art. 28 lid 1 Kaderbesluit gedaan.²⁹⁵⁴ In geval van overlevering dóór Nederland aan de uitvaardigende lidstaat is deze lidstaat dus steeds gebonden aan art. 27 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit en aan art. 28 leden 2 en 3 Kaderbesluit, ook al heeft deze lidstaat wel een kennisgeving als bedoeld in de art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Kaderbesluit gedaan.²⁹⁵⁵ Daarnaast is de uitvaardigende lidstaat na overlevering dóór Nederland steeds gebonden aan art. 28 lid 4 Kaderbesluit. De overlevering dóór Nederland heeft *tot gevolg* dat op de uitvaardigende lidstaat verplichtingen komen te rusten. De beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering aan de uitvaardigende lidstaat heeft geen betrekking op de - toekomstige - naleving van deze verplichtingen (zie de paragrafen 3.2.2.4, 3.2.3.4 en 3.2.4).

Desondanks heeft de Nederlandse wetgever voorzien in art. 14 OLW, dat volgens de Memorie van Toelichting uitvoering geeft aan art. 27 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit en art. 28 leden 2 en 3 Kaderbesluit.²⁹⁵⁶ Art. 14 OLW is opgenomen in Afdeling 1 (“Voorwaarden voor overlevering”) van Hoofdstuk II (“Overlevering door Nederland”) van de Overleveringswet. Zoals blijkt uit de plaatsing van art. 14 OLW, vormen het specialiteitsbeginsel en de verboden op verderlevering in de opvatting van de wetgever onderdeel van de criteria waaraan de uitvoerende justitiële autoriteit een EAB dient te toetsen.²⁹⁵⁷ Zulks volgt eveneens uit de bewoordingen van art. 14 leden 1, 2 en 4 OLW. De aanhef van lid 1 luidt “Overlevering wordt niet toegestaan dan onder het algemene beding dat (...)” en de aanhef van de leden 2 en 4 luidt “Overlevering wordt voorts niet toegestaan dan onder het algemene beding dat (...)”. De omschrijving van het algemene beding houdt vervolgens een weergave in van de respectieve in de art. 27 lid 2 en 28 leden 2 en 4 Kaderbesluit vervatte verboden, met de daarop in de art. 27 leden 3 en 4 en 28 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit gemaakte uitzonderingen.

Gezien het systeem van de art. 27 en 28 Kaderbesluit rijst de vraag wat de wetgever heeft bedoeld met “het algemene beding” waarvan art. 14 leden 1, 2 en 4 OLW gewaagt. De parlementaire stukken zwijgen op dit punt. De formulering van art. 14 OLW (“het *algemene beding*”) laat een kaderbesluitconforme uitleg toe, in die zin dat deze bepaling niet in een *individueel* geval te maken en door de uitvaardigende justitiële autoriteit te accepteren beding betreft noch een door de uitvaardigende justitiële autoriteit in een *individueel* geval

²⁹⁵⁴ De Memorie van Toelichting meldt dat Nederland een kennisgeving als bedoeld in de art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Kaderbesluit zal doen met “de strekking dat het specialiteitsbeginsel niet geldt ten aanzien van personen die zijn overgeleverd met toepassing van de verkorte procedure” (*Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 18*). Tot het doen van die kennisgeving is het kennelijk nooit gekomen. Zie *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 35.

²⁹⁵⁵ Glerum 2005, p. 87; Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 2a; Glerum & Rozemond 2008a, p. 165; Sanders 2011, p. 243-245. In deze zin ook Rb. Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BO7922 (ten aanzien van art. 28 lid 1 Kaderbesluit); Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8268 (ten aanzien van art. 27 lid 1 Kaderbesluit); Rb. Amsterdam 30 maart 2012, *LJN* BW8970 (ten aanzien van art. 27 lid 1 Kaderbesluit); Rb. Amsterdam 8 juni 2012, *LJN* BX3752 (ten aanzien van art. 27 lid 1 Kaderbesluit).

²⁹⁵⁶ *Kamerstukken II 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 17*.

²⁹⁵⁷ *Kamerstukken II 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 17*: “De overleveringsrechter beperkt zich tot toetsing aan de hand van de in de Overleveringswet opgenomen criteria, artikelen 4 (*sic*) tot en met 15 (*sic*), of overlevering kan worden toegestaan”.

te verstrekken garantie.²⁹⁵⁸ Nu de toekomstige (niet-)naleving door de uitvaardigende lidstaat van art. 27 lid 2 Kaderbesluit en van art. 28 leden 2 en 4 Kaderbesluit de beoordeling van de toelaatbaarheid van het EAB niet raakt, brengt naar mijn mening een kaderbesluitconforme uitleg van het begrip “het algemene beding” mee, dat daaronder de specialiteitsregeling in het Kaderbesluit wordt verstaan (vergelijk paragraaf 3.2.2.4). Dat de art. 27 en 28 Kaderbesluit geen rechtstreekse werking hebben (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU), is naar mijn mening niet relevant, nu het er slechts om gaat een uitleg aan art. 14 OLW te geven die niet tot strijd met het Kaderbesluit leidt. Gelet op de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop de regeling van het EAB is gebaseerd, zal de Rechtbank Amsterdam - als uitvoerende justitiële autoriteit - moeten aannemen dat de uitvaardigende lidstaat de in de art. 27 en 28 Kaderbesluit neergelegde verplichtingen heeft omgezet in zijn nationale wetgeving, dat de autoriteiten van die lidstaat zich aan die wetgeving zullen houden en dat zij die nationale wetgeving - waar nodig - “zo veel mogelijk”²⁹⁵⁹ kaderbesluitconform zullen uitleggen en toepassen.²⁹⁶⁰ Bij deze uitleg is gegarandeerd dat art. 14 OLW niet - in strijd met het Kaderbesluit - als mogelijke weigeringsgrond fungeert. Kaderbesluitconform uitgelegd, eist art. 14 OLW niet dat de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak de tekst van de algemene bedingen opneemt, voor zover zij de overlevering toestaat. Mij zijn overigens geen gevallen bekend waarin de Rechtbank Amsterdam dat wel heeft gedaan. De enige relevantie van art. 14 OLW voor de overlevering dóór Nederland is dan nog gelegen in de omstandigheid dat deze bepaling materiële en procedurele voorschriften geeft voor het verlenen van toestemming tot doorbreking van de specialiteit en dat zij de Nederlandse autoriteit aanwijst die tot het verlenen van die toestemming bevoegd is (art. 14 leden 1 onder f, 2 onder c, 3 en 4 OLW).

XVII.3.3.2.2 Beperking vervolgings- en executierecht

Art. 14 lid 1 OLW formuleert het “algemene beding” dat betrekking heeft op de beperking van het vervolgings- en executierecht van de uitvaardigende lidstaat ter zake van feiten die

²⁹⁵⁸ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 2b; Sanders 2011, p. 245 en p. 249. Ik ben teruggekomen op mijn vroegere standpunt dat de Rechtbank Amsterdam een garantie inzake de naleving van het specialiteitsbeginsel mag eisen, indien sterke aanwijzingen voor een schending van het specialiteitsbeginsel bestaan, en dat zij de overlevering vervolgens mag weigeren, indien de uitvaardigende justitiële autoriteit hetzij de gevraagde garantie niet verstrekt, hetzij een ongenoegzame garantie afgeeft (Glerum 2005, p. 87).

²⁹⁵⁹ HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino), r.o. 43.

²⁹⁶⁰ In deze zin kennelijk ook Rb. Amsterdam 13 mei 2009, *LJN* BI3787; Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4248; Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8268; Rb. Amsterdam 30 maart 2012, *LJN* BW8970 (de Rechtbank Amsterdam wijst het verzoek om het algemene beding van art. 14 lid 1 Olw in het *dictum* op te nemen af; er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat Polen zich na overlevering niet zal houden aan het specialiteitsbeginsel, zodat de Rechtbank Amsterdam geen noodzaak ziet “om uitdrukkelijk in het *dictum* te datgene te bepalen waartoe Polen al op grond van het Europese recht en zijn nationale wetgeving is gehouden”); Rb. Amsterdam 8 juni 2012, *LJN* BX3752 (*idem*, ten aanzien van Litouwen). Zie ook Rb. Amsterdam 29 oktober 2004, *LJN* AR4914 (de Rechtbank Amsterdam passeert het verweer dat de garantie als bedoeld in art. 14 leden 2 en 4 Olw ontbreekt, omdat een “verzoek van de autoriteiten van een andere lidstaat van de Europese Unie, als bedoeld in artikel 14, lid 2, OLW of van de autoriteiten van een derde staat als bedoeld in artikel 14, lid 4 OLW (...) thans niet aan de orde [is]”) en Rb. Amsterdam 19 november 2004, *LJN* AR5998 (verweer: het EAB voldoet niet aan het specialiteitsbeginsel van art. 14 lid 1 Olw, omdat met opzet een ander feit niet is vermeld; verwerping: een vervolging voor andere feiten dan waarvoor Duitsland thans de overlevering vraagt, zal niet eerder kunnen plaatsvinden dan na toestemming van de Nederlandse autoriteiten, “in casu de Minister van Justitie” (*sic*), hetgeen de belangen van de opgeëiste persoon voldoende beschermt).

vóór het tijdstip van de feitelijke overlevering zijn begaan en waarvoor de opgeëiste persoon niet is overgeleverd. Deze bepaling bevat verder de uitzonderingen op die beperking. Art. 14 lid 1 OLW reproduceert de hoofdlijnen van art. 27 leden 2 en 3 Kaderbesluit, zij het in enigszins andere bewoordingen en niet volledig.²⁹⁶¹ Een verwijzing naar de uitzondering inzake instemming met de overlevering mét uitdrukkelijke afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel (art. 27 lid 3 onder e Kaderbesluit) ontbreekt, omdat de Rechtbank Amsterdam niet beslist over de toelaatbaarheid van verkorte overlevering. Het is namelijk de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam die beslist of gevolg zal worden gegeven aan de verklaring van de opgeëiste persoon dat hij instemt met zijn overlevering (art. 40 lid OLW). In geval van overlevering via de verkorte procedure is het specialiteitsbeginsel niet van toepassing (art. 43 lid 3 OLW), op welk gevolg de opgeëiste persoon vóór het afleggen van de verklaring moet worden gewezen (art. 39 lid 5 OLW).²⁹⁶²

Deze afwijkingen zijn echter niet relevant, voor zover zij betrekking hebben op de verplichtingen van de uitvaardigende lidstaat en de uitzonderingen daarop, omdat deze lidstaat immers alleen gebonden is aan het Kaderbesluit en aan zijn eigen wetgeving.

Art. 14 lid 1 onder f OLW wijst de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam aan als de autoriteit die bevoegd is tot het verlenen van aanvullende toestemming voor vervolging, berechting en vrijheidsberoving ter zake van andere, vóór de feitelijke overlevering begane strafbare feiten dan waarvoor de betrokken persoon is overgeleverd. Men kan erover twisten of de officier van justitie wel de autoriteit is “die de gezochte persoon overgeleverd heeft” als bedoeld in art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit. Het is immers de Rechtbank Amsterdam die de overlevering toestaat of weigert (art. 28 lid 2 Kaderbesluit). De officier van justitie is slechts belast met de feitelijke overlevering (art. 35 OLW). Ook indien men zou aannemen dat de officier van justitie niet de in art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit bedoelde autoriteit is, zouden evenwel de “ondubbelzinnige

²⁹⁶¹ Enkele voorbeelden. Art. 14 lid 1 Olw van “gestraft” in plaats van “berecht” en van “anderszins in zijn persoonlijke vrijheid beperkt” in plaats van “anderszins van zijn vrijheid beroofd”. Art. 14 lid 1 onder e Olw maakt een uitzondering voor het geval dat de betrokken persoon na zijn overlevering uitdrukkelijk heeft ingestemd “met een vervolging”, terwijl art. 27 lid 3 onder f Kaderbesluit ook de berechting en vrijheidsberoving omvat.

²⁹⁶² Instemming met overlevering brengt dus onder art. 43 lid 3 Olw afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel mee. Men kan zich afvragen of hier sprake is van een *uitdrukkelijke* afstand in de zin van art. 13 lid 1 jo. art. 27 lid 3 onder e Kaderbesluit. Ook al moet de bevoegde autoriteit de opgeëiste persoon voorafgaand aan het afleggen van de verklaring wijzen op het verlies van de bescherming van het specialiteitsbeginsel (art. 39 lid 5 Olw), volgens art. 39 lid 1 Olw heeft die verklaring alleen betrekking op instemming met zijn onmiddellijke overlevering. Men zou daarom kunnen betogen dat die verklaring hoogstens een *impliciete* afstand van de bescherming van het specialiteitsbeginsel behelst. Overigens laat art. 13 Kaderbesluit de mogelijkheid van verkorte overlevering *zonder* verlies van de bescherming van het specialiteitsbeginsel toe. De buitenlandse deskundigen die in het kader van de vierde ronde van wederzijdse evaluaties de Nederlandse toepassingspraktijk hebben geëvalueerd, hebben aanbevolen om het volgen van de verkorte procedure en het verlies van de bescherming van het specialiteitsbeginsel te ontkoppelen, omdat dit het gebruik van de verkorte procedure zou stimuleren: *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”. Verslag over Nederland*, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 48 en p. 54. Volgens de Minister van Justitie is niet gebleken van het gesuggereerde verband tussen overlevering via de verkorte procedure en het van rechtswege laten vervallen van de specialiteitsbescherming: Raadsdocument 15383/11 van 13 oktober 2011, p. 6.

bewoordingen”²⁹⁶³ van art. 14 lid 1 onder f en lid 3 OLW in de weg staan aan een kaderbesluitconforme uitleg, in die zin dat niet de officier van justitie, maar de Rechtbank Amsterdam de bevoegde autoriteit is.²⁹⁶⁴

Evenals in het uitleveringsrecht het geval is (zie paragraaf 2.2.1), is doorbreking van de specialiteit door het verlenen van aanvullende toestemming pas mogelijk nadat de betrokken persoon is overgeleverd.²⁹⁶⁵

Art. 14 lid 3 OLW schrijft overeenkomstig art. 27 lid 4 Kaderbesluit voor dat het verzoek in de vorm van een EAB wordt ingediend, met de bijbehorende vertaling, en dat de officier van justitie binnen dertig dagen na de ontvangst van het verzoek daarop beslist. De officier “geeft” de verzochte toestemming “ten aanzien van feiten waarvoor krachtens deze wet overlevering had kunnen worden toegestaan” (art. 14 lid 3 OLW). De Memorie van Toelichting meldt in dit verband dat voor de beoordeling van een verzoek om aanvullende toestemming hetzelfde toetsingskader geldt als voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een EAB.²⁹⁶⁶ Hoewel art. 14 lid 3 OLW, anders dan art. 27 lid 4 Kaderbesluit, geen melding maakt van de in art. 5 Kaderbesluit bedoelde garanties, zal deze bepaling dan ook zo moeten worden verstaan dat de uitvaardigende justitiële autoriteit in voorkomend geval de in art. 6 lid 1 OLW en de in art. 12 (oud) OLW bedoelde garantie moet hebben gegeven.²⁹⁶⁷ Anders dan onder het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2.3.2.1), is aanvullende toestemming ter zake van *accessoire* feiten niet mogelijk (zie Hoofdstuk VII.3.5.2).²⁹⁶⁸

De strekking en bewoordingen van art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit en art. 14 lid 1 onder f OLW verzetten zich er niet tegen dat de officier van justitie aanvullende toestemming verleent ter zake van een strafbaar feit waarvan de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat al vóór de feitelijke overlevering op de hoogte waren (vergelijk paragraaf 2.2.1).²⁹⁶⁹

Naar analogie met het uitleveringsrecht is evenmin uitgesloten dat de officier van justitie - in gebondenheid aan art. 14 lid 3 OLW - aanvullende toestemming verleent ter zake van een strafbaar feit waarvoor de Rechtbank Amsterdam eerder de overlevering heeft geweigerd,²⁹⁷⁰ wanneer de overlevering ter zake van één of meer andere strafbare feiten al heeft plaatsgevonden (zie paragraaf 2.2.1).²⁹⁷¹

²⁹⁶³ Vgl. HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

²⁹⁶⁴ Zouden de nationale autoriteiten op grond van de voorrang van het Unierecht verplicht zijn om een met het Kaderbesluit strijdig nationaal voorschrift buiten toepassing te laten - een opvatting die het Hof van Justitie (nog) niet heeft aanvaard (zie Hoofdstuk III.3.3.1) -, dan zouden zij art. 14 lid 1 onder f en lid 3 OLW buiten toepassing moeten laten, voor zover deze bepaling de officier van justitie als de bevoegde autoriteit aanduidt.

²⁹⁶⁵ *Kamerstukken I 2003/04*, 29 042, C, p. 6 (ten aanzien van art. 14 lid 4 OLW) en p. 14 (ten aanzien van art. 14 lid 1 onder f OLW). De tekst van art. 27 lid 3 onder g Kaderbesluit is op dit punt duidelijker, omdat deze spreekt van toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit “die de gezochte persoon overgeleverd heeft” (mijn cursivering).

²⁹⁶⁶ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 18.

²⁹⁶⁷ Glerum 2011, (T&C Isr), aant. 14 Overleveringswet, aant. 4a.

²⁹⁶⁸ Glerum & Rozemond 2008a, p. 164, noot 48; Sanders 2011, p. 247, noot 1110.

²⁹⁶⁹ Zo ook Hof van Cassatie van België 2 juni 2010, AR P.10.0867.F (“De eiser voert aan dat de uitvaardigende Staat reeds vóór de overlevering op de hoogte was van de misdrijven waarvoor tegen hem een aanvullend Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd. De aangevoerde omstandigheid is geen grond tot weigering van de tenuitvoerlegging van het voormelde bevel”), beschikbaar op www.cass.be.

²⁹⁷⁰ Bijvoorbeeld indien de overlevering partieel is geweigerd, omdat op het feit naar Nederlands recht niet een maximale vrijheidsstraf van ten minste 12 maanden stond, terwijl ná de overlevering een wetswijziging

De Overleveringswet stelt geen rechtsmiddel open tegen de beslissing van de officier van justitie tot het verlenen van toestemming, maar de overgeleverde persoon kan die toestemming aanvechten in een kort geding tegen de Staat der Nederlanden.²⁹⁷² Probleem is in dit verband dat het Kaderbesluit noch de Overleveringswet verplicht tot een kennisgeving aan de overgeleverde persoon van het ingediende verzoek of de daarop genomen beslissing (zie ook paragraaf 3.2.2.3). Op grond van art. 14 lid onder a EUV moet de verzoekende staat bij het verzoek om aanvullende toestemming een proces-verbaal met de verklaring van de uitgeleverde persoon voegen (zie paragraaf 2.3.2.1), zodat de uitgeleverde persoon in elk geval op de hoogte is van het voornemen om een verzoek in te dienen. Een kennisgeving aan de opgeëiste persoon van het ontvangen verzoek en van de (voorgenomen) beslissingen op dat verzoek komt mij wenselijk voor.²⁹⁷³

XVII.3.3.2.3 Géén verderlevering lidstaat

Art. 14 lid 2 OLW omschrijft het “algemene beding” dat ziet op het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat ter zake van feiten die voor het tijdstip van de feitelijke overlevering van de betrokken persoon zijn begaan. De bepaling noemt verder enkele uitzonderingen op dat verbod. Art. 14 lid 2 OLW parafraseert art. 28 lid 2 Kaderbesluit en zet deze bepaling niet volledig om.²⁹⁷⁴ Evenals de afwijkingen in lid 1, hebben de afwijkingen in lid 2 geen gevolgen voor de verplichtingen die na de overlevering op de uitvaardigende lidstaat rusten.

De officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam is de bevoegde autoriteit tot het verlenen van toestemming voor verderlevering aan een andere lidstaat (art. 14 lid 2 onder c OLW). Art. 14 lid 3 OLW is van toepassing op het indienen van het verzoek tot toestemming en op het verlenen van die toestemming.

XVII.3.3.2.4 Géén verderlevering derde staat

Art. 14 lid 4 OLW houdt het “algemene beding” in dat betrekking heeft op het verbod op verderlevering aan een derde staat zonder voorafgaande toestemming van de Minister van Justitie. Deze bepaling parafraseert art. 28 lid 4 Kaderbesluit, met één belangrijke beperking. Art. 28 lid 4 Kaderbesluit geldt ongeacht of het feit waarvoor de derde staat de uitlevering heeft verzocht, is begaan vóór of na de overlevering aan de uitvaardigende

van kracht wordt die het strafmaximum boven de in art. 7 lid 1 onder a 2° OLW bedoelde drempel tilt, of omdat de beschrijving van het feit niet voldeed aan de eisen van art. 2 OLW.

²⁹⁷¹ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 4a. In deze zin ook Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8884, r.o. 4.4.

²⁹⁷² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 33. Zie Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8884.

²⁹⁷³ Vgl. Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8884, r.o. 4.8. De overgeleverde persoon was in deze zaak op de hoogte van het verzoek om toestemming. Via haar raadsman had zij de officier van justitie onder meer verzocht niet tot het geven van toestemming over te gaan zonder voorafgaande kennisgeving aan de overgeleverde persoon. De bedoeling van dat verzoek was om het voornemen van de officier van justitie desgewenst te kunnen voorleggen aan de kortgedingrechter. Door een misverstand stelde de officier van justitie pas ongeveer één maand na het verlenen van de toestemming de raadsman van de overgeleverde persoon daarvan in kennis. Volgens de voorzieningenrechter had van het Openbaar Ministerie mogen worden verwacht dat het zijn handelwijze had aangepast aan het recht van de overgeleverde persoon om zich over beslissingen inzake aanvullende toestemming te wenden tot de kortgedingrechter, althans dat het zich had onthouden van handelingen waardoor de overgeleverde persoon geen of niet tijdig gebruik kon maken van dat recht.

²⁹⁷⁴ Zo ontbreken de uitzonderingen van art. 28 lid 2 onder c jo. art. 27 lid 3 onder e, f en g Kaderbesluit.

lidstaat. Art. 14 lid 4 OLW beperkt het “algemene beding” daarentegen tot feiten die vóór het tijdstip van de feitelijke overlevering van de opgeëiste persoon zijn begaan. Deze beperking is zonder gevolgen, nu de uitvaardigende lidstaat niet aan art. 14 lid 4 OLW, maar aan art. 28 lid 4 Kaderbesluit is gebonden.

Art. 14 lid 4 OLW wijst de Minister van Justitie aan als de autoriteit die op een verzoek om toestemming voor verderlevering aan een derde staat moet beslissen. De Minister van Justitie mag die toestemming alleen verlenen “ten aanzien van strafbare feiten waarvoor de opgeëiste persoon door Nederland aan de derde staat had kunnen worden uitgeleverd” (art. 12 lid 5 jo. lid 3 UW). Op die beoordeling zijn het tussen Nederland en de derde staat toepasselijke uitleveringsverdrag en, voor zover het verdrag dit toelaat, de Uitleveringswet van toepassing.²⁹⁷⁵ Aangezien Nederland alleen krachtens een verdrag uitlevert (art. 2 lid 3 Gw; art. 2 UW), moet de Minister van Justitie de toestemming tot verderlevering aan een derde staat weigeren, indien tussen Nederland en die derde staat niet een verdrag van kracht is op grond waarvan de betrokken persoon aan die derde staat had kunnen worden uitgeleverd.²⁹⁷⁶ De verderlevering van een Nederlander - of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling (art. 6 lid 5 OLW) - is uit de aard van de zaak uitgesloten, omdat hij onder de garantie van terugkeer naar Nederland is overgeleverd (art. 6 lid 1 OLW).²⁹⁷⁷ Heeft het verzoek betrekking op een Nederlander of op een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling, als bedoeld in art. 6 lid 5 OLW, dan moet de Minister van Justitie het verzoek dus weigeren, ook al was zijn uitlevering krachtens het toepasselijke verdrag, eventueel in samenhang met de Uitleveringswet, mogelijk geweest.²⁹⁷⁸

De aanwijzing van de Minister van Justitie als bevoegde autoriteit en niet de officier van justitie is begrijpelijk. Het verlenen van toestemming voor verderlevering aan een derde staat is niet een overleveringsrechtelijke, maar een uitleveringsrechtelijke kwestie. In het uitleveringsrecht is het de Minister van Justitie die toestemming geeft voor verdere uitlevering (art. 12 lid 3 UW).

XVII.3.3.3 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere overlevering áán Nederland

Voor wat betreft de overlevering áán Nederland, heeft de wetgever de art. 27 en 28 Kaderbesluit omgezet in art. 48 OLW.²⁹⁷⁹ Ingevolge deze laatste bepaling zijn de

²⁹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 18.

²⁹⁷⁶ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 14 Overleveringswet, aant. 4b.

²⁹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 33.

²⁹⁷⁸ Wenst de derde staat de uitlevering ter fine van tenuitvoerlegging, dan zou deze staat na de terugkeer van de betrokkene naar Nederland de overdracht van de tenuitvoerlegging aan Nederland kunnen overwegen, mits tussen deze staat en Nederland een verdrag van kracht is dat daarin voorziet (art. 2 WOTS). Strekt het uitleveringsverzoek daarentegen tot strafvervolgung, dan zou de derde staat alsnog de uitlevering aan Nederland kunnen verzoeken, nadat de betrokkene zijn vrijheidsstraf in Nederland heeft ondergaan, mits tussen de derde staat en Nederland een uitleveringsverdrag van kracht is (dat in de uitlevering van eigen onderdanen voorziet).

²⁹⁷⁹ Anders Rb. 's-Gravenhage 4 december 2008, *LJN* BG8860: “De Overleveringswet biedt geen toetsingskader voor een geval als het onderhavige”. Opmerkelijk is dat Nederlandse rechters die zich met een beroep op het specialiteitsbeginsel geconfronteerd zien veelal hetzij géén grondslag voor de gelding van dat beginsel aanwijzen, hetzij de art. 27 en 28 Kaderbesluit - die geen rechtstreekse werking hebben (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU) - als grondslag voor die gelding aanmerken: Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2011, *LJN* BP9473 (Kaderbesluit); Rb. Alkmaar 16 november 2009, *LJN* BK3440 (geen grondslag); Rb. Almelo 3 juli 2007, *LJN* BB1490 (geen grondslag); Rb. Amsterdam 14 oktober 2008, *LJN* BF9015 (geen grondslag); Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, *LJN* BR4266 (Kaderbesluit); Rb. Haarlem 9 november

“voorwaarden die door de buitenlandse uitvoerende justitiële autoriteit in overeenstemming met het op 13 juni 2002 door de Raad vastgestelde kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (*PbEG* L 190) worden gesteld bij de overlevering van de opgeëiste persoon aan Nederland” verbindend “voor iedere persoon of instantie die in Nederland is belast met een publieke taak”. Volgens de wetsgeschiedenis moet “(b)ij de in het kaderbesluit bedoelde voorwaarden (...) onder andere gedacht worden aan de bescherming van het specialiteitsbeginsel”.²⁹⁸⁰ Hiervoor heb ik betoogd dat de gelding van de art. 27 lid 2 en 28 lid 2 Kaderbesluit voor de uitvaardigende lidstaat niet afhankelijk is van vooraf te accepteren bedingen of vooraf te verstrekken garanties. Nu Nederland niet de kennisgevingen als bedoeld in de art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Kaderbesluit heeft gedaan, is Nederland als uitvaardigende lidstaat uit dien hoofde al gebonden aan eerstgenoemde bepalingen. Naar de letter van art. 48 OLW zijn Nederlandse met een publieke taak belaste personen en instanties evenwel niet gebonden, tenzij de uitvoerende rechterlijke autoriteit op dit punt een voorwaarde heeft gesteld bij de overlevering áán Nederland. Deze letterlijke lezing is in strijd met het systeem van de art. 27 en 28 Kaderbesluit.²⁹⁸¹

Naar mijn mening is een kaderbesluitconforme uitleg van art. 48 OLW mogelijk.²⁹⁸² Het is duidelijk dat Nederland aan de handhaving van het specialiteitsbeginsel hecht, aangezien Nederland niet de kennisgevingen van de art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Kaderbesluit heeft gedaan. De “bewoordingen” van art. 48 OLW zijn niet zo “ondubbelzinnig” dat zij aan een kaderbesluitconforme uitleg in de weg staan. Nu in geval van overlevering áán Nederland op ons land al de verplichtingen van de art. 27 lid 2 en art. 28 lid 2 Kaderbesluit rusten zonder dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit een daartoe strekkende voorwaarde behoeft te stellen, zou men art. 48 OLW zo kunnen lezen dat - voor wat betreft het specialiteitsbeginsel - niet alleen een *uitdrukkelijk* gestelde voorwaarde de gebondenheid in het leven roept van Nederlandse personen en instanties die met een publieke taak belast zijn. Art. 48 OLW spreekt immers van gestelde voorwaarden, niet van uitdrukkelijk gestelde voorwaarden. In de parlementaire stukken is niet “ondubbelzinnig uitdrukking (...) gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe [het kaderbesluit] zou verplichten of de vrijheid zou laten”,²⁹⁸³ zodat de wetsgeschiedenis evenmin in de weg aan kaderbesluitconforme uitleg staat. Bij een kaderbesluitconforme uitleg van art. 48 OLW moet, ook indien de beslissing van de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet de *uitdrukkelijke* voorwaarde van naleving van de art. 27 lid 2 en 28 lid 2 Kaderbesluit inhoudt, de overlevering steeds geacht worden te hebben plaatsgevonden onder de (fictieve) *stilzwijgende* voorwaarde van naleving van het specialiteitsbeginsel, tenzij de áán Nederland overgeleverde persoon vóór de overlevering uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van de bescherming van dat beginsel (art. 27 lid 3 onder e Kaderbesluit; art. 28 lid 2 onder c Kaderbesluit) en behoudens de na de overlevering

2005, *LJN* AU6552 (Kaderbesluit); Rb. Haarlem 22 januari 2008, *LJN* BC2645 (geen grondslag); Rb. Haarlem 27 april 2009, *LJN* BI2396 (Kaderbesluit); Rb. Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3263 (Kaderbesluit); Rb. Utrecht 30 oktober 2007, *LJN* BB6901 (Kaderbesluit). Uitzonderingen zijn Rb. Amsterdam 9 maart 2009, *LJN* BI0089 (verwijzing naar art. 27 leden 2 en 3 Kaderbesluit in verbinding met art. 48 OLW); Rb. Amsterdam 11 juli 2008, *LJN* BD9560 en Rb. Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BO7922 (overleveringszaken; verwijzing naar art. 28 leden 1 en 2 Kaderbesluit en naar art. 48 OLW).

²⁹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 31.

²⁹⁸¹ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 48 Overleveringswet, aant. 3b; Sanders 2011, p. 281-282.

²⁹⁸² Glerum 2011, (T&C Isr), art. 48 Overleveringswet, aant. 3c; Sanders 2011, p. 282.

²⁹⁸³ HR 10 augustus 2007, *LJN* AZ3758, r.o. 3.4 (met betrekking tot richtlijnconforme uitleg).

eventueel voorkomende uitzonderingsgevallen (art. 27 lid 3 onder a, b, c, d, f en g jo. lid 4 Kaderbesluit; art. 28 lid 2 onder a, b en c jo. lid 3 Kaderbesluit). Natuurlijk is het zo dat ook (de fictie van) een stilzwijgende voorwaarde, als eis voor de gelding van het specialiteitsbeginsel, *op zichzelf* in strijd is met het systeem van het Kaderbesluit, maar het is mij te doen om een uitleg van art. 48 OLW die het begrip “voorwaarden” als het ware weg interpreteert. Het *resultaat* van deze uitleg is dat de ongelukkige bewoordingen van art. 48 OLW er niet toe leiden dat Nederland zijn verplichtingen uit de art. 27 en 28 Kaderbesluit verzaakt en de overgeleverde persoon zijn door het specialiteitsbeginsel verleende rechten ontzegt. Dat resultaat is met andere woorden kaderbesluitconform. Kennelijk legt ook de Rechtbank Amsterdam art. 48 OLW kaderbesluitconform uit, nu zij - onder verwijzing naar het ontbeken van een kennisgeving als bedoeld in art. 28 lid 1 Kaderbesluit en naar art. 48 OLW, maar zonder haar gedachtegang te expliciteren - van oordeel is dat de aan Nederland overgeleverde persoon, behoudens in de in art. 28 lid 2 Kaderbesluit bedoelde uitzonderingsgevallen, niet zonder toestemming van de uitvoerende lidstaat kan worden overgeleverd aan de derde lidstaat op grond van een EAB dat is uitgevaardigd wegens enig vóór de overlevering gepleegd feit.²⁹⁸⁴

Heeft de uitvaardigende justitiële autoriteit een EAB uitgevaardigd ten laste van een eerder áán Nederland overgeleverde persoon wegens vóór die eerdere overlevering begane strafbare feiten, dan is zijn overlevering dóór Nederland - in beginsel - afhankelijk van de toestemming van de justitiële autoriteit van de lidstaat die de betrokken persoon eerder áán Nederland heeft overgeleverd. Art. 22 lid 2 OLW bepaalt dat, “(i)ndien de overlevering mede afhankelijk is van de instemming van de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat of van een derde staat”, de termijn voor beslissing op het EAB - uiterlijk zestig dagen na de aanhouding van de opgeëiste persoon (art. 22 lid 1 OLW) - pas begint te lopen “vanaf de dag dat de vereiste instemming is ontvangen”. Voor zover de overlevering afhankelijk is van de instemming van de bevoegde autoriteit van een lidstaat, houdt deze bepaling verband met art. 28 lid 2 Kaderbesluit. De Memorie van Toelichting houdt ten aanzien van art. 22 lid 2 OLW in dat de eerdere overlevering áán Nederland “veelal” zal zijn toegestaan “onder het beding van niet verderlevering, vergelijkbaar met artikel 14, tweede lid, van deze wet”, zodat “instemming met de verderlevering dient te worden verkregen van bedoelde staat, *alvorens tot overlevering kan worden besloten*”.²⁹⁸⁵ Zolang die toestemming niet is verkregen, gaat de termijn waarbinnen de Rechtbank Amsterdam op het EAB moet beslissen niet lopen, omdat niet valt in te schatten hoeveel tijd met het verkrijgen van de toestemming in de praktijk gemoeid zal zijn.²⁹⁸⁶ Kortom, de toestemming dient te zijn verkregen, vóórdat de Rechtbank Amsterdam op het EAB beslist. Weigert de uitvoerende rechterlijke autoriteit de toestemming voor verderlevering en doet zich geen uitzonderingsgeval voor, dan staat art. 48 OLW in de weg aan overlevering, ook al zou zich géén van de in de art. 2, 6 tot en met 13 en 28 lid 2 OLW neergelegde weigeringsgronden voordoen.

Ondanks deze wetshistorische en wetssystematische argumenten, is het volgens de Rechtbank Amsterdam aan de officier van justitie - een met een publieke taak belaste persoon - voorbehouden om, in het kader van de feitelijke overlevering, te beoordelen of

²⁹⁸⁴ Rb. Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BO7922. Zie ook Rb. Amsterdam 9 maart 2009, *LJN* BI0089 ten aanzien van art. 27 lid 2 Kaderbesluit en art. 48 Olw.

²⁹⁸⁵ Mijn cursivering.

²⁹⁸⁶ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 22.

art. 48 OLW in de weg staat aan verderlevering aan een lidstaat.²⁹⁸⁷ Zij voert daartoe een aantal redenen aan. De Overleveringswet bevat geen uitdrukkelijke weigeringsgrond inzake verderlevering aan een andere lidstaat. Art. 14 lid 2 OLW bevat weliswaar het algemene beding inzake verderlevering aan een andere lidstaat na overlevering door Nederland, maar deze bepaling kent de bevoegdheid tot doorbreking van de specialiteit toe aan de officier van justitie, niet aan de Rechtbank Amsterdam, zodat deze bepaling onvoldoende houvast biedt voor de - kaderbesluitconforme - uitleg dat het ontbreken van toestemming als bedoeld in art. 28 lid 2 Kaderbesluit relevant is voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering. Ten slotte bevat de Overleveringswet een gesloten systeem van weigeringsgronden en valt geen rechtsgrond aan te wijzen op grond waarvan de ontbrekende toestemming voor verderlevering bij de beoordeling van de toelaatbaarheid zou moeten worden betrokken.

XVII.3.3.4 Juridische belemmering: verderlevering na eerdere uitlevering áán Nederland

Art. 22 lid 2 OLW is ook relevant voor de overlevering aan een andere lidstaat na een eerdere *uitlevering* áán Nederland onder de werking van het specialiteitsbeginsel. Het Kaderbesluit laat de specialiteitsverplichtingen die hetzij krachtens het tussen Nederland en de aangezochte staat geldende verdrag, hetzij krachtens het internationale gewoonterecht op Nederland rusten, onverlet (art. 21 Kaderbesluit). Nederland heeft dus voor de overlevering aan een lidstaat de toestemming nodig van de staat die de opgeëiste persoon eerder aan Nederland heeft uitgeleverd.

Het is de Minister van Justitie die - eventueel door tussenkomst van de Minister van Buitenlandse Zaken, al naar gelang het toepasselijke verdrag - deze toestemming zal moeten verzoeken aan en verkrijgen van de staat die de opgeëiste persoon eerder aan Nederland heeft uitgeleverd. In afwachting van die toestemming - de Overleveringswet spreekt van instemming - loopt de beslistermijn van art 22 lid 1 OLW niet (art. 22 lid 2 OLW). Uit de opschorting van de beslistermijn en uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de toestemming “dient te worden verkregen (...), alvorens tot overlevering kan worden besloten” (zie paragraaf 3.3.3).²⁹⁸⁸

Weigert de staat die de opgeëiste persoon eerder aan Nederland heeft uitgeleverd om toestemming voor verderlevering aan een lidstaat te geven, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als ten aanzien van overlevering na een eerdere overlevering áán Nederland: de opgeëiste persoon mag niet worden overgeleverd, ook al doet zich géén van de in de art. 2, 6 tot en met 13 en 28 lid 2 OLW neergelegde weigeringsgronden voor.

XVII.3.4 Het feitsbegrip

Na de overlevering staat art. 27 lid 2 Kaderbesluit in de weg aan strafrechtelijk optreden jegens de opgeëiste persoon door de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat wegens “enig ander vóór de overlevering begaan feit dan dat welk de reden tot de overlevering is geweest”, tenzij zich één van de uitzonderingsgevallen van art. 27 lid 3 Kaderbesluit

²⁹⁸⁷ Rb. Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BO7922. In een eerdere uitspraak liet zij nog in het midden of de overleveringsrechter dan wel de officier van justitie bevoegd was, omdat in die zaak de uitvoerende lidstaat inmiddels toestemming voor verderlevering aan een andere lidstaat had gegeven: Rb. Amsterdam 11 juli 2008, *LJN* BD9560.

²⁹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 22.

voordoe. Die uitzonderingsgevallen kunnen uit de aard van de zaak alleen aan de orde zijn ten aanzien van een dergelijk ander feit.²⁹⁸⁹ Om vast te stellen of strafrechtelijk optreden is toegestaan en, zo ja, in hoeverre, moeten de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat dus onderzoeken of sprake is van het feit waarvoor de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering heeft toegestaan dan wel van een ander feit.

Vergelijkbaar met het uitleveringsrecht, bevat het Kaderbesluit voorschriften over de feitelijke en juridische gegevens die de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in het EAB moet vermelden, teneinde de toetsing van de toelaatbaarheid van de overlevering door de uitvoerende rechterlijke autoriteit mogelijk te maken (art. 8 lid 1 Kaderbesluit). De uitvaardigende rechterlijke autoriteit vermeldt in het EAB ter zake van het in haar nationale recht gedefinieerde strafbare feit “met name de aard en de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit, een beschrijving van de omstandigheden waaronder het strafbare feit is gepleegd, met vermelding van onder meer het tijdstip, de plaats en de mate van betrokkenheid van de gezochte persoon bij het strafbare feit, alsmede de voor het strafbare feit geldende strafmaat”.²⁹⁹⁰ Op “basis van de bepalingen van artikel 2 van het kaderbesluit” onderzoekt de uitvoerende rechterlijke autoriteit het aldus omschreven strafbare feit.²⁹⁹¹ Deze autoriteit gaat met andere woorden na of de strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat dan wel de duur van de in die lidstaat opgelegde vrijheidssanctie voldoet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit, en of het feit, voor zover géén sprake is van een lijstfeit (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), ook strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 2 lid 4 jo. art. 4 lid 1 Kaderbesluit), althans voor zover de uitvoerende lidstaat deze facultatieve weigeringsgrond heeft geïmplementeerd.

Anders dan art. 28 lid 5 OLW, schrijft het Kaderbesluit - helaas - niet voor dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit in haar beslissing het feit of de feiten aanduidt waarvoor zij de overlevering toestaat. Niet iedere uitvoerende rechterlijke autoriteit is even zorgvuldig in die aanduiding. Staat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering (gedeeltelijk) toe, dan mogen de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat dan ook het EAB betrekken bij de beantwoording van de vraag voor welk (deel van de) feit(en) de overlevering is toegestaan.²⁹⁹² Op basis van de in dat EAB vermelde gegevens is de uitvoerende rechterlijke autoriteit immers tot haar beslissing gekomen.

De in het EAB vermelde gegevens trekken de grenzen van een historische gebeurtenis ter zake waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de toelaatbaarheid van de overlevering heeft vastgesteld. In beginsel dienen de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat na overlevering binnen deze grenzen te blijven. In een *vervolgingszaak* geeft het EAB evenwel de stand van zaken weer van het onderzoek ten tijde van de uitvaardiging van het EAB. Tijdens de strafvervolging kunnen nieuwe gegevens worden verzameld die meebrengen dat de “vastgestelde feiten niet in alle opzichten meer overeenkomen met die welke oorspronkelijk waren omschreven” in het EAB en die kunnen leiden tot een “precisering en zelfs een wijziging van de bestanddelen van het strafbare feit die de uitvaardiging van het Europees aanhoudingsbevel aanvankelijk hebben gerechtvaardigd”.²⁹⁹³ Of sprake is van een “ander feit” moet dan ook worden beoordeeld

²⁹⁸⁹ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 65.

²⁹⁹⁰ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 52.

²⁹⁹¹ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 52.

²⁹⁹² HR 27 november 2007, *LJN* BB3994, r.o. 3.4.1. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 18 november 2005, *LJN* AU6448 en AU6460; Rb. Amsterdam 14 oktober 2008, *LJN* BF9015; Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2011, *LJN* BP8369; en Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, *LJN* BR4266.

²⁹⁹³ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 53.

“tegen de achtergrond van de verschillende stadia van de procedure” - vervolging, berechting of vrijheidsberoving - en “rekening houdend met iedere procedurele handeling die de wettelijke kwalificatie van het strafbaar feit kan wijzigen”.²⁹⁹⁴ Daartoe moet de omschrijving van het strafbare feit in het EAB worden vergeleken met de omschrijving in de “latere procedurele handeling”,²⁹⁹⁵ zoals de tenlastelegging of het veroordelende vonnis.

De doelstelling van het Kaderbesluit - vereenvoudiging en bespoediging van justitiële samenwerking - brengt mee dat niet iedere wijziging in de omschrijving leidt tot een “ander feit”.²⁹⁹⁶ In zoverre komt het overleveringsrecht overeen met het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2.4). Het criterium aan de hand waarvan de bevoegde autoriteit van de uitvaardigende lidstaat moet vaststellen of sprake is van een “ander vóór de overlevering begaan feit dan dat welk de reden tot overlevering is geweest” verschilt evenwel van het uitleveringsrechtelijke criterium. Nu art. 27 Kaderbesluit voor wat betreft de betekenis en draagwijdte van dat begrip niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, is sprake van een autonoom begrip van Unierecht dat in de gehele Unie uniform moet worden uitgelegd.²⁹⁹⁷ Die autonome en uniforme uitleg leidt tot een tweeledig overleveringsrechtelijk criterium. Op de eerste plaats moet de bevoegde autoriteit “nagaan of de bestanddelen van het strafbare feit, volgens de wettelijke omschrijving die in de uitvaardigende lidstaat daarvan is gegeven, die zijn waarvoor de persoon is overgeleverd”. Daarnaast moet deze autoriteit onderzoeken “of er voldoende overeenstemming is tussen de gegevens in het aanhoudingsbevel en de gegevens in de latere procedure handeling”. Voor wijzigingen in tijd en plaats geldt een afzonderlijk criterium. Dergelijke wijzigingen zijn toegestaan, “mits zij volgen uit de elementen die zijn verzameld tijdens de procedure die in de uitvaardigende lidstaat is gevolgd met betrekking tot het in het aanhoudingsbevel omschreven gedragingen, zij de aard van het strafbare feit niet wijzigen en zij niet leiden tot gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging in de zin van de artikelen 3 en 4 van het kaderbesluit”.²⁹⁹⁸

Overeenkomstig het procédé in het arrest *Van Esbroeck*²⁹⁹⁹ formuleert het Hof van Justitie de criteria, maar laat het de concrete toepassing daarvan over aan de “bevoegde nationale rechter”.³⁰⁰⁰ Dat het Hof spreekt van de *rechter* betekent - vanzelfsprekend - niet dat alleen de rechter in de uitvaardigende lidstaat rekening zou moeten houden met het geformuleerde criterium. De verplichtingen die voortvloeien uit het specialiteitsbeginsel rusten immers op de uitvaardigende lidstaat, zodat alle organen van die lidstaat die beslissen over vervolging, berechting of vrijheidsberoving daaraan gebonden zijn en bij hun beslissingen moeten nagaan of al dan niet sprake is van een “ander feit”.

Met betrekking tot het eerste deel van het criterium rijst de vraag wat het Hof van Justitie bedoelt met “de bestanddelen van het strafbare feit, volgens de wettelijke omschrijving die in de uitvaardigende lidstaat daarvan is gegeven”. Deze formulering lijkt te doelen op wat men in Nederlandse strafrechtelijke termen “de bestanddelen van de

²⁹⁹⁴ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 54.

²⁹⁹⁵ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 55.

²⁹⁹⁶ Verschillen in de typeaanduiding van een auto respectievelijk in een huisnummer tussen het EAB enerzijds en de tenlastelegging anderzijds zijn toelaatbaar: Gerechtshof 's-Gravenhage 14 maart 2011, LJN BP9473.

²⁹⁹⁷ Vgl. HvJ EG 17 juli 2008, NJ 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski), r.o. 41-42; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 38.

²⁹⁹⁸ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 57.

²⁹⁹⁹ HvJ EG 2 maart 2006, NJ 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck), r.o. 38.

³⁰⁰⁰ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 58.

delictsomschrijving” zou noemen. Klip bestrijdt deze lezing. Volgens hem heeft het Hof het oog op “het in het aanhoudingsbevel aangevinkte lijstfeit”.³⁰⁰¹ Deze uitlegging overtuigt mij niet, omdat zij veronderstelt dat ’s Hof criterium voor het vaststellen van een “ander feit” alleen betrekking heeft op de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit bedoelde lijstfeiten. Weliswaar had het arrest *Leymann en Pustovarov* waarin het Hof van Justitie het tweeledige criterium introduceerde, betrekking op een lijstfeit (“illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen”), maar naar mijn mening wijst niets in ’s Hof’s overwegingen inzake dit criterium erop, dat dit alleen van toepassing is op lijstfeiten. Zo zegt het Hof dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit op “basis van de bepalingen van artikel 2 van het kaderbesluit” de omschrijving van het strafbare feit onderzoekt.³⁰⁰² Art. 2 Kaderbesluit bevat meer dan een bepaling met betrekking tot lijstfeiten. Zou de lezing van Klip juist zijn, dan zou het Hof bovendien wel een erg omslachtige en ambigue omschrijving hebben gekozen om aan te duiden dat de latere procedurele handeling hetzelfde lijstfeit moet betreffen als het EAB.

Ik neem dan ook aan dat het Hof inderdaad bedoelt te zeggen dat de bestanddelen van de delictsomschrijving van het in de latere procedurele handeling omschreven strafbare feit dezelfde moeten zijn als de bestanddelen van de delictsomschrijving van het in het EAB omschreven strafbare feit.³⁰⁰³ Anders gezegd: het in de latere procedurele handeling en het in het EAB omschreven strafbare feit moeten onder dezelfde delictomschrijving te rubriceren zijn. In zoverre wijkt het criterium dus af van het uitleveringsrecht, waarin het specialiteitsbeginsel betrekking heeft op feiten, niet op strafbare feiten. Rubricering onder een andere delictsomschrijving is toegestaan, mits deze nieuwe kwalificatie tot uitlevering zou kunnen leiden (zie paragraaf 2.4). Dit verschil met het uitleveringsrecht valt mijns inziens te verklaren door een ander verschil: het onderscheid tussen lijstfeiten waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de dubbele strafbaarheid niet mag toetsen en andere feiten ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de eis van strafbaarheid naar zijn nationale recht mag stellen. Vanuit het perspectief van dit systeem hebben de uitvoerende lidstaat én de overgeleverde persoon er belang bij dat de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat niet zonder toestemming van de uitvoerende rechterlijke autoriteit de juridische rubricering wijzigen. Heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering toegestaan ter zake van een lijstfeit, dan heeft zij niet mogen onderzoeken of dat feit naar haar recht strafbaar is. Zou een nieuwe rubricering onder een delictsomschrijving die geen lijstfeit oplevert, toegestaan zijn, dan zou de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet meer kunnen onderzoeken of sprake is van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat (voor zover haar lidstaat de overlevering ter zake van andere feiten dan lijstfeiten

³⁰⁰¹ Punt 6 van de noot van A.H. Klip onder HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394 (*Leymann en Pustovarov*).

³⁰⁰² HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (*Leymann en Pustovarov*), r.o. 52 (mijn cursivering).

³⁰⁰³ In deze zin ook Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8884, r.o. 4.5 (“Uit de beslissing van het Hof volgt dat een aanvullend verzoek moet worden gedaan indien de aanvullende verdenking strafbare feiten betreft waarvan de wettelijke bestanddelen ongelijk zijn aan die van de feiten waarvoor de overlevering eerder door de rechter is toegestaan. De aard van het strafbare feit mag niet worden gewijzigd”). De Voorzieningenrechter kwam tot het oordeel dat, gelet op de afzonderlijke strafbaarstelling van art. 10a Ow, de voorbereiding van drugsdelicten een ander strafbaar feit is dan die drugsdelicten, zodat voor de vervolging van die voorbereiding de toestemming van de officier van justitie nodig was (art. 14 lid 1 onder f OLW).

afhankelijk heeft gesteld van strafbaarheid naar het recht van die lidstaat).³⁰⁰⁴ Heeft de uitvoerende lidstaat de overlevering van andere feiten dan lijstfeiten afhankelijk gesteld van strafbaarheid naar zijn recht en heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering toegestaan ter zake van een dergelijk feit, dan zou de uitvoerende rechterlijke autoriteit de mogelijkheid ontnomen worden om de dubbele strafbaarheid te toetsen, indien rubricering onder een delictsomschrijving die een lijstfeit oplevert, zou zijn toegestaan. Tegen deze achtergrond is het begrijpelijk dat art. 27 Kaderbesluit niet een voorziening als art. 14 lid 3 EUV bevat (zie paragraaf 2.4).

Het is evenwel niet voldoende dat het in het EAB en het in de latere procedurele handeling omschreven strafbare feit de bestanddelen van dezelfde delictsomschrijving opleveren. Het tweede deel van het criterium houdt immers in dat er “voldoende overeenstemming” bestaat tussen de gegevens in het EAB en de gegevens in de latere procedurele handeling. In verband met het eerste deel van het criterium is deze eis begrijpelijk. Stel dat de betrokken persoon is overgeleverd wegens het op 1 januari 2011 te Amsterdam opzettelijk en met voorbedachten rade doodschieten van de heer Janssen. Zouden de autoriteiten deze omschrijving na de overlevering wijzigen in het op 1 juni 2010 te Leeuwarden opzettelijk en met voorbedachten rade wurgen van mevrouw De Vries, dan is sprake van dezelfde bestanddelen van dezelfde delictsomschrijving. Een tweede toets is dan nodig om eventueel misbruik te voorkomen.

Een wijziging in de omschrijving van het strafbare feit die alléén het betrokken verdovende middel betreft - de overlevering vond plaats ter zake van de invoer van amfetaminen, terwijl de tenlastelegging betrekking heeft op de invoer van hasj - zonder verandering te brengen in de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit, brengt op zichzelf niet mee dat sprake is van een “ander feit” in de zin van art. 27 lid 2 Kaderbesluit. Dat strafbare feit valt nog steeds onder het lijstfeit “illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen” en op dat feit staat nog steeds een maximale vrijheidsstraf van ten minste drie jaren.³⁰⁰⁵ In dit geval is voldaan aan het eerste deel van het criterium. De wijziging in het verdovende middel brengt immers geen verandering in de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit. De omschrijving van het feit blijft dus vallen onder het in het EAB aangekruiste lijstfeit. Daarnaast bestaat voldoende overeenstemming tussen de gegevens in de tenlastelegging en de gegevens in het EAB, gezien de ongewijzigde strafbedreiging.

Een wijziging in een feitelijk onderdeel van de omschrijving van het strafbare feit die een wijziging in de wettelijke kwalificatie tot gevolg heeft, bijvoorbeeld de toevoeging van een strafverzwarende omstandigheid, lijkt onder het tweeledige criterium van het Hof een probleem op te leveren. Zijn de bestanddelen van het strafbare feit dan nog de bestanddelen waarvoor de opgeëiste persoon is overgeleverd? Strikt genomen niet, omdat de betrokken persoon voor ten minste één van die bestanddelen, de strafverzwarende omstandigheid, niet is overgeleverd. Aan de andere kant komen alle bestanddelen waarvoor de betrokken persoon wél is overgeleverd terug in de tenlastelegging. Men zou dus kunnen betogen dat in een dergelijk geval aan het eerste deel van het criterium is voldaan. Een dergelijke wijziging is bovendien niet problematisch tegen de achtergrond van het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten. Is het gronddelict een lijstfeit, dan is niet waarschijnlijk dat toevoeging van een strafverzwarende omstandigheid het geheel tot

³⁰⁰⁴ In deze zin ook A.H. Klip in punt 7 van zijn noot onder HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov).

³⁰⁰⁵ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 60-63.

een ander feit dan een lijstfeit zou maken. Is het gronddelict daarentegen een ander feit dan een lijstfeit, dan is de toevoeging van een strafverzwarende omstandigheid - zelfs al dit tot rubricering onder een lijstfeit leidt - niet problematisch, omdat de uitvoerende rechterlijke autoriteit de dubbele strafbaarheid van het gronddelict heeft kunnen vaststellen. Ook indien het recht van de uitvoerende lidstaat de toegevoegde strafverzwarende omstandigheid niet kent, blijft de strafbaarheid van het materiële feit staan (zie Hoofdstuk VII.2.3.3.1). In geval van toevoeging van een strafverzwarende omstandigheid zal de “bevoegde nationale rechter” veelal tot het oordeel kunnen komen dat sprake is van “voldoende overeenstemming” tussen de gegevens in de tenlastelegging en de gegevens in het EAB. Afgezien van de strafverzwarende omstandigheid en de verhoging van de strafmaat die deze tot gevolg heeft, is er immers qua tijd, plaats, gedraging en betrokkenheid van de overgeleverde persoon niets veranderd.³⁰⁰⁶

Voor wijzigingen in de tijd en de plaats van het in het EAB omschreven strafbare feit heeft het Hof een apart, driedelig criterium geformuleerd.³⁰⁰⁷ Dergelijke wijzigingen zijn toegestaan, mits zij op de eerste plaats volgen “uit de elementen die zijn verzameld tijdens de procedure die in de uitvaardigende lidstaat is gevolgd met betrekking tot de in het aanhoudingsbevel omschreven gedragingen”.³⁰⁰⁸ Waarom het Hof deze eis alleen stelt ten aanzien van wijzigingen in de tijd en de plaats is mij niet duidelijk. Daarnaast mogen wijzigingen in de tijd of de plaats niet de “aard van het strafbare feit” wijzigen. Het begrip “de aard van het strafbare feit” komt ook voor in art. 8 lid 1 onder d Kaderbesluit: in het EAB moet de uitvaardigende rechterlijke autoriteit onder meer vermelden “de aard en de wettelijke kwalificatie van het strafbaar feit, *met name rekening houdend met artikel 2*”.³⁰⁰⁹ Gelet op de recursie van de zinsnede, veronderstel ik dat de aard van het strafbare feit betrekking heeft op het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten.³⁰¹⁰ Hoe een wijziging in tijd en/of plaats zou kunnen leiden tot een wijziging van de aard van het strafbare feit - in die zin dat een lijstfeit verandert in een ander feit of *vice versa* - vermag ik evenwel niet in te zien. Ten slotte mogen wijzigingen in de tijd of de plaats niet “leiden tot

³⁰⁰⁶ In Rb. Amsterdam 14 oktober 2008, *LJN* BF9015 was de verdachte, zonder uitdrukkelijke afstand van het specialiteitsbeginsel, overgeleverd ter zake van moord/doodslag. Na overlevering werd de verdachte ook vervolgd ter zake van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr). De Rechtbank Amsterdam verwierp het beroep op niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging ter zake van de gekwalificeerde doodslag. Het eisen van toestemming voor de toevoeging van een strafverzwarende omstandigheid zou afbreuk doen aan de doelstellingen van Kaderbesluit: het vereenvoudigen en vergemakkelijken van de uitlevering. In het EAB stond bovendien al dat de verdachte het slachtoffer had neergestoken en dat zij ruzie hadden om geld. Door toevoeging van de strafverzwarende omstandigheden wijzigde het gronddelict niet. Deze omstandigheden raakten niet aan enige dwingende of facultatieve weigeringsgrond. De Rechtbank Amsterdam verklaarde de officier van justitie wel niet ontvankelijk voor zover de strafverzwarende omstandigheden als aparte strafbare feiten ten laste waren gelegd (poging tot afpersing/poging tot diefstal met geweld).

³⁰⁰⁷ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 57.

³⁰⁰⁸ Zie voor toepassing van dit onderdeel van het criterium Gerechtshof Arnhem 13 maart 2012, *LJN* BV8900. Het Gerechtshof overweegt dat uit het dossier niet zonder meer duidelijk wordt of er processuele redenen zijn die de verschillen tussen het EAB en de tenlastelegging kunnen verklaren. Volgens het Gerechtshof had het op de weg van het Openbaar Ministerie gelegen dergelijke redenen naar voren te brengen. Het Gerechtshof concludeert vervolgens dat de wijzigingen in tijd en plaats niet volgen uit de elementen die zijn verzameld tijdens de procedure die in Nederland is gevolgd met betrekking tot de in het aanhoudingsbevel omschreven gedragingen en dat het specialiteitsbeginsel in zoverre is geschonden.

³⁰⁰⁹ Mijn cursivering.

³⁰¹⁰ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 2 Overleveringswet, aant. 2d; Keijzer 2009a, p. 52; Sanders 2011, p. 57.

gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging in de zin van de artikelen 3 en 4 van het kaderbesluit". Evenals in het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2.4), kan wijziging van de tijd van het strafbare feit de weigeringsgrond van verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat raken (art. 4 onder 4 Kaderbesluit).³⁰¹¹ Een wijziging in de plaats, bijvoorbeeld in een uitsluitend buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gelegen plaats of in een geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat gelegen plaats, kan, evenals in het uitleveringsrecht (zie paragraaf 2.4), een weigeringsgrond opleveren (art. 4 onder 7 Kaderbesluit).³⁰¹²

XVII.4 Conclusie

In de voorgaande twee paragrafen is een aantal overeenkomsten en verschillen tussen de uit- en overleveringsrechtelijke regels inzake specialiteitsbescherming aan het licht gekomen. Het patroon dat zich in enkele voorgaande hoofdstukken met betrekking tot overeenkomsten en verschillen manifesteerde, is ook hier zichtbaar: op punten waar het Kaderbesluit - duidelijk - verschilt van het uitleveringsrecht, vertoont de implementatie van het Kaderbesluit in de Overleveringswet juist - grote - overeenkomst met het uitleveringsrecht (het "algemene beding").

Bezien vanuit het Kaderbesluit, komt het overleveringsrecht in zoverre met het uitleveringsrecht overeen, dat het overleveringsrecht specialiteitsregelingen bevat. Na overlevering mag de uitvaardigende lidstaat de overgeleverde persoon niet vervolgen, berechten en van zijn vrijheid beroven wegens enig ander vóór de feitelijke overlevering begaan feit dan hetwelk de reden voor de overlevering is geweest (art. 27 lid 2 Kaderbesluit). Op die verplichtingen, die *grosso modo* overeenkomen met de verplichtingen die onder het uitleveringsrecht op de verzoekende staat rusten (art. 14 lid 1 EUV; art. 12 lid 1 UW), bestaat een reeks van uitzonderingen (art. 27 leden 3 en 4 Kaderbesluit), die *grosso modo* overeenkomen met de uitleveringsrechtelijke uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel (art. 14 lid 1 EUV en art. 10 en 11 EU-uitleveringsovereenkomst; art. 12 lid 1 UW). Na overlevering mag de uitvaardigende lidstaat de overgeleverde persoon evenmin verderleveren aan een andere lidstaat wegens enig vóór de feitelijke overlevering gepleegd feit (art. 28 lid 2 Kaderbesluit), noch hem verderleveren aan een derde staat (art. 28 lid 4 Kaderbesluit). Ook deze verboden komen in grote lijnen overeen met de krachtens het uitleveringsrecht voor de verzoekende staat geldende verboden (art. 15 EUV; art. 12 lid 3 UW) en ook deze verboden kennen uitzonderingen (art. 28 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit) die - voor een deel - in hoofdlijnen overeenkomen met de uitleveringsrechtelijke uitzonderingen op de verboden op verderlevering (art. 15 EUV en art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst; art. 12 lid 3 UW).

³⁰¹¹ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 48 Overleveringswet, aant. 3d.

³⁰¹² Glerum 2011, (T&C Isr), art. 48 Overleveringswet, aant. 3d. Andere criteria hanteren Rb. Utrecht 30 oktober 2007, *LJN* BB6901 (toegevoegde pleegplaatsen van uitvoeringshandelingen buiten Nederland zijn zodanig van doorslaggevende betekenis, dat deze niet onder het feit waarvoor de verdachte is overgeleverd begrepen zijn); Rb. Haarlem 22 januari 2008, *LJN* BC2645 (EAB: mensenhandel in de periode van 1 juni 2004 tot 1 september 2004, tenlastelegging: periode van 1 juni 2004 tot en met september 2004; verweer verworpen, omdat het feitencomplex hetzelfde is gebleven, zij het gedurende een enigszins langere periode); Rb. Alkmaar 16 november 2009, *LJN* BK3440 (EAB: feiten gepleegd in de periode van 1 augustus 2000 tot en met 1 december 2004; de Rechtbank Alkmaar verklaart de officier niet-ontvankelijk voor wat betreft de periode na 1 december 2004).

Deze overeenkomsten hangen nauw samen met de omstandigheid dat het overleveringsrecht, evenals het uitleveringsrecht, dwingende en facultatieve weigeringsgronden en facultatieve garanties kent. De toetsing door de uitvoerende rechterlijke autoriteit aan die beperkingen van de mogelijkheden van overlevering zou weinig zinvol zijn, indien de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat na de overlevering zouden mogen overgaan tot vervolging, berechting en vrijheidsbeneming wegens vóór de overlevering begane feiten ter zake waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de toelaatbaarheid van de overlevering niet heeft kunnen onderzoeken. Zowel in het uitleveringsrecht als in het overleveringsrecht ligt aan het specialiteitsbeginsel dus wantrouwen jegens de wederpartij ten grondslag: de vrees dat de aangezochte staat/de uitvaardigende lidstaat de uit- of overlevering zal gebruiken om strafrechtelijk tegen de betrokken persoon op te treden wegens feiten waarvoor hij wellicht niet de uit- of overlevering had kunnen verkrijgen. In het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning is dat wantrouwen opmerkelijk. Aan dat beginsel ligt immers een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten ten grondslag. Het uit de specialiteitsregeling blijkende wantrouwen is evenwel een reflex van het wantrouwen dat uit het systeem van de weigeringsgronden en garanties blijkt. Een systeem van weigeringsgronden en garanties is zinloos zonder een specialiteitsregeling en een specialiteitsregeling is zinloos zonder een systeem van weigeringsgronden en garanties. Conceptueel zijn weigeringsgronden en garanties enerzijds en specialiteitsregelingen anderzijds onlosmakelijk met elkaar verbonden. Nu het Kaderbesluit een systeem van weigeringsgronden en garanties bevat, wekken de in het Kaderbesluit opgenomen specialiteitsregelingen naar mijn mening - uiteindelijk - geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Een belangrijk verschil met het uitleveringsrecht is dat een dreigende schending van het specialiteitsbeginsel niet relevant is voor de beoordeling van de toelaatbaarheid. Tenzij de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat *beide* in het algemeen afstand hebben gedaan van het specialiteitsbeginsel (art. 27 lid 1 en art. 28 lid 1 Kaderbesluit), is de uitvaardigende lidstaat na overlevering gebonden aan het specialiteitsbeginsel (art. 27 lid 2 en art. 28 lid 2 Kaderbesluit). De specialiteitsregelingen in het Kaderbesluit hebben uitsluitend betrekking op de *gevolgen* van overlevering en leggen dus uitsluitend verplichtingen aan de uitvaardigende lidstaat op. Géén van de weigeringsgronden en garanties heeft betrekking op de naleving van het specialiteitsbeginsel door de uitvaardigende lidstaat. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten, welke verplichting tot het primaire Unierecht behoort, dwingt voor wat betreft de naleving van het specialiteitsbeginsel door de uitvaardigende lidstaat niet tot het maken van een uitzondering op het limitatieve karakter van de weigeringsgronden en garanties. Het verschil in karakter van de specialiteitsregelingen strookt met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Aangezien de naleving van het specialiteitsbeginsel uitsluitend de uitvaardigende lidstaat regardeert, zal de uitvoerende lidstaat erop moeten vertrouwen dat de uitvaardigende lidstaat de op hem uit hoofde van het Kaderbesluit rustende verplichtingen - correct - heeft omgezet in zijn nationale wetgeving en dat de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat die wetgeving - kaderbesluitconform - zullen toepassen. De betrokken persoon kan met klachten over de naleving van het specialiteitsbeginsel dus alleen terecht bij de rechter in de uitvaardigende lidstaat. Dit levert naar mijn mening niet zonder meer een verzwakking van zijn rechtspositie op. Het Hof van Justitie heeft immers uitdrukkelijk bepaald dat het specialiteitsbeginsel *rechten* verleent aan de overgeleverde persoon. Ter verzekering van die rechten zal de rechter in de

uitvaardigende lidstaat zijn nationale recht - zo veel mogelijk - kaderbesluitconform moeten uitleggen en toepassen.

Van de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten getuigen ook de ten opzichte van het uitleveringsrecht meer beperkte reikwijdte van het overleveringsrechtelijke specialiteitsbeginsel en de ten opzichte van het uitleveringsrecht ruimere mogelijkheden van uitzonderingen op dat beginsel. Anders dan onder het uitleveringsrecht, heeft de uitvaardigende lidstaat na de overlevering alleen te maken met een beperking van de mogelijkheden om *strafrechtelijk* tegen de overgeleverde persoon op te treden (vervolgving, berechting, vrijheidsberoving) en een beperking van de mogelijkheden om hem verder te leveren. Het uitleveringsrecht beperkt niet alleen het vervolgings- en executierecht van de verzoekende staat en de mogelijkheden om de uitgeleverde persoon verder uit te leveren, maar ook het recht van de verzoekende staat om op *andere dan strafrechtelijke wijze* de persoonlijke vrijheid van de uitgeleverde persoon te beperken. Deze extra beperking van de soevereiniteit van de verzoekende staat beoogt te voorkomen dat de verzoekende staat het specialiteitsbeginsel probeert te ontduiken door op andere dan strafrechtelijke wijze op te treden tegen de uitgeleverde persoon wegens vóór de uitlevering begane feiten waarvoor de aangezochte staat de uitlevering niet heeft toegestaan. Kennelijk achtten de lidstaten deze extra beperking van de soevereiniteit onder het systeem van het Kaderbesluit niet nodig. Dat systeem berust immers op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten.

Vergeleken met het uitleveringsrecht, biedt het Kaderbesluit ruimere uitzonderingen op het specialiteitsbeginsel. Zo zijn, anders dan onder het uitleveringsrecht (art. 10 lid 1, aanhef, EU-uitleveringsovereenkomst), al deze uitzonderingen ook van toepassing op feiten waarvoor de uitvaardigende rechterlijke autoriteit de overlevering heeft verzocht, maar de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering heeft geweigerd (art. 27 lid 3 jo. lid 2 Kaderbesluit). Uitdrukkelijke afstand van de bescherming van art. 27 lid 2 Kaderbesluit en toestemming voor de doorbreking van die bescherming leiden, anders dan onder het uitleveringsrecht (art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst), tot verlies van de bescherming die het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat biedt (art. 28 lid 2 onder c Kaderbesluit).

Aan de andere kant lijkt de omstandigheid dat slechts drie lidstaten gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid van algemene afstand van het specialiteitsbeginsel (art. 27 lid 1 Kaderbesluit) - één minder dan onder art. 11 EU-uitleveringsovereenkomst - van minder *daadwerkelijk* vertrouwen blijkt te geven dan de hoge mate van vertrouwen waarvan overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit gewaagt. Een vergelijkbaar fenomeen doet zich voor ten aanzien van het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat. In plaats van de regel “verderlevering is niet verboden, tenzij” (art. 12 EU-uitleveringsovereenkomst), hanteert art. 28 Kaderbesluit de regel “verderlevering is verboden, tenzij”. Van de mogelijkheid van algemene afstand op basis van wederkerigheid van het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat (art. 28 lid 1 Kaderbesluit) heeft slechts één lidstaat gebruik gemaakt, zodat, nu die afstand alleen op basis van wederkerigheid werkt, alle lidstaten gebonden zijn aan het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat, tenzij zich een specifieke uitzondering op dat verbod voordoet (art. 28 lid 2 Kaderbesluit).

In abstracto getuigen de uitzonderingen dus van een hoge mate van vertrouwen, maar *in concreto* lijkt de *animo* om daadwerkelijk in het algemeen afstand te doen van het specialiteitsbeginsel en van het verbod op verderlevering aan een andere lidstaat geringer dan onder het uitleveringsrecht. Een mogelijke verklaring voor die geringe *animo* is dat, naarmate de inperking van de weigeringsgronden en de uitschakeling van de rol van de

centrale autoriteiten bij de beslissing op het EAB de mogelijkheden van weigering van de overlevering beperkt, de lidstaten de weinige gevallen waarin hun rechterlijke autoriteiten de overlevering moeten of mogen weigeren dan wel van een garantie afhankelijk mogen maken niet wensen te ondermijnen.

Geconcludeerd kan worden dat de specialiteitsregelingen in het Kaderbesluit een samenstel vormen van wantrouwen - de specialiteitsbescherming als zodanig en het falen van de algemene afstand van die bescherming - en vertrouwen - de ruime specifieke uitzonderingen op die bescherming.

Bezien vanuit de Overleveringswet, vertoont het overleveringsrecht grote gelijkens met het uitleveringsrecht, een gelijkens die in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten verbazing wekt. Het belangrijkste verschil tussen het Kaderbesluit en het uitleveringsrecht - dat de naleving van het specialiteitsbeginsel door de uitvaardigende lidstaat niet de toelaatbaarheid van de overlevering door de uitvoerende lidstaat regardeert - lijkt namelijk volledig aan de aandacht van de wetgever te zijn ontsnapt. Hij heeft een naar art. 12 UW gemodelleerde regeling opgenomen in het hoofdstuk van de Overleveringswet dat de voorwaarden voor overlevering dóór Nederland bevat, dat wil zeggen in het hoofdstuk dat de weigeringsgronden behelst. Ingevolge art. 14 leden 1, 2 en 4 OLW mag de overlevering niet worden toegestaan dan onder de algemene bedingen dat de uitvaardigende lidstaat - kort gezegd - art. 27 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit en art. 28 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit naleeft. Een kaderbesluitconforme uitleg die deze algemene bedingen nullificeert, is naar mijn mening niet alleen geboden, maar ook mogelijk. Die uitleg houdt in dat art. 27 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit en art. 28 leden 2, 3 en 4 Kaderbesluit de algemene bedingen zijn waarop art. 14 OLW doelt. Nu de uitvaardigende lidstaat al aan deze bepalingen gebonden is en nu de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten meebrengt, dat men aanneemt dat de uitvaardigende lidstaat deze bepalingen heeft omgezet in zijn nationale wetgeving en dat zijn autoriteiten zich daaraan zullen houden, speelt art. 14 OLW bij een kaderbesluitconforme uitleg geen rol bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering. Daardoor is deze bepaling alleen nog van belang voor het verlenen van de aanvullende toestemming door de bevoegde Nederlandse autoriteiten. De omstandigheid dat de Nederlandse implementatie zelf niet correct is, levert geen contra-indicatie voor het vertrouwen in de kaderbesluitconforme implementatie en toepassing door andere lidstaten op. De Rechtbank Amsterdam lijkt immers uit te gaan van een - niet geëxpliciteerde - kaderbesluitconforme lezing van art. 14 OLW. Zij wijst verzoeken om een uitdrukkelijk algemeen beding als bedoeld in art. 14 OLW in de uitspraak op te nemen of om een garantie inzake de naleving van het specialiteitsbeginsel op te vragen af en zij verwierpt verweren inzake dreigende schending van het specialiteitsbeginsel, door te verwijzen naar de hoge mate van vertrouwen waarop het Kaderbesluit berust en naar de gebondenheid van de uitvaardigende lidstaat aan de art. 27 en 28 Kaderbesluit.

De misvatting dat de naleving van het specialiteitsbeginsel afhankelijk is van een beding vindt men terug in het spiegelbeeldige geval: de overlevering áán Nederland. Ingevolge art. 48 OLW zijn de door de uitvoerende justitiële autoriteit bij de overlevering *gestelde voorwaarden*, waaronder volgens de Memorie van Toelichting ook de voorwaarde inzake specialiteitsbescherming valt, verbindend voor iedere persoon of instantie die in Nederland is belast met een publieke taak. Nu Nederland niet de kennisgevingen als bedoeld in de art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Kaderbesluit heeft gedaan, is Nederland gebonden aan de art. 27 lid 2 en 28 lid 2 Kaderbesluit, en dit ongeacht of de uitvoerende justitiële autoriteit ter zake een voorwaarde heeft gesteld, tenzij zich een uitzonderingsgeval voordoet (art. 27 leden 3 en 4

Kaderbesluit en art. 28 leden 2 en 3 Kaderbesluit). Aan art. 28 lid 4 Kaderbesluit is Nederland eveneens gebonden, ongeacht of de uitvoerende justitiële autoriteit op dit punt een voorwaarde heeft gesteld, tenzij de bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat toestemming heeft gegeven (art. 28 lid 4 Kaderbesluit). Ook op dit punt is een kaderbesluitconforme uitleg noodzakelijk en mogelijk. Nu Nederland toch al gebonden is aan de specialiteitsregelingen in het Kaderbesluit, zou men art. 48 OLW zo kunnen uitleggen, dat - voor wat betreft de naleving van het specialiteitsbeginsel - niet een *uitdrukkelijk* gestelde voorwaarde vereist is om de gebondenheid van de met een publieke taak belaste personen of instanties in het leven te roepen. Bevat de beslissing van de uitvoerende justitiële autoriteit niet een uitdrukkelijke voorwaarde inzake het specialiteitsbeginsel, dan mag men bij deze uitleg uitgaan van (de fictie van) een stilzwijgende voorwaarde. Voor wat betreft het specialiteitsbeginsel maakt deze uitleg het begrip “voorwaarden” onschadelijk en garandeert deze uitleg dat Nederland zijn verplichtingen naleeft, ongeacht of de uitvoerende justitiële autoriteit daartoe een voorwaarde heeft gesteld.

De interpretatieproblemen rond de art. 14 en 48 OLW illustreren - wederom (zie de hoofdstukken VII.4, IX.4 en X.4) - dat het niet de voorkeur verdient om *overleveringsrechtelijke* concepten te dwingen in het keurslijf van de *uitleveringsrechtelijke* formuleringen van de Uitleveringswet. Slechts het toeval wil dat deze formuleringen niet zo onduidelijk zijn, dat zij aan een kaderbesluitconforme uitleg in de weg staan.

Art. 48 OLW is mede van belang, indien de opgeëiste persoon eerder áán Nederland is overgeleverd en de uitvaardigende justitiële autoriteit thans zijn overlevering dóór Nederland verlangt wegens enig vóór die eerdere overlevering begaan feit. Kaderbesluitconform uitgelegd, staat art. 48 OLW zonder de toestemming van de lidstaat die de betrokken persoon eerder aan Nederland heeft overgeleverd, in de weg aan die overlevering (tenzij zich één van de andere uitzonderingen van art. 28 leden 2 en 3 Kaderbesluit voordoet). Weigert de bevoegde autoriteit van de lidstaat die de betrokken persoon eerder aan Nederland heeft overgeleverd de toestemming voor verderlevering te verlenen en doet zich geen van de uitzonderingsgevallen voor, dan bestaat een juridische belemmering voor overlevering aan de derde lidstaat. Ingevolge art. 22 lid 2 OLW moet de toestemming voor verderlevering zijn verkregen, vóórdat de Rechtbank Amsterdam over de toelaatbaarheid van de overlevering beslist, maar volgens de Rechtbank Amsterdam regardeert deze kwestie alleen de feitelijke overlevering en is het dus aan de officier van justitie voorbehouden om, nádat de Rechtbank Amsterdam de overlevering heeft toegestaan, na te gaan of deze juridische belemmering aan de orde is.

Een eerdere uitlevering door een derde staat áán Nederland onder de werking van het specialiteitsbeginsel staat in de weg aan de overlevering van de uitgeleverde persoon dóór Nederland. Het Kaderbesluit laat namelijk de internationaalrechtelijke verplichting die uit hoofde van die eerdere uitlevering op Nederland jegens die derde staat rust onverlet (art. 21 Kaderbesluit). Wel moet Nederland de toestemming van de derde staat voor verderlevering trachten te verkrijgen. Bij gebreke van die toestemming of van een andere uitzondering op de internationaalrechtelijke verplichting, bestaat een juridische belemmering voor overlevering aan de uitvaardigende lidstaat. Op grond van art. 22 lid 2 OLW moet Nederland de toestemming voor verderlevering hebben verkregen, vóórdat de Rechtbank Amsterdam over de toelaatbaarheid van de overlevering beslist. De uitdrukkelijke regeling in het Kaderbesluit is een verbetering ten opzichte van het uitleveringsrecht. Onder het uitleveringsrecht moet een beroep op het internationaal gewoonterecht uitkomst bieden,

indien de drie bij een verderlevering betrokken staten niet zijn aangesloten bij één en hetzelfde uitleveringsverdrag.

Voor de concrete toepassing van het uit- en overleveringsrechtelijke specialiteitsbeginsel is van belang hoe men vaststelt of een vervolging, berechting of vrijheidsberoving nog betrekking heeft op het feit waarvoor de overlevering is toegestaan. Het Hof van Justitie heeft een autonome en uniforme uitleg gegeven aan het begrip “ander feit” als bedoeld in art. 27 lid 2 Kaderbesluit. Het door het Hof geformuleerde criterium wijkt in een belangrijk opzicht af van het uitleveringsrechtelijke criterium. Een wijziging van de omschrijving van het feit waarvoor de overlevering is toegestaan, mag niet tot rubricering onder een andere delictsomschrijving leiden. Onder het uitleveringsrecht is een wijziging in de kwalificatie wel toegestaan, mits die nieuwe kwalificatie eveneens tot uitlevering zou hebben kunnen leiden. Men gebruikt dan ook wel het adagium “het specialiteitsbeginsel heeft betrekking op feiten, niet op kwalificaties”. De reden voor deze afwijking van het uitleveringsrecht is gelegen in een andere afwijking van het uitleveringsrecht: het onderscheid tussen lijstfeiten, waarvan de uitvoerende lidstaat de dubbele strafbaarheid niet mag onderzoeken, en andere feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag maken van strafbaarheid naar zijn recht. Zou rubricering onder een andere delictsomschrijving zonder meer zijn toegestaan, dan zou dat onderscheid kunnen worden ondergraven. Dit verschil met het uitleveringsrecht wekt naar mijn mening dan ook geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

HOOFDSTUK XVIII Fiscaal delict

XVIII.1 Inleiding

XVIII.2 Fiscaal delict in het uitleveringsrecht

XVIII.3 Fiscaal delict in het overleveringsrecht

XVIII.4 Conclusie

XVIII.1 Inleiding

Het uitleveringsrecht bevat een dwingende weigeringsgrond inzake fiscale delicten. Het overleveringsrecht kent een dergelijke weigeringsgrond niet.³⁰¹³ In zoverre wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht. Wel kent het overleveringsrecht een bijzondere voorziening inzake de dubbele strafbaarheid van fiscale delicten.

In paragraaf 2 zal ik de uitleveringsrechtelijke regelingen schetsen en de ratio van die regelingen bespreken. In paragraaf 3 zal ik de bijzondere voorziening in het overleveringsrecht ten aanzien van de dubbele strafbaarheid van fiscale delicten bespreken. In paragraaf 4 zal ik vervolgens de vraag beantwoorden of het verschil tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

XVIII.2 Fiscaal delict in het uitleveringsrecht

Art. 5 EUV bepaalt dat de uitlevering terzake van “fiscal offences”, dat wil zeggen “offences in connection with taxes, duties, customs and exchange”, alléén is toegestaan, “if the Contracting Parties have so decided in respect of any such offence or category of offences”. Zonder een daartoe strekkend “besluit” van de partijen, bijvoorbeeld een afzonderlijk verdrag tussen de partijen, is de uitlevering wegens dergelijke feiten dus uitgesloten.

De fiscale exceptie heeft betrekking op “naar het recht van de verzoekende en de aangezochte Staat als fiscale delicten te kwalificeren feiten, die als zodanig strafbaar zijn gesteld”.³⁰¹⁴ Onder een fiscaal delict zal moeten worden verstaan de overtreding van een voorschrift dat *uitsluitend* strekt tot financiering van de staatsuitgaven.³⁰¹⁵ De enkele omstandigheid dat het feit strafbaar is gesteld bij een belastingwet, maakt het delict dus nog niet tot een “fiscal offence”.³⁰¹⁶ Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat het feit, gelet op de omstandigheden waaronder het is begaan, een overwegend fiscaal karakter heeft,³⁰¹⁷ bijvoorbeeld een commuun delict als valsheid in geschrift dat is gepleegd met het oogmerk om zich daardoor aan fiscale verplichtingen te onttrekken.

Art. 11 lid 4 UW sluit de uitlevering wegens “fiscale delicten” eveneens uit, “tenzij bij verdrag uitdrukkelijk anders is bepaald”. Onder “fiscale delicten”, als bedoeld in art. 11 lid 4 UW, moeten worden verstaan “strafbare feiten terzake van belastingen”, daaronder begrepen “overtredingen van voorschriften op het stuk van douane en accijnzen, maar niet deviezenovertredingen, die tot de economische delicten behoren”.³⁰¹⁸ De reikwijdte van de in art. 11 lid 4 UW neergelegde weigeringsgrond is dus beperkter dan die van art. 5 EUV, omdat deze laatste bepaling de uitlevering wegens strafbare feiten inzake deviezen

³⁰¹³ Von Bubnoff 2005, p. 36; Glerum 2005, p. 44; Murschetz 2007a, p. 368; Zeder 2003, p. 382.

³⁰¹⁴ HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 111, r.o. 6.2.2.

³⁰¹⁵ Glerum, par. 91.8.3 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Glerum & Rozemond 2008a, p. 239; Swart 1986, p. 282. Vgl. HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451, r.o. 3.7 en *LJN* AF0455, r.o. 3.3; HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589, r.o. 3.4.1 (zij het in het kader van de beoordeling van de dubbele strafbaarheid): “voorschriften [die] uitsluitend strekken tot bescherming van het stelsel van heffing van of de vaststelling van de rechten of belastingen die volgens het recht van de verzoekende Staat (...) verschuldigd zouden zijn”.

³⁰¹⁶ HR 24 januari 1995, *NJ* 1995, 276 (COM): de invoer van amfetamine in het Verenigd Koninkrijk, strafbaar gesteld bij de *Customs and Excise Management Act 1979*.

³⁰¹⁷ HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 111, r.o. 6.2.2.

³⁰¹⁸ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 5 (onder verwijzing naar art. 56 lid 1 onder b (oud) RO).

(“exchange”) wel uitsluit.³⁰¹⁹ Gezien het primaat van het verdrag, is de meer beperkte reikwijdte van art. 11 lid 4 UW niet van belang bij de beoordeling van een concreet uitleveringsverzoek.

De traditionele ratio van de weigeringsgrond inzake fiscale delicten is dat de aangezochte staat geen eigen belang heeft bij de bestrijding van de ontduiking van de belastingwetgeving van de verzoekende staat.³⁰²⁰ Door zijn medewerking zou de aangezochte staat de economie van een potentiële concurrent ten nadele van zichzelf versterken.³⁰²¹ Gelet op de steeds grotere economische verwevenheid tussen staten en de steeds nauwere internationale samenwerking op economisch gebied,³⁰²² legt deze ratio nauwelijks nog gewicht in de schaal.³⁰²³ Een ander argument dat wel ter onderbouwing van de weigeringsgrond wordt aangevoerd, is dat fiscale delicten veelal niet dubbel strafbaar zullen zijn,³⁰²⁴ gelet op de verschillen in opvattingen over een rechtvaardige belastingheffing.³⁰²⁵ De algemene uitsluiting van fiscale delicten voorkomt dat de aangezochte staat in een moeizaam onderzoek naar de strafbaarheid moet treden, dat tot een beoordeling van interne fiscale aangelegenheden van de verzoekende staat kan leiden.³⁰²⁶ Heel overtuigend is dit argument naar mijn mening niet, omdat bij de afschaffing van de exceptie een voorziening zou kunnen worden getroffen om dergelijke problemen te vermijden, zoals ook is geschied (zie hierna).

Uit de omstandigheid dat art. 5 EUV en art. 11 lid 4 UW in de mogelijkheid van een uitzondering voorzien, met andere woorden geen absoluut verbod op uitlevering bevatten,³⁰²⁷ blijkt wel dat men, wat ook de ratio van de exceptie moge zijn, deze niet van dien aard acht, dat zij onder alle omstandigheden aan de uitlevering in de weg zou moeten staan. Nederland is inderdaad partij bij verdragen die uitdrukkelijk in de uitlevering wegens fiscale delicten voorzien. De fiscale exceptie is dus duidelijk op haar retour.

Art. 2 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol, dat in de plaats treedt van art. 5 EUV, schrijft voor dat de uitlevering ter zake van “offences in connection with taxes, duties, customs and exchange” zal plaatsvinden overeenkomstig de bepalingen van het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Het *Explanatory report* meldt dat de partijen tot de erkenning gekomen waren, dat zij meer aandacht aan economische criminaliteit zouden moeten besteden vanwege de schade die deze criminaliteit veroorzaakte en dat zij behoefte hadden

³⁰¹⁹ Swart 1986, p. 282.

³⁰²⁰ Swart 1986, p. 281. Poncet & Gully-Hart 1986, p. 488, merken op dat nu een fiscaal delict de financiële belangen van de verzoekende staat raakt, aan de exceptie een vermoeden ten grondslag zou kunnen liggen dat het in de verzoekende staat gevoerde of nog te voeren proces niet onpartijdig zou zijn.

³⁰²¹ Remmelink 1990, p. 143; Thomas 1980, p. 220.

³⁰²² Swart 1986, p. 282-283 wijst op het opmerkelijke gegeven dat het Benelux uitleveringsverdrag een met art. 5 EUV vergelijkbare regeling bevatte, ondanks de nauwe verbondenheid tussen de Benelux landen, een nauwe verbondenheid die bovendien meebracht dat het Benelux uitleveringsverdrag, anders dan het Europees Verdrag betreffende uitlevering, niet in een militaire exceptie voorzag (Hoofdstuk XIX.2). Swart veronderstelt dat andere overeenkomsten die de Benelux landen onderling hadden gesloten, de behoefte aan uitlevering ter zake van fiscale delicten wegnamen.

³⁰²³ Vgl. Murschetz 2007a, p. 230; Swart 1992a, p. 526-527. Anders nog Schwaighofer 1988, p. 120, die wijst op de “erhebliche Auffassungsunterschiede über die “Gerechtigkeit” eines Steuersystems”.

³⁰²⁴ Remmelink 1990, p. 143; Strijards 1988, p. 148; Thomas 1980, p. 220.

³⁰²⁵ Murschetz 2007a, p. 230; Schwaighofer 1988, p. 120.

³⁰²⁶ Linke 1983, p. 52; Murschetz 2007a, p. 229-230; Schwaighofer 1988, p. 120. Er zij op gewezen dat naar Oostenrijkse opvattingen - genoemde auteurs beschrijven het Oostenrijkse uitleveringsrecht - sprake dient te zijn van de dubbele strafbaarheid *in concreto*.

³⁰²⁷ *Kamerstukken II 1965/66, 8054, nr. 10, p. 5.*

aan meer internationale samenwerking op dit gebied.³⁰²⁸ Nu het Europees Verdrag betreffende uitlevering dubbele strafbaarheid eist en nu de wetgevingen van de partijen uiteenlopen waar het de bestanddelen van de fiscale delicten betreft, bevat art. 2 Tweede Aanvullend Protocol twee bijzondere voorzieningen. De uitlevering wegens de in die bepaling bedoelde feiten zal namelijk plaatsvinden “if the offence, under the law of the requested Party, corresponds to an offence of the same nature” (art. 2 lid 1 Tweede Aanvullend Protocol). Bovendien bepaalt het tweede lid van art. 2 Tweede Aanvullend Protocol dat de uitlevering niet mag worden geweigerd om de reden dat “the law of the requested Party does not impose the same kind of tax or duty or does not contain a tax, duty, custom or exchange regulation of the same kind as the law of the requesting Party”. Door deze twee voorzieningen is de uitlevering niet afhankelijk van de methode van analogische transformatie van de buitenlandse elementen van de omschrijving van het feit. Toepassing van die methode zou vanwege de verschillen tussen de wetgevingen aan uitlevering in de weg kunnen staan.³⁰²⁹ Voldoende is volgens het *Explanatory report* dat “the essential constituent elements of the offence” overeenstemmen. Ten aanzien van fiscale delicten perken de beide voorzieningen het vereiste van dubbele strafbaarheid dus in. Heeft het uitleveringsverzoek bijvoorbeeld betrekking op ontduiking van de belasting door het verstrekken van onjuiste informatie in een formulier dat de grondslag voor de beslissing over de verschuldigde belasting vormt, dan is niet meer vereist dan dat het recht van de aangezochte staat eenzelfde vorm van bewuste misleiding van de belastingautoriteiten strafbaar stelt, “even if the law of that state does not correspond entirely with the law of the requesting state”.³⁰³⁰ Niet alle partijen bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering hebben het Tweede Aanvullend Protocol geratificeerd. Van de partijen die dat wel hebben gedaan, hebben sommige zich het recht voorbehouden om art. 2 niet te aanvaarden (art. 9 lid 2 onder b Tweede Aanvullend Protocol).

Ingevolge art. 63 SUO, dat een besluit om uit te leveren wegens “fiscal offences” in de zin van art. 5 EUV oplevert,³⁰³¹ hebben de partijen zich verbonden tot uitlevering wegens de in art. 50 lid 1 SUO bedoelde strafbare feiten, te weten “overtredingen van wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften betreffende de accijnzen, de belasting over de toegevoegde waarde en de douane”, overeenkomstig het Europees Verdrag betreffende uitlevering. De reikwijdte van deze bepaling is niet zo ruim als die van art. 2 Tweede Aanvullend Protocol. Als gevolg van Luxemburgs verzet tegen opheffing van de fiscale exceptie op het gebied van de directe belastingen (zoals inkomstenbelasting, kansspelbelasting, loonbelasting, vennootschapsbelasting, vermogensbelasting),³⁰³² betreft art. 63 SUO alleen strafbare feiten op het gebied van de indirecte belastingen: accijnzen, BTW en douane.

Art. 6 leden 1 en 2 van de nooit in werking getreden EU-uitleveringsovereenkomst schreef hetzelfde voor als art. 2 leden 1 en 2 Tweede Aanvullend Protocol.³⁰³³ Lid 3 gaf de lidstaten de mogelijkheid om bij verklaring de verplichting tot uitlevering te beperken tot overtreding van voorschriften inzake accijnzen, BTW en douane. Deze uitzondering werd

³⁰²⁸ Extradition: European standards 2006, p. 85.

³⁰²⁹ Swart 1986, p. 158; Thomas 1980, p. 222.

³⁰³⁰ Extradition: European standards 2006, p. 85.

³⁰³¹ HR 7 december 1999, NJ 2000, 149, r.o. 3.4.

³⁰³² Doorenbos 2000, p. 242-243.

³⁰³³ *Toelichtend Rapport*, PbEG 1997, C 191/19-20.

ten behoeve van Luxemburg gemaakt, dat evenwel bij gebruikmaking daarvan geen afbreuk mocht doen aan zijn uit art. 63 SUO voortvloeiende verplichtingen.³⁰³⁴

In gevallen waarin de exceptie van het fiscale delict niet geldt, moet het fiscale delict voldoen aan de eis van dubbele gekwalificeerde strafbaarheid. Zoals gezegd, bevatten art. 2 Tweede Aanvullend Protocol en art. 6 leden 1 en 2 EU-uitleveringsovereenkomst op dit punt bijzondere voorzieningen om te voorkomen dat de gebruikelijke wijze van toetsing van de dubbele strafbaarheid al te snel tot weigering van de uitlevering leidt. Buiten deze regelingen om³⁰³⁵ heeft de Hoge Raad naar aanleiding van fiscale delicten zijn rechtspraak inzake de dubbele strafbaarheid “gepreciseerd”, met als resultaat dat het ontbreken van een vergelijkbare Nederlandse fiscale strafbaarstelling niet zonder meer tot ontoelaatbaarheid van de uitlevering leidt.

De Hoge Raad bracht deze “precisering” aan in zaken waarin de verzoekende staat - Frankrijk - de uitlevering mede verzocht ter zake van de niet naleving van douanevoorschriften bij de verboden invoer van verdovende middelen. De Hoge Raad oordeelde dat de uitlevering ontoelaatbaar was, indien: “a. de door de verzoekende Staat overgelegde stukken voor geen andere uitleg vatbaar zijn dan dat de uitlevering wordt verzocht om de opgeëiste persoon te kunnen vervolgen of bestraffen ter zake van het niet vervullen van douanevoorschriften bij de invoer of uitvoer van verdovende middelen die niet verkeren in het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van het gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden, zodat geen schulden wegens douanerechten en omzetbelasting kunnen ontstaan, en tevens b. die voorschriften uitsluitend strekken tot bescherming van het stelsel van heffing van of de vaststelling van de rechten of belastingen die volgens het recht van de verzoekende Staat ter zake verschuldigd zouden zijn”. In dat geval is geen sprake van een wettelijke bepaling op grond waarvan een dergelijk feit als een zelfde inbreuk op de Nederlandse rechtsorde, als bedoeld in art. 5 lid 2 UW, strafbaar is.³⁰³⁶ Naar Nederlands recht doet de illegale in- of uitvoer van verdovende middelen namelijk geen douane- of belastingsschulden ontstaan.³⁰³⁷

Van “een zelfde inbreuk op de Nederlandse rechtsorde” is al sprake, indien de buitenlandse strafbaarstelling *in de kern hetzelfde rechtsgoed* beschermt als de Nederlandse strafbaarstelling (zie ook Hoofdstuk VII.2.3.3.1). Bijvoorbeeld indien de buitenlandse strafbaarstelling “in het algemeen strekt tot het tegengaan van de in- en/of uitvoer van verboden of gevaarlijke goederen”, - in welk geval de buitenlandse strafbaarstelling dus niet *uitsluitend* tot bescherming van de heffing of vaststelling van rechten of belastingen strekt -³⁰³⁸ terwijl de Nederlandse strafbaarstelling “in het bijzonder strekt tot het tegengaan van de in- en/of uitvoer van verdovende middelen”.³⁰³⁹

³⁰³⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 697, nr. 3, p. 12.

³⁰³⁵ De verzoekende staat (Frankrijk) had het Tweede Aanvullend Protocol en de EU-uitleveringsovereenkomst (nog) niet geratificeerd. Wel was art. 63 SUO van toepassing.

³⁰³⁶ HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451, r.o. 3.7 en *LJN* AF0455, r.o. 3.3; HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589, r.o. 3.4.1.

³⁰³⁷ Zie de door de A-G Van Dorst genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie in punt 14 van zijn conclusie vóór HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 541.

³⁰³⁸ Glerum & Rozemond 2008a, p. 239.

³⁰³⁹ HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451, r.o. 3.8 en *LJN* AF0455, r.o. 3.4; HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589, r.o. 3.4.2. In eerdere arresten had de Hoge Raad in vergelijkbare gevallen steeds de uitlevering ontoelaatbaar verklaard: HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 541, r.o. 5.2.1-5.2.3; HR 30 augustus 1996, *NJ* 1997, 9, r.o. 6.1-6.3; HR 7 december 1999, *NJ* 2000, 149, r.o. 3.5.

XVIII.3 Fiscaal delict in het overleveringsrecht

Vergeleken met art. 6 EU-uitleveringsovereenkomst, zet het Kaderbesluit de laatste stap: het fiscale karakter van het strafbare feit levert op zichzelf géén grond tot weigering van de overlevering op. De weigeringsgronden zijn immers limitatief opgenomen in de art. 3-4 bis Kaderbesluit.³⁰⁴⁰ Anders dan art. 6 lid 3 EU-uitleveringsovereenkomst, voorziet het Kaderbesluit niet in het maken van een uitzondering.

Bij het ontbreken van een weigeringsgrond inzake het fiscale delict, geeft een fiscaal delict dat onder de regeling van de lijstfeiten valt (art. 2 lid 2 Kaderbesluit) aanleiding tot overlevering, ongeacht de strafbaarheid daarvan naar het recht van de uitvoerende lidstaat.³⁰⁴¹

Indien een fiscaal delict niet onder een lijstfeit valt, maar voldoet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit, hangt het van het recht van de uitvoerende lidstaat af of voor de overlevering strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat is vereist (art. 2 lid 4 Kaderbesluit). Heeft de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk gesteld van de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht, dan mag “terzake van retributies en belastingen, douane en deviezen (...) de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel niet worden geweigerd op grond van het feit dat de uitvoerende lidstaat niet dezelfde soort retributies of belastingen heft, of niet dezelfde soort regelgeving inzake retributies, belasting, douane en deviezen kent als de uitvaardigende lidstaat” (art. 4 onder 1, tweede zinsnede Kaderbesluit). Deze bepaling komt overeen met art. 2 lid 2 Tweede Aanvullend Protocol en art. 6 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst. Waar voor de overlevering wegens een fiscaal delict strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat vereist is, hangt de overlevering dus niet af van analogische transformatie van de soort en wijze van heffing.

Nederland heeft de zinsnede met betrekking tot de dubbele strafbaarheid van fiscale delicten niet omgezet,³⁰⁴² maar een redelijke en kaderbesluitconforme uitleg van art. 7 OLW brengt mee, dat de overleveringsrechter bij de beantwoording van de vraag of het fiscale delict naar Nederlands recht strafbaar is art. 4 onder 1, tweede zinsnede Kaderbesluit in acht neemt.³⁰⁴³ Art. 7 lid 3 OLW, dat onder een Nederlands strafbaar feit mede verstaat een feit waardoor inbreuk is gemaakt op de rechtsorde van de uitvaardigende lidstaat, terwijl krachtens de Nederlandse wet “eenzelfde inbreuk” op de Nederlandse rechtsorde strafbaar is, biedt daartoe voldoende ruimte. Voldoende is immers dat de buitenlandse strafbaarstelling *in de kern* hetzelfde rechtsgoed beoogt te beschermen als een

³⁰⁴⁰ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

³⁰⁴¹ Zie Rb. Amsterdam 28 april 2006, LJN AW5616 (de feiten, *Steuerhinterziehung von Umsatzsteuer und Lohnsteuer*, leveren op de lijstfeiten *fraude, met inbegrip van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, zoals bedoeld in de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen en oplichting*; Rb. Amsterdam 23 september 2011, LJN BT2715 (het feitencomplex, dat naar Frans recht onder meer strafbaar is gesteld bij art. 414 van de Code des Douanes, levert het lijstfeit *illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen* op).

³⁰⁴² Zie voor kritiek *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 11. De Nederlandse mededeling dat men “will follow the Framework Decision in practice” levert volgens de Commissie niet een correcte implementatie van het Kaderbesluit op.

³⁰⁴³ Glerum 2005, p. 60; Sanders 2011, p. 181.

Nederlandse strafbaarstelling (zie Hoofdstuk VII.3.4.2 en paragraaf 2). In de praktijk lijkt de dubbele strafbaarheid van fiscale delicten nauwelijks problemen op te leveren.³⁰⁴⁴

XVIII.4 Conclusie

Gezien de onderbouwing van de fiscale exceptie, dwingen de in Hoofdstuk IV gesignaleerde grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke erkenning niet tot het maken van een uitzondering op de verplichting tot overlevering, indien het EAB betrekking heeft op een fiscaal delict. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten dwingt niet rechtstreeks tot weigering van de overlevering wegens fiscale delicten. Weigering van de overlevering wegens fiscale delicten vloeit evenmin rechtstreeks voort uit het *ne bis in idem* beginsel. Ten slotte raakt weigering van de overlevering wegens fiscale delicten niet aan de omstandigheden dat de rechtsmachtregelingen van de lidstaten niet zijn geharmoniseerd en dat een sluitende regeling van conflicterende rechtsmachtuitoefening ontbreekt.

Het beginsel van wederzijdse erkenning berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Met dat vertrouwen strookt in elk geval niet dat een lidstaat andere lidstaten ziet als potentiële - economische - concurrenten, wier staatsfinanciën hij daarom niet wenst te ondersteunen door de overlevering voor fiscale delicten. Waar in het uitleveringsrecht een dergelijk argument al nauwelijks waarde heeft, gezien de steeds toenemende economische verwevenheid en economische samenwerking tussen staten, geldt dit eens te meer in het overleveringsrecht. De Europese Unie beoogt immers één interne markt tot stand te brengen (art. 3 lid 3 VEU)³⁰⁴⁵ en omvat al een douane-unie (art. 28 lid 1 VWEU). Daarbij komt dat de Europese Unie, hoewel zij (nog) geen fiscale Unie is, harmonisatiebevoegdheden heeft op het gebied van de fiscale bepalingen van de lidstaten inzake indirecte belastingen die rechtstreeks van invloed zijn op de interne markt (zie art. 113 VWEU). Ten slotte financieren de lidstaten de Europese Unie mede door de

³⁰⁴⁴ Rb. Amsterdam 28 april 2006, *LJN* AW5616 (de feiten, *Steuerhinterziehung von Umsatzsteuer und Lohnsteuer*, leveren op de lijstfeiten *fraude*, met inbegrip van *fraude* waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, zoals bedoeld in de Overeenkomst van 26 juli 1995 aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen en oplichting en zijn naar Nederlands recht strafbaar gesteld bij de art. 68 en 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen); Rb. Amsterdam 24 november 2006, *LJN* BD5210 (overtreding van art. 73 van het Belgische BTW-wetboek is in Nederland strafbaar gesteld bij art. 69 Algemene wet inzake rijksbelastingen); Rb. Amsterdam 16 maart 2007, *LJN* BD2825 (feiten naar Nederlands recht onder meer strafbaar gesteld bij art. 69 Algemene wet inzake rijksbelastingen); Rb. Amsterdam 13 april 2007, *LJN* BB0203 (kennelijk viel het materiële feit (invoer van verdovende middelen in Frankrijk) naar Frans recht tevens onder douanebepalingen; de rechtbank oordeelde onder verwijzing naar HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589 dat het materiële feit naar Nederlands recht onder de bepalingen van de Opiumwet viel); Rb. Amsterdam 8 oktober 2008, *LJN* BF9084 (de opgeëiste persoon zou als enig aandeelhouder en directeur van een Duitse vennootschap de Duitse belastingwet hebben overtreden; dit is naar Nederlands recht strafbaar gesteld bij art. 69 Algemene wet inzake rijksbelastingen); Rb. Amsterdam 1 juni 2010, *LJN* BQ5702 (het feitencomplex, smokkel van verboden goederen, valt naar Frans recht onder een strafbaarstelling in de douanewetgeving; gelet op de bestendige rechtspraak van de Hoge Raad in uitleveringszaken, beoogt die strafbaarstelling in de kern hetzelfde rechtsgoed te beschermen als art. 2 onder A van de Opiumwet). Anders Rb. Amsterdam 24 juni 2005, *LJN* AT8402 (waarin de overleveringsrechter de in paragraaf 2 besproken rechtspraak over het hoofd zag). Zie ook Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7994 (de rechtbank weigert de overlevering ter zake van het niet doen van belastingaangifte, “nu de dubbele strafbaarheid niet getoetst kan worden wegens het ontbreken van de Hongaarse strafbepaling in het EAB”).

³⁰⁴⁵ Murschetz 2007a, p. 368. Zie ook Gleß & Biehler 2002, p. 569-570.

opbrengsten uit BTW en douaneheffingen, zodat justitiële samenwerking op dat gebied ook om die reden voor de hand ligt.³⁰⁴⁶

Het andere argument voor de fiscale exceptie - het voorkomen van problemen bij de toetsing van de dubbele strafbaarheid - legt op zichzelf al weinig gewicht in de schaal, omdat - voor zover het delict al niet onder een lijstfeit valt - een inperking van de reikwijdte van de toetsing van de dubbele strafbaarheid van fiscale delicten zulke problemen kan voorkomen, een inperking waarin het Kaderbesluit dan ook voorziet (zie art. 4 onder 1 Kaderbesluit). Deze inperking “faciliteert” bovendien “alleen maar de overlevering van gezochte personen, *in overeenstemming met het (...) beginsel van wederzijdse erkenning (...)*”.³⁰⁴⁷

Ik kom dan ook tot de conclusie dat het ontbreken van de fiscale exceptie in het overleveringsrecht geen verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

³⁰⁴⁶ Murschetz 2007a, p. 368-369.

³⁰⁴⁷ Vgl. HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer, r.o. 59.

HOOFDSTUK XIX Militair delict

XIX.1 Inleiding

XIX.2 Militair delict in het uitleveringsrecht

XIX.3 Conclusie

XIX.1 Inleiding

Het uitleveringsrecht bevat een dwingende weigeringsgrond inzake militaire delicten. Een vergelijkbare weigeringsgrond ontbreekt in het overleveringsrecht.³⁰⁴⁸ In zoverre verschilt het overleveringsrecht dus van het uitleveringsrecht. Voor zover een militair delict valt onder de regeling van de lijstfeiten (art. 2 lid 2 Kaderbesluit), geeft het aanleiding tot overlevering, zonder dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit daarvan de strafbaarheid naar haar recht mag toetsen. Voor zover een militair delict niet onder de lijstfeiten valt en voldoet aan art. 2 lid 1 Kaderbesluit, hangt het van de wetgeving van de uitvoerende lidstaat af of voor overlevering strafbaarheid naar het recht van die lidstaat vereist is (art. 2 lid 4 Kaderbesluit).³⁰⁴⁹

In paragraaf 2 zal ik de uitleveringsrechtelijke regeling schetsen en zal ik de ratio van die regeling bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de vraag beantwoorden of het gesignaleerde verschil tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

XIX.2 Militair delict in het uitleveringsrecht

Art. 4 EUV sluit “offences under military law which are not offences under ordinary criminal law” uit van het toepassingsbereik van het Europees Verdrag betreffende uitlevering. Voor deze delicten vindt dus geen uitlevering plaats. Zoals volgt uit de tekst van art. 4 EUV (“offences (...) which are not offences under ordinary criminal law”), heeft deze bepaling alléén betrekking op de zogenaamde *zuivere* militaire delicten. Een zuiver militair delict is een strafbaar feit dat alleen een militair kan begaan op grond van zijn militaire dienstverband,³⁰⁵⁰ zoals desertie,³⁰⁵¹ ongeoorloofde afwezigheid³⁰⁵² en het niet opvolgen van een bevel.³⁰⁵³ Gemengde militaire delicten vallen daarentegen wel onder het Europees Verdrag betreffende uitlevering: een door een militair begaan strafbaar feit dat *tevens* onder het *commune* strafrecht van de verzoekende staat en van de aangezochte staat valt,³⁰⁵⁴ is niet een militair delict als bedoeld in art. 4 EUV.³⁰⁵⁵ Het gaat bij deze gemengde delicten veelal om *commune* strafbare feiten waarbij de militaire hoedanigheid van de dader ingevolge het militaire strafrecht strafverzwarend werkt,³⁰⁵⁶ bijvoorbeeld gekwalificeerde vormen van

³⁰⁴⁸ Von Bubnoff 2005, p. 36; Glerum 2005, p. 44; Murschetz 2007a, p. 368; Zeder 2003, p. 382.

³⁰⁴⁹ Murschetz 2007a, p. 368.

³⁰⁵⁰ Linke 1983, p. 51; Murschetz 2007a, p. 227; Schwaighofer 1988, p. 118; Swart 1986, p. 280; Thomas 1980, p. 219; Thomas 1998, p. 102. Verdedigd wordt wel dat ook niet-militaire deelnemers aan een zuiver militair delict mogen profiteren van de weigeringsgrond: Glerum, par. 91.8.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Schomburg/Hackner, § 7 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 8, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Schwaighofer 1988, p. 119.

³⁰⁵¹ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 28-29. Zie ook Gilbert 1991, p. 101; Glerum, par. 91.8.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter en Van Woensel; Linke 1983, p. 51; Murschetz 2007a, p. 227; Schwaighofer 1988, p. 118; Swart 1986, p. 280; Thomas 1980, p. 219.

³⁰⁵² Glerum, par. 91.8.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Swart 1986, p. 280. Zie HR 12 april 1983, NJ 1983, 590 (“ein eigenmächtiges entfernen von der Truppe”).

³⁰⁵³ Murschetz 2007a, p. 227; Schwaighofer 1988, p. 118; Swart 1986, p. 280.

³⁰⁵⁴ HR 12 april 1983, NJ 1983, 590, r.o. 5.1.

³⁰⁵⁵ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 28.

³⁰⁵⁶ Linke 1983, p. 51; Murschetz 2007a, p. 227; Schwaighofer 1988, p. 119; Swart 1986, p. 280.

diefstal zoals strafbaar gesteld bij de art. 154-156 Wetboek van Militair Strafrecht.³⁰⁵⁷ De samenhang tussen een algemeen delict of een gemengd militair delict en een zuiver militair delict - zoals verduistering van een dienstwapen in samenhang met desertie - brengt niet mee dat het commune delict of gemengde militaire delict deelt in het lot van het zuivere militaire delict.³⁰⁵⁸

Art. 11 lid 4 UW bepaalt dat “(m)ilitaire delicten die niet tevens misdrijven naar algemeen Nederlands recht zijn” niet tot uitlevering kunnen leiden, “tenzij bij verdrag uitdrukkelijk anders is bepaald”. Ook deze bepaling heeft dus alleen betrekking op zuivere militaire delicten, maar, anders dan het Europees Verdrag betreffende uitlevering, laat zij de mogelijkheid van uitlevering wegens zulke militaire delicten open.

Ter onderbouwing van deze weigeringsgrond is in de literatuur een aantal argumenten aangevoerd. Op de eerste plaats zou een *internationaal belang* bij de bestrijding van zuiver militaire delicten ontbreken, anders dan bij de bestrijding van *commune* strafbare feiten.³⁰⁵⁹ De uitlevering wegens een zuiver militair delict levert de ondersteuning van de militaire macht van de verzoekende staat op,³⁰⁶⁰ hetgeen niet in het eigen belang van de aangezochte staat is,³⁰⁶¹ omdat de verzoekende staat een potentiële vijand is.³⁰⁶² Een ander argument is dat de exceptie van het militaire delict de aangezochte staat in de gelegenheid stelt neutraal te blijven ten opzichte van de, wellicht omstreden,³⁰⁶³ interne militaire politiek van de verzoekende staat. Zonder de exceptie, zou de aangezochte staat de toelaatbaarheid van de uitlevering voor een zuiver militair delict moeten onderzoeken en zou de uitkomst van dat onderzoek hetzij als steun aan die interne militaire politiek (in geval van uitlevering), hetzij als een afkeuring daarvan en dus als een inmenging in de binnenlandse aangelegenheden van de verzoekende staat (in geval van weigering van de uitlevering) kunnen worden aangemerkt.³⁰⁶⁴

Ook is wel aangevoerd dat het ontbreken van “normidentiteit”, dat wil zeggen van dubbele strafbaarheid, de bestaansreden voor de weigeringsgrond vormt,³⁰⁶⁵ maar mijns inziens kan dit argument de weigeringsgrond niet verklaren. Indien dit inderdaad de ratio van de weigeringsgrond zou zijn, zou deze overbodig zijn, nu het Europees Verdrag betreffende uitlevering al de eis van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid stelt. Evenmin kan in het algemeen als grond voor de weigeringsgrond dienen dat militairen van een vreemde natie die met goedkeuring van een andere staat op zijn grondgebied zijn gestationeerd immuniteit van de jurisdictie van die staat genieten.³⁰⁶⁶ Inderdaad zijn militairen van de verzoekende staat in beginsel onttrokken aan de jurisdictie van de ontvangende staat,³⁰⁶⁷ zodat deze staat hen niet mag uitleveren - tenzij bij verdrag anders is

³⁰⁵⁷ Glerum & Rozemond 2008a, p. 240; Rummelink 1990, p. 142. De omstandigheid dat art. 155 WMSr een *lex specialis* is ten opzichte van art. 310 Sr, maakt de diefstal niet tot een zuiver militair delict: Swart 1986, p. 280.

³⁰⁵⁸ Glerum, par. 91.8.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

³⁰⁵⁹ Swart 1986, p. 280; Schwaighofer 1988, p. 118.

³⁰⁶⁰ Rummelink 1990, p. 142.

³⁰⁶¹ Heimgartner 2002, p. 116.

³⁰⁶² Thomas 1980, p. 219.

³⁰⁶³ Schwaighofer 1988, p. 118.

³⁰⁶⁴ Murschetz 2007a, p. 227; Schomburg/Hackner, § 7 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 3, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

³⁰⁶⁵ Strijards 1988, p. 147.

³⁰⁶⁶ In deze zin kennelijk Strijards 1988, p. 147 (“Bovendien geniet de dader immuniteit”).

³⁰⁶⁷ Van Elst & Orië 2008, p. 89-90; Rummelink 1990, p. 154; Strijards 1988, p. 31.

bepaald; zie bijvoorbeeld het NAVO-statusverdrag -,³⁰⁶⁸ maar niet iedere militair van een vreemde staat die zich op het grondgebied van een andere staat bevindt, geniet deze immuniteit. Men denke bijvoorbeeld aan een militair die na het begaan van het zuivere militaire delict naar het grondgebied de aangezochte staat is *gevlucht*. Verder is wel naar voren gebracht dat de ratio van de weigeringsgrond erin is gelegen te voorkomen dat de opgeëiste persoon door een “special court” - een uitzonderingsgerecht zoals een militaire rechtbank - wordt berecht.³⁰⁶⁹ Aan deze opvatting ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat de opgeëiste persoon van een dergelijk gerecht niet een eerlijk proces zal kunnen krijgen.³⁰⁷⁰ Het is evenwel niet noodzakelijkerwijs zo dat zuiver militaire delicten steeds onder de rechtsmacht van zo een uitzonderingsgerecht vallen of dat de rechtsgang voor zo een gerecht steeds tot een oneerlijk proces leidt. Ten slotte is wel aangevoerd dat de weigeringsgrond de gewetensvrijheid beoogt te beschermen van hen die zich tegen de militaire dienst verzetten.³⁰⁷¹ Als zelfstandige grond voor de weigeringsgrond schiet dit argument naar mijn mening zijn doel ver voorbij. Indien een staat al de uitlevering wenst te weigeren, omdat zijn opvattingen over gewetensbezwaren tegen de militaire dienst ruimer zijn dan die van de verzoekende staat, dan is de *algehele* uitsluiting van de uitlevering wegens zuiver militaire delicten daartoe niet een geëigend middel. Van deze uitsluiting profiteren immers ook anderen dan gewetensbezwaarden.

Voor de Nederlandse wetgever weegt het belang van de weigeringsgrond weliswaar zwaar, maar niet zo zwaar dat hij de uitsluiting van uitlevering wegens zuiver militaire delicten onder alle omstandigheden wenst te handhaven. Art. 11 lid 4 UW laat immers de mogelijkheid open dat het toepasselijke verdrag uitdrukkelijk anders bepaalt. Bovendien bepaalt art. 11 lid 5 UW dat art. 11 lid 4 UW, voor zover betrekking hebbend op militaire delicten,³⁰⁷² niet van toepassing is op uitlevering aan België of Luxemburg. Het Benelux uitleveringsverdrag bevatte namelijk géén weigeringsgrond inzake militaire delicten. Onder dit verdrag was de uitlevering wegens een zuiver militair delict als desertie dus mogelijk, voor zover aan de eis van gekwalificeerde dubbele strafbaarheid was voldaan³⁰⁷³ en voor zover zich geen andere weigeringsgrond voordeed. Ten aanzien van desertie bepaalde het verdrag bovendien uitdrukkelijk dat desertie niet als een politiek misdrijf zou worden beschouwd (art. 3 lid 1 onder b BUV), waaruit eens te meer volgde dat voor dit zuiver militaire delict de uitlevering in beginsel mogelijk was. De nauwe verbondenheid tussen de landen van de Benelux was ongetwijfeld de reden dat de hiervoor genoemde onderbouwing van de exceptie niet toepasselijk werd geacht in de verhoudingen tussen België, Luxemburg en Nederland.³⁰⁷⁴

Voor zover het NAVO-statusverdrag van toepassing is, kan een zuiver militair delict wel tot “overlevering” van een militair door de ontvangende staat aan de bezoekende staat leiden.³⁰⁷⁵ Deze rechtsfiguur laat ik verder buiten beschouwing (zie Hoofdstuk II.2.1).

³⁰⁶⁸ Verdrag tussen de Staten die partij zijn bij het Noord-Atlantisch Verdrag, nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten, Londen, 19 juni 1951, *Trb.* 1951, 114.

³⁰⁶⁹ Poncet & Gully-Hart 1986, p. 487.

³⁰⁷⁰ Zie over uitzonderingsrechten Swart 1986, p. 328.

³⁰⁷¹ Gilbert 1991, p. 101. Vgl. Swart 1992a, p. 526, die geen bezwaar heeft tegen opheffing van de exceptie, *mits* een uitzondering wordt gemaakt voor “refusal to perform military service for reasons of conscience”.

³⁰⁷² Art. 11 lid 4 UW heeft ook betrekking op fiscale delicten (zie Hoofdstuk XVIII).

³⁰⁷³ Zie Schutte 1977, p. 30-31; Swart 1986, p. 154.

³⁰⁷⁴ Rimmelink 1990, p. 142.

³⁰⁷⁵ Zie Glerum, par. 91.8.2 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Glerum & Rozemond 2008a, p. 240; Swart 1986, p. 241; Thomas 1980, p. 220.

XIX.3 Conclusie

In deze slotparagraaf zal ik de vraag beantwoorden of het ontbreken van een weigeringsgrond inzake zuiver militaire delicten verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Zoals is gebleken in Hoofdstuk IV, zijn er drie grenzen aan de reikwijdte van dit beginsel: de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, het *ne bis in idem* beginsel en het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten. Zou één van deze grenzen de weigeringsgrond kunnen verklaren, dan zou het ontbreken daarvan in het overleveringsrecht verbazing kunnen wekken. Zulks is evenwel niet het geval.

Hoewel in de literatuur wel is aangevoerd dat de weigeringsgrond een - oneerlijke en partijdige - berechting door een uitzonderingsgerecht beoogt te voorkomen, biedt dit argument op zichzelf onvoldoende verklaring voor de weigeringsgrond. Het hoeft immers niet zo te zijn dat de berechting van zuiver militaire delicten steeds door zo een gerecht plaatsvindt of dat die berechting steeds oneerlijk en partijdig is. Tussen de weigeringsgrond en de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten bestaat dan ook geen rechtstreeks verband. Het *ne bis in idem* beginsel vergt op zichzelf evenmin dat de overlevering wegens zuiver militaire delicten uitgesloten zou moeten zijn. Ten slotte valt de weigeringsgrond inzake zuiver militaire delicten evenmin rechtstreeks in verband te brengen met het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten. De grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning brengen dus niet mee dat een uitzondering op dat beginsel zou moeten worden gemaakt voor de overlevering ter zake van zuiver militaire delicten.

Het beginsel van wederzijdse erkenning berust op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Dat vertrouwen vloeit onder meer voort uit de waarden die de lidstaten delen (zie art. 2 VEU), uit de omstandigheid dat de lidstaten alle partij zijn bij het EVRM en uit de gelding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor de lidstaten voor zover zij het Unierecht uitvoeren (zie 6 VEU). Die hoge mate van vertrouwen is niet alleen van belang voor de justitiële samenwerking in strafzaken, maar vormt ook de grondslag voor de steeds grotere rol die de Unie op andere gebieden speelt. Zo heeft de Unie een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (art. 24 lid 1 VEU), waarvan een gemeenschappelijk veiligheids- en defensiebeleid een integrerend deel uitmaakt (art. 42 lid 1 VEU). Dat laatste beleid omvat de geleidelijke bepaling van een gemeenschappelijk defensiebeleid van de Unie en kan leiden tot een gemeenschappelijke defensie (art. 42 lid 2 VEU). De huidige Uniestructuur vormt dan ook een etappe “in het proces van totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa” (art. 1 VEU).

Het argument dat de uitvoerende lidstaat geen eigen belang zou hebben bij de overlevering wegens een zuiver militair delict of dat een dergelijke overlevering een potentiële vijand zou kunnen ondersteunen, past overduidelijk niet bij dat steeds hechtere, op een hoge mate van vertrouwen gebaseerde verbond tussen de lidstaten. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de wens om ten opzichte van de wellicht omstreden militaire politiek van de uitvaardigende lidstaat neutraal te kunnen blijven. De opvattingen van de uitvaardigende lidstaat over het militaire strafrecht mogen dan anders of strenger zijn dan die van de uitvoerende lidstaat, dit vormt geen reden om zuiver militaire delicten uitsluitend vanwege hun aard van overlevering uit te sluiten.

MILITAIR DELICT

Ik concludeer dan ook dat het ontbreken van een weigeringsgrond inzake zuiver militaire delicten in het overleveringsrecht geen verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

HOOFDSTUK XX Politiek delict

XX.1 Inleiding

XX.2 Politiek delict in het uitleveringsrecht

XX.2.1 Ratio en regelingen

XX.2.2 Uitzondering en uitsluiting

XX.3 Conclusie

XX.1 Inleiding

Het uitleveringsrecht kent een dwingende weigeringsgrond met betrekking tot politieke delicten. Een vergelijkbare weigeringsgrond ontbreekt in het overleveringsrecht.³⁰⁷⁶ Aangezien het Kaderbesluit niet een uitdrukkelijke voorziening inzake politieke delicten bevat en de weigeringsgronden *limitatief* zijn neergelegd in de art. 3-4 bis Kaderbesluit,³⁰⁷⁷ kan de politieke aard van het strafbare feit op zichzelf geen aanleiding geven tot weigering van de overlevering.³⁰⁷⁸ In dit opzicht wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht.

In paragraaf 2 zal ik de uitleveringsrechtelijke regeling van het politieke delict schetsen en zal ik de ratio van die regeling bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de vraag beantwoorden of het gesignaleerde verschil tussen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

XX.2 Politiek delict in het uitleveringsrecht

XX.2.1 Ratio en regelingen

Art. 3 lid 1 EUV bepaalt dat de uitlevering niet zal worden toegestaan, “if the offence in respect of which it is requested is regarded by the requested Party as a political offence or as an offence connected with a political offence”. Art. 3 lid 1 BUV bevatte een vergelijkbare bepaling. Ook art. 11 lid 1 UW verklaart dat de uitlevering “voor strafbare feiten van

³⁰⁷⁶ Alegre & Leaf 2003, p. 46; Blekxtoon 2004a, p. 27; Dewulf 2009, p. 191; Fichera 2011, p. 82; Glerum 2005, p. 44; Murschetz 2007a, p. 367; Smeulders 2003, p. 246; Tinkl 2008, p. 199; Zeder 2003, p. 382.

³⁰⁷⁷ HvJ EG 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, NJ 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

³⁰⁷⁸ Dat heeft een aantal lidstaten er niet van weerhouden toch de exceptie van het politieke delict op te nemen in de implementatiewetgeving. Italië heeft de exceptie als een dwingende weigeringsgrond opgenomen, omdat de Italiaanse grondwet de uitlevering wegens politieke delicten verbiedt. De weigeringsgrond heeft geen betrekking op genocide, terroristische bomaanslagen en de in art. 1 EVT bedoelde strafbare feiten. Zie Impalà 2005, p. 67 en p. 75. Het evaluatieverslag over Italië noemt deze weigeringsgrond “contrary to the text and spirit of the Framework Decision, which stipulates an exhaustive number of grounds for refusal in Articles 3 and 4”: *Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations “The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between member states”: Report on Italy*, Council Document 5832/2/09, 18 March 2009, p. 76. De Poolse grondwet verbiedt de uitlevering wegens niet gewelddadige strafbare feiten die uit politieke motieven zijn begaan. Omdat het Poolse Constitutionele Tribunaal heeft geoordeeld dat overlevering een vorm van uitlevering is, heeft Polen zijn implementatiewetgeving aangevuld met een dwingende weigeringsgrond met betrekking tot dergelijke strafbare feiten. Zie *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979, p. 10; Nalewajko 2007, p. 115-116. Volgens het evaluatieverslag over Polen is deze weigeringsgrond “in complete opposition to the principle of mutual recognition and, more generally, to the setting up of an area of freedom, security and justice”: *Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations “The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between member states”: Report on Poland*, Council Document 14240/2/07, 7 February 2008, p. 35.

politieke aard, met inbegrip van daarmee samenhangende feiten” niet is toegestaan. Deze weigeringsgrond staat mede ter beoordeling van de uitleveringsrechter.³⁰⁷⁹

Het verbod op uitlevering voor politieke delicten rust op drie pijlers.³⁰⁸⁰ Historisch berust de weigeringsgrond op de wens van de na de Franse revolutie ontstane democratische staten om niet mee te werken aan de vervolging en bestraffing van personen die zich verzetten tegen autocratische en repressieve regimes, omdat zij zichzelf juist aan zulke regimes ontworsteld hadden.³⁰⁸¹ Ten tweede geeft de exceptie van het politieke delict de aangezochte staat de mogelijkheid om zich afzijdig te houden van interne onlusten en politieke meningsverschillen in de verzoekende staat.³⁰⁸² Door de exceptie kan de aangezochte staat zijn neutraliteit ten opzichte van die onlusten en meningsverschillen handhaven. De uitlevering ter zake van een politiek delict zou namelijk kunnen worden beschouwd als een validatie van het heersende regime, hetgeen niet in het belang van de aangezochte staat is. De politieke delinquent van heden kan immers het regeringshoofd van morgen zijn. Uitlevering van een politieke delinquent zou dan ook in het heden de ongewenste aandacht van geestverwanten van de uitgeleverde politieke delinquent op de aangezochte staat kunnen vestigen, terwijl zij in de toekomst de verhoudingen met de verzoekende staat nadelig zou kunnen beïnvloeden. De derde rechtvaardiging van de exceptie van het politieke delict berust op de vrees dat de politieke delinquent in de verzoekende staat geen eerlijke en onpartijdige berechting zal krijgen.³⁰⁸³ Het politieke delict is immers gericht tegen het staatsbestel van die staat.

Gezien deze drie pijlers, beoogt de exceptie van het politieke delict - in elk geval - de belangen van de aangezochte staat te beschermen. Ook de derde pijler heeft betrekking op die belangen: het is immers niet in het belang van de aangezochte staat om mee te moeten werken aan een berechting die - mogelijk - in strijd is met zijn rechtsopvattingen over een eerlijke en onpartijdige berechting. Die derde pijler brengt daarnaast mee dat de politieke exceptie ook tot bescherming van de belangen van de opgeëiste persoon strekt.³⁰⁸⁴

Door het algemene verbod op uitlevering voor politieke delicten hoeft de aangezochte staat in een concreet geval van weigering van de uitlevering bijvoorbeeld niet te expliciteren dat hij het delict als een legitieme daad van verzet tegen een onrechtvaardig regime beschouwt of dat hij vreest dat de verzoekende staat de opgeëiste persoon niet een eerlijk en onpartijdig proces zal geven.³⁰⁸⁵ Heeft de verzoekende staat vastgesteld dat het feit waarop een uitleveringsdelict betrekking heeft een politiek delict oplevert, dan weigert hij om die reden de uitlevering. Dit abstraheren van de bestaansgronden van de exceptie - Swart spreekt van het “abstractiefenomeen” - werkt in het voordeel van de aangezochte staat én van de opgeëiste persoon. Het abstractiefenomeen werkt in het voordeel van de aangezochte staat, omdat een onderzoek naar de vraag of bijvoorbeeld het verzet legitiem is of de te verwachten berechting oneerlijk of partijdig lastig is en omdat een bevestigende beantwoording van die vraag een waardeoordeel vormt dat de betrekkingen met de verzoekende staat zou kunnen belasten. De

³⁰⁷⁹ Zie bijv. HR 20 december 1988, *NJ* 1989, 702, waarin de Hoge Raad, na partiële vernietiging van de uitspraak *a quo*, de uitlevering ontoelaatbaar verklaart ter zake van een politiek delict, en HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), waarin de Hoge Raad, na vernietiging van de uitspraak *a quo*, een beroep op de exceptie onderzoekt en verwerpt.

³⁰⁸⁰ Van Den Wijngaert 1979, p. 8-9.

³⁰⁸¹ Keijzer 1979, p. 14; Keijzer 1999, p. 162; Murschetz 2007a, p. 221; Swart 1986, p. 246-247.

³⁰⁸² Keijzer 1979, p. 14; Keijzer 1999, p. 162; Murschetz 2007a, p. 22; Swart 1986, p. 247-249.

³⁰⁸³ Dewulf 2009, p. 53; Keijzer 1979, p. 14-15; Keijzer 1999, p. 162; Murschetz 2007a, p. 221; Schwaighofer 1988, p. 109; Swart 1986, p. 251.

³⁰⁸⁴ Anders Tinkl 2008, p. 199.

³⁰⁸⁵ Swart 1986, p. 252-255.

opgeëiste persoon profiteert van het abstractiefenomeen, omdat hij niet hoeft aan te tonen dat zijn handelen een legitieme daad van verzet was of dat zijn berechting naar alle waarschijnlijkheid oneerlijk of partijdig zal zijn.

Uit de drie pijlers van de exceptie van het politieke delict volgt dat deze exceptie alleen kan worden ingeroepen tegen de staat waartegen de opgeëiste persoon zich heeft verzet.³⁰⁸⁶ De exceptie ziet dus alléén op feiten die *ten aanzien van de verzoekende staat* zijn aan te merken als politieke delicten of daarmede samenhangende strafbare feiten.³⁰⁸⁷

Het is de aangezochte staat die bepaalt of de uitlevering is verzocht ter zake van een politiek delict (art. 3 lid 1 EUV). Uit de wetsgeschiedenis van de Uitleveringswet blijkt dat politieke delicten zijn: “1°. delicten, die ingevolge hun wettelijke omschrijving steeds - dus onafhankelijk van de omstandigheden van het geval - als zodanig zijn aan te merken (de staatkundige delicten in engere zin); 2°. delicten, die in concreto zijn gericht op het tweewebbrengen van veranderingen in het politieke bestel; 3°. delicten, begaan ten einde een feit als onder 1° en 2° bedoeld mogelijk te maken, dan wel aan vervolging deswege, of aan discriminatoire vervolging, te ontkomen”.³⁰⁸⁸

De literatuur en de rechtspraak hanteren evenwel overwegend een *vierdeling*: absolute politieke delicten, complexe politieke delicten, connexe politieke delicten en relatieve politieke delicten. De *absolute* politieke delicten zijn strafbare feiten die zich *uitsluitend* tegen het functioneren of de veiligheid van de staat en zijn instellingen richten en die, na analogische transformatie, als zodanig naar Nederlands recht strafbaar³⁰⁸⁹ zijn gesteld,³⁰⁹⁰ zoals een aanslag tegen de grondwettige regeringsvorm (art. 94 Sr),³⁰⁹¹ het door geweld of bedreiging met geweld de ministerraad dwingen tot het nemen of het niet nemen van een besluit (art. 95a Sr)³⁰⁹² of het verijdelen van een stemming bij krachtens wettelijk voorschrift uitgeschreven verkiezingen (art. 129 Sr).³⁰⁹³ Deze politieke delicten, de staatkundige delicten in engere zin zoals bedoeld in de Kamerstukken, leiden tot weigering van de uitlevering “onafhankelijk van de omstandigheden van het geval”, vanwaar deze

³⁰⁸⁶ Swart 1986, p. 263; R Emmelink 1990, p. 113-114.

³⁰⁸⁷ HR 14 december 1971, *NJ* 1974, 50, m.nt. ALM (uitlevering verzocht door België wegens diefstal met braak in de Marokkaanse ambassade in Brussel, bedreiging van de Marokkaanse ambassadeur en poging tot diefstal met braak ten nadele van de Marokkaanse ambassadeur); HR 8 november 1977, *NJ* 1978, 35, m.nt. ThWvV (uitlevering verzocht door Ierland wegens poging tot beroving van een postkantoor in Ierland, welk strafbaar feit de opgeëiste persoon zou hebben begaan om wapens te kunnen kopen, teneinde de Britten uit Noord-Ierland te verdrijven); HR 10 september 1991, *NJ* 1991, 825, r.o. 9.3 (uitlevering verzocht door Duitsland wegens medeplegen aan deelneming aan een criminele organisatie (*Provisional Irish Republican Army*) in het kader van *Bestrebungen gegen die Sicherheit der Truppen des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland*).

³⁰⁸⁸ Kamerstukken I 1967, 8054, nr. 9, p. 3.

³⁰⁸⁹ Is het feit niet strafbaar naar Nederlands recht, dan komt de uitleveringsrechter vanzelfsprekend niet meer toe aan de beoordeling van de exceptie van het politieke delict.

³⁰⁹⁰ Zie de Titels I (“Misdrifven tegen de veiligheid van de Staat”), II (“Misdrifven tegen de koninklijke waardigheid”), III (“Misdrifven tegen hoofden van bevriende Staten en andere hoogwaardigheidsbekleders”) en IV (“Misdrifven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten”) van Boek II van het Wetboek van Strafrecht. Volgens Swart 1986, p. 261, valt ook te denken aan bepaalde misdrijven in het Wetboek van Militair Strafrecht. Hij heeft daarbij kennelijk het oog op Titel I (“Misdrifven tegen de veiligheid van de Staat”) van Boek II van het Wetboek van Militair Strafrecht, in het bijzonder op art. 78 WMSr (verspieding).

³⁰⁹¹ HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 399, m.nt. N. Keijzer; HR 9 oktober 2012, *LJN* BX6945.

³⁰⁹² HR 8 mei 1978, *NJ* 1978, 314, m.nt. ThWvV (Folkerts).

³⁰⁹³ HR 20 december 1988, *NJ* 1989, 702, r.o. 6.3-6.4.

delicten *absolute* politieke delicten worden genoemd (zie echter paragraaf 2.2).³⁰⁹⁴ De *complexe* delicten zijn politieke delicten die tegelijkertijd een absoluut politiek delict en een algemeen delict opleveren, zoals de aanslag op het leven van het staatshoofd, die naar Nederlands recht zowel onder art. 93 Sr als onder artikel 287 of 289 Sr (jo. art. 45 of 46 Sr) valt.³⁰⁹⁵ De complexe politieke delicten leiden evenals absolute politieke delicten tot weigering van de uitlevering (zie echter paragraaf 2.2). *Connexe* politieke delicten zijn delicten die noch absoluut noch complex politiek van aard zijn, maar die nauw samenhangen met een absoluut of een complex politiek delict. Zij zijn bijvoorbeeld begaan om een absoluut of complex politiek delict mogelijk te maken.³⁰⁹⁶ Een connex politiek delict kan niet tot uitlevering leiden (maar zie paragraaf 2.2). *Relatieve* politieke delicten hebben evenmin als connexe politieke delicten een absolute of complexe politieke aard. Relatieve politieke delicten zijn commune strafbare feiten met een politiek aspect. Zij zijn gericht op het tweewegbrengen van verandering in het politieke bestel, maar staan, anders dan de connexe politieke delicten, in een minder nauw verband tot een absoluut of complex delict. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of een dergelijk delict tot uitlevering aanleiding kan geven, hetgeen de benaming *relatief* politiek delict verklaart.³⁰⁹⁷

Voor het aannemen van een relatief politiek delict is vereist dat het commune feit, gelet op de omstandigheden waaronder het is begaan, een *overwegend* politiek karakter heeft.³⁰⁹⁸ Indien het nagestreefde einddoel politiek van aard is, heeft het commune feit een politiek aspect, waarvan moet worden nagegaan of dat aspect *predomineert*.³⁰⁹⁹ Bij die beoordeling spelen de - geobjectiveerde - motieven van de opgeëiste persoon, het effect van zijn handelen en de subsidiariteit en proportionaliteit van zijn handelen een rol. De Hoge Raad onderscheidt de volgende factoren: (1) is het feit begaan in een strijd om of tegen de overheidsmacht, (2) bestaat er een rechtstreeks, nauw en duidelijk verband tussen het feit en het beoogde politieke einddoel, (3) bestaat er evenredigheid tussen dat doel en de door het feit aangetaste rechtsgoederen, (4) zou het feit in de redelijke voorstelling van de dader rechtstreeks (kunnen) leiden tot het beoogde politieke einddoel en (5) is het feit in diezelfde voorstelling de enige mogelijkheid ter verwezenlijking van het beoogde politieke

³⁰⁹⁴ Swart 1986, p. 261.

³⁰⁹⁵ Glerum, par. 91.8.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Glerum & Rozemond 2008a, p. 241; R Emmelink 1990, p. 99; Swart 1986, p. 261.

³⁰⁹⁶ HR 8 mei 1978, NJ 1978, 314, m.nt. ThWvV (Folkerts): de ontvoering van de voorzitter van de Duitse Werkgeversbond om de regering van de Bondsrepubliek Duitsland te dwingen elf terroristen vrij te laten is een absoluut politiek delict (art. 45 jo. 95a Sr). Het - nagenoeg - tegelijkertijd doden van de vier begeleiders van de ontvoerde, in rechtstreekse en nauwe samenhang met de ontvoering en met het oogmerk om die ontvoering mogelijk te maken, levert een connex politiek delict op. Zie ook HR 20 december 1988, NJ 1989, 702, r.o. 6.3-6.5: de aanslag op een verkiezingslokaal levert een absoluut politiek delict op (art. 129 Sr). De daarmee onder meer gepaard gaande mishandeling van verkiezingsfunctionarissen en zaaksbeschadiging zijn kennelijk tegelijkertijd en in rechtstreekse en nauwe samenhang met het absolute politieke delict begaan en leveren dus connexe politieke delicten op.

³⁰⁹⁷ Keijzer 1979, p. 16; Swart 1986, p. 262.

³⁰⁹⁸ HR 9 november 1976, NJ 1977, 75, m.nt. ThWvV (ten aanzien van art. 7 NI-Frankrijk); HR 8 mei 1978, NJ 1978, 314, m.nt. ThWvV (Folkerts); HR 8 mei 1978, NJ 1978, 315, m.nt. ThWvV (Wackernagel); HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.9.

³⁰⁹⁹ Gesproken wordt daarom van de predominantie: Glerum & Rozemond 2008a, p. 262; R Emmelink 1990, p. 102; Van der Wilt 1996, p. 175-176; punt 65 van de conclusie van de A-G Wortel vóór HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir)

einddoel.³¹⁰⁰ De eisen die de rechtspraak aan het relatieve politieke delict stelt, brengen mee dat van deze categorie van politiek delict maar zeer zelden sprake zal zijn.³¹⁰¹

XX.2.2 Uitzondering en uitsluiting

Indien de aangezochte staat van oordeel is dat het feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht een “political offence” of een “offence connected with a political offence” oplevert, dan moet hij de uitlevering weigeren (art. 3 lid 1 EUV; art. 3 lid 1 BUV; art. 11 lid 1 UW). In wezen betekent de dwingende weigering van de uitlevering ter zake van politieke delicten dat de veronderstellingen die aan de exceptie ten grondslag liggen - de drie in paragraaf 2.1 besproken pijlers - onweerlegbaar zijn.

Met betrekking tot de eerste pijler kan men opmerken dat het niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te zijn, dat een politieke delinquent probeert een autocratisch en repressief regime, dat geen ruimte voor geweldloos verzet laat, omver te werpen. Hij kan er evengoed op uit zijn om een democratisch staatsbestel te vervangen door een dictatuur.³¹⁰² Bovendien is in het licht van de eerste pijler immuniteit van uitlevering moeilijk te verdedigen, indien de politieke delinquent bij zijn streven naar een politieke omwenteling - ook indien dat een democratische omwenteling is - personen treft die volledig buiten de politieke strijd staan. Sympathie voor de gedragingen van politieke delinquenten die over lijken gaan om hun politieke doelstelling te bereiken, is misplaatst.³¹⁰³ Tegen de tweede pijler kan men inbrengen dat de verzoekende staat waarschijnlijk niet geneigd zal zijn om de weigering van de uitlevering op grond van de *politieke* exceptie van een persoon die hij als een *commune* misdadiger ziet, als een neutrale daad te zien. Hoewel de politieke exceptie de neutraliteit van de aangezochte staat beoogt te waarborgen, kan de verzoekende staat de toepassing daarvan uitleggen als het kiezen van partij tegen de verzoekende staat. Voor zover de verzoekende staat en de aangezochte staat gelijkaardige politieke instellingen kennen en nauw met elkaar samenwerken, verliest de neutraliteitsgeachte bovendien aan kracht. Ten slotte valt tegen de derde pijler waarop de exceptie berust aan te voeren dat de strafvervolging van een politieke delinquent op zichzelf nog geen inbreuk maakt of hoeft te maken op zijn fundamentele rechten en vrijheden.

Toepassing van de politieke exceptie kan dus tot gevolg hebben dat de opgeëiste persoon ontsnapt aan vervolging en bestraffing, zeker indien de aangezochte staat hem niet kan vervolgen wegens het ontbreken van rechtsmacht, ongeacht of het handelen van de opgeëiste persoon vanuit een democratisch standpunt sympathie verdient en ongeacht of hij door de uitlevering aan een schending van zijn fundamentele rechten zou worden blootgesteld.

In de loop van de tijd is dan ook een aantal oplossingen ontwikkeld om deze gevolgen tegen te gaan, onder instandhouding van de exceptie. Één van de oplossingen is de introductie van strenge criteria voor de beoordeling of sprake is van een politiek delict of een daarmee samenhangend strafbaar feit. De beoordeling van het relatieve politieke delict vormt daarvan een voorbeeld (zie paragraaf 2.1). Een andere oplossing is de toepassing van

³¹⁰⁰ HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.9. Zie ook HR 8 mei 1978, NJ 1978, 315, m.nt. ThWvV (Wackernagel); HR 8 mei 1978, NJ 1978, 314, m.nt. ThWvV (Folkerts); HR 8 mei 1978, NJ 1978, 315, m.nt. ThWvV (Wackernagel); HR 28 februari 1984, NJ 1984, 497, r.o. 5.3.

³¹⁰¹ Glerum, par. 91.8.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

³¹⁰² Keijzer 1999, p. 164; R Emmelink 1990, p. 98.

³¹⁰³ Keijzer 1979, p. 23; R Emmelink 1990, p. 98; Van der Wilt 1996, p. 171.

het beginsel *aut dedere aut iudicare*: indien de verzoekende staat de uitlevering ter zake van een politiek weigert, moet hij zelf de opgeëiste persoon vervolgen. Een derde oplossing, ten slotte, is het “depolitiseren” van bepaalde gedragingen: voor de toepassing van uitlevering mogen de verdragspartijen deze gedragingen niet beschouwen als politieke delicten of daarmee samenhangende strafbare feiten.

Een vroeg voorbeeld van depolitiseren vormt de zogenaamde attentaatclausule. De aangezochte staat mag de aanslag op het leven van een staatshoofd of van leden van zijn familie niet beschouwen als een politiek delict of een daarmee samenhangend feit (art. 3 lid 3 EUV; art. 3 lid 2 onder a BUV; art. 11 lid 2 UW).³¹⁰⁴ Keijzer concludeert dat kennelijk op dit punt de internationale solidariteit tussen staten en staatshoofden het wint van de drie pijlers waarop de exceptie van het politieke delict berust.³¹⁰⁵

Na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog kwam men tot de conclusie dat sommige strafbare feiten zo verwerpelijk waren, dat deze geen immuniteit van uitlevering mochten meebrengen. Zo depolitiseert het Verdrag inzake de voorkoming en bestrijding van genocide het misdrijf van genocide, het samenspannen om genocide te plegen, het aanzetten tot genocide, de poging tot genocide en de medeplichtigheid aan genocide.³¹⁰⁶ Het Europees Verdrag betreffende uitlevering houdt al rekening met dergelijke verdragsrechtelijke verplichtingen: art. 3 lid 4 EUV bepaalt namelijk dat de toepassing van art. 3 EUV de verplichtingen, die de partijen bij multilaterale verdragen op zich hebben genomen of op zich zullen nemen, niet aantast. Het *Explanatory report* wijst in dit verband naar het Verdrag inzake de voorkoming en bestrijding van het misdrijf van genocide.³¹⁰⁷ Het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende uitlevering depolitiseert de in het Verdrag inzake de voorkoming en bestrijding van genocide bedoelde misdrijven tegen de menselijkheid (genocide e.d.), “grave breaches” van de Verdragen van Genève en vergelijkbare schendingen van de wetten of gebruiken van de oorlog die ten tijde van de inwerkingtreding van het Eerste Aanvullend Protocol golden of bestonden.³¹⁰⁸ Los van dit Protocol leveren de in de Wet internationale misdrijven omschreven strafbare feiten - waaronder genocide (art. 3 WIM), “grave breaches” van de Verdragen van Genève en van Aanvullend Protocol (I) bij die verdragen (art. 5 leden 1 en 2 WIM) en oorlogsmisdrijven die zijn begaan in een niet-internationaal gewapend conflict (art. 6 WIM) - evenmin politieke delicten op. Art. 3 lid 1 EUV laat het immers aan de aangezochte staat over om te bepalen of sprake is van een politiek delict. Art. 12 WIM verklaart dat de in de Wet internationale misdrijven omschreven strafbare feiten niet als politieke delicten worden beschouwd.³¹⁰⁹

³¹⁰⁴ Swart 1986, p. 268-269; Van Den Wijngaert 1979, p. 221-226.

³¹⁰⁵ Keijzer 1979, p. 15.

³¹⁰⁶ Art. VII van het Verdrag. Zie Swart 1986, p. 270.

³¹⁰⁷ Extradition: European standards 2006, p. 22. Art. 3 lid 3 BUV bevatte een vergelijkbare bepaling.

³¹⁰⁸ Swart 1986, p. 270-272; Van Den Wijngaert 1979, p. 228-237. Nederland heeft gebruikt gemaakt van de in art. 6 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol gegeven bevoegdheid om de bepalingen inzake het politieke misdrijf niet te aanvaarden. De reden daarvoor is dat de derde categorie van gedepolitiseerde strafbare feiten (vergelijkbare schendingen van de wetten of gebruiken van de oorlog) ook strafbare feiten omvat die in niet-internationale gewapende conflicten zijn begaan. Het zou echter moeilijk vast te stellen zijn of sprake is van algemene interne onlusten of van een niet-internationaal gewapend conflict (*Kamerstukken II 1979/80*, 15 965, nrs. 10-3, p. 7). De bezwaren richten zich uitsluitend tegen de derde categorie, maar het Eerste Aanvullend Protocol voorziet niet in de mogelijkheid van een partieel voorbehoud en laat slechts de keuze tussen het al dan niet aanvaarden van het hele art. 1.

³¹⁰⁹ Het lijkt mij dat daarmee de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol (zie vorige noot) achterhaald is. Op grond van art. 3 lid 1 EUV, in samenhang met art. 12 WIM, zal Nederland

Het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme³¹¹⁰ roept de *verplichting* in het leven om bepaalde ernstige strafbare feiten - kapingen van luchtvaartuigen; aanslagen op internationaal beschermde personen; gijzelingen en strafbare feiten die met gebruikmaking van bepaalde wapens zijn gepleegd die gevaar voor personen opleveren³¹¹¹ - te beschouwen als niet politiek van aard (art. 1 EVT).³¹¹² Het Verdrag *staat* de partijen *toe* om als niet politiek van aard te beschouwen andere ernstige geweldsdaaden die gericht zijn tegen het leven of de vrijheid van personen dan wel die beogen personen lichamelijk letsel toe te brengen, alsmede andere ernstige strafbare feiten gericht tegen goederen die gemeen gevaar voor personen opleveren (art. 2 EVT).³¹¹³ De verplichting van art. 1 EVT heeft naar de letter betrekking op alle categorieën van politieke delicten, maar indien een *absoluut* politiek delict bestaat uit één van de in art. 1 EVT genoemde strafbare feiten, dan zal dat delict tegelijkertijd een algemeen strafbaar feit opleveren. Alsdan kan dus - ten hoogste - sprake zijn van een complex politiek delict.³¹¹⁴

De partijen bij het verdrag mogen zich het recht voorbehouden om de uitlevering te weigeren wegens een in art. 1 EVT bedoeld strafbaar feit dat zij als een politiek delict, een met een politiek delict samenhangend feit of als een feit ingegeven door politieke motieven beschouwen (art. 13 lid 1 EVT). Zij zijn dan wel gehouden om bij de beoordeling van de aard van het strafbare feit rekening te houden met kenmerken die het strafbare feit een bijzonder ernstig gewicht verlenen, waarvan art. 13 lid 1 EVT er een aantal bij wijze van voorbeeld opsomt: “that it created a collective danger to the life, physical integrity or liberty of persons”, “that it affected persons foreign to the motives behind it” of “that cruel or vicious means have been used in the commission of the offence”. Nederland heeft het in art. 13 lid 1 EVT bedoelde voorbehoud gemaakt.³¹¹⁵ Ondanks de facultatieve formulering van het

oorlogsmisdrijven die in een niet-internationaal gewapend conflict begaan zijn niet mogen beschouwen als politieke delicten.

³¹¹⁰ Nederland heeft het Protocol tot wijziging van het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme geratificeerd, maar dit Protocol is nog niet in werking getreden.

³¹¹¹ Bommen en (hand-)granaten, raketten, automatische vuurwapens, bombrieven of bompakjes. Het gaat hierbij niet alleen om wapens die “in den blinde kunnen doden” of op niet gerichte wijze worden gebruikt: HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.12.

³¹¹² Uiteraard geldt die verplichting alléén in de uitleveringsbetrekkingen tussen partijen bij het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme. Zie Hof van Cassatie van België 19 oktober 2005, P.05.1272.F, beschikbaar op www.cass.be (cassatie van een arrest van het Hof van Beroep te Brussel, dat het beroep op de exceptie van het politieke delict had verworpen onder verwijzing naar het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme, terwijl de verzoekende staat, Marokko, daarbij geen partij was).

³¹¹³ Keijzer 1979; Swart 1986, p. 272-279; Van Den Wijngaert 1979, p. 243-248.

³¹¹⁴ Het hangt in een dergelijk geval van de uitleg van het uitleveringsverzoek af of de verzoekende staat *uitsluitend* de uitlevering begeert voor een absoluut politiek delict, in welk geval het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme niet van toepassing is, dan wel voor een complex politiek delict of - mede - voor connexe of relatieve politieke delicten. Zie HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 399, m.nt. N. Keijzer; HR 9 oktober 2012, *LJN* BX6945.

³¹¹⁵ Heeft de verzoekende staat een voorbehoud ex art. 13 lid 1 EVT gemaakt, dan mag de aangezochte staat wederkerigheid toepassen (art. 13 lid 3 EVT). Op de aangezochte staat rusten dan ten aanzien van de in art. 1 EVT bedoelde strafbare feiten niet meer verplichtingen dan op de verzoekende staat in een omgekeerd analoog geval zouden rusten (zie Hoofdstuk XXIII). Art. 11 lid 3 UW, dat onder meer uitvoering geeft aan art. 1 EVT, brengt zulks tot uitdrukking door art. 11 lid 1 UW (de politieke exceptie) niet van toepassing te verklaren op de uitlevering “aan een staat die gehouden is in een overeenkomstig geval uitlevering aan Nederland niet te weigeren wegens de politieke aard van het feit”. De verzoekende staat die een voorbehoud ex art. 13 lid 1 EVT heeft gemaakt, is niet een in art. 11 lid 3 UW bedoelde staat (*Kamerstukken*

Nederlandse voorbehoud, is het aan de uitleveringsrechter om te beoordelen of een onder art. 1 EVT vallend strafbaar feit een politiek delict oplevert.³¹¹⁶ Art. 13 lid 1 EVT noemt kenmerken die in de Nederlandse rechtspraak ook een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een relatief politiek delict.³¹¹⁷ Voor de relatieve politieke delicten brengt art. 13 lid 1 EVT dus niet veel verandering, maar voor de complexe en connexe politieke delicten leidt deze bepaling tot een inperking van de reikwijdte van de exceptie.³¹¹⁸ Dergelijke delicten leiden onder art. 13 lid 1 EVT niet zonder meer tot weigering van de uitlevering.³¹¹⁹

Weigert de aangezochte staat de uitlevering wegens een in art. 1 EVT bedoeld strafbaar feit, dan is hij zonder uitzondering verplicht om de zaak zonder onnodig uitstel ter vervolging voor te leggen aan zijn bevoegde autoriteiten (art. 7 EVT). Het verdrag huldigt dus ten aanzien van de in art. 1 EVT bedoelde strafbare feiten het beginsel *primo dedere, secundo iudicare*.³¹²⁰ Het verdrag bevat daarom voor de staat op wiens grondgebied de vermoedelijke dader zich bevindt de verplichting tot het vestigen van rechtsmacht over een in art. 1 EVT bedoeld strafbaar feit (art. 6 lid 1 EVT), maar alléén voor het geval dat die staat een verzoek om uitlevering, afkomstig van een verdragspartij die zijn vervolgingsrecht baseert op een rechtsmachtregel die ook voorkomt in het recht van de aangezochte staat, heeft afgewezen. Art. 552hh leden 1 en 2 Sv geeft uitvoering aan art. 7 EVT: het ter zake van een in art. 1 EVT bedoeld strafbaar feit afgewezen verzoek om uitlevering van een zich in Nederland bevindende persoon wordt beschouwd als een ingewilligd verzoek tot strafvervolging. Art. 4a lid 1 Sr³¹²¹ geeft uitvoering aan art. 6 lid 1 EVT en voorziet erin dat Nederland rechtsmacht heeft over dat strafbare feit.³¹²²

De dwingende formuleringen van art. 3 lid 1 EUV en art. 11 lid 1 UW staan eraan in de weg dat Nederland gebruik maakt van de in art. 2 EVT gegeven *bevoegdheid* om andere ernstige geweldsdaaden dan de in art. 1 EVT bedoelde strafbare feiten te depolitiseren. Art. 2 EVT derogeert niet aan deze bepalingen, zodat art. 2 EVT geen gevolgen heeft voor de in die bepaling genoemde strafbare feiten.³¹²³

II 1979/80, 15 972, nrs. 1-3, p. 20). Op de uitlevering aan die staat blijft dus art. 3 lid 1 EUV, in verbinding met art. 11 lid 1 UW, van kracht. Zie verder Swart 1986, p. 277-278.

³¹¹⁶ HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.7.

³¹¹⁷ HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.8.

³¹¹⁸ Swart 1986, p. 273. Zie voor de toepassing van art. 13 lid 1 EVT op complexe en relatieve politieke delicten HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir), r.o. 3.4.3-3.4.14. De A-G Jörg is van mening dat art. 13 lid 1 EVT ook van toepassing is op absolute politieke delicten: punt 83 van zijn conclusie vóór HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir).

³¹¹⁹ De opmerking dat Nederland het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme nooit heeft toegepast op uitleveringsverzoeken (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 102 (R 1787), nr. 6, p. 1) is onjuist. In HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir) paste de Hoge Raad immers art. 13 lid 1 EVT en het Nederlandse voorbehoud toe, met als resultaat dat het beroep op de politieke exceptie werd verworpen.

³¹²⁰ Van der Wilt 1996, p. 178.

³¹²¹ *Kamerstukken II* 1979/80, 15 972, nrs. 1-3, p. 20-21; Van Elst 2011, (T&C Isr), art. 4a Wetboek van Strafrecht, aant. 3a en 4a.

³¹²² Nu de burgerlijke rechter de uitlevering van het PKK-kopstuk Kesbir had verboden vanwege dreigende schending van art. 3 EVRM en nu dit verbod in cassatie standhield (HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip), kwam op Nederland de verplichting tot vervolging van Kesbir te rusten (althans voor zover zij zich nog in Nederland bevond): punt 7 van de noot van A.H. Klip onder HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277; Klip & Massa 2010, p. 86, noot 370.

³¹²³ Swart 1986, p. 278.

Het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme, dat is opgesteld in het kader van de Raad van Europa, berust op de gedachte dat de leden van de Raad van Europa gelijkgezinde pluralistische open democratieën zijn en dat alle leden van de Raad van Europa vertrouwen hebben in elkanders rechtspleging.³¹²⁴ Gewelddadig verzet tegen het pluralistische en open democratische bestel van de verzoekende staat verdient dan ook niet de sympathie van de aangezochte staat.³¹²⁵ Omdat de leden van de Raad van Europa zich hebben verenigd in een internationale organisatie die tot doel heeft om gezamenlijk hun democratische verworvenheden te verdedigen tegen aantasting van buitenaf en van binnenuit, moet gewelddadig verzet tegen het democratische bestel van één van hen al de anderen aangaan. De neutraliteitsgedachte levert dus onvoldoende grond op om de uitlevering wegens politieke delicten te weigeren.³¹²⁶ Ten slotte bestaat onvoldoende grond om uit te gaan van een onweerlegbaar vermoeden van oneerlijke en partijdige berechting in de verzoekende staat, gezien het vertrouwen dat de leden van de Raad van Europa hebben in elkanders rechtspleging. Alle leden van de Raad van Europa zijn immers partij bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.³¹²⁷ Daarbij dient te worden bedacht dat ten tijde van de totstandkoming van het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme niet alle leden van de Raad van Europa het individuele klachtrecht hadden erkend en dat bovendien niet alle leden de rechtsmacht van het Europees Hof hadden aanvaard.³¹²⁸ Desondanks bestond destijds kennelijk al voldoende vertrouwen om de in artikel 1 EVT genoemde strafbare feiten te depolitiseren.

Nederland is partij bij een reeks van andere internationale en Europese verdragen die gericht zijn op de voorkoming en bestrijding van terroristische gedragingen. Deze verdragen bevatten alle bepalingen die de in die verdragen bedoelde strafbare feiten depolitiseren (zie art. 11 lid 3 UW).

Art. 5 lid 1 van de nooit in werking getreden EU-uitleveringsovereenkomst leek voor wat betreft de lidstaten van de Europese Unie het eindpunt van de ontwikkeling tot depolitiseren te zijn: de lidstaten mochten *geen enkel strafbaar feit* nog als een politiek delict beschouwen. Deze bepaling schafte dus de exceptie van het politieke delict af en zette de art. 3 lid 1 EUV, art. 3 lid 1 BUV en de art. 1 en 2 EVT opzij. Als grond voor deze afschaffing voerde het *Toelichtend Rapport* aan dat de overeenkomsten in de politieke opvattingen van de lidstaten en het fundamentele vertrouwen dat de lidstaten hadden in de werking van hun strafrechtelijke handhavingssystemen tot een heroverweging van de handhaving van de exceptie van het politieke delict hadden geleid.³¹²⁹ In wezen berustte art. 5 lid 1 EU-uitleveringsovereenkomst dus op dezelfde gedachten als art. 1 EVT. Gezien de overeenkomsten in de politieke opvattingen van de lidstaten, kon en mocht de aangezochte lidstaat niet sympathiseren met gedragingen die strekten tot omverwerping van het democratische regeringsbestel van de verzoekende lidstaat. De neutraliteitsgedachte had om dezelfde reden geen betekenis meer in de verhouding tussen de lidstaten. Gezien het fundamentele vertrouwen in de strafrechtspleging in de lidstaten, was voor een onweerlegbaar vermoeden van een oneerlijke en partijdige berechting in de verzoekende lidstaat geen plaats meer.

³¹²⁴ *Kamerstukken II* 1981/82, 15 971, nr 10. p. 39.

³¹²⁵ Swart 1992b, p. 185.

³¹²⁶ Keijzer 1979, p. 23; Swart 1992b, p. 185-186.

³¹²⁷ Swart 1992b, p. 186.

³¹²⁸ Zie Keijzer 1979, p. 24-25.

³¹²⁹ *PbEG* 1997, C 191/18.

Die gelijkgestemde politieke opvattingen en dat vertrouwen waren kennelijk toch nog niet van dien aard, dat de lidstaten bereid waren om de exceptie *geheel* los te laten.³¹³⁰ Art. 5 lid 2 van de Overeenkomst gaf de lidstaten namelijk de mogelijkheid om zich het recht van weigering van de uitlevering wegens politieke delicten voor te behouden. Daarvan waren dan weer uitgezonderd de in de art. 1 en 2 EVT bedoelde strafbare feiten. Ook indien een lidstaat het in art. 5 lid 2 van de Overeenkomst bedoelde voorbehoud had gemaakt, zoals Nederland, mocht hij dus de uitlevering ter zake van dergelijke feiten niet weigeren op grond van de exceptie van het politieke delict. Voor de lidstaat die gebruik had gemaakt van lid 2, waren de in de art. 1 en 2 EVT bedoelde strafbare feiten gedepolitiseerd. In wezen mocht zo een lidstaat de uitlevering alleen nog weigeren wegens absolute politieke delicten en - kort gezegd - geweldloze complexe, connexe en relatieve politieke delicten.³¹³¹ Uit de leden 1 en 2 volgde dat de lidstaten zich niet langer op een eventueel voorbehoud ex art. 13 lid 1 EVT konden beroepen (art. 5 lid 4 EU-uitleveringsovereenkomst).

Zowel het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme (art. 5) als de EU-uitleveringsovereenkomst (art. 5 lid 3) laten het traditionele verbod op uitlevering in geval van dreigende discriminatoire vervolging of bestraffing wegens - bijvoorbeeld - de politieke gezindheid van de opgeëiste persoon, de zogenaamde anti-discriminatieclausule, onberoerd. Nederland *moet* dus de uitlevering weigeren, indien het uitleveringsverzoek is gedaan met de bedoeling de opgeëiste persoon te vervolgen of te straffen op grond van zijn ras, godsdienst, nationaliteit of politieke gezindheid dan wel indien zijn positie om één van deze redenen ongunstig dreigt te worden beïnvloed (art. 3 lid 2 EUV). Ondanks de gelijkgezinde politieke opvattingen en het vertrouwen in elkanders rechtspleging, blijkt ook hieruit een zekere behoedzaamheid van de (lid)staten ten opzichte van elkaar,³¹³² ook al benadrukken het *Toelichtend Rapport* bij het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme³¹³³ en het *Toelichtend Rapport* bij de EU-uitleveringsovereenkomst³¹³⁴ dat discriminatoire vervolging of bestraffing in een lidstaat van de Raad van Europa respectievelijk van de Europese Unie onwaarschijnlijk is.³¹³⁵ De anti-discriminatieclausule heb ik behandeld in Hoofdstuk V.5.1.

De restrictieve benadering van het relatieve politieke delict (zie paragraaf 2.1) en de in deze subparagraaf besproken uitzonderingen brengen mee dat - in elk geval in de uitleveringsverhoudingen binnen Europa - de betekenis van de exceptie van het politieke delict sterk aan betekenis heeft ingeboet.³¹³⁶ De nadruk ligt niet meer zozeer op de politieke

³¹³⁰ Vgl. Gleß & Biehler 2002, p. 596.

³¹³¹ Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat tot de Overleveringwet heeft geleid, was de Minister van Justitie van mening dat art. 5 lid 2 EU-uitleveringsovereenkomst de reikwijdte van de exceptie beperkte tot de absolute politieke delicten: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 12, p. 20; *Kamerstukken I* 2003/04, 29 042, C, p. 4.

³¹³² Zie Gleß & Biehler 2002, p. 596.

³¹³³ *Kamerstukken II* 1979/80, 15 971 (R 1133), nr. 4, p. 19.

³¹³⁴ *PbEG* 1997, C 191/19.

³¹³⁵ Swart 1986, p. 258, wijst op het paradoxale karakter van de anti-discriminatieclausule in het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme: enerzijds berust dit verdrag op vertrouwen in elkanders rechtspleging, anderzijds veronderstelt de anti-discriminatieclausule de mogelijkheid - hoe onwaarschijnlijk ook - van een geval waarin dit vertrouwen misplaatst is.

³¹³⁶ Keijzer 1999, p. 166; Glerum, par. 91.8.1 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Swart 1986, p. 246, die in 1986 al constateerde dat de exceptie op haar retour was; de A-G Wortel in punt 59 van zijn conclusie vóór HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip (Kesbir). A.H. Klip is zelfs van mening dat het arrest Kesbir het lot van de weigeringsgrond definitief bezegelt: deze exceptie "heeft geen enkele betekenis meer in het uitleveringsverkeer" (punt 16 van zijn noot).

aard van het strafbare feit als wel op de behandeling die de politieke delinquent als gevolg van dat feit in de verzoekende staat te wachten staat.³¹³⁷

XX.3 Conclusie

Het overleveringsrecht verschilt van het uitleveringsrecht, doordat het niet de exceptie van het politieke delict kent, ook al is de reikwijdte van deze weigeringsgrond door jurisprudentiële en verdragsrechtelijke ontwikkelingen gestaag ingeperkt en is het verschil tussen uit- en overleveringsrecht daardoor beperkt van omvang.

Gelet op de drie pijlers waarop de exceptie van het politieke delict berust, dwingen de in Hoofdstuk IV gesignaleerde grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen niet tot het maken van een uitzondering op de verplichting tot overlevering, indien het strafbare feit waarop het EAB betrekking heeft naar het oordeel van de uitvoerende rechterlijke autoriteit een politiek delict of een daarmee samenhangend strafbaar feit oplevert. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten dwingt niet rechtstreeks tot de weigering van de overlevering wegens een dergelijk delict. Die verplichting staat - voor zover hier van belang - alleen in de weg aan overlevering in geval van “substantial grounds for believing that there would be a real risk that [de opgeëiste persoon] would be exposed to (...) a “flagrant denial” of Article 6 rights” in de uitvaardigende lidstaat.³¹³⁸ De exceptie berust echter - onder meer - op het enkele en onweerlegbare *vermoeden* dat de berechting van een politieke delinquent oneerlijk of partijdig zal zijn, omdat het strafbare feit waarvoor de uitlevering wordt verzocht tegen de verzoekende staat gericht is, ongeacht of daarvoor in het concrete geval aanwijzingen bestaan. Weigering van de overlevering wegens een politiek delict vloeit evenmin rechtstreeks voort uit het *ne bis in idem* beginsel noch uit de omstandigheden dat de rechtsmachtregelingen van de lidstaten niet zijn geharmoniseerd en dat een sluitende regeling van conflicterende rechtsmachttuitoefening ontbreekt.

In de context van de Europese Unie rechtvaardigen die drie pijlers niet langer het voortbestaan van de exceptie.³¹³⁹ De erkenning van een recht van verzet tegen het staatkundige bestel van één van de lidstaten valt niet te rijmen met de waarden waarop de Unie is gegrondvest - zoals vrijheid, democratie, gelijkheid en eerbied voor de mensenrechten -, waarden die alle lidstaten gemeen hebben in een samenleving die onder meer gekenmerkt wordt door pluralisme (art. 2 VEU). Binnen de Europese Unie bestaat dus alleen ruimte voor rechtmatige politieke oppositie. In het onwaarschijnlijke geval van een toekomstige antidemocratische omwenteling in een lidstaat van de Europese Unie biedt art. 7 VEU, in samenhang met overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit, het politieke instrument om de overlevering aan die lidstaat op te schorten, totdat deze staat de gemeenschappelijke waarden van art. 2 VEU weer volledig onderschrijft (zie Hoofdstuk V.2.3.1). Bovendien zouden in een dergelijk geval de primairrechtelijke

³¹³⁷ A.H. Klip in punt 16 van zijn noot onder HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276 (Kesbir). Hij wijst erop dat het Protocol tot wijziging van het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme uitdrukkelijk de weigering van de uitlevering wegens dreigende foltering toelaat.

³¹³⁸ EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland).

³¹³⁹ Zo ook Hackner, § 82 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 3, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 367; Zeder 2003, p. 386 (“überholt”). Tinkl 2008, p. 199 acht vanuit het perspectief van de individuele rechtsbescherming het ontbreken van de weigeringsgrond niet bezwaarlijk, omdat naar haar mening de exceptie alleen statelijke belangen beschermt.

verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten (zie Hoofdstuk V.3.2.1) en de anti-discriminatieclausule (zie Hoofdstuk V.5.2) de verplichting tot overlevering aan zo een lidstaat beperken.³¹⁴⁰ Gezien het streven van de lidstaten om een “steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa”³¹⁴¹ tot stand te brengen en gezien de waarden die de lidstaten delen, heeft de neutraliteitsgedachte in de verhoudingen tussen de lidstaten zijn kracht verloren. Een aanval op het democratische en pluralistische staatsbestel van één lidstaat gaat alle andere lidstaten aan. Weigering om mee te werken aan de vervolging van een politieke delinquent uitsluitend vanwege het politieke karakter van het strafbare feit zou afbreuk doen aan die gemeenschappelijke waarden.³¹⁴² Ten slotte verdraagt het onweerlegbare vermoeden dat een politieke delinquent in de uitvaardigende lidstaat niet een eerlijke en onpartijdige berechting zal ontvangen zich niet met de hoge mate van vertrouwen waarop de regeling van het EAB berust.³¹⁴³ De lidstaten zijn immers alle partij bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Anders dan ten tijde van de totstandkoming van het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme en de EU-uitleveringsovereenkomst, zijn de uitoefening van het individuele klachtrecht en de rechtsmacht van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet meer afhankelijk van erkenning door de verdragspartijen.³¹⁴⁴ Bovendien zijn alle lidstaten gebonden aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (art. 6 lid 1 VEU), wanneer zij het recht van de Unie uitvoeren (art. 51 lid 1 Handvest). Een en ander rechtvaardigt dan ook juist het weerlegbare vermoeden dat een politieke delinquent wél een eerlijke en onpartijdige berechting zal genieten in een lidstaat van Europese Unie, ook al is het door hem begane strafbare feit tegen het staatsbestel van die lidstaat gericht,³¹⁴⁵ in plaats van het onweerlegbare vermoeden dat deze lidstaat de grondrechten niet zal eerbiedigen.³¹⁴⁶ Voor een dergelijk onweerlegbaar vermoeden is bovendien geen plaats in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, die de Unie haar burgers beoogt te bieden (art. 3 lid 2 VEU), omdat toepassing van zo een vermoeden ertoe kan leiden dat politieke delinquenten straffeloos blijven.

De kritiek dat het voor de uitvoerende lidstaat moeilijker zal zijn om de overlevering te weigeren op grond van dreigende schending van mensenrechten of op grond van de anti-discriminatieclausule dan op grond van de exceptie van het politieke delict, omdat deze exceptie een meer neutraal karakter heeft,³¹⁴⁷ deel ik niet. De beslissing op het EAB is opgedragen aan de uitvoerende *rechterlijke* autoriteit. Bij die beslissing is zij gebonden aan de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten en spelen overwegingen inzake de diplomatieke betrekkingen met de uitvaardigende lidstaat geen

³¹⁴⁰ In deze zin ook Murschetz 2007a, p. 367.

³¹⁴¹ Zie de preambule bij het Verdrag betreffende de Europese Unie.

³¹⁴² In deze zin ook Murschetz 2007a, p. 367-368.

³¹⁴³ Overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit. Zie ook Fichera 2011, p. 82 (“A further effect of the proclamation of mutual trust is the abolition of the political offence exception (...”).

³¹⁴⁴ Vgl. Keijzer 1979, p. 24-25 en p. 26-27. Keijzer sloot niet uit dat het uitleveringsverbod voor politieke delicten zou worden afgeschaft, maar stelde daarvoor als eis dat het wederzijdse vertrouwen in elkaanders naleving van de rechtsstaatidee een hechte basis had “in een supranationaal controlemechanisme dat die naleving garandeert”.

³¹⁴⁵ In deze zin ook Murschetz 2007a, p. 367.

³¹⁴⁶ Vgl. HvJ EU 21 december 2011, zaken C-411/10 en C-493/10 (N.S. e.a.), r.o. 75-86, ten aanzien van het weerlegbare vermoeden dat de lidstaten asielzoekers behandelen overeenkomstig het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, het VN-Vluchtelingenverdrag en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

³¹⁴⁷ Smeulers 2003, p. 246.

rol.³¹⁴⁸ Het argument dat het voor de opgeëiste persoon moeilijker is om aan te tonen dat hem een schending van zijn mensenrechten of een discriminatoire vervolging of bestraffing in de uitvaardigende lidstaat te wachten staat dan dat het door hem begane feit een politiek delict is, is ongetwijfeld juist,³¹⁴⁹ maar is naar mijn mening geen zelfstandige reden om *binnen de Europese Unie* de exceptie van het politieke delict in stand te houden,³¹⁵⁰ nu de drie pijlers waarop de exceptie rust haar voortbestaan *in die context* niet meer rechtvaardigen. Binnen de Europese Unie is niet langer het karakter van het strafbare feit relevant, maar alleen de behandeling die de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat te wachten staat.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat het ontbreken van de exceptie van het politieke delict in het overleveringsrecht geen verbazing wekt in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

³¹⁴⁸ De Kesbir-zaak, hoewel een uitleveringszaak, illustreert dit punt. Nadat de uitleveringsrechter het beroep op de politieke exceptie had verworpen (zie HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip) en de Minister van Justitie haar uitlevering aan Turkije had toegestaan, verbood de burgerlijke *rechter* die uitlevering wegens dreigende schending van art. 3 EVRM (zie HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip).

³¹⁴⁹ De omstandigheid dat het Europees Hof recentelijk Turkije op grond van art. 3 EVRM heeft veroordeeld “wegens niet opgehelderde mishandelingen van de politie ten aanzien van een persoon die dicht bij de Koerdische Arbeiderspartij P.K.K. staat”, is onvoldoende om aan te nemen dat een risico bestaat dat de uitlevering aan Turkije de positie van de opgeëiste persoon - een ander dan degene op wie het arrest van het Europees Hof betrekking heeft, maar wel vermeend lid van de PKK - ongunstig zal beïnvloeden wegens zijn politieke gezindheid: Hof van Cassatie van België 29 juli 2008, P.08.0985.F, beschikbaar op www.cass.be.

³¹⁵⁰ Vgl. de kritiek op het streven tot afschaffing van de exceptie in het uitleveringsrecht van Keijzer 1979, p. 24; Swart 1986, p. 257; Swart 1992b, p. 195; Van der Wilt 1996, p. 182.

HOOFDSTUK XXI Bijzondere hardheid/ernstige humanitaire redenen

XXI.1 Inleiding

XXI.2 Het uitleveringsrecht

XXI.3 Het overleveringsrecht

XXI.4 Conclusie

XXI.1 Inleiding

Uit- en overlevering grijpen doorgaans diep in het leven van de opgeëiste persoon in. Door de gedwongen fysieke verwijdering van het grondgebied van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat en de veelal daarop volgende vrijheidsbeneming in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat wordt de opgeëiste persoon afgesneden van zijn woon- en werkomgeving, van contact met familie en vrienden en van eventuele medische behandelingen die hij in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat ondergaat. Een en ander kan tot het verlies van werk en daarmee tot het verlies van inkomsten leiden, hetgeen weer tot gevolg kan hebben dat de opgeëiste persoon zijn woning in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat niet meer kan bekostigen. Dergelijke ongemakken zijn inherent aan de uit- en overlevering en staan daaraan op zichzelf niet in de weg. Bovendien zouden zulke ongemakken zich ook kunnen voordoen, indien de strafvervolgning of strafexecutie niet in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat, maar in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat zou plaatsvinden. Desondanks treffen het uitleveringsrecht en het overleveringsrecht voorzieningen voor gevallen waarin de gevolgen van de uitlevering van *bijzondere* hardheid zouden zijn voor de opgeëiste persoon respectievelijk waarin *ernstige* humanitaire redenen aan feitelijke overlevering in de weg zouden staan.

Dergelijke voorzieningen houden niet rechtstreeks verband met het *ne bis in idem* beginsel of met het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten. Tussen dergelijke voorzieningen en de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten bestaat daarentegen wel een verband. Voor zover de gevolgen van uit- of overlevering van dien aard zijn, dat de uit- of overlevering zelf in strijd met die verplichting zou zijn, staat die verplichting immers aan uit- of overlevering in de weg. Zo kan de uit- of overlevering van een ernstig zieke opgeëiste persoon in strijd zijn met de art. 2 en 3 EVRM, indien de uit- of overlevering “present(s) a threat to his life”.³¹⁵¹ De uit- of overlevering van een ernstig zieke persoon kan - onder “very exceptional circumstances” - eveneens een schending van art. 3 EVRM opleveren, indien de betrokken persoon niet de noodzakelijke medische behandeling en verzorging zou kunnen verkrijgen in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat.³¹⁵² De wijze waarop de uit- of overlevering van bijvoorbeeld een jeugdige persoon wordt geëffectueerd, kan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM opleveren.³¹⁵³ Uit- of overlevering kan daarnaast “in exceptional circumstances” een schending van het recht van de opgeëiste persoon op eerbiediging van zijn privé-, familie- of gezinsleven, als bedoeld in art. 8

³¹⁵¹ Zie ECRM 15 december 1977, N/ 1978, 381, m.nt. E.A. Alkema (Gallagher/Nederland). De Commissie was overigens van oordeel dat Nederland de art. 2 en 3 EVRM niet had geschonden. Zie ook punt 20 van de *Joint dissenting opinion of Judges Tulkens, Bonello and Spielmann* bij EHRM (Grote Kamer) 27 mei 2008, nr. 26565/05 (N./Verenigd Koninkrijk): “Indeed, the deportation of an “applicant on his or her death bed” would *in itself* be inconsistent with the absolute provision of Article 3 of the Convention”.

³¹⁵² Zie EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96 (D./Verenigd Koninkrijk), § 46-54: uitzetting van een terminaal zieke persoon naar St. Kitts. Het Europees Hof kwam in deze zaak tot het oordeel dat de uitzetting in strijd zou zijn met art. 3 EVRM. Zie voor een overzicht van ’s Hof’s rechtspraak over de uitzetting van personen die “seriously ill” zijn EHRM (Grote Kamer) 27 mei 2008, 26565/05 (N./Verenigd Koninkrijk), § 32-41 (in géén van deze zaken, de zaak N./Verenigd Koninkrijk inclusief, was naar het oordeel van het Europees Hof sprake van “very exceptional circumstances”).

³¹⁵³ Zie EHRM 28 november 1996, nr. 23366/94 (Nsona/Nederland), § 94-99: de - deels onbegeleide - uitzetting van een negenjarig meisje naar Zaïre. Het Europees Hof kwam tot de conclusie dat, hoewel sprake moest zijn geweest van een “distressing experience”, de wijze van uitzetting geen onmenselijke of vernederende behandeling opleverde.

EVRM, opleveren.³¹⁵⁴ Het gaat in de genoemde gevallen niet zozeer om de behandeling die de opgeëiste persoon - naar de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat weet of redelijkerwijs moet vermoeden - in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat ten deel zal vallen (oneerlijke berechting, foltering e.d.), als wel om het handelen of nalaten van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat zelf (zie Hoofdstuk V.2.1.1). Dergelijke schendingen van art. 2, 3 of 8 EVRM zouden tegelijkertijd gevallen van bijzondere hardheid respectievelijk ernstige humanitaire redenen kunnen opleveren.

Tegen deze achtergrond zal ik in dit hoofdstuk onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre de overleveringsrechtelijke regeling inzake ernstige humanitaire redenen afwijkt van de uitleveringsrechtelijke regeling inzake bijzondere hardheid. Van de eventuele verschillen en overeenkomsten zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst de regeling in het Europees Verdrag betreffende uitlevering en de Uitleveringswet bespreken. In paragraaf 3 zal ik vervolgens de regeling in het Kaderbesluit en de Overleveringswet uiteenzetten. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 uit het voorgaande de conclusies trekken en de onderzoeksvragen beantwoorden.

XXI.2 Het uitleveringsrecht

Het Europees Verdrag betreffende uitlevering bevat niet een weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid. Bij het ontwerpen van het verdrag werd voorgesteld een bepaling op te nemen die weigering van de uitlevering toestond “if the arrest and surrender of the person claimed [were] likely to cause him consequences of exceptional gravity and thereby cause concern on humanitarian grounds particularly by reasons of his age or state of health”, maar dit voorstel werd verworpen. Wel zou een partij op grond van art. 26 lid 1 EUV een voorbehoud van een dergelijke strekking mogen maken, bijvoorbeeld bij art. 1 EUV.³¹⁵⁵

Nederland heeft inderdaad zo een voorbehoud gemaakt. Dit voorbehoud luidt: “The Netherlands Government reserves the right to refuse extradition on humanitarian grounds if it would cause particular hardship to the person claimed, for example, because of his youth, advanced age or state of health”.³¹⁵⁶ Het wetsvoorstel dat tot de Uitleveringswet heeft geleid, bevatte - aanvankelijk - niet een weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid. Wel kende het wetsvoorstel een tweetal bepalingen die op humanitaire overwegingen waren gebaseerd: de dwingende weigeringsgrond inzake de doodstraf (art. 8 UW) en de dwingende weigeringsgrond inzake gevaar voor discriminatie (art. 10 lid 1 UW). Bijzondere hardheid vanwege de jeugdige leeftijd, hoge ouderdom of ernstige ziekte of invaliditeit van de opgeëiste persoon kon in het systeem van het voorstel op zichzelf dan ook niet tot weigering van de uitlevering leiden. Volgens de Memorie van Toelichting moest erop worden vertrouwd dat in gevallen waarin tegen de uitlevering overwegende bezwaren van humanitaire aard bestonden een staat geen uitleveringsverzoek zou doen of,

³¹⁵⁴ Zie ECRM 4 september 1995, D&R 82-B, p. 134 (Raidl/Oostenrijk); ECRM 8 december 1997, nr. 27279/95 (Lauder/Verenigd Koninkrijk); EHRM 18 april 2002, nr. 72032/01 (Aronica/Bondsrepubliek Duitsland); EHRM 26 januari 2010, nr. 9742/07, NJ 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk); EHRM 6 juni 2010, nrs. 24027/07, 11949/08 en 36742/08 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk). In géén van deze gevallen nam het Europees Hof een schending van art. 8 EVRM aan.

³¹⁵⁵ Extradition: European standards 2006, p. 25 (*Explanatory report*).

³¹⁵⁶ *Trb.* 1969, 62, p. 13.

op aandringen van de aangezochte staat, een reeds gedaan verzoek zou intrekken.³¹⁵⁷ Met staten die voor humanitaire argumenten ongevoelig waren, placht Nederland bovendien geen verdragen te sluiten. Ten slotte zou Nederland, zo nodig, de uitlevering nog kunnen weigeren met een beroep op - niet nader aangeduide - algemene rechtsbeginselen van volkenrechtelijke aard.³¹⁵⁸ Gezien deze verklaring voor het ontbreken van een voorziening in het wetsvoorstel, is het opmerkelijk dat de regering kennelijk wel de noodzaak voelde om een voorbehoud te maken. De regering “onderbouwde” het voorstel voor dit voorbehoud met de opmerking dat er daarvoor aanleiding bestond.³¹⁵⁹ Uiteindelijk werd in het wetsvoorstel toch een bepaling over bijzondere hardheid opgenomen, onder de lapidaire overweging dat het bij nader inzien de voorkeur verdiende het voorgestelde voorbehoud als weigeringsgrond op te nemen in de Uitleveringswet.³¹⁶⁰ Die weigeringsgrond is art. 10 lid 2 UW: “Uitlevering wordt niet toegestaan in gevallen waarin naar het oordeel van Onze Minister de gevolgen daarvan voor de opgeëiste persoon van bijzondere hardheid zouden zijn in verband met diens jeugdige leeftijd, hoge ouderdom of slechte gezondheidstoestand”.

Uit het voorbehoud en uit art. 10 lid 2 UW kan men afleiden dat Nederland kennelijk niet wenst mee te werken aan een uitlevering onder omstandigheden die deze naar Nederlandse opvattingen vanuit humanitair oogpunt ongewenst maken. De exceptie houdt dus verband met de Nederlandse soevereiniteit en beoogt daarnaast de opgeëiste persoon te beschermen. Uit de onderbouwing van het voorbehoud en art. 10 lid 2 UW - voor zover men al van onderbouwing mag spreken - en uit de facultatieve formulering van het voorbehoud, blijkt niet dat de regering een en ander als uitvloeisel van een op Nederland krachtens het EVRM rustende verplichting beschouwde (vergelijk Hoofdstuk VI.3.1.1). Het voorbehoud en art. 10 lid 2 UW dateren dan ook van vóór de jurisprudentiële erkenning dat het EVRM grenzen stelt aan de uitlevering, ook indien het toepasselijke uitleveringsverdrag daarin niet voorziet (zie Hoofdstuk V.2.1.1). Zoals gezegd (zie paragraaf 1) kan de mensenrechtelijke verplichting tot het achterwege laten van uitlevering samenvallen met de uitleveringsrechtelijke verplichting tot weigering van de uitlevering in geval van bijzondere hardheid (het Nederlandse voorbehoud in samenhang met art. 10 lid 2 UW).³¹⁶¹ De gevallen van bijzondere hardheid waarop het voorbehoud en art. 10 lid 2 UW

³¹⁵⁷ Het BUV bevatte geen hardheidsclausule. In de uitleveringsverhoudingen met België trad de Minister van Justitie in overleg met zijn Belgische ambtgenoot, indien hij van mening was dat de uitlevering van bijzondere hardheid zou zijn: *Kamerstukken II*, 1981/82, 17 100 Hoofdstuk VI, nr. 2, p. 27. Sinds 1967 zou zulk overleg in zes van de zeven gevallen tot intrekking van het uitleveringsverzoek hebben geleid: *Aanhangsel Handelingen II*, 1980/81, nr. 110, antwoord op vraag 7 van de leden Wessel-Tuinstra en Brinkhorst.

³¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 3, p. 12. Later heeft de Minister van Justitie zich op het standpunt gesteld dat de hardheidclausule niet behoort tot deze algemene rechtsbeginselen van volkenrechtelijke aard en dat deze clausule dus niet kan worden toegepast, indien het toepasselijke verdrag daarvoor niet de ruimte biedt: *Aanhangsel Handelingen II*, 1979/80, nr. 99, antwoord op vraag 4 van de leden Waltmans en Beckers-De Bruijn.

³¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 1964/65, 8054, nr. 7, p. 29.

³¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 6.

³¹⁶¹ Glerum, par. 91.11.10 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel (“Indien de uitlevering acuut levensgevaar zou opleveren zou zij in strijd komen met artikel 2 of 3 EVRM (...)”; Mus 1996, p. 169 (“De feitelijke uitleveringshandeling kan voor de opgeëiste persoon met het oog op zijn gezondheidstoestand een onmenselijke behandeling opleveren, en kan zelfs levensbedreigend zijn. In die gevallen spelen bij de hardheidsclausule de artikelen 2 en 3 EVRM een rol”); Swart 1986, p. 317 (“Waar een verdrag geen hardheidsexceptie kent, blijft overigens de mogelijkheid dat van uitlevering behoort te

doelen, zijn mijns inziens echter niet beperkt tot schendingen van de art. 2, 3 of 8 EVRM. Taalkundig omvat het begrip “bijzondere hardheid” immers meer dan levensgevaar, onmenselijke of vernederende behandeling en ongeoorloofde aantasting van het familie-, gezins- of privéleven. Het ligt dan ook niet in de rede om aan te nemen dat de al genoemde jurisprudentiële erkenning dat het EVRM in de weg kan staan aan uitlevering, de reikwijdte van de toentertijd al geldende exceptie zou hebben ingeperkt. Integendeel, nu de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten inmiddels een afzonderlijke grond tot weigering van de uitlevering kan opleveren, lijkt het aangewezen om de weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid - vooral - te reserveren voor gevallen waarin de uitlevering niet tevens een schending van de art. 2, 3 of 8 EVRM oplevert.

Het humanitaire voorbehoud bij art. 1 EUV is *facultatief* geformuleerd, terwijl art. 10 lid 2 UW een *dwingende* formulering heeft. Art. 10 lid 2 UW vult het voorbehoud dus dwingend in. Tussen het voorbehoud en art. 10 lid 2 UW bestaat een opvallend verschil. Waar het voorbehoud een *enuntiatieve* opsomming³¹⁶² geeft van omstandigheden die tot weigering kunnen leiden (“for example, because of his youth, advanced age or state of health”),³¹⁶³ lijkt art. 10 lid 2 UW een *limitatieve* opsomming van die omstandigheden te bevatten. Strikt genomen, zou men kunnen betogen dat het imperatieve art. 10 lid 2 UW het facultatief geformuleerde voorbehoud alléén dwingend invult voor wat betreft de omstandigheden jeugdige leeftijd, hoge ouderdom en slechte gezondheidstoestand. Bij deze lezing zou de uitlevering *moeten* worden geweigerd, indien de bijzondere hardheid verband houdt met één van deze omstandigheden, maar zou de uitlevering *mogen* worden geweigerd, indien de bijzondere hardheid verband houdt met andere omstandigheden.³¹⁶⁴ Uit de parlementaire stukken valt af te leiden dat de wetgever zich kennelijk niet bewust was van het verschil in formulering. Hij was van mening dat het de voorkeur verdiende het voorbehoud als weigeringsgrond op te nemen (zie hierboven), waartoe de aanvulling van art. 10 van het wetsvoorstel met een tweede lid strekte.³¹⁶⁵ De wetgever heeft dus willen aansluiten bij de tekst van het voorbehoud. Het ligt dan ook in de rede art. 10 lid 2 UW zo te lezen, dat ook andere omstandigheden dan de jeugdige leeftijd, hoge ouderdom of slechte gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon aanleiding kunnen geven tot het oordeel dat de uitlevering moet worden geweigerd wegens bijzondere hardheid.³¹⁶⁶

Uit de tekst en de geschiedenis van art. 10 lid 2 UW volgt dat het aan de Minister van Justitie is voorbehouden om te oordelen of de uitlevering moet worden geweigerd wegens

worden afgezien omdat mensenrechtenverdragen zich tegen de uitlevering verzetten”). Ook in de buitenlandse literatuur wordt wel een verband gelegd tussen de hardheidsclausule en het EVRM: Linke 1983, p. 45 (“Das neuartige Auslieferungsgebot ist als gesetzliche Ausformung des grundrechtlichen Verbots unmenschlicher Behandlung (Art 3 EMRK) für den Bereich der AL zu verstehen. Was die familiären Bindungen anlangt, wurden auch Aspekte des Art 8 EMRK berücksichtigt”); Schwaighofer 1988, p. 90-91 (“Da das ALÜbk keine dem § 22 entsprechende Bestimmung enthält [de Oostenrijkse hardheidsclausule], bestünde grundsätzlich Auslieferungspflicht. Zu prüfen bleibt aber, ob ein Auslieferungsersuchen eines Vertragsstaates des ALÜbk unter Hinterweis auf Art 8 EMRK abgelehnt werden kann (...); Murschetz 2007a, p. 217 (“Diese Auslieferungshindernisse sind va auf Art 3 und 8 EMRK zurückzuführen”).

³¹⁶² HR 26 juni 1987, NJ 1988, 92, m.nt. ThWvV, r.o. 3.2.3.

³¹⁶³ In de Franse taalversie: “notamment en raison de sa jeunesse ou de son âge avancé ou de son état de santé” (Trb. 1969, 62, p. 12).

³¹⁶⁴ In deze zin Rammelink 1990, p. 127.

³¹⁶⁵ Kamerstukken II 1965/66, 8054, nr. 10, p. 6-7.

³¹⁶⁶ Tot deze conclusie komt ook Swart 1986, p. 310.

bijzondere hardheid.³¹⁶⁷ Voor de uitleveringsrechter ligt op dit gebied alleen een adviserende rol (art. 30 lid 2 UW).³¹⁶⁸ De Minister van Justitie mag de uitlevering alleen weigeren wegens bijzondere hardheid “voor zover het toepasselijke verdrag of een door Nederland bij toetreding gemaakt voorbehoud daartoe ruimte biedt”.³¹⁶⁹ Uit deze clausulering van de bevoegdheid van de Minister van Justitie zou men kunnen afleiden, dat het Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV en art. 10 lid 2 UW in de opvatting van de Hoge Raad zien op gevallen waarin de art. 2, 3 en 8 EVRM niet reeds in de weg aan uitlevering staan, hetgeen zou stroken met de hierboven bepleite afbakening tussen weigering van de uitlevering op grond van deze bepalingen en weigering op grond van de hardheidsclausule. Zouden het voorbehoud en art. 10 lid 2 UW wel - mede - op zulke gevallen betrekking hebben, dan zou immers niet relevant zijn of het toepasselijke uitleveringsverdrag of een voorbehoud daartoe ruimte biedt (zie Hoofdstuk V.2.1-2.2).³¹⁷⁰

De enkele omstandigheid dat een vreemdeling geïntegreerd is in de Nederlandse samenleving in de zin van de Nederlandse verklaring bij art. 6 EUV (zie Hoofdstuk IX.2.5), kan niet het oordeel dragen dat de gevolgen van de uitlevering van bijzondere hardheid zouden zijn voor deze opgeëiste persoon. Zou integratie in de Nederlandse maatschappij al voldoende grond voor toepassing van de hardheidsclausule opleveren, dan zouden de in de verklaring bij art. 6 EUV neergelegde rechtsmachten - een in de Nederlandse samenleving geïntegreerde vreemdeling komt alleen voor gelijkstelling met een Nederlander in aanmerking, voor zover hij in Nederland kan worden vervolgd voor het feit waarvoor de uitlevering is verzocht - en de eis dat ten aanzien van de geïntegreerde vreemdeling niet de verwachting bestaat, dat hij zijn verblijfsrecht verliest als gevolg van een eventuele veroordeling in de verzoekende staat immers van elke betekenis worden ontdaan.³¹⁷¹ De enkele integratie zou dan al tot weigering van de uitlevering leiden, ongeacht of Nederland de opgeëiste persoon kan vervolgen en ongeacht of de opgeëiste persoon wel in Nederland mag verblijven. Nu het voorbehoud niet de rechtsmachten stelt, kan toepassing daarvan in een geval waarin Nederland rechtsmacht mist tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon leiden.³¹⁷² *Tezamen met andere omstandigheden* kan integratie in de Nederlandse samenleving

³¹⁶⁷ HR 31 augustus 1972, *NJ* 1973, 122; HR 15 april 1980, *NJ* 1980, 450; HR 29 oktober 1985, *NJ* 1986, 298, r.o. 4.2.5.2; HR 21 juni 1988, *NJ* 1989, 288, r.o. 5.4.2; HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457, r.o. 3.8.2; HR 27 september 2011, *LJN* BT2683, r.o. 3.6.2.

³¹⁶⁸ De opgeëiste persoon kan met het oog op dat advies trachten de uitleveringsrechter te voorzien van gegevens die bijzondere hardheid aannemelijk maken: Glerum, par. 91.11.10 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel.

³¹⁶⁹ HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457, r.o. 3.8.2; HR 27 september 2011, *LJN* BT2683, r.o. 3.6.2. Zie ook HR 15 april 1980, *NJ* 1980, 540, r.o. 6 (alleen een verwijzing naar “het toepasselijke verdrag”); HR 21 juni 1988, *NJ* 1989, 288, r.o. 5.4.2 (verwijzing naar “het toepasselijke verdrag” en naar een “daarbij” gemaakt voorbehoud).

³¹⁷⁰ Tenzij men onder “het toepasselijke verdrag” ook het EVRM verstaat, maar dan had de Hoge Raad moeten spreken van “een toepasselijk verdrag”, namelijk een naast het uitleveringsverdrag toepasselijk verdrag.

³¹⁷¹ HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 92, m.nt. ThWvV, r.o. 3.2.3. De Hoge Raad noemt alléén de rechtsmachten. De andere eis is pas in 1994 aan de verklaring toegevoegd (zie Hoofdstuk IX.2.5).

³¹⁷² Swart 1986, p. 313 en p. 315. Swart merkt dan ook op dat de mogelijkheid van vervolging in Nederland één van de belangrijkste factoren voor de toepassing van het voorbehoud is: “Is deze mogelijkheid gegeven dan zal men in het algemeen eerder van een bijzondere hardheid kunnen spreken door de opgeëiste persoon uit te leveren, terwijl anderzijds de vervolging in Nederland tegemoet kan komen aan het verlangen bij de verzoekende staat tot een strafrechtelijke reactie”.

wel van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de gevolgen van uitlevering van bijzondere hardheid zouden zijn voor de opgeëiste persoon.³¹⁷³

De tekst van het voorbehoud en van art. 10 lid 2 UW spreken van de gevolgen voor de opgeëiste persoon. De gevolgen van de uitlevering voor bijvoorbeeld zijn ouders, partner of kinderen kunnen evenwel onder omstandigheden een zodanige invloed op de situatie van de opgeëiste persoon uitoefenen, dat zij voor de opgeëiste persoon zelf van bijzondere hardheid zijn.³¹⁷⁴

Tegen de beslissing van de Minister van Justitie dat geen sprake is van bijzondere hardheid kan de opgeëiste persoon in een kort geding tegen de Staat opkomen.³¹⁷⁵ De kortgedingrechter toetst slechts of de Staat in redelijkheid tot de beslissing kon komen dat van bijzondere hardheid geen sprake was.³¹⁷⁶

XXI.3 Het overleveringsrecht

Het Kaderbesluit bevat geen weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid.³¹⁷⁷ Een dergelijke weigeringsgrond komt immers niet voor in de limitatieve opsomming³¹⁷⁸ van de weigeringsgronden in de art. 3-4 bis Kaderbesluit. Wel kent het Kaderbesluit een grond tot tijdelijke opschorting van de overlevering “om ernstige humanitaire redenen” (art. 23 lid 4 Kaderbesluit). Deze grond tot tijdelijke opschorting van de overlevering is opgenomen in

³¹⁷³ HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 92, m.nt. ThWvV, r.o. 3.2.3. Zie Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 1991, *KG* 1991, 244 (integratie in de Nederlandse samenleving, met als bijkomend feit dat twee mededaders onder vergelijkbare omstandigheden niet vervolgd zullen worden, terwijl de opgeëiste persoon, indien hij in Nederland vervolgd had kunnen worden, ook een sepot ten deel zou zijn gevallen); Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 2000, rolnummer *KG* 00/261, niet gepubliceerd, maar door Sjöcrona & Orië 2002, p. 178, vermeld (integratie en de omstandigheden dat de kinderen van de opgeëiste persoon (van 6 en 9 jaren) hun vader geruime tijd zouden moeten missen en in een pleegtehuis zouden moeten worden opgenomen (hun moeder was een jaar voor de ontvangst van het uitleveringsverzoek overleden), terwijl de opgeëiste persoon in Nederland kon worden vervolgd).

³¹⁷⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2004/05, nr. 418 (antwoord 4 op de vragen van het lid De Wit). Zie ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 2000, rolnummer *KG* 00/261, niet gepubliceerd, maar door Sjöcrona & Orië 2002, p. 178, vermeld (de kortgedingrechter kende onder meer gewicht toe aan de omstandigheden dat de kinderen van de opgeëiste persoon (van 6 en 9 jaren) hun vader geruime tijd zouden moeten missen en in een pleegtehuis zouden moeten worden opgenomen) en vgl. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 16 september 2010, *LJN* BN9610, r.o. 3.5.

³¹⁷⁵ Zie bijvoorbeeld HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 92, m.nt. ThWvV; Gerechtshof 's-Gravenhage 7 mei 1981, *NJ* 1982, 23; Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 mei 1972, *NJ* 1973, 256; Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 september 1990, *KG* 1990, 323; Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 1991, *KG* 1991, 244; Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 augustus 1995, *KG* 1995, 329; Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 juli 1997, *KG* 1997, 244; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 februari 2003, *KG* 2003, 92; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2003, *KG* 2003, 258; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2005, *LJN* AS4819; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 april 2010, *LJN* BM1143; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 16 september 2010, *LJN* BN9610; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2011, *LJN* BT6935; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 31 januari 2012, *LJN* BV6895.

³¹⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 februari 2002, *LJN* AD9525, r.o. 3.1; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 16 september 2010, *LJN* BN9610, r.o. 3.7; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 31 januari 2012, *LJN* BV6895, r.o. 3.4. Zie ook Hoofdstuk II.4.4.

³¹⁷⁷ Blekxtoon 2005, p. 258; Glerum & Rozemond 2006, p. 184-185; Murschetz 2007a, p. 366; Panzavolta 2009, p. 205. Zie ook HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487 en *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.3.

³¹⁷⁸ HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov), r.o. 51; HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer (Wolzenburg), r.o. 57; HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello), r.o. 37; HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West), r.o. 55.

de bepaling die, zoals blijkt uit opschrift en inhoud, betrekking heeft op de *tenuitvoerlegging* van de beslissing tot overlevering van de opgeëiste persoon. Die tijdelijke opschorting kan dus alleen aan de orde komen, indien géén van de limitatieve weigeringsgronden noch de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten³¹⁷⁹ aan de overlevering in de weg staat.

Het Kaderbesluit wijkt in zoverre af van het uitleveringsrecht. Anders dan onder het uitleveringsrecht, leveren bijzondere hardheid of ernstige humanitaire redenen op zichzelf niet een grond tot weigering van de overlevering op, maar slechts een grond tot uitstel van de uitvoering van beslissing tot overlevering. Op dit verschil moet men wel een nuancering aanbrengen. Hoewel bijzondere hardheid onder het uitleveringsrecht tot weigering en niet tot uitstel van de uitlevering leidt, betekent die weigering niet zonder meer afstel. Niets staat erin de weg dat de verzoekende staat na zo een weigering opnieuw wegens dezelfde feiten de uitlevering verzoekt van dezelfde opgeëiste persoon. Niets verhindert dat de aangezochte staat in een dergelijk geval de uitlevering toestaat, indien de gevolgen van de uitlevering niet meer van bijzondere hardheid zouden zijn voor de opgeëiste persoon.³¹⁸⁰

Een ander verschil met het uitleveringsrecht is dat art. 23 lid 4 Kaderbesluit, meer dan de uitleveringsrechtelijke exceptie, de nadruk legt op het uitzonderlijke karakter van de (voorwaarden voor) toepassing daarvan. De bepaling zegt immers dat tijdelijke opschorting “bij wijze van *uitzondering*” kan plaatsvinden “om *ernstige* redenen van humanitaire aard”, bijvoorbeeld indien de overlevering het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon “*ernstig* in gevaar zou brengen”.³¹⁸¹ Ook hier past een zekere nuancering. Nu het Nederlandse voorbehoud bij art. 1 EUV een *eenzijdige* uitzondering vormt op de algemene verplichting tot uitlevering (art. 1 EUV), noopt het als zodanig al tot een terughoudende toepassing.

Evenmin als de uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond, bevat de overleveringsrechtelijke uitstelgrond een *uitputtende* opsomming van gevallen. Art. 23 lid 4 Kaderbesluit noemt als - enige - *voorbeeld* van een reden voor tijdelijke opschorting het geval waarin “er gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat [de] overlevering het leven of de gezondheid van de gezochte persoon ernstig in gevaar zou brengen”. Het Voorstel van de Commissie leek in dit opzicht ruimer van opzet. Art. 38 Voorstel benoemde naast het gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon ook “andere dwingende humanitaire redenen” als mogelijke grond voor uitstel.³¹⁸² Volgens de Nederlandse Minister van Justitie kon men bij de onderhandelingen over het Kaderbesluit niet tot een andere concretisering van het criterium “ernstige humanitaire redenen” komen dan ernstig gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon.³¹⁸³ Bij wijze van compromis besloot men daarom het woord “bijvoorbeeld” in te voegen.³¹⁸⁴ Wat daarvan

³¹⁷⁹ Die verplichting behoort tot het primaire recht en doorbreekt dus het limitatieve secundairrechtelijke karakter van de weigeringsgronden (zie Hoofdstuk V.2.3.1).

³¹⁸⁰ Vgl. HR 14 april 2006, NJ 2006, 446, r.o. 3.6. In deze zin ook Blekxtoon 2005, p. 258.

³¹⁸¹ Mijn cursiveringen.

³¹⁸² COM(2001)522 def., p. 45.

³¹⁸³ Enigszins anders Blekxtoon 2004a, p. 27 (“Uit het Brusselse bereiken mij berichten dat geen van de onderhandelaars iets kon bedenken dat afstel rechtvaardigde”); Blekxtoon 2005, p. 259 (“It is reported that in Brussels no one could think of examples, which would lead not to postponement but to refusal!”).

³¹⁸⁴ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 27. Opmerkelijk is dat de Oostenrijkse wetgever niet alleen “Gefährdung für Leib oder Leben”, maar ook *Transportunfähigkeit*, die kennelijk niet met een dergelijk gevaar gepaard gaat, als redenen voor uitstel van de feitelijke overlevering heeft opgenomen (§ 25 *Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union*).

ook zij, de tekst van art. 23 lid 4 Kaderbesluit maakt duidelijk, dat de ernstige humanitaire redenen die tot tijdelijke opschorting van de overlevering kunnen leiden in elk geval *de iure* niet beperkt zijn tot gevallen waarin ernstig gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon bestaat.³¹⁸⁵

Het in art. 23 lid 4 Kaderbesluit gegeven voorbeeld lijkt een geval te betreffen waarin de art. 2 en 3 EVRM (en de art. 4 en 19 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) al in de weg aan de (feitelijke) overlevering zouden staan (zie paragraaf 1). In een dergelijk geval zou de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten ook zonder een regeling als die van art. 23 lid 4 Kaderbesluit het achterwege laten van de uitvoering van de beslissing tot overlevering meebrengen.³¹⁸⁶ Dat art. 23 lid 4 Kaderbesluit alleen tot tijdelijke opschorting en niet tot weigering van de overlevering leidt, is vanuit het perspectief van die Unierechtelijke verplichting niet problematisch. Niet de beslissing tot overlevering, maar de daadwerkelijk *uitvoering* daarvan levert de schending van het EVRM op.³¹⁸⁷ De uitdrukkelijke vermelding in art. 23 lid 4 Kaderbesluit van ernstig gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon verhindert niet dat de opgeëiste persoon, onder verwijzing naar de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, bij de behandeling van het EAB zulk gevaar aanvoert als reden tot *weigering* van de overlevering. Een weigering van de overlevering op deze grond zou mijns inziens mogelijk zijn, indien dat gevaar niet van tijdelijke aard zou zijn.³¹⁸⁸ Overigens kunnen onder omstandigheden ernstige humanitaire redenen die tot *tijdelijke* opschorting

Het was deze lidstaat in elk geval wel mogelijk een ander voorbeeld te bedenken, zij het dat het uitstel van de feitelijke overlevering beperkt is tot deze twee gevallen.

³¹⁸⁵ Volgens Panzavolta 2009, p. 197, werd het aan de beslissing van de nationale parlementen en de “interpreters” overgelaten “to indicate more specifically the factors which may fall within the category of ‘serious humanitarian reasons’”.

³¹⁸⁶ Vgl. Panzavolta 2009, p. 207, die ernstige humanitaire redenen lijkt te vereenzelvigen met (het risico op) schending van mensenrechten (“It should be observed that humanitarian factors fall essentially in the field of human rights and it may thus be concluded that if it is possible to deny surrender for the violation (or the risk of the violation) of a fundamental right the same should be so in the case of humanitarian situations. In fact humanitarian concerns relate to the protections of fundamental rights as well”).

³¹⁸⁷ Vgl. EHRM 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk), § 111: “Accordingly, the Secretary of State’s decision to extradite the applicant to the United States would, *if implemented*, give rise to a breach of Article 3 (art. 3)” (mijn cursivering).

³¹⁸⁸ Rozemond 2007, p. 492 en p. 497; Rozemond & Glerum 2008a, p. 176, noot 69. Vgl. de Finse wetgeving die naast *opschorting* van de overlevering “on humanitarian reasons” voorziet in *weigering* van de overlevering, indien de overlevering “unreasonable on humanitarian grounds” zou zijn en deze onredelijkheid niet zou kunnen worden vermeden door opschorting van de overlevering. Zie *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Finland*, Raadsdocument 11787/1/07 REV 1, p. 36. Blekxtoon noemt de volgende aan de uitleveringspraktijk ontleende voorbeelden van permanente beletselen: een tweede-generatie slachtoffer van KZ-syndroom wiens uitlevering door Duitsland wordt verzocht; een aids-lidder die in Nederland behandeld wordt en wiens uitlevering door een land wordt verzocht waar de desbetreffende medicatie niet wordt verstrekt; absolute detentieongeschiktheid om psychiatrische redenen (Blekxtoon 2004a, p. 27-28). Panzavolta 2009, p. 199, wijst onder meer op hoge ouderdom (“Deferring execution does not answer the problem since the person will only become older and weaker as time goes by”). Rozemond 2007, p. 492 en p. 496, wijst op ernstig zieke en stervende personen.

van de overlevering hebben geleid, uiteindelijk een *permanent* karakter blijken te hebben. In dergelijke gevallen zou uitstel dus wel degelijk afstel kunnen betekenen.³¹⁸⁹

Voor zover ernstige humanitaire redenen die tot tijdelijke opschorting van de overlevering dwingen niet tevens onder de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten tot het achterwege laten van de overlevering nopen, valt art. 23 lid 4 Kaderbesluit niet te verklaren vanuit de in paragraaf 1 genoemde grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning. De regeling van tijdelijke opschorting van de overlevering wegens ernstige humanitaire redenen wekt desondanks ook in zoverre geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Dat beginsel is immers niet meer dan een middel tot het bereiken van een doel: het tot stand brengen en in stand houden van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.³¹⁹⁰ Binnen een dergelijke ruimte past het niet dat de overlevering wordt doorgezet, ondanks ernstige humanitaire redenen die voor uitstel daarvan pleiten, ook indien dat uitstel niet voortvloeit uit de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. Dergelijk uitstel is niet onverenigbaar met de aan het beginsel van wederzijdse erkenning ten grondslag liggende hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Het uitstel houdt immers geen verband met het mogelijke handelen van de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat (foltering, onmenselijke of vernederende behandeling, discriminatie, oneerlijk proces e.d.), maar juist met het handelen van de uitvoerende lidstaat zelf (de uitvoering van de beslissing tot overlevering).³¹⁹¹ Bovendien leidt *tijdelijke* opschorting van de overlevering - in beginsel - niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon, terwijl de uitleveringsrechtelijke exceptie inzake bijzondere hardheid wel dit gevolg kan hebben. De regeling van art. 23 lid 4 Kaderbesluit is dan ook het - acceptabele - resultaat van een afweging tussen de met wederzijdse erkenning gemoeide belangen enerzijds en de belangen van de opgeëiste persoon anderzijds.³¹⁹²

Evenmin als het Kaderbesluit, bevat de Overleveringswet een weigeringsgrond inzake ernstige humanitaire redenen.³¹⁹³ Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat tot de Overleveringswet heeft geleid, diende het Kamerlid Vos een amendement in, dat strekte tot opname van een dwingende weigeringsgrond voor “gevallen waarin naar het oordeel van de rechtbank de gevolgen [van de overlevering] voor de opgeëiste persoon van bijzondere hardheid zouden zijn in verband met diens jeugdige leeftijd, hoge ouderdom of slechte gezondheidstoestand”.³¹⁹⁴ Daarnaast stelde zij een motie voor, waarin de regering werd verzocht “te voorzien in een hardheidsclausule waarin al dan niet tijdelijk afgezien wordt

³¹⁸⁹ Blekxtoon 2004a, p. 27-28; Blekxtoon 2005, p. 258-259; Glerum 2005, p. 40; Panzavolta 2009, p. 199; Rozemond 2007, p. 492 en p. 496; Sanders 2011, p. 146-147.

³¹⁹⁰ Zie overweging 5 van de preambule bij het Kaderbesluit.

³¹⁹¹ Vgl. in dezelfde zin Panzavolta 2009, p. 207 en p. 208-209, die dit argument aanvoert ter ondersteuning van zijn stelling dat een humanitaire *weigeringsgrond* minder harder bots met de geest van het Kaderbesluit dan een weigeringsgrond inzake mensenrechten. Overigens is mijn inziens ten aanzien van de weigeringsgrond inzake mensenrechten niet sprake van een botsing met het Kaderbesluit, maar - om in verkeerstermen te blijven - van een voorrangssituatie. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, die tot het primaire Unierecht behoort, gaat boven de limitatieve opsomming van weigeringsgronden in het Kaderbesluit, dat tot het secundaire Unierecht behoort (zie Hoofdstuk V.2.3.1).

³¹⁹² Vgl. Panzavolta 2009, p. 199: “The provision of the Framework Decision on a postponement for humanitarian grounds is clearly aimed at ensuring maximum efficiency compatible with the protection of individuals”.

³¹⁹³ Glerum 2005, p. 44; Glerum & Rozemond 2006, p. 189; Rozemond 2007, p. 491; Sanders 2011, p. 146. Zie ook Hoge Raad 28 november 2006, *NJ* 2007, 487 en *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip, r.o. 3.4.3; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490.

³¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 7.

van feitelijke overlevering indien ernstige humanitaire redenen aan feitelijke overlevering in de weg staan”.³¹⁹⁵ De Minister van Justitie verzette zich tegen de aanname van dit amendement en deze motie. Volgens hem had Nederland bij de onderhandelingen over het Kaderbesluit de opname van een weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid bepleit, maar kon men daarover geen overeenstemming bereiken. De Staten-Generaal hadden met het resultaat van de onderhandelingen ingestemd - en dus ook met het ontbreken van een hardheidsclausule - en konden niet alsnog een hardheidsclausule aan de implementatiewetgeving toevoegen, omdat het Kaderbesluit de introductie van “additionele weigeringsgronden” uitsloot.³¹⁹⁶ Kennelijk stemde de Tweede Kamer in met deze argumentatie: zowel het amendement als de motie werd verworpen.³¹⁹⁷

Art. 35 lid 3 OLW vormt de implementatie van art. 23 lid 4 Kaderbesluit. Deze bepaling draagt de beslissing over uitstel van de feitelijke overlevering wegens ernstige humanitaire redenen op aan de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam. Nu art. 23 lid 4 Kaderbesluit niet de beslissing over de overlevering, maar de uitvoering van die beslissing regardeert, past deze bevoegdheidstoedeling binnen het systeem van de Overleveringswet: de Rechtbank Amsterdam beslist over het toestaan of weigeren van de overlevering, terwijl de officier van justitie bij het arrondissementsparket belast is met de tenuitvoerlegging van de uitspraak waarbij de Rechtbank Amsterdam de overlevering heeft toegestaan. Men zou achter art. 35 lid 3 OLW een analogie met het uitleveringsrecht kunnen vermoeden: de officier van justitie heeft onder het overleveringsrecht de plaats overgenomen die de Minister van Justitie onder het uitleveringsrecht inneemt ten aanzien humanitaire omstandigheden. Dat vermoeden zou evenwel onjuist zijn. Waar de Minister van Justitie de definitieve beslissing over toestaan of weigeren van de uitlevering neemt, heeft de officier van justitie alleen een - gebonden - beslissingbevoegdheid ten aanzien van de uitvoering van de door de Rechtbank Amsterdam genomen definitieve beslissing over de overlevering.

De reikwijdte van art. 35 lid 3 OLW komt overeen met die van art. 23 lid 4 Kaderbesluit, hoewel de tekst van de eerstgenoemde bepaling enigszins afwijkt van die van de laatstgenoemde.³¹⁹⁸ De officier van justitie kan namelijk “bij wijze van uitzondering” de feitelijke overlevering achterwege laten, “zolang er ernstige humanitaire redenen bestaan die aan de feitelijke overlevering in de weg staan, in het bijzonder zolang het gelet op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon niet verantwoord is om te reizen”. Het criterium is ontleend aan art. 64 Vreemdelingenwet 2000.³¹⁹⁹ Meer dan art. 23 lid 4 Kaderbesluit, dat het woord “bijvoorbeeld” bezigt, legt art. 35 lid 3 OLW door het gebruik van de woorden “in het bijzonder” de nadruk op gevaar voor de gezondheid van de opgeëiste persoon als ernstige humanitaire reden voor uitstel van de feitelijke overlevering. Aangezien art. 35 lid 3 OLW andere ernstige humanitaire redenen niet uitsluit, lijkt een

³¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 26.

³¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 23.

³¹⁹⁷ *Handelingen II* 2003/04, p. 31-2180 en p. 31-2181.

³¹⁹⁸ Zo ook Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119, r.o. 4.5: “(...) Uit de tekst van [art. 35 lid 3 OLW] die in lijn is te achten met het Kaderbesluit (...)”. In een eerder, niet gepubliceerd vonnis was de kortgedingrechter nog van oordeel dat art. 35 lid 3 OLW een meer beperkte reikwijdte had dan art. 35 lid 3 OLW. Zie Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2004, rolnummer KG 04/1038, r.o. 3.2: “(...) Eiser kan derhalve aan artikel 23 Kaderbesluit, dat ruimer is geformuleerd dan artikel 35 Olw, niet rechtstreeks rechten ontlelen”.

³¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 26; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 22.

verschil met art. 23 lid 4 Kaderbesluit niet beoogd.³²⁰⁰ Een expliciete verwijzing naar (ernstig) levensgevaar, die wel voorkomt in art. 23 lid 4 Kaderbesluit, ontbreekt in art. 35 lid 3 OLW, maar het komt mij voor dat, indien de overlevering het leven van de opgeëiste persoon ernstig in gevaar zou brengen, het gelet op zijn gezondheidstoestand onverantwoord zou zijn om te reizen in de zin van art. 35 lid 3 OLW.

Aanvankelijk was het wetsvoorstel dat tot de Overleveringswet heeft geleid, nog beperkter dan het uiteindelijk aangenomen art. 35 lid 3 OLW. In het voorgestelde art. 35 lid 3 OLW ontbrak een verwijzing naar ernstige humanitaire redenen. Uitstel van de feitelijke overlevering was alléén mogelijk, indien het gelet op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon niet verantwoord was om te reizen. Zoals gezegd, wilde men volgens de Minister van Justitie bij de onderhandelingen over het Kaderbesluit de ernstige humanitaire redenen concretiseren, maar, hoewel sommige lidstaten een verdere concretisering hadden gewild, kwam men niet verder dan het in art. 23 lid 4 Kaderbesluit genoemde ernstige gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon. Mede gezien de tijdsdruk waaronder de onderhandelingen werden gevoerd, besloot men als compromis daarom het woord “bijvoorbeeld” in art. 23 lid 4 Kaderbesluit in te voegen.³²⁰¹ Het wetsvoorstel bevatte daarom een “strak geformuleerde uitzondering” waarin de woorden “ernstige humanitaire redenen” niet voorkwamen. De opname van dat begrip zou namelijk aanleiding kunnen geven tot frequente - en in de voorstelling van de Minister van Justitie - zinloze procedures in kort geding over de reikwijdte van dat begrip, teneinde de overlevering te frustreren.³²⁰² Tijdens de parlementaire debatten rees de vraag waarom het wetsvoorstel afweek van de tekst van art. 23 lid 4 Kaderbesluit. De Minister van Justitie wrong zich in allerlei bochten om de uitsluiting van het begrip “ernstige humanitaire redenen” te rechtvaardigen. Zo was hij van mening dat een uitdrukkelijke verwijzing naar ernstige redenen van humanitaire aard als reden voor uitstel van de feitelijke overlevering in strijd zou zijn met de bedoeling van het Kaderbesluit,³²⁰³ hoewel deze opvatting toch niet te verenigen valt met de tekst van art. 23 lid 4 Kaderbesluit. Naar aanleiding van enkele voorbeelden - het kind van de opgeëiste persoon zal binnen enkele maanden overlijden; de partner van de opgeëiste persoon ligt op sterven - die niet zouden vallen onder de door de Minister van Justitie “strak geformuleerde uitzondering”, merkte hij op dat in de praktijk de overlevering in dergelijke gevallen kon worden uitgesteld.³²⁰⁴ Deze opmerking roept de vraag op welke rechtsgrond dan aan een dergelijk uitstel ten grondslag zou kunnen worden gelegd. Het Kaderbesluit verplicht immers tot feitelijke overlevering binnen tien dagen na de beslissing tot overlevering (art. 23 leden 1 en 2 Kaderbesluit), behoudens overmacht (art. 23 lid 3 Kaderbesluit) en behoudens uitstel wegens ernstige humanitaire redenen (art.

³²⁰⁰ Zie *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 042, nr. 22: “Door de wijziging van de eerste volzin van het derde lid wordt nauwer aangesloten bij hetgeen het kaderbesluit in artikel 23, vierde lid, als redenen voor uitstel van de feitelijke overlevering vermeldt”; *Handelingen II 2003/04*, p. 30-2159: “Het amendement stelt voor om aan te sluiten bij de woorden die staan in het Kaderbesluit” (opmerking van de mede-indiener Griffith).

³²⁰¹ *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 27. In dezelfde zin ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 27, p. 24; *Handelingen II 2003/04*, p. 30-2159.

³²⁰² *Kamerstukken II 2002/03*, 29 042, nr. 3, p. 27. In dezelfde zin ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 27, p. 24; *Handelingen II 2003/04*, p. 30-2159.

³²⁰³ *Handelingen II 2003/04*, p. 30-2159.

³²⁰⁴ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 042, nr. 27, p. 24 (“Wij hebben hier ook te maken met de praktijk binnen de Unie, in die zin dat je in die gevallen waarin je je afvraagt of de zaak niet uitgesteld kan worden, ook telefoon hebt om tot regeling van een uitstel te komen”); *Handelingen II 2003/04*, p. 30-2159 (“In een dergelijke situatie zal er doorgaans gewacht worden met uitlevering (*sic*)”).

23 lid 4 Kaderbesluit). De innerlijk tegenstrijdige positie van de Minister van Justitie kwam erop neer dat hij *de iure* alleen uitstel wegens ziekte wilde erkennen, terwijl hij aannam dat (andere) mogelijke ernstige humanitaire redenen *de facto* wel tot uitstel van de feitelijke overlevering zouden leiden. Hoewel de Minister van Justitie het amendement van de leden Griffith en Van der Laan, dat ertoe strekte aansluiting te zoeken bij de tekst van art. 23 lid 4 Kaderbesluit, “ten sterkste” ontraadde,³²⁰⁵ heeft de Tweede Kamer dit amendement toch aangenomen.³²⁰⁶ Mijns inziens mag dan ook worden aangenomen, dat in elk geval de hiervoor genoemde voorbeelden, die kennelijk volgens de Minister van Justitie *de facto* wel tot uitstel van de feitelijke overlevering zouden leiden, *de iure* ook ernstige humanitaire redenen zouden kunnen opleveren.³²⁰⁷

Nu ernstige humanitaire redenen niet een grond tot weigering van de overlevering opleveren, is het niet aan de Rechtbank Amsterdam om - anders dan in het kader van art. 11 OLW -³²⁰⁸ een onderzoek naar de aanwezigheid van zulke redenen in te stellen of om - anders dan in het kader van art. 11 OLW - de overlevering vanwege zulke redenen te weigeren.³²⁰⁹ Buiten het kader van art. 11 OLW zijn ernstige humanitaire redenen alleen relevant voor de feitelijke overlevering. Zo nu en dan zegt de officier van justitie naar

³²⁰⁵ *Handelingen II* 2003/04, p. 30-2159.

³²⁰⁶ Desondanks houdt het Ministerie van Veiligheid en Justitie kennelijk vast aan de tijdens de parlementaire debatten verdedigde opvatting. Zie *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1264 (antwoord 4 op de vragen van het lid Gesthuizen): “Kort samengevat houdt de wettelijke regeling in, dat bij de uitvoering van de beslissing tot overlevering, de zogeheten feitelijke overlevering, de overlevering kan worden uitgesteld om gezondheidsredenen van de opgeëiste persoon. Ingevolge de wet is dat uitstel beperkt tot de situatie waarin het gelet op de gezondheidstoestand van de betrokkene niet verantwoord is om te reizen”.

³²⁰⁷ Iets terughoudender Glerum 2005, p. 39 (“De discussie in de Tweede Kamer (...) geeft enige houvast bij de beantwoording van de vraag welke omstandigheden nu ernstige humanitaire beletselen kunnen opleveren”); Sanders 2011, p. 148 (“Bij de beantwoording van deze vraag geven de parlementaire stukken enige houvast”). Tijdens de parlementaire debatten wierp een Kamerlid nog een ander voorbeeld op: “Als te voorzien is dat een jongere naar een gevangenisregime gaat dat een stuk erger is dan het Nederlandse en het om een ernstig vergrijp gaat, kunnen wij bijvoorbeeld wachten tot die de zestienjarige leeftijd heeft bereikt voordat wij die aan dat land uitleveren”. De Minister van Justitie wees erop dat een Nederlandse jongere ingevolge art. 6 lid 1 OLW zijn straf in Nederland zou mogen uitzitten, zodat het argument van het gevangenisregime in zoverre niet opging. Dat argument was evenmin een reden om de overlevering te stoppen van personen die onder het gevangenisregime van de uitvaardigende lidstaat vielen. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 24. De ernstige humanitaire redenen zouden mijns inziens rechtstreeks verband moeten houden met de uitvoering van de overlevering door de uitvoerende lidstaat. Het baseren van ernstige humanitaire redenen op het strengere detentieregime in de uitvaardigende lidstaat, dus op de wijze waarop deze lidstaat straffen ten uitvoer legt, zou - buiten een geval waarin deze tenuitvoerlegging in strijd zou komen met art. 2 of 3 EVRM - onverenigbaar zijn met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Vgl. Panzavolta 2009, p. 208.

³²⁰⁸ Zie voor een geval waarin de opgeëiste persoon aan een beroep op art. 11 OLW mede zijn slechte gezondheidstoestand ten grondslag legde: Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU2123. De Rechtbank Amsterdam verwierp het beroep, omdat niet gesteld of gebleken was dat de noodzakelijke medische behandelingen niet in de uitvaardigende lidstaat zouden kunnen plaatsvinden en omdat de officier van justitie in het kader van art. 35 lid 3 OLW rekening kon houden met de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon.

³²⁰⁹ Rb. Amsterdam 8 oktober 2004, *LJN* AR4218; Rb. Amsterdam 27 mei 2005, *LJN* AT7051; Rb. Amsterdam 23 juni 2006, *LJN* AY4332; Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA7314; Rb. Amsterdam 25 april 2008, *LJN* BD2475; Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810; Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490; Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8264; Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7022; Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU2123.

aanleiding van een op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon gestoeld verweer al toe, dat hij gebruik zal maken van de hem in art. 35 lid 3 OLW gegeven bevoegdheid³²¹⁰ of dat hij onderzoek zal laten verrichten naar de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon, mocht de overleveringsrechter de overlevering toestaan.³²¹¹ In de literatuur is aangevoerd, dat het voor dat hand ligt dat de Rechtbank Amsterdam onderzoek doet naar het bestaan van ernstige humanitaire redenen, indien de stukken of het verhandelde ter zitting daartoe aanleiding geven. De Rechtbank Amsterdam zou bovendien de officier van justitie een aanbeveling kunnen doen over de uitoefening van de in art. 35 lid 3 OLW neergelegde bevoegdheid.³²¹² Deze opvatting, die ook ik heb aangehangen, lijkt mij bij nadere beschouwing in strijd met het systeem van de Overleveringswet. Art. 26 lid 1 OLW omschrijft namelijk de taakopdracht van de rechtbank als volgt: zij moet de identiteit van de opgeëiste persoon, de ontvankelijkheid van het EAB en de mogelijkheid van overlevering onderzoeken. Uit art. 28 lid 2 OLW, dat de mogelijke *dicta* omschrijft die uit dat onderzoek kunnen voortvloeien, blijkt dat met het in art. 26 lid 1 OLW bedoelde onderzoek naar “de mogelijkheid van overlevering” is bedoeld het onderzoek naar de aanwezigheid van gronden tot *weigering* van de overlevering.³²¹³ Daartoe behoort dus niet een onderzoek naar mogelijke gronden voor *uitstel* van de feitelijke overlevering. Anders dan onder het uitleveringsrecht (art. 30 lid 2 UW), heeft de rechtbank bovendien niet de verplichting tot advisering over onderwerpen die buiten haar taakopdracht vallen.

Tegen de beslissing van de officier van justitie tot weigering van uitstel of tot beëindiging van uitstel van de feitelijke overlevering kan de opgeëiste persoon in kort geding opkomen.³²¹⁴ De gepubliceerde rechtspraak van de kortgedingrechter in overleveringszaken wekt niet de indruk dat opgeëiste personen de reikwijdte van het begrip “ernstige humanitaire redenen” veelvuldig in kort geding ter discussie stellen, zoals de Minister van Justitie vreesde. Ruwweg een derde van de op rechtspraak.nl gepubliceerde vonnissen³²¹⁵ betreft een beroep op art. 35 lid 3 OLW.³²¹⁶ De ernstige humanitaire redenen

³²¹⁰ Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA9847.

³²¹¹ Rb. Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BV0505.

³²¹² Sanders 2011, p. 147-148.

³²¹³ Glerum & Rozemond 2008a, p. 172; Sanders 2011, p. 111.

³²¹⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 29 042, nr. 3, p. 27. Zie Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119. Zie ook de niet gepubliceerde vonnissen Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2004, rolnummer KG 04/1038; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2005, rolnummer KG 05/267; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 november 2005, rolnummer KG 05/1319. In geen van deze zaken was het beroep op ernstige humanitaire redenen succesvol.

³²¹⁵ Stand op 24 oktober 2012: achttien vonnissen. Zie Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 20 juli 2006, *LJN* AY5645; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 augustus 2004, *LJN* AQ7378; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 30 september 2004, *LJN* AR3286; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2007, *LJN* BA0753; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 2 november 2007, *LJN* BB7673; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, *LJN* BJ0818; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323 (tussenvonnis); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2009, *LJN* BK0276 (eindvonnis van *LJN* BK0323). Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 5 februari 2010, *LJN* BL3757; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 maart 2010, *LJN* BL7139; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 17 december 2010, *LJN* BP1433; Voorzieningenrechter Rb. 's-

waarop men zich in kort geding beroept, hebben hoofdzakelijk betrekking op de lichamelijke en psychische gezondheidstoestand. Slechts een enkele keer worden andere omstandigheden aangevoerd.³²¹⁷ Gelet op de tekst en de wetsgeschiedenis van art. 35 lid 3 OLW, legt de Voorzieningenrechter art. 35 lid 3 OLW zo uit dat ernstige humanitaire redenen wel tot uitstel van de feitelijke overlevering, maar niet tot weigering van de overlevering kunnen leiden, zodat in kort geding voor een *algeheel* verbod op (feitelijke) overlevering geen plaats is.³²¹⁸ Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet, is niet uitgesloten dat de ernstige humanitaire redenen een permanent karakter hebben. Het uitstel betekent *de facto* dan afstel. Staat vast dat de situatie zich niet meer zodanig zal wijzigen, dat alsnog tot feitelijke overlevering zal kunnen worden overgegaan, dan lijkt het mij wenselijk dat de officier van justitie dienovereenkomstig beslist en aan de uitvaardigende justitiële autoriteit mededeelt dat de feitelijke overlevering definitief niet meer zal plaatsvinden. Indien hij een dergelijke beslissing achterwege laat, zou de kort gedingrechter mijns inziens desgevraagd een algeheel verbod op (feitelijke) overlevering kunnen en moeten geven. Bij de beoordeling of ernstige humanitaire redenen in de weg staan aan feitelijke overlevering kent de Voorzieningenrechter een ruime mate van beoordelingsvrijheid aan de officier van justitie toe, zodat de beslissing van de officier van justitie slechts marginaal kan worden getoetst.³²¹⁹

De Overleveringswet schrijft voor dat de officier van justitie van een humanitair uitstel van de feitelijke overlevering onverwijld mededeling doet aan de uitvaardigende justitiële autoriteit (art. 35 lid 3 OLW).³²²⁰ De wet regelt niet dat de officier van justitie zijn beslissing ook mededeelt aan de opgeëiste persoon, maar een dergelijke mededeling ligt wel

Gravenhage 3 maart 2011, *LJN* BQ0687; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2012, *LJN* BW1274.

³²¹⁶ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323 (tussenvonnis); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2009, *LJN* BK0276 (eindvonnis van *LJN* BK0323); Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119.

³²¹⁷ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558: naast lichamelijke en psychische klachten aangevoerd dat de opgeëiste persoon zijn ernstig zieke vader wil verzorgen, dat hij in een echtscheidingsprocedure is verwickeld, dat hij een zeer grote schuldenlast heeft en dat hij door zijn overlevering zijn groot rijbewijs zal verliezen.

³²¹⁸ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694, r.o. 3.2; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558, r.o. 3.2; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119, r.o. 4.5. In deze zin ook de niet gepubliceerde vonnissen Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2005, rolnummer KG 05/267, r.o. 4.1, en Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 november 2005, rolnummer KG 05/1319, r.o. 3.1.

³²¹⁹ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694, r.o. 3.3; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558, r.o. 3.3; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119, r.o. 4.6. In deze zin ook het niet gepubliceerde vonnis Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 november 2005, rolnummer KG 05/1319, r.o. 3.1. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694, r.o. 3.3, spreekt in plaats van een "een ruime mate van beoordelingsvrijheid" van "een zekere mate van beoordelingsvrijheid".

³²²⁰ Mijn indruk is dat humanitair uitstel van de feitelijke overlevering inderdaad alleen "bij wijze van uitzondering" (art. 35 lid 3 OLW) wordt verleend. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam in 2010 in 527 zaken de overlevering - partieel - toegestaan, maar heeft officier van justitie in datzelfde jaar geen enkele keer toepassing gegeven aan art. 35 lid 3 OLW. Bron: *Europees aanhoudingsbevel. Managementgegevens over de periode: het jaar 2010*, p. 9 en p. 12. Het betreft hier de gegevens die de officier van justitie ingevolge art. 70 OLW - halfjaarlijks - aan de Minister van Justitie moet verstrekken.

voor de hand.³²²¹ Indien de officier van justitie van oordeel is dat het verleende uitstel van de feitelijke overlevering moet worden beëindigd, moet hij, na overleg met de uitvaardigende justitiële autoriteit, de tijd en plaats van de feitelijke overlevering bepalen. De feitelijke overlevering dient dan plaats te vinden uiterlijk binnen tien dagen na de overeengekomen datum (art. 35 lid 3 OLV). Mededeling aan de opgeëiste persoon van de beslissing tot beëindiging van het humanitaire uitstel is evenmin voorgeschreven, maar is evenzeer vanzelfsprekend en wenselijk. Door die mededeling geeft de officier van justitie de opgeëiste persoon de gelegenheid om tegen die ingrijpende beslissing in kort geding op te komen.³²²²

XXI.4 Conclusie

Anders dan het uitleveringsrecht, bevat het overleveringsrecht niet een weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid. Het overleveringsrecht kent slechts een grond tot *uitstel* van de feitelijke overlevering wegens ernstige humanitaire redenen. In zoverre wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht. Dat verschil is in een aantal opzichten relatief. Enerzijds kan de verzoekende staat na een weigering op grond van de hardheidsclausule de uitlevering van de opgeëiste persoon opnieuw verzoeken en kan de aangezochte staat de uitlevering alsnog toestaan, indien de gevolgen van de uitlevering niet langer van bijzondere hardheid voor de opgeëiste persoon zouden zijn. Anderzijds kan de aard van de ernstige humanitaire redenen meebrengen dat het uitstel van de feitelijke overlevering *de facto* permanent is. Vergeleken met de uitleveringsrechtelijke exceptie, legt de overleveringsrechtelijke regeling van uitstel van de feitelijke overlevering sterker de nadruk op het uitzonderlijke karakter van die regeling (“bij wijze van *uitzondering*”, “*ernstige* humanitaire redenen”, “*ernstig* in gevaar brengen”). Ook dit verschil met het uitleveringsrecht is relatief, omdat het humanitaire voorbehoud bij art. 1 EUV als eenzijdige uitzondering op de algemene verplichting tot uitlevering met een zekere terughoudendheid zal moeten worden toegepast.

Voor zover de ernstige humanitaire redenen van uitstel van de feitelijke overlevering zodanig zijn, dat zij de drempel van de art. 2, 3 of 8 EVRM overschrijden, wekt de overleveringsrechtelijke regeling geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, die tot het primaire Unierecht behoort, stelt immers grenzen aan de reikwijdte van de in het Kaderbesluit neergelegde verplichting tot overlevering, die tot het secundaire Unierecht behoort. Los van de regeling van *uitstel* van de feitelijke overlevering, kunnen dergelijke ernstige humanitaire redenen - als gevolg van die Unierechtelijke verplichting - overigens ook tot *weigering* van de overlevering leiden, bijvoorbeeld indien bij de beslissing over de overlevering al vaststaat dat deze redenen niet van tijdelijke aard zijn. In zoverre bestaat een overeenkomst met het uitleveringsrecht: zulke ernstige humanitaire redenen zouden onder toepassing van de hardheidsclausule weigering van de uitlevering tot gevolg hebben.

Voor zover evenwel sprake is van andere ernstige humanitaire redenen bieden de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen - de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, het *ne bis in idem* beginsel en het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten - niet een

³²²¹ Glerum 2011, (T&C Isr), art. 35 Overleveringswet, aant. 2b; Sanders 2011, p. 149.

³²²² Glerum 2011, (T&C Isr), art. 35 Overleveringswet, aant. 2b; Sanders 2011, p. 149.

rechtstreekse verklaring voor de regeling van humanitair uitstel van de feitelijke overlevering. Desalniettemin wekt die regeling naar mijn mening toch geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. De toepassing van dit beginsel is niet een doel op zichzelf, maar slechts een middel tot het bereiken van een doel: het tot stand brengen en in stand houden van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Het zou onverenigbaar met dat doel zijn, indien de uitvoerende rechterlijke autoriteit gedwongen zou zijn om ernstige humanitaire omstandigheden te negeren. Een uitstel van de feitelijke overlevering, indien ernstige humanitaire redenen daartoe nopen, vormt geen uitzondering op het beginsel van wederzijdse erkenning en is niet in strijd met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten die aan dat beginsel ten grondslag ligt. De uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft het EAB immers erkend, zodat het EAB na afloop van het uitstel ten uitvoer gelegd zal worden. Dat uitstel vloeit bovendien voort uit de gevolgen voor de opgeëiste persoon van de overlevering zelf en heeft geen betrekking op het - verwachte - handelen van de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat. Ten slotte doet zo een uitstel geen afbreuk aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Zodra het humanitaire beletsel niet meer aanwezig is, zal de opgeëiste persoon immers alsnog feitelijk worden overgeleverd. Uitstel van de feitelijke overlevering leidt dus - in beginsel - niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon, terwijl weigering van de uitlevering wegens bijzondere hardheid wel dat gevolg kan hebben(, tenzij de bijzondere hardheid van tijdelijke aard is dan wel de aangezochte staat zelf een vervolging instelt of zelf de opgelegde straf ten uitvoer legt).

De Nederlandse implementatie van de regeling met betrekking tot uitstel van de feitelijke overlevering om ernstige humanitaire redenen wijkt in de formulering enigszins af van de regeling in het Kaderbesluit, maar heeft in wezen dezelfde reikwijdte. Een poging van de Minister van Justitie om die reikwijdte te *beperken* tot gevallen waarin het gelet op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon niet verantwoord was om te reizen, strandde in de Tweede Kamer. Volgens de Minister van Justitie kon men bij de onderhandelingen over het Kaderbesluit bij het begrip “ernstige humanitaire redenen” niets anders voorstellen dan ernstig gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon. Om te voorkomen dat de opgeëiste persoon de reikwijdte van het begrip “ernstige humanitaire redenen” al te vaak - en te vergeefs - in kort geding ter discussie zou stellen, moest in de implementatiewetgeving een “strak geformuleerde uitzondering” worden opgenomen waarin dat begrip niet voorkwam. De Tweede Kamer nam echter een amendement aan dat strekte tot aansluiting bij de tekst van de regeling in het Kaderbesluit, waardoor de officier van justitie bevoegd werd tot uitstel van de feitelijke overlevering “zolang er ernstige humanitaire redenen aan de feitelijke overlevering in de weg staan, in het bijzonder zolang het gelet op de gezondheidstoestand van de opgeëiste persoon niet verantwoord is om te reizen”. Duidelijk is dan ook dat andere ernstige humanitaire redenen dan gevaar voor het leven of de gezondheid van de opgeëiste persoon *de iure* tot uitstel van de feitelijke overlevering kunnen leiden.

De beslissing over een uitstel van de feitelijke overlevering wegens ernstige humanitaire redenen is bij uitsluiting aan de officier van justitie bij het arrondissementsparket te Amsterdam opgedragen. Behoudens gevallen waarin de opgeëiste persoon ernstige humanitaire redenen ten grondslag legt aan een beroep op art. 11 OLW, is voor de Rechtbank Amsterdam op het punt van de humanitaire omstandigheden dus geen rol weggelegd. In zoverre bestaat overeenkomst met uitleveringsrecht: het is niet de uit- of overleveringsrechter die over dit punt beslist. Die overeenkomst berust overigens niet op een analogie met de positie van de Minister van Justitie onder het uitleveringsrecht. Anders

dan de Minister van Justitie onder het uitleveringsrecht, neemt de officier van justitie onder het overleveringsrecht immers niet de definitieve inhoudelijke beslissing, maar is hij alleen bevoegd tot het nemen van beslissingen in het kader van de aan hem opgedragen tenuitvoerlegging van de - door de Rechtbank Amsterdam genomen definitieve - beslissing tot overlevering, waaronder dus de beslissing tot uitstel van de feitelijke overlevering. Zoals onder het uitleveringsrecht, kan de opgeëiste persoon tegen de hem onwelgevallige beslissing in kort geding opkomen. De veronderstelling van de Minister van Justitie dat het criterium “ernstige humanitaire redenen” veelvuldig tot kort gedingprocedures over de reikwijdte van dat criterium zou leiden, lijkt niet te zijn uitgekomen. De gepubliceerde rechtspraak in overleveringszaken laat zien dat het merendeel van de gevoerde procedures geen betrekking heeft op humanitair uitstel. Voor zover de opgeëiste persoon in kort geding een beroep doet op ernstige humanitaire redenen, legt hij daaraan veelal zijn slechte lichamelijke of psychische gezondheidstoestand ten grondslag. De kortgedingrechter ziet alleen ruimte voor een *tijdelijk* verbod op feitelijke overlevering, omdat ernstige humanitaire redenen niet een grond tot weigering van de overlevering opleveren. Desalniettemin lijkt mij niet uitgesloten dat de officier van justitie beslist om de feitelijke overlevering *definitief* achterwege te laten, indien is komen vast te staan dat de ernstige humanitaire redenen een *permanent* karakter hebben. In een dergelijk geval zou de kort gedingrechter kunnen komen tot een algeheel verbod op (feitelijke) overlevering, wanneer de officier van justitie zo een beslissing niet heeft genomen. De officier van justitie komt een ruime mate van beoordelingsvrijheid toe, zodat de kort gedingrechter zijn beslissing slechts marginaal toetst. Deze wijze van toetsing komt overeen met die van de beslissing van de Minister van Justitie onder het uitleveringsrecht.

HOOFSTUK XXII Schending van de soevereiniteit

XXII.1 Inleiding

XXII.2 Schending soevereiniteit in het uitleveringsrecht

XXII.3 Schending soevereiniteit in het overleveringsrecht

XXII.4 Conclusie

XXII.1 Inleiding

In eerdere hoofdstukken heb ik uiteengezet dat tussen de soevereiniteit van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat en de verplichting tot uit- of overlevering een *algemeen* verband bestaat. De soevereiniteit van de (lid)staat waarin de voortvluchtige verdachte of veroordeelde verblijft, staat eraan in de weg dat een andere (lid)staat, die deze voortvluchtige wil vervolgen of de aan hem opgelegde vrijheidsstraf ten uitvoer wil leggen, hem simpelweg ophaalt. Strafrechtelijk optreden door die andere (lid)staat op het grondgebied van de verblijfsstaat is, zonder toestemming van de verblijfsstaat, een schending van de soevereiniteit van de verblijfsstaat. Die andere (lid)staat is voor de handhaving van zijn strafrecht dus afhankelijk van de medewerking van de verblijfsstaat. Een volkenrechtelijke verplichting tot uit- of overlevering bestaat niet, behoudens voor zover de verblijfsstaat die verplichting bij of krachtens verdrag op zich heeft genomen. Een dergelijke, vrijwillig aanvaarde verplichting tot uit- of overlevering perkt de soevereiniteit van de verblijfsstaat in (zie Hoofdstuk II.2.2.1 en Hoofdstuk III.2.3.2.2 en III.2.3.2.6).

De soevereiniteit van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat kan de verplichting tot uit- of overlevering ook in een *individueel* geval raken, namelijk indien de autoriteiten van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat zonder toestemming van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat opsporingshandelingen verrichten op het grondgebied van die (lid)staat en de daardoor verkregen gegevens vervolgens ten grondslag leggen aan een tot die (lid)staat gericht uitleveringsverzoek of EAB. De vraag rijst dan of die schending van de soevereiniteit van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat gevolgen moet hebben voor de uit- of overlevering en, zo ja, welke gevolgen. In de paragrafen 2 en 3 zal ik onderzoeken hoe het uitleveringsrecht respectievelijk het overleveringsrecht deze vragen beantwoordt. Van eventuele overeenkomsten en verschillen zal ik nagaan of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. In paragraaf 4 zal ik de conclusies uit de paragrafen 2 en 3 trekken.

XXII.2 Schending soevereiniteit in het uitleveringsrecht

De Europese verdragen noch de Uitleveringswet bevatten een voorziening voor het geval dat de verzoekende staat in de zaak waarop zijn uitleveringsverzoek betrekking heeft, de soevereiniteit van de aangezochte staat heeft geschonden. Het ontbreken van een dergelijke voorziening is op zichzelf begrijpelijk: door een dergelijke voorziening zouden de staten op voorhand erkennen, dat zij in staat en bereid waren om de soevereiniteit van een andere verdragspartij te schenden.

Desondanks komt het in de praktijk voor dat de verzoekende staat de soevereiniteit van de aangezochte staat heeft geschonden in de zaak waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft.³²²³ De uitleveringsrechter is niet bevoegd om de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren vanwege een dergelijke soevereiniteitsschending. Het is namelijk aan de Minister van Justitie voorbehouden “zich een oordeel te vormen - daargelaten een

³²²³ Rb. Amsterdam 29 december 1998, *NbSr* 1999, 33; Pres. Rb. 's-Gravenhage 4 december 1996, *Njkort* 1997, 12, r.o. 3.6; Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BA9163. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 1037/1038 (antwoorden op vragen van respectievelijk het lid Wolfsen en het lid De Wit over illegale opsporingspraktijken van buitenlandse opsporingsdiensten in Nederland) en *Kamerstukken II* 2010/11, 24 077, nr. 257 (brief over activiteiten van Amerikaanse opsporingsdiensten in Nederland).

eventuele rechtmatigheidstoetsing van dat oordeel door de burgerlijke rechter - over de vraag of schending van de Nederlandse souvereiniteit als hiervoor bedoeld heeft plaatsgevonden, of in dat geval de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering daardoor wordt opgeheven, en of daaraan gevolgen, en zo ja welke, verbonden dienen te worden”.³²²⁴ Deze regel lijdt echter uitzondering, indien “de gestelde souvereiniteits-schending tevens van dien aard is dat daaruit kan blijken dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan een risico van een flagrante schending van art. 6, eerste lid, EVRM (...)”. In dat geval “kan de uitleveringsrechter tot het oordeel komen dat dit aan de uit het verdragsrecht voortvloeiende verplichting tot uitlevering in de weg staat”.³²²⁵ Nu het arrest waarin de Hoge Raad de regel en de uitzondering formuleerde, dateert van vóór de “precisering” van zijn rechtspraak inzake flagrante schending van art. 6 EVRM (zie Hoofdstuk V.2.2), mag worden aangenomen dat de uitzondering op de regel alleen geldt, indien tevens naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat de opgeëiste persoon na zijn uitlevering niet een rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste zal staan ter zake van die flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM.

De uitsluitende bevoegdheid van de Minister van Justitie ten aanzien van enkele soevereiniteitsschendingen - dat wil zeggen soevereiniteitsschendingen die niet tevens een risico op een flagrante schending van art. 6 EVRM opleveren - houdt waarschijnlijk verband met de omstandigheid dat een staat een schending van zijn soevereiniteit achteraf kan billijken of kan laken.³²²⁶ Er bestaat op dit punt een - zekere - mate van beleidsvrijheid, waardoor deze materie zich niet leent voor beoordeling door de uitleveringsrechter.

In het verlengde daarvan speelt naar mijn mening ook het antwoord op de vraag wiens belangen de Nederlandse soevereiniteit beschermt mee: alleen die van de Nederlandse staat of ook die van de opgeëiste persoon? In de context van een Nederlandse *strafzaak*, waarin Nederlandse opsporingsambtenaren *in het buitenland* onderzoekshandelingen hadden verricht en waarbij zij de soevereiniteit zouden hebben geschonden van de staat op het grondgebied waarvan zij optraden, kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat het volkenrechtelijke verbod op schending van de soevereiniteit van een andere staat niet de belangen van de verdachte beoogt te beschermen, maar die van de staat waarvan de soevereiniteit is geschonden.³²²⁷ De vraag of inbreuk is gemaakt op de soevereiniteit van die staat, is - in beginsel - dan ook niet relevant in de Nederlandse strafzaak. In beginsel, omdat de Nederlandse strafrechter het handelen van die opsporingsambtenaren wel moet toetsen aan Nederlandse rechtsregels, waartoe ook art. 6 lid 1 en art. 8 EVRM behoren.³²²⁸ Deze rechtsregels beschermen wel de belangen van de verdachte. In de context van een aan Nederland gericht *uitleveringsverzoek* is het niet Nederland die inbreuk op de soevereiniteit van een andere staat heeft gemaakt, maar de verzoekende staat die de *Nederlandse soevereiniteit* zou hebben geschonden. Dat verschil in context maakt naar mijn mening niet uit. Het gaat immers om de strekking van het volkenrechtelijke verbod op schending van de soevereiniteit van een andere staat, dat alleen de belangen van die staat beoogt te beschermen.³²²⁹ De beantwoording van de vraag of, en zo ja, welke gevolgen een schending

³²²⁴ HR 16 december 1997, *NJ* 1998, 388, r.o. 4.5; HR 22 juli 1998, *NJB* 1998, nr. 114, r.o. 4.6.

³²²⁵ HR 16 december 1997, *NJ* 1998, 388, r.o. 4.5.

³²²⁶ Zo de A-G Machielse in punt 6 van zijn conclusie vóór HR 16 december 1997, *NJ* 1998, 388.

³²²⁷ HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 169, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.2.

³²²⁸ HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 169, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.2.

³²²⁹ Anders Pres. Rb. ‘s-Gravenhage 4 december 1996, *NJkort* 1997, 12, r.o. 3.6: “(...) Naar voorlopig oordeel kan ook eiser [op een schending van de Nederlandse soevereiniteit] een beroep doen. In zoverre strekt de Nederlandse soevereiniteit mede tot bescherming van in ieder geval Nederlandse onderdanen.

van de Nederlandse soevereiniteit moet hebben voor de uitlevering aan de staat die verantwoordelijk is voor die schending, vergt dus een afweging van *statelijke* belangen, waarbij overwegingen inzake buitenlands beleid en internationale betrekkingen een rol spelen,³²³⁰ een afweging die bij uitstek op regeringsniveau dient te worden gemaakt.

Bovendien kan de Minister van Justitie in geval van een schending van de Nederlandse soevereiniteit voorwaarden aan de uitlevering verbinden, teneinde de gevolgen van die schending zoveel mogelijk te niet te doen.³²³¹

In het licht van het voorgaande is de uitzondering die de Hoge Raad maakt voor soevereiniteitsschendingen die tevens een risico van een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM opleveren, begrijpelijk. In dat geval raakt de soevereiniteitsschending niet alleen de belangen van de staat waarvan de soevereiniteit is geschonden, maar ook de belangen van de opgeëiste persoon.³²³²

De Hoge Raad heeft niet geoordeeld dat een enkele schending van de Nederlandse soevereiniteit in de weg moet of mag staan aan uitlevering aan de staat die verantwoordelijk is voor die schending. Het oordeel of een dergelijke soevereiniteitsschending inderdaad een uitleveringsbeletsel oplevert, is immers aan de Minister van Justitie voorbehouden. Kennelijk is de Minister van Justitie van mening dat een schending van de Nederlandse soevereiniteit door de verzoekende staat inderdaad een beletsel voor de uitlevering aan die staat kan opleveren. In antwoord op kamervragen over illegale opsporingspraktijken door buitenlandse opsporingsdiensten in Nederland deelde hij namelijk mee dat het aan hem was voorbehouden te oordelen of een schending “als beletsel voor de gevraagde uitlevering zou moeten gelden”. Bij dat oordeel zou de aard van de schending een rol spelen en zou de inbreuk op enig EVRM-recht van de opgeëiste persoon “uiteraard” zeer zwaar wegen, “in het bijzonder wanneer art. 6 EVRM in het geding is”.³²³³

Niet duidelijk is op grond van welke volkenrechtelijke redenering de Minister van Justitie tot het oordeel zou kunnen komen dat een schending van de Nederlandse soevereiniteit door de verzoekende staat de op Nederland krachtens het

(...)”. Anders ook Klip 2000, p. 149, die betoogt dat de staat waarvan de soevereiniteit is geschonden op grond van art. 1 EVRM gehouden is een ieder die zich onder zijn “jurisdiction” bevindt te beschermen tegen inbreuken op zijn grondrechten en tegen het onttrekken aan zijn “jurisdiction” zonder dat de regels van die staat zijn gevolgd. Soevereiniteit dient er uiteindelijk toe de belangen van het individu te beschermen, aldus Klip, zodat het individu bezwaar moet kunnen maken tegen het instemmen met de schending. Tussen Klip’s opvatting en het - door hem niet genoemde - uitleveringsrechtelijke arrest *NJ* 1998, 388 zit mijns inziens weinig ruimte. Voor zover het EVRM vanwege de soevereiniteitsschending in de weg staat aan uitlevering door de staat waarvan de soevereiniteit is geschonden, kan de opgeëiste persoon zich bij de uitleveringsrechter op die soevereiniteitsschending beroepen.

³²³⁰ Vgl. Rb. Amsterdam 27 april 2009, *LJN* BA4017, r.o. 2.2.2.1, ten aanzien van de vraag welke gevolgen een schending van de Nederlandse soevereiniteit moet hebben voor een strafzaak.

³²³¹ Zie Voorzieningenrechter Rb. ’s-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BA9163, r.o. 1.8: de Minister van Justitie had de uitlevering toegestaan onder de voorwaarde dat het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal werd uitgesloten van het bewijs tegen de opgeëiste persoon.

³²³² Vgl. Voorzieningenrechter Rb. ’s-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267, r.o. 3.4: “(...) Het is aan de Nederlandse autoriteiten om desgewenst nader onderzoek te doen naar de vermeende schending van de Nederlandse soevereiniteit, en gedaagde kan hieraan geen rechten ontlenuen zolang niet is gebleken dat zijn fundamentele rechten zijn geschonden. (...)”.

³²³³ *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 1037, antwoord op vraag 5. Elders heet het evenwel dat een schending van de Nederlandse soevereiniteit in de eerste plaats een diplomatieke kwestie is, waarvan uitlevering in beginsel los staat (*Kamerstukken II* 2010/11, 24 077, nr. 258, p. 15), maar het gaat daarbij wel om een tijdens een mondeling overleg gemaakte opmerking.

uitleveringsverdrag rustende verplichting tot uitlevering zou opheffen. De uitleveringsverdragen bevatten op dit punt immers geen uitdrukkelijke voorziening. Men zou nu kunnen betogen dat uitleveringsverdragen in een dubbel opzicht hun bestaan danken aan de soevereiniteit van de verdragspartijen. Die soevereiniteit brengt immers aan de ene kant mee dat staten afhankelijk zijn van de medewerking van de staat waarin de voortvluchtige verblijft, maar zorgt er aan de andere kant voor dat de verblijfsstaat niet gehouden is om zijn medewerking aan de buitenlandse strafvervolgning of strafexecutie te verlenen door uitlevering van de voortvluchtige, tenzij hij bij verdrag een daartoe strekkende verplichting op zich heeft genomen (zie paragraaf 1). Aan uitleveringsverdragen ligt dus respect voor de soevereiniteit van de aangezochte staat ten grondslag. Weliswaar geldt de regel *pacta sunt servanda* - "(e)very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith" (art. 26 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht) -, maar de verzoekende staat handelt niet "in good faith", indien hij aanspraak maakt op uitlevering, terwijl hij het uitleveringsverzoek heeft onderbouwd met gegevens die hij heeft verkregen door schending van de soevereiniteit van de aangezochte staat.

XXII.3 Soevereiniteit in het overleveringsrecht

Evenmin als de verdragen en de Uitleveringswet, kennen het Kaderbesluit en de Overleveringswet een voorziening inzake schending van de soevereiniteit. Het systeem van de Hoge Raad - soevereiniteitsschendingen staan uitsluitend ter beoordeling van de Minister van Justitie, tenzij de schending tevens een risico van een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM oplevert - verdraagt zich evenwel niet met het Kaderbesluit en de Overleveringswet.

Onder de Overleveringswet bestaat geen bevoegdheidsverdeling tussen de rechter die de toelaatbaarheid beoordeelt en de Minister van Justitie die de definitieve beslissing neemt. De overleveringsrechter, de Rechtbank Amsterdam, beslist in eerste en laatste instantie over toestaan of weigeren van de overlevering. De Minister van Justitie speelt geen rol bij die beslissing.³²³⁴ De officier van justitie bij het arrondissementsparket Amsterdam is belast met de tenuitvoerlegging van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, dat wil zeggen met de feitelijke overlevering van de opgeëiste persoon. De beslissingen die hij in dat kader moet nemen, kunnen alleen leiden tot uitstel, niet tot afstel van de feitelijke overlevering (zie de art. 35 en 36 OLW). Het is dus niet zo dat de officier van justitie onder de Overleveringswet de plaats van de Minister van Justitie heeft ingenomen.

Daarbij komt dat de weigeringsgronden een limitatief karakter hebben. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten dwingt niet tot het maken van een uitzondering in geval van een schending van de Nederlandse soevereiniteit die niet tevens het risico van een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM oplevert. Voor zover de soevereiniteitsschending wel het risico van een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM oproept, noopt de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, die tot het primaire Unierecht behoort, tot een uitzondering op de limitatief in de art. 3-4 bis Kaderbesluit neergelegde weigeringsgronden. Art. 11 OLW biedt dan de grondslag voor weigering van de overlevering.

³²³⁴ Maar zie art. 9 lid 2 Olw.

Onder het uitleveringsrecht zijn “politiek verantwoordelijken”, zoals de Minister van Justitie, betrokken bij de beslissing op het uitleveringsverzoek, die hun beslissing - mede - nemen “op basis van overwegingen die niet alleen de zuiver juridische sfeer betreffen, maar ook het domein van de internationale betrekkingen, waar het opportuniteitsbeginsel een belangrijke rol speelt”.³²³⁵ Bij de beantwoording van de vraag of een soevereiniteitsschending, die niet tevens een risico van een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM oplevert, in de weg aan uitlevering zou moeten staan, spelen bij uitstek dergelijke overwegingen een rol (zie paragraaf 2). Onder het Kaderbesluit is de rol van de “centrale autoriteiten”, zoals de Minister van Justitie, echter beperkt tot het verlenen van “praktische en administratieve bijstand”.³²³⁶ De beslissing tot uitvoering van een EAB is bij uitsluiting opgedragen aan *rechterlijke* autoriteiten. Dezen hebben zich bij hun beslissing op het EAB alleen te baseren op “zuiver juridische” overwegingen.³²³⁷

Een schending van de soevereiniteit van de uitvaardigende lidstaat kan onder het Kaderbesluit en de Overleveringswet dus op zichzelf alleen tot weigering van de overlevering aan de uitvoerende lidstaat leiden, indien en voor zover de overlevering vanwege die schending zou indruisen tegen de op de Nederland rustende Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. Een soevereiniteitsschending die niet aan deze verplichting raakt, levert op zichzelf niet een grond tot weigering van de overlevering op. Een dergelijke schending kan aanleiding geven tot diplomatieke actie,³²³⁸ maar zulke actie staat dan los van de beslissing op het EAB. In zoverre wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht.³²³⁹

De rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam is met een en ander in overeenstemming. Naar aanleiding van aangevoerde schendingen van de Nederlandse soevereiniteit door autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat, heeft zij herhaaldelijk overwogen dat het beginsel van soevereiniteit - “met name” of “op de eerste plaats” - de belangen van staten dient, zodat de opgeëiste persoon daarop - “in beginsel” - geen beroep toekomt.³²⁴⁰ De aangehaalde voorbehouden in de formulering van de overweging (“met name”; “op de

³²³⁵ Punt 42 van de conclusie van de A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-303/05 (Advocaten voor de Wereld).

³²³⁶ Overweging 9 van de preambule bij het Kaderbesluit.

³²³⁷ In deze zin ook Glerum 2005, p. 46-47, onder meer onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2003/04, 29 042, nr. 27, p. 20* (“Het beginsel is dat er wordt overgeleverd, behoudens een aantal gestelde grenzen. Dat is een kwestie die tussen rechterlijke, justitiële autoriteiten plaatsvindt. In beginsel is er op dit punt geen beleidsvraag meer over de uitleveringswaardigheid”) en p. 33 (“Daarbij moeten wij niet een systeem hebben waarin landen kunnen weigeren om diplomatiek (*sic*) redenen of diplomatieke druk kunnen uitoefenen om het wat anders te doen”).

³²³⁸ Zie *Kamerstukken II 2010/11, 24 077, nr. 258, p. 15*.

³²³⁹ Men zou zich nog kunnen voorstellen dat de officier van justitie in geval van schending van de Nederlandse soevereiniteit, na overleg met en instemming van de Minister van Justitie, gebruik maakt van de hem in art. 23 lid 1 OLW gegeven bevoegdheid om de overlevering rauwelijks te weigeren. Daartegen pleiten echter de in de hoofdtekst genoemde argumenten: het limitatieve karakter van de weigeringsgronden en de beperkte rol van “centrale autoriteiten” bij de beslissing op het EAB. Tegen een rauwelijkse weigering zonder overleg met en instemming van de Minister van Justitie pleiten (wederom) het limitatieve karakter van de weigeringsgronden en de omstandigheid dat beantwoording van de vraag of de overlevering moet worden geweigerd wegens schending van de Nederlandse soevereiniteit een belangenafweging vergt, die niet op het terrein van de officier van justitie ligt.

³²⁴⁰ Rb. Amsterdam 30 mei 2006, *LJN AX8631*; Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, *LJN AZ1408* en *AZ1411*; Rb. Amsterdam 16 februari 2007, *LJN BD2830*; Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN BK9181* en *BK9190*; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN BM6490*.

eerste plaats”; “in beginsel”) lijken erop te duiden dat de Rechtbank Amsterdam toch de mogelijkheid wil openhouden dat een soevereiniteitsschending relevant is voor de beslissing op het EAB. Die voorbehouden zullen redelijkerwijze zo moeten worden verstaan, dat zij betrekking hebben op gevallen waarin de soevereiniteitsschending tevens de toepasselijkheid van de weigeringsgrond van art. 11 OLW meebrengt.

Een soevereiniteitsschending zou daarnaast nog een rol kunnen spelen, indien het feit geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied is begaan (art. 13 lid 1 onder a OLW). De officier van justitie zou dan kunnen besluiten om een vordering als bedoeld in art. 13 lid 2 OLW - de vordering dat de Rechtbank Amsterdam afziet van weigering uitsluitend op grond van art. 13 lid 1 onder a OLW - achterwege te laten vanwege de schending van de Nederlandse soevereiniteit. In een geval waarin de Rechtbank Amsterdam constateerde dat de uitvaardigende lidstaat de Nederlandse soevereiniteit had geschonden, doordat onder de verantwoordelijkheid van de Duitse autoriteiten opsporingshandelingen op Nederlands grondgebied waren verricht,³²⁴¹ betrok de officier van justitie deze schending *subsidiar* bij de vordering ex art. 13 lid 2 OLW - primair was zij van oordeel dat de Nederlandse soevereiniteit niet was geschonden -, maar kwam zij tot het oordeel dat die schending zo gering van aard was, dat zij geen afbreuk deed aan de overwegingen inzake de goede rechtsbedeling die tot afzien van de weigeringsgrond noopten. De Rechtbank Amsterdam kwam tot de slotsom dat de officier van justitie op de *subsidiar* aangevoerde gronden in redelijkheid tot haar vordering had kunnen komen.³²⁴² Het gaat naar mijn mening te ver om uit dit ene geval³²⁴³ de conclusie te trekken dat een oordeel omtrent een schending van de Nederlandse soevereiniteit *in het algemeen* - dat wil zeggen ook buiten het kader van art. 13 OLW - is voorbehouden aan de officier van justitie, die in de overleveringsprocedure mede het belang van de Nederlandse staat vertegenwoordigt.³²⁴⁴ Zoals al gezegd neemt de officier van justitie in het overleveringsrecht niet de plaats in die de Minister van Justitie in het uitleveringsrecht had. De gronden tot weigering van de overlevering zijn limitatief en staan immers uitsluitend ter beoordeling van de Rechtbank Amsterdam.³²⁴⁵ Uit latere uitspraken blijkt niet dat de Rechtbank Amsterdam het oordeel inzake de gestelde schending van de Nederlandse soevereiniteit overlaat aan de officier van justitie. Integendeel, in één uitspraak overweegt de Rechtbank Amsterdam zelfs dat, nu de soevereiniteit “met name” de belangen van staten dient en alleen staten zich daarop kunnen beroepen en “in beginsel” niet de opgeëiste persoon, het “aan de Nederlandse regering [is]

³²⁴¹ Een “undercoveragent” had vanuit Duitsland gebeld met de opgeëiste persoon, terwijl deze laatste zich in Nederland bevond en de “undercoveragent” dat wist.

³²⁴² Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR7213. Glerum & Rozemond 2008a, p. 156, merken bij de bespreking van deze zaak op, dat de officier van justitie van mening was dat de belangen van de opgeëiste persoon niet waren geschonden door een eventuele inbreuk op de Nederlandse soevereiniteit en dat zulks één van de argumenten was die aan de vordering ten grondslag lagen. Uit de uitspraak blijkt evenwel niet dat de officier van justitie dit argument naar voren heeft gebracht. De mededeling van Glerum & Rozemond 2008a, t.a.p., dat Rechtbank Amsterdam “van oordeel [was] dat de officier in redelijkheid tot die vordering kon komen, ondanks de door de rechtbank vastgestelde schending van de Nederlandse soevereiniteit”, suggereert ten onrechte dat dit oordeel zich mede uitstreckte over het - blijkens de uitspraak niet aangevoerde - argument inzake de beschermde belangen.

³²⁴³ Mij is maar één gepubliceerde uitspraak bekend waarin de Rechtbank Amsterdam een schending van de Nederlandse soevereiniteit constateerde.

³²⁴⁴ Zoals Glerum & Rozemond 2008a, p. 156, lijken te doen.

³²⁴⁵ Zie voor een door de Rechtbank Amsterdam - op onjuiste gronden - aangenomen uitzondering: Hoofdstuk XVII (verderlevering aan een lidstaat na eerdere overlevering áán Nederland).

zich in dergelijke gevallen daarover uit te laten”.³²⁴⁶ Het betrekken van een schending van de Nederlandse soevereiniteit bij de vraag of de overlevering al dan niet moet worden geweigerd, omdat het feit geheel of gedeeltelijk in Nederland is begaan, is evenmin zonder bedenkingen. Zulks dwingt de officier van justitie tot het maken van afwegingen die niet op zijn werkterrein liggen en die zich mijns inziens niet verdragen met de ratio van de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 onder a OLW. Die weigeringsgrond beoogt immers primair te voorkomen dat Nederland zou moeten meewerken aan een strafvervolgning of strafexecutie ter zake van feiten die in Nederland niet strafbaar zijn of in Nederland niet vervolgd plegen te worden en strekt er subsidiair toe te bevorderen dat de strafvervolgning of strafexecutie in die lidstaat plaatsvindt, waar de goede rechtsbedeling het meest mee gediend is (zie Hoofdstuk XII.3.2).

Opmerkelijk is dat de Voorzieningenrechter in de Rechtbank 's-Gravenhage van oordeel is “dat in uit- en *overleveringszaken* een schending van de Nederlandse soevereiniteit kan leiden tot een weigering van de *Minister* om de opgeëiste persoon uit- of over te leveren aan de verzoekende staat”.³²⁴⁷ Waaraan de Minister van Justitie die bevoegdheid zou ontlenuen, maakt het vonnis van de Voorzieningenrechter niet duidelijk. Zoals al gezegd is de beslissing over het toestaan en het weigeren van de overlevering bij uitsluiting opgedragen aan de Rechtbank Amsterdam. Mijns inziens is hier dan ook sprake van een vergissing.

XXII.4 Conclusie

De uitleveringsverdragen, de Uitleveringswet, het Kaderbesluit noch de Overleveringswet bevatten een weigeringsgrond inzake schending van de soevereiniteit van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat door de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat. Anders dan onder het uitleveringsrecht, vormt een enkele schending van de Nederlandse soevereiniteit, dat wil zeggen een schending die niet tevens een risico op een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM oplevert, op zichzelf geen grond tot weigering. De weigeringsgronden zijn immers limitatief en ten aanzien van de bedoelde soevereiniteitsschendingen noopt de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten niet tot het maken van een uitzondering op het limitatieve karakter van de weigeringsgronden.

Dit verschil met het uitleveringsrecht wekt naar mijn mening geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Of een enkele schending van de soevereiniteit tot weigering van de uitlevering zou moeten leiden, is afhankelijk van beleidsmatige en politieke overwegingen, die vooral betrekking hebben op de internationale betrekkingen met de verzoekende staat. Juist deze overwegingen brengen mee dat die afweging in Nederland aan de Minister van Justitie is voorbehouden, met de mogelijkheid van een toetsing achteraf door de kortgedingrechter, tenzij de soevereiniteitsschending óók de belangen van de opgeëiste persoon raakt. Het Kaderbesluit draagt de beslissing over de overlevering op aan rechterlijke autoriteiten, terwijl het voor politiek verantwoordelijke “centrale autoriteiten”, bijvoorbeeld een autoriteit op regeringsniveau als de Minister van Justitie, alleen een administratieve en ondersteunende rol mogelijk maakt. Tegen deze achtergrond is het begrijpelijk, dat het Kaderbesluit geen ruimte laat voor het invoeren van een soevereiniteitsschending als weigeringsgrond. Het maken van beleidsmatige en politieke afwegingen is immers niet een taak van rechterlijke autoriteiten.

³²⁴⁶ Rb. Amsterdam 16 februari 2007, *LJN* BD2830.

³²⁴⁷ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI627, r.o. 3.4 (mijn cursivering).

HOOFDSTUK XXII

Voor zover een schending van de Nederlandse soevereiniteit tevens een risico van een flagrante schending van art. 6 lid 1 EVRM oplevert (en voor zover naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer eveneens is komen vast te staan, dat de opgeëiste persoon na zijn uit- of overlevering niet een rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste zal staan ter zake van die flagrante schending), levert die soevereiniteitsschending een beletsel voor uit- en overlevering op. Deze overeenkomst met het uitleveringsrecht is niet verbazingwekkend, nu de op de uitvoerende lidstaat rustende verplichting tot eerbiediging van mensenrechten behoort tot het primaire Unierecht, dat in zoverre een grens stelt aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning.

HOOFDSTUK XXIII

Ontbreken van wederkerigheid

XXIII.1 Inleiding

XXIII.2 Wederkerigheid in het uitleveringsrecht

XXIII.3 Wederkerigheid in het overleveringsrecht

XXIII.4 Conclusie

XXIII.1 Inleiding

De soevereiniteit van staten en hun - juridische - gelijkwaardigheid (zie Hoofdstuk II.2.2.3) brengen mee dat een staat in het algemeen wenst te voorkomen, dat hij in zijn verhoudingen met een andere staat meer verplichtingen op zich neemt dan die andere staat jegens hem. Eenzijdige verplichtingen kunnen worden gezien als aantastingen van de nationale soevereiniteit en de nationale waardigheid. De ene staat zal daarom in de regel alleen een prestatie aan een andere staat leveren, indien die andere staat in het omgekeerde analoge geval een prestatie aan hem zou leveren (*do ut des*).³²⁴⁸ De verplichtingen of prestaties zijn in dat geval *wederkerig*, vanwaar men spreekt van het wederkerigheidsbeginsel.

Toegepast op uitlevering brengt het wederkerigheidsbeginsel mee dat de aangezochte staat de uitlevering *mag* weigeren, indien de verzoekende staat in het omgekeerde analoge geval niet zou uitleveren.³²⁴⁹ De soevereiniteit en de gelijkwaardigheid van staten waarop het wederkerigheidsbeginsel berust, *dwingen* op zichzelf niet tot weigering van de uitlevering bij het ontbreken van wederkerigheid. Zoals een staat kan instemmen met een handeling die zonder die instemming een inbreuk op zijn soevereiniteit zou opleveren (zie Hoofdstuk XXII.2), kan een staat instemmen met een niet wederkerige prestatie jegens een andere staat. Het wederkerigheidsbeginsel wordt niet gezien als een “principle of justice”, maar als een uitvloeisel van internationaal-politieke overwegingen.³²⁵⁰ Het Duitse *Bundesgerichtshof* heeft in dit verband gesproken van een “politische Handlungsmaxime, kein Rechtssatz des Völkerrechts”.³²⁵¹ Het wederkerigheidsbeginsel beschermt dan ook alleen de belangen van staten, niet die van de opgeëiste persoon.³²⁵² Hoewel op volkenrechtelijk niveau geen verplichting bestaat tot weigering van de uitlevering in geval van het ontbreken van wederkerigheid,³²⁵³ kan op nationaal niveau het recht van het aangezochte staat voorschrijven dat de uitlevering steeds afhankelijk is van de voorwaarde

³²⁴⁸ Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 120; Rummelink 1990, p. 76; Strijards 1988, p. 76; Swart 1986, p. 128.

³²⁴⁹ Zie Glerum & Rozemond 2008a, p. 165-167; Rummelink 1990, p. 70; Swart 1986, p. 128-129; Schutte 1982, p. 21-32; Van der Wilt 2005a, p. 71.

³²⁵⁰ Von Bubnoff 2005, p. 26; Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Rummelink 1990, p. 76; Schwaighofer 1988, p. 45; Van der Wilt 2005a, p. 71.

³²⁵¹ Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012. Vgl. Strijards 1988, p. 78, die opmerkt dat Nederland “uit zuiver beleidspolitieke overwegingen” van wederkerigheid kan afzien. Anders Heimgartner 2002, p. 92; Linke 1983, p. 22; Zeder 2003, p. 380.

³²⁵² Glerum 2005, p. 46; Glerum & Rozemond 2008a, p. 166; Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Murschetz 2007a, p. 120; Tinkl 2008, p. 133. Zie ook *Bundesverfassungsgericht* 24 november 2005, 2 BvR 1667/05, Rn 16: “Im übrigen konnte sich der Beschwerdeführer als natürliche Person auch deshalb nicht auf den Grundsatz der Reziprozität berufen, weil dieser nur zwischen den Staaten als Vertragspartner gilt”.

³²⁵³ Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012.

van wederkerigheid.³²⁵⁴ In dat geval heeft het wederkerigheidsbeginsel “Reflexwirkung”, zodat de opgeëiste persoon zich daarop kan beroepen.

Nederland levert alleen uit krachtens verdrag (art. 2 lid 3 Gw; art. 2 UW). In paragraaf 2 zal ik bespreken of het wederkerigheidsbeginsel aan die verdragen - en aan de Uitleveringswet - ten grondslag ligt en, zo ja, in hoeverre. Vervolgens zal ik in paragraaf 3 onderzoeken of het wederkerigheidsbeginsel een plaats heeft in het overleveringsrecht en, zo ja, welke. Eventuele overeenkomsten en verschillen zal ik langs de lat van het beginsel van wederzijdse erkenning leggen, teneinde vast te stellen of zij verbazing wekken. In paragraaf 4 zal ik vervolgens uit een en ander de conclusies trekken.

XXIII.2 Wederkerigheid in het uitleveringsrecht

In Hoofdstuk II.2.2.3 heb ik gesignaleerd dat, waar twee of meer staten hun uitleveringsrelaties bij verdrag regelen, de wederkerigheid in het algemeen gewaarborgd is, omdat de in het verdrag opgenomen verplichting tot uitlevering en de uitzonderingen daarop in het algemeen “symmetrisch” zijn, zulks als uitvloeisel van de wens van de verdragspartijen om eenzijdige verplichtingen te vermijden.³²⁵⁵ Dat geldt ook voor het Europees Verdrag betreffende uitlevering. De in dit verdrag opgenomen regels en voorwaarden voor uitlevering leggen geen eenzijdige verplichtingen op.³²⁵⁶

De in het Europees Verdrag betreffende uitlevering opgenomen *facultatieve* weigeringsgronden vormen geen uitzondering op de wederkerigheid, omdat zij hun bestaan danken aan een compromis tussen verdragspartijen die dergelijke weigeringsgronden steeds willen inroepen en verdragspartijen die deze behoefte niet gevoelen. Vraagt een staat die tot de eerste categorie behoort de uitlevering aan een staat die tot de tweede categorie behoort, en is een facultatieve weigeringsgrond van toepassing, dan is de aangezochte staat niet verplicht tot een prestatie die verzoekende staat in het omgekeerde analoge geval niet zou leveren. Hij mag de uitlevering immers weigeren op grond van de facultatieve weigeringsgrond. Besluit de aangezochte staat daarentegen geen gebruik te maken van die facultatieve weigeringsgrond en gaat hij over tot uitlevering, dan doet hij daarmee afstand van wederkerigheid. Van een eenzijdige *verplichting* tot uitlevering is in geval van een facultatieve weigeringsgrond dus geen sprake. Het hangt van het recht van de aangezochte staat af of het ontbreken van wederkerigheid moet leiden tot toepassing van de facultatieve weigeringsgrond.³²⁵⁷

Art. 26 lid 1 EUV staat het de verdragspartijen toe *voorbehouden* te maken bij elk van de bepalingen van het verdrag. Een voorbehoud is een eenzijdige verklaring van een staat “waarbij hij te kennen geeft het rechtsgevolg van zekere bepalingen van het verdrag in hun

³²⁵⁴ De Duitse (Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 3-13, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Tinkl 2008, p. 132), Oostenrijkse (Schwaighofer 1988, p. 46-48) en Zwitserse (Heimgartner 2002, p. 92-94) wetgevingen bevatten zulke bepalingen.

³²⁵⁵ Von Bubnoff 2005, p. 26; Lagodny, § 5 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, RN 2, in: Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012; Swart 1986, p. 129; Tinkl 2008, p. 131; Van der Wilt 2005a, p. 71.

³²⁵⁶ De authentieke Franse tekst van art. 1 EUV bepaalt dat de verdragspartijen de verplichting op zich hebben genomen om “réciproquement” aan elkaar uit te leveren overeenkomstig de regels en onder de voorwaarden zoals in het verdrag voorzien. De gelijkelijk authentieke Engelse tekst van art. 1 EUV spreekt daarentegen van “undertake to surrender to each other”.

³²⁵⁷ Sjöcrona & Orié 2002, p. 111; Swart 1986, p. 130-131; Van der Wilt 2005a, p. 73. Anders Schutte 1982, p. 26.

toepassing met betrekking tot deze Staat uit te sluiten of te wijzigen” (art. 2 lid 1 onder d Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht). Indien de verzoekende staat een voorbehoud heeft gemaakt waarbij hij de in art. 1 EUV opgenomen verplichting tot uitlevering onder bepaalde omstandigheden niet aanvaardt,³²⁵⁸ en indien de aangezochte staat een dergelijk voorbehoud niet heeft gemaakt, betekent dit evenwel niet dat de aangezochte staat tot meer is verplicht dan de verzoekende staat in het omgekeerde analoge geval. Art. 26 lid 3 EUV bepaalt namelijk dat het wederkerigheidsbeginsel van toepassing is op het voorbehoud.³²⁵⁹ de verzoekende staat kan slechts *aanspraak* maken op naleving van een verdragsbepaling door de aangezochte staat, voor zover de verzoekende staat die bepaling zelf heeft aanvaard. Evenmin als facultatieve weigeringsgronden, hoeven voorbehouden dus tot doorbreking van wederkerigheid te leiden. Weliswaar mag de verzoekende staat van de aangezochte staat niet meer *verlangen* dan waartoe hij op grond van het door hem gemaakte voorbehoud zelf bereid zou zijn, maar de aangezochte staat kan ervoor kiezen af te zien van wederkerigheid. Ook in geval van een door de verzoekende staat gemaakt voorbehoud bepaalt het nationale recht van de aangezochte staat dus of het ontbreken van wederkerigheid moet leiden tot weigering van de uitlevering.³²⁶⁰

Een andere uitdrukkelijke verwijzing naar wederkerigheid is neergelegd in art. 2 lid 7 EUV. Art. 2 lid 3 EUV geeft een staat waarvan het nationale recht de uitlevering voor feiten die onder het bereik van art. 2 lid 1 EUV vallen niet toelaat, het recht deze feiten van uitlevering uit te sluiten. Art. 2 lid 7 EUV bepaalt dat elke staat wederkerigheid *mag* toepassen ten aanzien van de van uitlevering uitgesloten feiten. Voor art. 2 leden 3 en 7 EUV geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als voor de facultatieve weigeringsgronden en de voorbehouden. De aangezochte staat is niet tot meer *verplicht* dan de verzoekende staat die één of meer feiten van uitlevering heeft uitgesloten. Het hangt van het recht van de aangezochte staat af of het ontbreken van wederkerigheid moet leiden tot weigering van de uitlevering.

Aangezien het wederkerigheidsbeginsel niet meer is dan een “politische Handlungsmaxime” (zie paragraaf 1), mag de aangezochte staat de uitlevering alleen dan wegens het ontbreken van wederkerigheid weigeren, wanneer het Europees Verdrag betreffende uitlevering zulks toelaat. Zulks volgt *a contrario* eveneens uit de art. 26 lid 3 en 2 lid 7 EUV. Waar het verdrag de aangezochte staat in deze twee specifieke gevallen uitdrukkelijk machtigt om het ontbreken van wederkerigheid aan de verzoekende staat tegen te werpen, is het de aangezochte staat buiten deze gevallen - en buiten de facultatieve weigeringsgronden - niet toegestaan om de uitlevering wegens het ontbreken van wederkerigheid te weigeren.³²⁶¹

³²⁵⁸ Zie bijvoorbeeld het Nederlandse voorbehoud inzake verstekvonnissen bij art. 1 EUV (Hoofdstuk II.2.2.4 en Hoofdstuk VI.3.1).

³²⁵⁹ Extradition: European standards 2006, p. 55.

³²⁶⁰ Sjöcrona & Orié 2002, p. 111; Swart 1986, p. 130-131; Van der Wilt 2005a, p. 71.

³²⁶¹ Heimgartner 2002, p. 94 (“Diesem [dem Europäische Auslieferungsbereinkommen] liegt das Prinzip der Gegenseitigkeit nicht zu Grunde. Es kommt lediglich zur Anwendung, wenn es eine Bestimmung ausdrücklich vorsieht”); Schwaighofer 1988, p. 45 (spreekt ten aanzien van art. 2 lid 7 EUV van een “Lockerung des Prinzips”); Tinkl 2008, p. 131 (“Schon dem EUAuslÜbk (1957) liegt allerdings nur ein eingeschränktes Prinzip der Gegenseitigkeit zugrunde”); Zimmermann 2004, p. 130-131 (ten aanzien van art. 2 lid 7 EUV: “(...) cela souligne bien que pour les autres infractions, la réciprocité ne peut être exigée”).

De Uitleveringswet bevat niet een algemene voorwaarde voor uitlevering die inhoudt dat Nederland alleen uitlevert, indien de wederkerigheid is verzekerd.³²⁶² Aan een instructie aan de regering om alleen uitleveringsverdragen te sluiten waarin de uitlevering op basis van wederkerigheid was geregeld, bestond naar de mening van de regering geen noodzaak. De Uitleveringswet van 1875 bevatte evenmin een dergelijke bepaling, terwijl de onder die wet gesloten verdragen zonder uitzondering bepaalden dat de uitlevering zou plaatsvinden op basis van wederkerigheid. Bovendien was niet te verwachten dat Nederland ooit eenzijdige uitleveringsverplichtingen op zich zou nemen.³²⁶³ Deze verwachting is overigens niet uitgekomen. Bij de goedkeuring van het Verdrag van Den Haag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen³²⁶⁴ en het Verdrag van Montreal tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart³²⁶⁵ heeft de regering de vraag of de wederkerigheid van de uitlevering op grond van deze verdragen (zie art. 51a UW) niet zou moeten worden verzekerd, ontkennend beantwoord.³²⁶⁶

Het ontbreken van een instructie inzake wederkerigheid brengt mee dat de Uitleveringswet geen aanvullende maatstaf bevat ten aanzien van het ontbreken van wederkerigheid. Voor zover het Europees Verdrag betreffende uitlevering de aangezochte staat de vrijheid laat om de uitlevering wegens het ontbreken van wederkerigheid te weigeren, zet de Uitleveringswet die vrijheid dus niet om in een verplichting.³²⁶⁷ Swart merkt in dit verband op dat Nederland de wederkerigheid wil kunnen handhaven, zonder dat ook te moeten.³²⁶⁸ Daarom is het aan de Minister van Justitie voorbehouden de uitlevering wegens het ontbreken van wederkerigheid te weigeren.³²⁶⁹ Weigering van de uitlevering op de enkele grond dat de wederkerigheid ontbreekt, schijnt vrijwel nooit voor te komen.³²⁷⁰ Zo pleegt Nederland Nederlanders uit te leveren aan staten die hun eigen onderdanen niet uitleveren.³²⁷¹ Schutte concludeert dan ook dat het Nederlandse uitleveringsrecht aan het beginsel van wederkerigheid geen al te grote betekenis hecht.³²⁷²

XXIII.3 Wederkerigheid in het overleveringsrecht

Het Kaderbesluit is niet een verdrag, zoals het Europees Verdrag betreffende de uitlevering dat is, maar een besluit van een volkenrechtelijke organisatie. Het Kaderbesluit kon slechts tot stand komen met eenparigheid van stemmen van de vertegenwoordigers van de lidstaten (art. 34 lid 2 onder b (oud) VEU). Men mag dan ook aannemen dat de lidstaten bij

³²⁶² Art. 11 lid 3 UW verwijst naar wederkerigheid. Deze bepaling komt aan de orde in het hoofdstuk over het politieke delict (Hoofdstuk XX.2).

³²⁶³ *Kamerstukken II* 1965/66, 8054, nr. 10, p. 4.

³²⁶⁴ *Trb.* 1971, 50.

³²⁶⁵ *Trb.* 1971, 218.

³²⁶⁶ *Kamerstukken II* 1971/72, 11 866, nr. 3, p. 7.

³²⁶⁷ Sjöcrona & Orie 2002, p. 111; Swart 1986, p. 133-134.

³²⁶⁸ Swart 1986, p. 133.

³²⁶⁹ HR 17 januari 1984, *DD* 84.248; HR 21 mei 1991, *DD* 91.322; HR 28 mei 1996, *DD* 96.324.

³²⁷⁰ Glerum, par. 91.11.15 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel; Swart 1986, p. 134.

³²⁷¹ Glerum, par. 91.11.15 (april 2011), in: Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel. Zie HR 28 mei 1996, *DD* 96.324: het Duitse voorbehoud bij art. 6 EUV, inhoudende dat Duitsland geen Duitse onderdanen uitlevert, brengt niet mee dat de uitleveringsrechter de uitlevering van een Nederlander aan de BRD ontoelaatbaar moet verklaren op grond van art. 26 lid 3 EUV.

³²⁷² Schutte 1982, p. 32. Zie ook R Emmelink 1990, p. 77 ("Het is duidelijk geen credo van het Nederlands uitleveringsrecht").

het aannemen van het Kaderbesluit hun eigen belangen in het oog zullen hebben gehouden en getracht zullen hebben te voorkomen dat het Kaderbesluit eenzijdige verplichtingen oplegt (Hoofdstuk III.2.3.2.4). Het Kaderbesluit legt inderdaad de lidstaten dezelfde *verplichting* tot tenuitvoerlegging van een EAB en dezelfde - limitatieve - *verplichtingen* tot weigering van het EAB op. Het Kaderbesluit biedt de lidstaten bovendien dezelfde - limitatieve - *mogelijkheden* tot weigering van het EAB en tot het vragen van garanties. Men zou dus kunnen zeggen dat het Kaderbesluit *in abstracto* op wederkerigheid berust.³²⁷³

Voor wat betreft de weigeringsgronden en garanties³²⁷⁴ bevat het Kaderbesluit, anders dan het Europees Verdrag betreffende uitlevering, niet een uitdrukkelijke verwijzing naar wederkerigheid. Evenmin biedt het Kaderbesluit, anders dan het Europees Verdrag betreffende uitlevering, de lidstaten de mogelijkheid om voorbehouden te maken. Wel bevat het Kaderbesluit, evenals het Europees Verdrag betreffende uitlevering, een aantal facultatieve weigeringsgronden en daarnaast een aantal facultatieve garanties.

In een aantal van de facultatieve weigeringsgronden zit het ontbreken van wederkerigheid als het ware “ingebakken”. Is zo een weigeringsgrond van toepassing, dan ontbreekt namelijk per definitie de wederkerigheid. Indien een ander feit dan een lijstfeit niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 2 lid 4 jo. 4 onder 1 Kaderbesluit), zou de uitvoerende lidstaat van de uitvaardigende lidstaat niet de overlevering voor dat feit kunnen verkrijgen. Zijn rechterlijke autoriteiten mogen immers niet een EAB uitvaardigen wegens een feit dat naar zijn recht niet strafbaar is. Valt het feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat en is naar het recht van die lidstaat het recht tot strafvordering of tot strafexecutie verjaard (art. 4 onder 4 Kaderbesluit), dan zouden de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat evenmin een EAB mogen uitvaardigen wegens een dergelijk feit. Overlevering strekt immers ter vervolging of executie, terwijl hier het recht tot vervolging of executie ontbreekt. Heeft het EAB betrekking op een feit dat buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan, terwijl naar het recht van de uitvoerende lidstaat geen vervolging zou kunnen worden ingesteld voor een dergelijk buiten het grondgebied van de uitvoerende lidstaat begaan feit (art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit), dan ontbreekt de wederkerigheid eveneens. Wegens een feit dat niet onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt, kunnen zijn autoriteiten immers niet een EAB uitvaardigen.³²⁷⁵

In eerdere hoofdstukken heb ik echter uiteen gezet dat de ratio van deze facultatieve weigeringsgronden niet is gelegen in de wens om de wederkerigheid te handhaven (zie Hoofdstuk VII.3.4.1, Hoofdstuk VII.3.3.1.6 en Hoofdstuk XIV.3), maar - onder meer - in de wens om te vermijden dat de uitvoerende lidstaat moet meewerken aan een buitenlandse strafvervolging of strafexecutie die in strijd is met zijn nationale rechtsopvattingen.

Hoewel voor de lidstaten *in abstracto* gelijke verplichtingen en gelijke uitzonderingen gelden, zullen die verplichtingen en uitzonderingen *in concreto* niet steeds gelijkelijk uitpakken. Onder het systeem van het Kaderbesluit kan het namelijk voorkomen dat de uitvoerende lidstaat moet overleveren, terwijl hij in een omgekeerd analoog geval niet de overlevering van de uitvaardigende lidstaat zou kunnen verkrijgen. Hier dient op de eerste

³²⁷³ In deze zin ook Zeder 2003, p. 380. Zie ook *Kamerstukken I* 2011/12, 32 885, C, p. 3: “Reciprociteit of wederkerigheid, waar deze leden naar vragen, komt in de EU tot stand door het Europese recht. Kaderbesluiten, richtlijnen en verordeningen bevatten regels die voor elke lidstaat gelden”.

³²⁷⁴ Wel voor wat betreft het specialiteitsbeginsel (art. 27 lid 1 en art. 28 lid 1 Kaderbesluit): zie Hoofdstuk XVII.3.2.2.2 en Hoofdstuk XVII.3.2.3.2.

³²⁷⁵ Van der Wilt 2005a, p. 74.

plaats te worden gewezen op de regeling van de lijstfeiten.³²⁷⁶ Van deze feiten mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit immers niet de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat toetsen. Het is niet uitgesloten dat die strafbaarheid ontbreekt (zie Hoofdstuk IX.3.3.3.3). In een dergelijk geval zou de uitvoerende lidstaat in een omgekeerd analogoos geval niet de overlevering kunnen verkrijgen, omdat zijn bevoegde autoriteiten niet een EAB zouden mogen uitvaardigen ter zake van een niet strafbaar feit.³²⁷⁷

Nu het de lidstaten vrij staat om van implementatie van een facultatieve weigeringsgrond of garantie af te zien en nu zij bij de implementatie van een dergelijke weigeringsgrond of garantie de keuze hebben tussen een dwingende of facultatieve invulling (zie Hoofdstuk III.2.3.2.5), levert de (non-)implementatie van deze weigeringsgronden en garanties verder mogelijke concrete gevallen op, waarin de wederkerigheid niet, althans niet zonder meer, gegeven is.³²⁷⁸ Indien bijvoorbeeld de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering ter zake van een geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat begaan feit moet toestaan, omdat de uitvoerende lidstaat art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit niet heeft geïmplementeerd, terwijl de uitvaardigende lidstaat die weigeringsgrond dwingend heeft omgezet, rijst de vraag of de uitvoerende rechterlijke autoriteit het ontbreken van wederkerigheid aan een weigering van de overlevering ten grondslag mag leggen. Eenzelfde vraag is aan de orde, indien de uitvoerende lidstaat een weigeringsgrond of garantie wel heeft geïmplementeerd, maar op facultatieve wijze, terwijl de uitvaardigende lidstaat de betreffende weigeringsgrond of garantie dwingend heeft omgezet.

In het eerste voorbeeld - de uitvoerende lidstaat heeft een facultatieve weigeringsgrond of garantie niet geïmplementeerd, terwijl de uitvaardigende lidstaat die grond of garantie dwingend heeft geïmplementeerd - mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering niet weigeren vanwege ontbrekende wederkerigheid. De weigeringsgronden en garanties zijn immers limitatief.³²⁷⁹ Zo heeft de Duitse facultatieve weigeringsgrond inzake het ontbreken van wederkerigheid³²⁸⁰ mijns inziens terecht de kritiek ontmoet dat deze geen "correspondence in the Framework Decision" heeft.³²⁸¹ Een uitzondering in verband met de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten is hier

³²⁷⁶ Zeder 2003, p. 381.

³²⁷⁷ Van der Wilt 2005a, p. 75.

³²⁷⁸ Zeder 2003, p. 381.

³²⁷⁹ Glerum 2005, p. 46; Tinkl 2008, p. 132; Zeder 2003, p. 380. In deze zin ook *Kamerstukken I 2011/12*, 32 885, C, p. 3-4: "In het Europese recht geldt echter niet meer het klassieke idee van wederkerigheid in de zin van: als land A iets niet doet, kan dat voor land B reden zijn om hetzelfde (niet) te doen. De lidstaten zijn gebonden aan de in de kaderbesluit neergelegde limitatieve weigeringsgronden en kunnen de overname van de tenuitvoerlegging van het vonnis niet weigeren omdat de in de toepassingspraktijk een bepaalde assymetrie is ontstaan".

³²⁸⁰ Zie § 83b Abs. 1(d) *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*: "Die Bewilligung der Auslieferung kann abgelehnt werden, wenn (...) d) nicht aufgrund einer Pflicht zur Auslieferung nach dem Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EG Nr. L 190 S. 1), aufgrund einer vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherung oder aus sonstigen Gründen erwartet werden kann, dass dieser einem vergleichbaren deutschen Ersuchen entsprechen würde".

³²⁸¹ *Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations "Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States": Report on Germany*, Raadsdocument 7058/1/09 REV 1, p. 44. Deze weigeringsgrond zou bedoeld zijn voor "exceptional cases in relation to Member States which had implemented the Framework Decision in a very restrictive way" en van de toepassing daarvan zouden geen gevallen bekend zijn (p. 25).

niet aan de orde. Wederkerigheid raakt immers alleen de belangen van de lidstaten (zie paragraaf 1).

In het tweede voorbeeld - de uitvoerende lidstaat heeft een weigeringsgrond of garantie facultatief omgezet, terwijl de uitvaardigende lidstaat die weigeringsgrond of garantie dwingend heeft ingevuld - lijkt de uitvoerende rechterlijke autoriteit de ruimte te hebben om de ontbrekende wederkerigheid te betrekken bij het al dan niet toepassen van de weigeringsgrond of het vragen van de garantie.

Volgens het beginsel van wederzijdse erkenning moet de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat de strafrechtelijke beslissing van de rechterlijke autoriteit van de andere lidstaat erkennen, ook al had zij naar haar eigen recht niet een vergelijkbare beslissing kunnen nemen. Indien zij niet tot een vergelijkbare beslissing had kunnen komen, had zij in een omgekeerd analoog geval niet de overlevering kunnen vragen.³²⁸² Inherent aan het beginsel is dus dat wederkerigheid - in een concreet geval - niet relevant is. Wederzijdse erkenning staat daarom niet gelijk aan wederkerige erkenning. Hoewel de facultatieve weigeringsgronden en garanties evenzeer uitzonderingen op het beginsel van wederzijdse erkenning vormen, lijkt het mij onverenigbaar met dat beginsel om in een concreet geval die weigeringsgronden toe te passen of die garanties te vragen uitsluitend vanwege het ontbreken van wederkerigheid.

Dat is kennelijk ook de opvatting van de Commissie. Zij heeft de Tsjechische implementatiewetgeving, die de overlevering van Tsjechische onderdanen afhankelijk stelt van wederkerigheid, gelaakt als zijnde strijdig met het Kaderbesluit.³²⁸³ Van Tsjechische zijde is met betrekking tot de voorwaarde van wederkerigheid aangevoerd dat “wederkerigheid” (“reciprocity”) *de facto* een synoniem is van “wederzijdsheid” (“mutuality”), zodat “the principle of mutual recognition is based on reciprocal procedure (*sic*) of the Member States”. Die wederkerigheid of wederzijdsheid zou één van de hoekstenen van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten zijn.³²⁸⁴ Zoals uit het voorgaande volgt, ben ik het met dit standpunt niet eens. Juist vanwege het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten moet de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat de strafrechtelijke beslissing uit een andere lidstaat erkennen, ook had zij zelf een dergelijke beslissing niet kunnen nemen en ook al had zij bijgevolg in een omgekeerd analoog geval de overlevering niet kunnen verkrijgen. Zou de Tsjechische opvatting juist zijn, dan zou het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten de overlevering kunnen belemmeren, terwijl het beginsel van wederzijdse erkenning, dat op dat vertrouwen berust, de justitiële samenwerking in strafzaken juist beoogt te vergemakkelijken.

Volgens Van der Wilt is het, door de uitsluiting van de “centrale autoriteit” bij de beslissing op het EAB, aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit overgelaten om, bij de toepassing van een facultatieve weigeringsgrond - of garantie -, te letten op het belang van de uitvoerende lidstaat bij handhaving van de symmetrie van de overleveringsverplichtingen. Zijn kritiek dat het “doubtful [is] whether this instance is fully equipped to do the job”,³²⁸⁵ miskent mijns inziens dat overwegingen inzake het ontbreken van

³²⁸² Van der Wilt 2005a, p. 74.

³²⁸³ *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 13 en p. 17.

³²⁸⁴ *Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2011)430 final, p. 55.

³²⁸⁵ Van der Wilt 2005a, p. 77-79.

wederkerigheid geen rol zouden mogen spelen bij de toepassing van een facultatieve weigeringsgrond of garantie. Wel ben ik het met hem eens dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet de geëigende instantie is om af te wegen of het ontbreken van wederkerigheid aan overlevering in de weg zou moeten staan. Bij deze afweging, die op het terrein van de interstatelijke verhoudingen ligt, zijn immers alleen statelijke belangen betrokken (zie paragraaf 1). Dat het Kaderbesluit de beslissing op het EAB bij uitsluiting aan rechterlijke autoriteiten opdraagt, bevestigt naar mijn mening dan ook dat wederkerigheidsoverwegingen geen rol mogen spelen bij die beslissing.³²⁸⁶

Aangezien Nederland alle weigeringsgronden en garanties *dwingend* heeft omgezet, lijkt sowieso geen ruimte te bestaan om overwegingen inzake de wederkerigheid te betrekken bij de beslissing op het EAB. In art. 13 lid 2 OLW zou een uitzondering gelegen kunnen zijn. Op grond van die bepaling kan de officier van justitie vorderen dat de Rechtbank Amsterdam afziet van weigering van de overlevering uitsluitend op grond van art. 13 lid 1 onder a of b OLW. Bij die vordering zou de officier van justitie dus kunnen betrekken dat de wederkerigheid ontbreekt, maar, zoals ik hiervoor heb betoogd, zou dit in strijd met het beginsel van wederzijdse erkenning zijn en zou dit zich niet verdragen met de rol van de officier van justitie, die in het overleveringsrecht niet de plaats inneemt die de Minister van Justitie in het uitleveringsrecht heeft, zoals ik in het hoofdstuk over soevereiniteit heb uiteengezet (zie Hoofdstuk XXII.3).

Uit haar gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de Rechtbank Amsterdam tweemaal is geconfronteerd met een beroep op het ontbreken van wederkerigheid. Het eerste geval betrof een Duits EAB ten laste van een Nederlander, kort nadat het Duitse *Bundesverfassungsgericht* de Duitse implementatiewetgeving ongrondwettig had verklaard, omdat deze wetgeving - kort gezegd - onvoldoende rekening hield met de constitutionele rechten van Duitse onderdanen.³²⁸⁷ De opgeëiste persoon voerde aan dat, nu Duitsland vanwege de nietigheid van de implementatiewetgeving geen EAB's meer kon uitvaardigen, de overlevering aan Duitsland in strijd met het wederkerigheidsbeginsel zou zijn. De overleveringsrechter verwierp dit verweer, eerstens, omdat - zoals uit een mededeling van de *Bundesminister für Justiz* aan haar Nederlandse ambtgenoot bleek - de vernietigde wet niet de regeling voor het uitvaardigen van EAB's bevatte³²⁸⁸ en, tweedens, omdat het wederkerigheidsbeginsel alleen tussen staten gold en de opgeëiste persoon daaraan geen rechten kon ontnemen.³²⁸⁹ Nu de Rechtbank Amsterdam in deze uitspraak spreekt van het "wederkerigheidsbeginsel" dat tussen staten "geldt", lijkt zij impliciet aan te nemen dat sprake is van een *rechts*beginsel. Mijn inziens ten onrechte, omdat het "beginsel" niet meer is dan een "politische Handlungsmaxime", dat zowel in het uitleveringsrecht als in het overleveringsrecht alleen kan worden toegepast, voor zover de betrokken internationale regeling daarvoor de ruimte laat.

³²⁸⁶ Glerum 2005, p. 46-47; Glerum & Rozemond 2008a, p. 166.

³²⁸⁷ *Bundesverfassungsgericht* 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de. Zie over deze beslissing onder anderen: Deen-Racsmány 2007, p. 13-135; Geyer 2006; Janssens 2006-2007.

³²⁸⁸ Zie in deze zin ook *Bundesverfassungsgericht* 24 november 2005, 2 BvR 1667/05, Rnr. 14-15, beschikbaar op www.bundesverfassungsgericht.de.

³²⁸⁹ Rb. Amsterdam 19 augustus 2005, LJN AU1318. Vgl. *Bundesverfassungsgericht* 24 november 2005, 2 BvR 1667/05, Rnr. 16: "Im Übrigen konnte sich der Beschwerdeführer als natürliche Person aus deshalb nicht auf den Grundsatz der Reziprozität berufen, weil dieser nur zwischen den Staaten als Vertragspartner gilt".

In het tweede geval was de Rechtbank Amsterdam minder stellig. De opgeëiste persoon, een vreemdeling die in het bezit was van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, maar die niet aan alle voorwaarden voldeed om voor een terugkeergarantie in aanmerking te komen (art. 6 lid 5 OLV), voerde aan dat hij op grond van het wederkerigheidsbeginsel desondanks aanspraak kon maken op zo een garantie. Op grond van de wetgeving van de uitvaardigende lidstaat (België) zouden namelijk zowel Belgen als vreemdelingen die in België verblijven recht hebben op een terugkeergarantie, indien hun overlevering door een andere lidstaat wordt gevraagd.³²⁹⁰ De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat de opgeëiste persoon zich niet “rechtstreeks” op het wederkerigheidsbeginsel kon beroepen, aangezien dit beginsel “met name” de belangen van staten beschermt.³²⁹¹ De woorden “rechtstreeks” en “met name” suggereren dat de opgeëiste zich indirect op het “wederkerigheidsbeginsel” zou kunnen beroepen en dat dit “beginsel” ten minste ten dele zijn belangen zou beschermen. Zoals ik hierboven al uiteen heb gezet, raakt de wederkerigheid niet aan belangen van de opgeëiste persoon, zodat ik geen ruimte zie voor een - direct of indirect - beroep op het “wederkerigheidsbeginsel”.

De kortgedingrechter is in dit opzicht vaster in de leer dan de Rechtbank Amsterdam. Naar aanleiding van de stellingen dat Polen zijn eigen onderdanen alleen overlevert wegens op of na 7 november 2006³²⁹² begane strafbare feiten en dat overlevering van een Nederlander aan Polen wegens een vóór die datum begaan strafbaar feit strijd met het wederkerigheidsbeginsel zou opleveren, overwoog de kortgedingrechter - mijns inziens terecht - dat noch de Overleveringswet noch het Kaderbesluit een grondslag biedt voor het tegenwerpen van strijd met het “wederkerigheidsbeginsel” aan de uitvaardigende lidstaat.³²⁹³

De eerste uitspraak van de Rechtbank Amsterdam en het vonnis van de kortgedingrechter laten overigens een bijzondere vorm van het ontbreken van wederkerigheid zien: de wederkerigheid ontbreekt, omdat de uitvaardigende lidstaat zijn uit het Kaderbesluit voortvloeiende verplichtingen niet naleeft.³²⁹⁴ Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de omstandigheid dat de ene lidstaat zijn Unierechtelijke verplichtingen niet naleeft een andere lidstaat niet het recht geeft om zich, met een beroep

³²⁹⁰ Deze stelling is onjuist. Art. 8 van de Wet betreffende het Europees aanhoudingsbevel bepaalt niet meer dan dat de overlevering afhankelijk *kan* worden gesteld van de terugkeergarantie. De Belgische uitvoerende rechterlijke autoriteit is niet verplicht deze garantie te vragen (Dewulf 2009, p. 194), zodat van een recht van de opgeëiste persoon geen sprake kan zijn.

³²⁹¹ Rb. Amsterdam 8 juni 2007, L/JN BA9965.

³²⁹² De datum waarop de Poolse grondwetswijziging van kracht werd, die de overlevering van Poolse onderdanen mogelijk maakte. Het Poolse Constitutionele Tribunaal had namelijk de Poolse implementatiebepaling die de vervolgingsoverlevering van een Poolse onderdanen toeliet onder de voorwaarde van terugkeer ongrondwettig verklaard, maar had de gevolgen van deze ongrondwettigheid uitgesteld voor een periode van maximaal 18 maanden, teneinde de wetgever in de gelegenheid te stellen de Grondwet aan te passen: Bem 2006; Deen-Racsmány 2007, p. 125-130; Janssens 2006-2007; Łazowski 2005; Łazowski 2009, p. 426-431.

³²⁹³ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 24 september 2007, rolnummer KG 07/877, niet gepubliceerd, r.o. 3.6.

³²⁹⁴ Duitsland niet, omdat deze lidstaat door de vernietiging van de implementatiewetgeving tijdelijk geen buitenlandse EAB's ten uitvoer kon leggen; Polen niet, omdat de eis inzake het tijdstip van het begaan van de feiten irrelevant is voor de overlevering van onderdanen van de uitvoerende lidstaat.

op het wederkerigheidsbeginsel, aan zijn Unierechtelijke verplichtingen te onttrekken.³²⁹⁵ Dat een schending van Unierechtelijke verplichtingen door de uitvaardigende lidstaat niet tot *unilateraal* optreden van de uitvoerende lidstaat mag leiden, blijkt ook uit overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit. Volgens deze overweging kan een opschorting van de toepassing van de regeling inzake het EAB alléén plaatsvinden in geval van een door de Raad vastgestelde ernstige en voortdurende schending van de in art. 6 lid 1 (oud) VEU (art. 2 VEU) bedoelde beginselen.³²⁹⁶ Voor het overige kunnen tegen een schending van het Kaderbesluit door een lidstaat alleen die voorzieningen worden aangewend waarin het Unierecht voorziet. In dit verband is vooral van belang de bevoegdheid van de Commissie om een inbreukprocedure aanhangig te maken tegen een lidstaat die “een van de krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen” (art. 258 VWEU), van welke bevoegdheid de Commissie ten aanzien van schendingen van het Kaderbesluit pas vanaf 1 december 2014 gebruik mag maken, tenzij het Kaderbesluit vóór die datum wordt gewijzigd (art. 10 leden 1, 2 en 3 Protocol (nr. 36) betreffende de overgangsbepalingen).

XXIII.4 Conclusie

In abstracto legt het Kaderbesluit aan alle lidstaten dezelfde verplichting tot tenuitvoerlegging van een EAB op en biedt het aan alle lidstaten dezelfde uitzonderingen op die verplichting.

Gezien de regeling van de lijstfeiten en de facultatieve weigeringsgronden en garanties, valt *in concreto* niet te garanderen dat de uitvoerende lidstaat in een omgekeerd analoog geval de overlevering van de uitvaardigende lidstaat zou kunnen verkrijgen.

In elk geval voor zover het de regeling van de lijstfeiten betreft, hebben de lidstaten de mogelijkheid van het ontbreken van wederkerigheid aanvaard. Deze feiten moeten immers zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid tot overlevering leiden, dus ook indien deze feiten wellicht niet strafbaar naar het recht van de uitvoerende lidstaat zijn. Buiten de in het Kaderbesluit neergelegde weigeringsgronden en garanties om, mag het ontbreken van wederkerigheid in een concreet geval niet tot weigering van de overlevering leiden. Het Kaderbesluit somt de weigeringsgronden en garanties immers limitatief op. Een uitzondering op grond van de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten is hier niet aan de orde. Wederkerigheid raakt alleen de belangen van (lid)staten, niet die van opgeëiste personen.

Enkele van de in het Kaderbesluit geregelde facultatieve weigeringsgronden betreffen gevallen waarin de wederkerigheid ontbreekt (het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat, het ontbreken van het vervolgings- of executierecht naar het recht van de uitvoerende lidstaat en het ontbreken van rechtsmacht naar het recht van de uitvoerende lidstaat). Deze facultatieve weigeringsgronden hebben evenwel een andere ratio dan de wens om de wederkerigheid te handhaven en kunnen dus niet dienen als onderbouwing van de stelling dat het ontbreken van wederkerigheid een voor de beoordeling van het EAB relevante factor is.

³²⁹⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 september 1979, zaak C-232/78 (Commissie/Frankrijk), r.o. 9; HvJ EG 14 februari 1984, zaak C-352/82 (Commissie/Duitsland), r.o. 11; HvJ EG 6 juni 1996, zaak C-101/94 (Commissie/Italië), r.o. 27.

³²⁹⁶ De in die overweging bedoelde opschorting ziet dus niet op een door de uitvoerende rechterlijke autoriteit in een concreet geval te nemen beslissing: Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN* BK9181 en BK9190.

Evenals het Europees Verdrag betreffende uitlevering, bevat het Kaderbesluit facultatieve weigeringsgronden en garanties. Indien een lidstaat al overgaat tot implementatie van zo een weigeringsgrond of garantie, mag bij de toepassing daarvan geen rol spelen dat de uitvaardigende lidstaat in een omgekeerd analoog geval de overlevering niet zou toestaan aan de uitvoerende lidstaat. In zoverre wijkt het overleveringsrecht dus af van het uitleveringsrecht.

Dat verschil wekt naar mijn mening geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Inherent aan het beginsel van wederzijdse erkenning is immers dat het ontbreken van wederkerigheid niet aan de erkenning van een strafrechtelijke beslissing in de weg dient te staan. Door te aanvaarden dat overlevering plaatsvindt op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning hebben de lidstaten ook aanvaard dat het ontbreken van wederkerigheid niet een reden tot weigering van de overlevering mag zijn. Bovendien is de beslissing op het EAB bij uitsluiting opgedragen aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit en niet, gelijk in het uitleveringsrecht, aan een centrale autoriteit als de Minister van Justitie. Een rechterlijke autoriteit is niet toegerust om de afwegingen te maken die de handhaving van de wederkerigheid vereist.

Indien het al zou zijn toegestaan om bij de beslissing tot toepassing van een facultatieve weigeringsgrond of garantie het ontbreken van wederkerigheid te betrekken, *quod non*, zou de Nederlandse implementatie van het Kaderbesluit daarvoor nauwelijks de ruimte bieden. De Nederlandse wetgever heeft immers de weigeringsgronden en garanties *dwingend* omgezet, waardoor het ontbreken van wederkerigheid alleen aan de orde zou kunnen komen in geval van de vordering ex art. 13 lid 2 OLW. De overleveringsrechter en de kortgedingrechter ontzeggen de opgeëiste persoon een beroep op het ontbreken van wederkerigheid, wat er ook zij van de door de overleveringsrechter gegeven motivering.

Het verschil met het uitleveringsrecht is overigens slechts relatief. Weliswaar heeft de Minister van Justitie in het uitleveringsrecht de bevoegdheid om de uitlevering wegens het ontbreken van wederkerigheid te weigeren, waar het Europees Verdrag betreffende uitlevering dit toelaat, maar hij maakt van deze bevoegdheid zelden of nooit gebruik.

HOOFDSTUK XXIV

Conclusie en slotbeschouwing

XXIV.1 Inleiding

XXIV.2 Afwijkingen van het uitleveringsrecht: het Kaderbesluit

XXIV.2.1 Geen verbazing

XXIV.2.2 Verbazing

XXIII.3 Overeenkomsten met het uitleveringsrecht: het Kaderbesluit

XXIV.3.1 Geen verbazing

XXIV.3.2 Verbazing

XXIV.4 Tussenconclusie

XXIV.5 Afwijkingen en overeenkomsten: de Overleveringswet

XXIV.6 Eindconclusie

XXIV.7 Slotbeschouwing

XXIV.1 Inleiding

Door een vergelijking van de kern van het uit- en overleveringsrecht (de weigeringsgronden), beoogt dit proefschrift een bijdrage te leveren aan de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre overlevering wezenlijk anders is dan uitlevering. In de Hoofdstukken V tot en met XXIII heb ik daartoe een aantal uitleveringsrechtelijke weigeringsgronden besproken. Per weigeringsgrond heb ik onderzocht of het overleveringsrecht overeenkomt met of verschilt van het uitleveringsrecht. Van overeenkomsten en verschillen heb ik vervolgens onderzocht of zij verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

Dit beginsel - dat aan het Kaderbesluit ten grondslag ligt en dat meer in het algemeen de basis vormt voor de justitiële samenwerking in strafzaken in de Europese Unie (art. 82 lid 1 VWEU) - brengt mee dat de rechterlijke autoriteit uit de ene lidstaat de strafrechtelijke beslissing van een rechterlijke autoriteit uit een andere lidstaat erkent en ten uitvoer legt, ook al had zij naar haar nationale recht niet tot een dergelijke beslissing kunnen komen. Een en ander is mogelijk, omdat tussen de lidstaten van de Europese Unie een hoge mate van vertrouwen in elkaanders rechtspleging heet te bestaan (overweging 10 van de preambule bij het Kaderbesluit). Strikt genomen, laat dit beginsel géén beletselen voor erkenning en tenuitvoerlegging toe, behoudens persoonsverwisseling en het niet voldoen aan formele vereisten voor de aanbidding van de te erkennen en uit te voeren beslissing. Desalniettemin kan men drie grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning identificeren. Op de eerste plaats zijn de Unie en de lidstaten - voor zover de lidstaten het Unierecht, zoals het Kaderbesluit, ten uitvoer leggen - uit hoofde van het primaire Unierecht (art. 6 leden 1 en 3 VEU) verplicht tot eerbiediging van mensenrechten, zoals deze onder meer in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in het EVRM zijn neergelegd. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Hof van Justitie volgt dat de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat onder omstandigheden het EVRM zou schenden, indien hij zou overgaan tot uit- of overlevering. De verplichting tot overlevering, die is neergelegd in een instrument van secundair Unierecht (art. 1 lid 1 Kaderbesluit), moet in een dergelijk geval wijken voor de verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten van de opgeëiste persoon, die voortvloeit uit primair Unierecht. Op de tweede plaats vormt het *ne bis in idem* beginsel de keerzijde van het beginsel van wederzijdse erkenning. De rechterlijke autoriteit die de erkenning en tenuitvoerlegging van haar rechterlijke beslissing wenst, zal harerzijds rekening moeten houden met een ter zake van dezelfde persoon en dezelfde feiten genomen en voor erkenning en tenuitvoerlegging vatbare beslissing van een andere rechterlijke autoriteit. Deze grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning heeft ook een mensenrechtelijk karakter, nu het *ne bis in idem* beginsel is neergelegd in art. 50 Handvest. De derde grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning is minder dwingend dan de eerste twee grenzen. De rechtsmachtregelingen van de lidstaten zijn niet geharmoniseerd, terwijl het Unierecht niet een sluitende oplossing voor rechtsmachtconflicten kent. De omstandigheid dat de uitvoerende lidstaat ook rechtsmacht heeft over het aan het EAB ten grondslag liggende feit, dwingt niet tot het maken van een uitzondering op de verplichting tot overlevering. Desalniettemin is het begrijpelijk dat de lidstaten behoefte hebben aan uitzonderingen op de verplichting tot overlevering, indien de rechtsmacht van de uitvaardigende lidstaat concurreert met die van de uitvoerende lidstaat. Zonder dergelijke uitzonderingen zou Nederland bijvoorbeeld iemand moeten overleveren die in Nederland al in hoogste

feitelijke instantie is veroordeeld, maar wiens cassatieberoep nog hangende is, indien de uitvaardigende lidstaat hem wenst te vervolgen voor hetzelfde feit. Overlevering onder zulke omstandigheden is niet alleen buitengewoon inefficiënt, maar ook bezwaarlijk voor de uitvoerende lidstaat en voor de opgeëiste persoon.

Een overeenkomst met of afwijking van het uitleveringsrecht wekt verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, indien die overeenkomst of afwijking niet strookt met dat beginsel en niet valt te herleiden tot één of meer van de grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel.

De vergelijking van de weigeringsgronden heeft een aantal afwijkingen van en een aantal overeenkomsten met het uitleveringsrecht opgeleverd. Bij het presenteren van mijn bevindingen is het dienstig onderscheid te maken tussen het Europese niveau, het Kaderbesluit (paragrafen 2 en 3), en het Nederlandse niveau, de Overleveringswet (paragraaf 5). Op het nationale niveau zijn immers verschillen met het Kaderbesluit toegestaan, omdat de nationale wetgever de implementatie van een facultatieve weigeringsgrond of garantie achterwege mag laten of de reikwijdte van zo een weigeringsgrond of garantie bij de omzetting mag inperken. Door een aantal hoofdstukken loopt bovendien de rode draad dat, waar het Kaderbesluit afwijkt van het uitleveringsrecht, de Nederlandse implementatie juist

- ongeoorloofd - afwijkt van het Kaderbesluit en daardoor - ongeoorloofd - veel overeenkomst vertoont met het uitleveringsrecht. In paragraaf 2 komen de punten waarop het Kaderbesluit afwijkt van het uitleveringsrecht aan de orde en in paragraaf 3 de punten waarop het Kaderbesluit overeenkomt met het uitleveringsrecht. In paragraaf 4 maak ik een tussenbalans van die afwijkingen en overeenkomsten op. De punten waarop de Overleveringswet afwijkt van en overeenkomt met het uitleveringsrecht som ik in paragraaf 5 op. De eindbalans volgt in paragraaf 6. In paragraaf 7 geef ik een slotbeschouwing.

XXIV.2 Afwijkingen van het uitleveringsrecht: het Kaderbesluit

XXIV.2.1 Geen verbazing

Het overleveringsrecht wijkt op een aantal punten af van het uitleveringsrecht. Één van de centrale leerstukken van het uitleveringsrecht is het *beginsel van dubbele strafbaarheid*. Het Kaderbesluit sluit echter de toetsing van de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat uit, indien het aan het EAB ten grondslag liggende strafbare feit naar het oordeel van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit behoort tot één van de in art. 2 lid 2 Kaderbesluit genoemde categorieën van strafbare feiten, de zogenaamde *lijstfeiten*. Mits aan de overige voorwaarden is voldaan, volstaat in een dergelijk geval eenzijdige strafbaarheid voor de overlevering. Deze uitsluiting van het beginsel van dubbele strafbaarheid strookt met het beginsel van wederzijdse erkenning. Volgens dit beginsel is immers niet relevant of de uitvoerende rechterlijke autoriteit op grond van haar nationale recht tot een vergelijkbare beslissing had kunnen komen. De eis van dubbele strafbaarheid valt niet te herleiden tot één van de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, zodat het verbod op toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten geen verbazing wekt in het licht van dat beginsel.

Volgens het Hof van Justitie berust het systeem van lijstfeiten onder meer op de solidariteit tussen de lidstaten ter zake van feiten die naar hun aard of naar hun strafbedreiging “op zodanig ernstige wijze de openbare orde verstoren en de openbare

veiligheid in gevaar brengen, dat weglating van de toetsing van de dubbele strafbaarheid gerechtvaardigd is". Het Kaderbesluit tempert die verplichte solidariteit door de *mogelijkheid* van weigering te bieden, indien a) het in het EAB bedoelde feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is begaan of b) dat feit geheel buiten het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is begaan en er naar het recht van de uitvoerende lidstaat geen vervolging zou kunnen worden ingesteld, indien dat feit buiten het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zou zijn begaan. Ter zake van dergelijke feiten mag de uitvoerende lidstaat de overlevering doen weigeren wegens het ontbreken van strafbaarheid naar zijn recht, maar ter zake van lijstfeiten die geheel op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zijn begaan is de uitvoerende lidstaat dus verplicht om tot overlevering over te gaan zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid. Voor zover het Kaderbesluit de toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten toelaat, komt het Kaderbesluit weer overeen met uitleveringsrecht, maar deze overeenkomst wekt verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen (zie paragraaf 3.2).

Anders dan het uitleveringsrecht, bevat het Kaderbesluit niet een weigeringsgrond inzake de *kennelijke onschuld* van de opgeëiste persoon aan het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt. Deze afwijking wekt geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Dat beginsel brengt immers mee dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit zich niet inlaat met de beoordeling van de *merites* van de zaak. Die beoordeling heeft al plaatsgevonden in de uitvoerende lidstaat of zal daar, na de overlevering, alsnog plaatsvinden. Géén van de drie grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning rechtvaardigt een weigering van de overlevering, indien de opgeëiste persoon naar het - zelfstandige - oordeel van de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet schuldig is. Dat oordeel komt uitsluitend aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit toe, zodat de uitvoerende rechterlijke autoriteit in geval van twijfel over de schuld niet meer kan doen dan het oordeel van de uitvoerende rechterlijke autoriteit inwinnen.

Waar het uitleveringsrecht een dwingende weigeringsgrond inzake *vervolgings- en executieverjaring naar het recht van de verzoekende staat* kent, bevat het Kaderbesluit niet een vergelijkbare weigeringsgrond. Dat verschil is niet verbazingwekkend in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Gezien de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het systeem van het EAB berust, zal de uitvoerende rechterlijke autoriteit erop moeten vertrouwen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet een EAB zal uitvaardigen, indien het recht tot strafvervolging of tenuitvoerlegging naar haar nationale recht al door verjaring is vervallen. Bij twijfel zal de uitvoerende rechterlijke autoriteit hoogstens het oordeel van de uitvoerende rechterlijke autoriteit mogen inwinnen. Een zelfstandig oordeel komt haar op dit punt niet toe.

Een belangrijk uitgangspunt van het uitleveringsrecht is dat de aangezochte staat niet verplicht is zijn *onderdanen* of personen die hij met zijn onderdanen gelijk stelt uit te leveren. Ook met dit uitgangspunt breekt het overleveringsrecht. De enkele omstandigheid dat de opgeëiste persoon onderdaan is van de uitvoerende lidstaat of een vergelijkbare feitelijke en juridische band met die lidstaat heeft, is géén reden tot weigering van de overlevering. De drie grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning bieden géén rechtvaardiging voor weigering van de overlevering uitsluitend vanwege het onderdaanschap van de opgeëiste persoon. Het ontbreken van een dergelijke weigeringsgrond is dan ook niet verbazingwekkend tegen de achtergrond van dat beginsel. De weigering uitsluitend vanwege onderdaanschap zou bovendien tot gevolg kunnen hebben dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft, een resultaat dat in een ruimte van

vrijheid, veiligheid en recht onwenselijk is. Wel bevat het overleveringsrecht een tweetal facultatieve voorzieningen - één voor executieoverlevering en één voor vervolgingsoverlevering - die in het bijzonder de re-integratie van de onderdaan van de uitvoerende lidstaat beogen te bevorderen. Deze voorzieningen vloeien niet rechtstreeks voort uit de drie grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning, maar wekken desondanks geen verbazing in het licht van dat beginsel. Het beginsel van wederzijdse erkenning is immers een middel tot een doel: het tot stand brengen en in stand houden van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Het tweede aspect van deze ruimte (veiligheid) is gediend met een geslaagde re-integratie van de opgeëiste persoon in de maatschappij waarmee hij nauwe banden onderhoudt, omdat een geslaagde re-integratie terugval in crimineel gedrag kan voorkomen. Dat is niet alleen in het belang van de opgeëiste persoon, maar ook in het belang van alle lidstaten. Toepassing van de voorzieningen leidt bovendien niet tot straffeloosheid. In geval van executieoverlevering mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering van een onderdaan of ingezetene van haar lidstaat dan wel van een persoon die in die lidstaat verblijft alleen weigeren, indien de uitvoerende lidstaat zich ertoe *verbindt* de buitenlandse straf of maatregel zelf ten uitvoer te leggen. In plaats van in de uitvaardigende lidstaat vindt de tenuitvoerlegging in een dergelijk geval dus plaats in de uitvoerende lidstaat. In geval van vervolgingsoverlevering keert de opgeëiste persoon na een veroordeling terug naar de uitvoerende lidstaat, teneinde aldaar de hem opgelegde straf of maatregel te ondergaan. De strafvervolgning vindt dus plaats in de uitvaardigende lidstaat, de strafexecutie in de uitvoerende lidstaat.

Het Kaderbesluit bevat geen weigeringsgronden inzake het *fiscale*, het *militaire* en het *politieke delict*. Het is op grond van het Kaderbesluit verder niet mogelijk de overlevering te weigeren (enkel) op grond van *schending van de soevereiniteit* van de uitvoerende lidstaat of (uitsluitend) op grond van het *ontbreken van wederkerigheid*. Zulke weigeringsgronden zouden niet te herleiden zijn tot één van de grenzen aan het beginsel van het wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en zouden dus, indien zij wel zouden zijn overgenomen in het overleveringsrecht, verbazing wekken in het licht van dat beginsel. Het ontbreken van de fiscale, militaire en politieke excepties in het overleveringsrecht is alleszins begrijpelijk gezien de steeds nauwere samenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie en gezien het streven van de Unie om tot een steeds hechter verbond te komen. De enkele schending van de soevereiniteit en het enkele ontbreken van wederkerigheid zouden als reden tot weigering uitsluitend de belangen van de uitvoerende lidstaat beogen te beschermen en zouden nopen tot een afweging die niet op het terrein van de uitvoerende rechterlijke autoriteit, maar op dat van de regering van die lidstaat ligt.

Ten slotte bevat het Kaderbesluit niet een weigeringsgrond inzake *bijzondere hardheid*, maar voorziet het alleen in opschorting van de - al toegestane - overlevering wegens *ernstige humanitaire redenen*. Voor zover die ernstige humanitaire redenen dusdanig van aard zijn, dat de overlevering zelf in strijd met art. 2, 3 of 8 EVRM zou zijn, bestaat al de verplichting tot het achterwege laten van de overlevering. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten stelt immers een grens aan de reikwijdte van de verplichting tot overlevering. Voor zover de ernstige humanitaire redenen die drempel niet overschrijden, valt het uitstel van de feitelijke overlevering niet te herleiden tot één van de drie grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning. Toch wekt deze voorziening naar mijn mening geen verbazing. Zoals ik eerder heb uiteengezet, beoogt het beginsel van wederzijdse erkenning de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te ondersteunen. In een dergelijke ruimte is het naar mijn mening onbestaanbaar dat de feitelijke overlevering zou moeten worden doorgezet, ondanks de aanwezigheid van

ernstige humanitaire redenen die daaraan in de weg zouden staan. Het uitstel wegens ernstige humanitaire redenen leidt in beginsel niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon. Zodra die redenen niet meer aanwezig zijn, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit de opgeëiste persoon immers alsnog feitelijk overleveren. Alleen indien die ernstige humanitaire redenen van permanente aard blijken te zijn, zal de overlevering definitief achterwege moeten blijven.

XXIV.2.2 *Verbazing*

Anders dan het uitleveringsrecht, kent het Kaderbesluit een weigeringsgrond inzake *een in een lidstaat wegens dezelfde feiten genomen beslissing die verdere vervolging onmogelijk maakt*. Een redelijke afbakening met de weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat brengt mee, dat de weigeringsgrond geen gevallen van onherroepelijke berechting omvat. De eerste twee grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen bieden dus geen verklaring voor deze weigeringsgrond. Beslissingen tot het niet instellen of staken van de vervolging in de uitvoerende lidstaat vormen onderwerp van een afzonderlijke regeling, zodat de weigeringsgrond dergelijke beslissingen evenmin omvat. Waarschijnlijk hebben de lidstaten de weigeringsgrond in het Kaderbesluit opgenomen met het oog op onherroepelijke buitengerechtelijke wijzen van afdoening van strafzaken, zoals transacties en strafbeschikkingen, waarvan ten tijde van de totstandkoming van het Kaderbesluit nog niet duidelijk was of deze onder de reikwijdte van de *ne bis in idem* regeling van art. 54 SUO vielen. Nu inmiddels vaststaat dat dergelijke beslissingen al onder de weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat vallen, rijst de vraag naar de zin van de exceptie. Het is niet eenvoudig een voorbeeld te bedenken van een beslissing die onder de weigeringsgrond valt. Het streven van de Europese Unie om haar burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van veiligheid te waarborgen, staat er bijvoorbeeld aan in de weg dat beslissingen die berusten op het ontbreken van rechtsmacht, op de voorkeur voor berechting in een andere (lid)staat, op overdracht van de strafvervolging aan een andere (lid)staat of op niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie vanwege onrechtmatigheden in de opsporing of vervolging aan weigering ten grondslag worden gelegd. De weigering brengt immers straffeloosheid van de opgeëiste persoon mee, terwijl de uitvaardigende lidstaat wel rechtsmacht heeft en de opgeëiste persoon wel mag en wil vervolgen. Het enige voorbeeld van een beslissing die naar mijn mening tot toepassing van de weigeringsgrond zou kunnen leiden, is de onherroepelijke en volledige amnestie in de uitvaardigende lidstaat. Men mag echter veronderstellen dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in zo een geval niet tot uitvaardiging van een EAB zal overgaan. Een weigeringsgrond waarvoor geen zinvolle rol is weggelegd, wekt verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

Tabel 1: afwijkingen Kaderbesluit - uitleveringsrecht

Géén verbazing	<ul style="list-style-type: none"> - verbod op toetsing dubbele strafbaarheid lijstfeiten (art. 2 lid 2 Kaderbesluit) - géén weigeringsgrond inzake kennelijke onschuld - géén weigeringsgrond inzake verjaring naar het recht van de uitvaardigende lidstaat - géén absolute bevoegdheid tot weigering van de overlevering van onderdanen - géén fiscale, militaire en politieke excepties - de enkele schending van de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat is géén weigeringsgrond - het enkele ontbreken van wederkerigheid is géén weigeringsgrond - géén weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid
Verbazing	<ul style="list-style-type: none"> - weigeringsgrond inzake een in een lidstaat wegens dezelfde feiten genomen onherroepelijke beslissing die verdere vervolging onmogelijk maakt (art. 4 onder 3 Kaderbesluit)

XXIV.3 Overeenkomsten met het uitleveringsrecht: het Kaderbesluit

XXIV.3.1 Geen verbazing

Mensenrechten

Evenals onder het uitleveringsrecht, kunnen *mensenrechten* een weigeringsgrond opleveren. Het Kaderbesluit bevat weliswaar geen uitdrukkelijke algemene mensenrechtelijke weigeringsgrond, maar de preambule en art. 1 lid 3 Kaderbesluit brengen tot uitdrukking dat overlevering geen afbreuk mag doen aan de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. Ingevolge art. 6 lid 1 (nieuw) VEU erkent de Europese Unie de rechten, vrijheden en beginselen die zijn opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze bepaling verleent aan het Handvest, dat ten dele rechten bevat die ook in het EVRM zijn neergelegd, dezelfde juridische kracht als het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Ingevolge art. 6 lid 3 (nieuw) VEU maken de grondrechten, zoals neergelegd in het EVRM, bovendien als algemene beginselen deel uit van het Unierecht. Bij het nemen van een besluit - zoals een Kaderbesluit - dient de Unie dus de verplichtingen die uit het EVRM en uit het Handvest voortvloeien in acht te nemen. Een dergelijk besluit moet zo worden uitgelegd en toegepast, dat de grondrechten van het EVRM en het Handvest gewaarborgd worden. De verwijzingen in de preambule en in art. 1 lid 3

Kaderbesluit naar grondrechten bieden voor een dergelijke uitleg en toepassing de nodige handvatten. De omstandigheid dat het Kaderbesluit volgens het Hof van Justitie een limitatieve opsomming van weigeringsgronden bevat - waaronder, zoals gezegd, niet een mensenrechtelijke weigeringsgrond - doet niet af aan de verplichting tot weigering van de overlevering, indien de eerbiediging van de mensenrechten dit eist. Die verplichting behoort tot het primaire Unierecht waaraan het secundaire Unierecht, waaronder het Kaderbesluit valt, zich behoort te conformeren. Een ander wekt dat ook geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Weliswaar berust dit beginsel op een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten, maar uit het primaire Unierecht volgt dat dit vertrouwen niet onbegrensd is. Het vindt zijn grens daar waar de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten noopt tot het achterwege laten van overlevering.

Anders dan het uitleveringsrecht, bevat het Kaderbesluit niet een uitdrukkelijke voorziening in geval van dreigende oplegging of tenuitvoerlegging van de *doodstraf*. Alleen de preambule bevat een als verbod geformuleerde en aan het Handvest ontleende overweging inzake *uitlevering* aan een *staat*, waarin een ernstig risico bestaat dat de opgeëiste persoon aan de doodstraf wordt onderworpen (overweging 13). Een grondrechtenconforme uitleg en toepassing van het Kaderbesluit brengen echter mee dat, voor zover oplegging en tenuitvoerlegging van de doodstraf in de Europese Unie nog mogelijk zijn, de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten in de weg staat aan overlevering, indien zo een oplegging of tenuitvoerlegging dreigt.

Het Kaderbesluit bevat een - facultatieve - voorziening inzake de dreigende oplegging of tenuitvoerlegging van een *levenslange vrijheidsbenemende straf of maatregel*, die geen pendant in het uitleveringsrecht heeft (art. 5 onder 2 Kaderbesluit). Zoals in het overleveringsrecht, kan echter onder omstandigheden in het uitleveringsrecht art. 3 EVRM in de weg aan de overdracht van de verdachte of veroordeelde staan, indien de oplegging of de tenuitvoerlegging van een *de iure* en *de facto* "irreducible life sentence" dreigt. Indien een schending van art. 3 EVRM dreigt, zal de Minister van Justitie dus de uitlevering moeten weigeren, tenzij de verzoekende staat een garantie geeft die deze dreiging wegneemt, en zal de overleveringsrechter een garantie inzake de mogelijkheid - *de iure* en *de facto* - van herziening of gratie van de opgelegde sanctie moeten vragen, hetzij op basis van de geïmplementeerde facultatieve voorziening uit het Kaderbesluit, hetzij op basis van de algemene Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten.

Anders dan het uitleveringsrecht, kent het Kaderbesluit niet een uitdrukkelijke voorziening inzake dreigende *discriminatoire vervolging*, maar alleen een facultatief geformuleerde overweging in de preambule bij het Kaderbesluit (overweging 12). Een mensenrechtenconforme uitleg en toepassing van het Kaderbesluit brengen echter mee, dat een verplichting tot weigering van de overlevering bestaat, indien - kort gezegd - een *discriminatoire vervolging* of bestraffing in de uitvaardigende lidstaat dreigt.

Ook op het gebied van de doodstraf, de levenslange vrijheidssanctie en de anti-discriminatieclausule komt het Kaderbesluit dus *per saldo* overeen met het uitleveringsrecht. Ook deze overeenkomsten wekken vanwege de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

Amnestie

Zowel het uitleveringsrecht als het Kaderbesluit kent een weigeringsgrond inzake *amnestie in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat* wegens de feiten die aan het uitleveringsverzoek

of EAB ten grondslag liggen (art. 3 onder 1 Kaderbesluit). Deze weigeringsgrond is alleen van toepassing, indien die feiten onder de rechtsmacht van die (lid)staat vallen. De exceptie staat niet in een rechtstreeks verband met de eerste twee grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, maar vloeit voort uit de derde grens aan dat beginsel: het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en het ontbreken van een sluitende regeling van conflicten over rechtsmachtuitoefening. In zoverre wekt deze weigeringsgrond dus geen verbazing in het licht van dat beginsel.

Dat neemt niet weg dat deze exceptie moeilijk past binnen het systeem van het Kaderbesluit. Voor zover amnestie met terugwerkende kracht de strafbaarheid van het feit doet vervallen, strookt de weigeringsgrond niet met de kerngedachte van het beginsel van wederzijdse erkenning dat verschillen in opvatting over strafwaardig gedrag niet relevant zijn voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen uit een andere lidstaat. Op die kerngedachte maakt het Kaderbesluit weliswaar een uitzondering door het onderscheid tussen lijstfeiten, waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet de dubbele strafbaarheid mag toetsen, en andere strafbare feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de overlevering afhankelijk mag stellen van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid, maar de amnestie-exceptie negeert dit onderscheid. Dat geldt ook voor het daarmee samenhangende onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere strafbare feiten. De solidariteit tussen de lidstaten zou moeten meebrengen dat ter zake van een geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegd lijstfeit een amnestie in de uitvoerende lidstaat niet aan de overlevering in de weg staat, omdat de uitvoerende lidstaat in een dergelijk geval minder belang heeft bij handhaving van zijn beslissing tot amnestieverlening dan de uitvaardigende lidstaat bij strafvervolgning of strafexecutie, terwijl de opgeëiste persoon er in zo een geval niet op mag vertrouwen dat hij van strafrechtelijk optreden gevrijwaard blijft. Meer in het algemeen is het bovendien bezwaarlijk dat de dwingende amnestie-exceptie geen ruimte laat tot het in aanmerking nemen van de sterkte van de verschillende rechtsmacht-aanspraken van de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat.

Onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten

Het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit kennen weigeringsgronden die op het *ne bis in idem* beginsel gebaseerd zijn. *Onherroepelijke berechting van de opgeëiste persoon in een lidstaat wegens dezelfde feiten* staat in de weg aan overlevering (art. 3 onder 2 Kaderbesluit). Tussen de uitleveringsrechtelijke en de overleveringsrechtelijke regelingen bestaat een aantal verschillen in formulering en reikwijdte. Zo stelt het Kaderbesluit de zogenaamde uitvoeringsvoorwaarde, ook indien de onherroepelijke berechting in de uitvoerende lidstaat heeft plaatsgevonden. Het Kaderbesluit maakt geen uitzonderingen op de verplichting tot weigering van de overlevering, die verband houden met de relatieve sterkte van de rechtsmachten van de uitvaardigende lidstaat en de veroordelende lidstaat. Hoewel het Kaderbesluit spreekt van onherroepelijke berechting, vallen ook buitengerechtelijke wijzen van afdoening van strafzaken onder de reikwijdte van de weigeringsgrond. Een onherroepelijke vrijspraak wegens verjaring levert een onherroepelijke berechting in de zin van het Kaderbesluit op. Het begrip “dezelfde feiten” is een begrip van Unierecht dat autonoom en uniform moet worden uitgelegd. Die autonome en uniforme uitleg wijkt af van het uitleveringsrechtelijke feitsbegrip. Deze verschillen wekken geen verbazing, omdat zij voortvloeien uit de opdracht van de Unie om aan haar burgers in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van

veiligheid te waarborgen, uit het beginsel van wederzijdse erkenning, uit de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten en uit de inbedding in primair en secundair Unierecht. De overeenkomst met het uitleveringsrecht - de dwingende weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting - wekt geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. In het Unierecht geldt het *ne bis in idem* beginsel als een grondrecht, waarmee het secundaire Unierecht, zoals het Kaderbesluit, in overeenstemming dient te zijn. Bovendien zijn op één na alle lidstaten gebonden aan de in art. 54 SUO neergelegde *ne bis in idem* regeling. Daarnaast geldt dat het *ne bis in idem* beginsel zelf een uiting van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen is. Indien de onherroepelijke berechting in de uitvoerende lidstaat heeft plaatsgevonden, biedt ook het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten een rechtvaardiging voor de weigeringsgrond. In zo een geval hebben de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat immers rechtsmacht uitgeoefend over het aan het EAB ten grondslag liggende feit en heeft de uitvoerende lidstaat dus een belang bij weigering van de overlevering.

Het Kaderbesluit bevat, evenals het uitleveringsrecht, ook een weigeringsgrond inzake *onherroepelijke berechting van de opgeëiste persoon wegens dezelfde feiten in een derde staat*, met vrijwel dezelfde formulering als de weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat (art. 4 onder 5 Kaderbesluit). Deze weigeringsgrond is weliswaar facultatief, maar voor wat betreft onherroepelijke berechting in een *derde staat die aan de SUO is gebonden*, brengen art. 54 SUO en het beginsel van wederzijdse erkenning mee dat de lidstaten deze weigeringsgrond op dezelfde wijze moeten behandelen als de dwingende weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat. In zoverre wekt deze weigeringsgrond dus geen verbazing tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

Lopende vervolging wegens dezelfde feiten

Het Kaderbesluit bevat een facultatieve weigeringsgrond voor het geval dat in de uitvoerende lidstaat tegen de opgeëiste persoon een *strafvervolging* aanhangig is *wegens dezelfde feiten als waarop het EAB betrekking heeft* (art. 4 onder 2 Kaderbesluit). Het Kaderbesluit komt in zoverre overeen met het uitleveringsrecht, dat een vergelijkbare weigeringsgrond kent. Deze overeenkomst wekt geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De weigeringsgrond vloeit niet rechtstreeks voort uit de eerste twee grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel, maar houdt verband met de derde grens: het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en van een sluitende regeling van conflicten over de uitoefening van rechtsmacht. Bij het ontbreken van zo een harmonisatie of zo een regeling en zonder de facultatieve weigeringsgrond, zou de uitvoerende lidstaat zonder meer voorrang moeten geven aan de strafvervolging of de strafexecutie in de uitvaardigende lidstaat, ook al heeft hij eveneens rechtsmacht over het feit en ook al zijn er goede redenen om de strafvervolging in de uitvoerende lidstaat te laten plaatsvinden. Toepassing van de weigeringsgrond leidt bovendien niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon en is om die reden verenigbaar met het doel van het beginsel van wederzijdse erkenning: het ondersteunen van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Bij weigering van de overlevering vindt immers - in elk geval - vervolging in de uitvoerende lidstaat plaats.

Niet ingestelde of gestaakte vervolging wegens dezelfde feiten

Het Kaderbesluit bevat weigeringsgronden inzake het *wegens dezelfde feiten niet instellen en staken van een al ingestelde vervolging van de opgeëiste persoon door de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat* (art. 4 onder 3 Kaderbesluit). Het uitleveringsrecht kent een vergelijkbare weigeringsgrond. De eerste twee grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen bieden geen verklaring voor deze weigeringsgronden. Een redelijke uitleg brengt namelijk mee dat deze weigeringsgronden niet zien op beslissingen die al een onherroepelijke berechting in een lidstaat opleveren. De weigeringsgronden vinden evenwel hun verklaring in het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten. De uitvoerende lidstaat heeft een belang bij weigering van de overlevering, indien zijn autoriteiten ter zake van het aan het EAB ten grondslag liggende feit rechtsmacht hebben uitgeoefend. De weigeringsgronden wekken dan ook geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, ook al leidt toepassing van de weigeringsgronden tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon.

De ratio van de weigeringsgronden en de doelstelling van de Europese Unie om aan haar burgers een hoog niveau van veiligheid te waarborgen, beperken wel de mogelijkheden van toepassing van de weigeringsgronden en daarmee de gevallen van straffeloosheid van de opgeëiste persoon. Indien het motief van het niet instellen of staken van de vervolging is gelegen in het ontbreken van rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat, dan is weigering van de overlevering vanwege die beslissing onverenigbaar met de ratio van de weigeringsgrond. In zo een geval is immers geen sprake van rechtsmachtuitoefening door de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat, zodat de uitvoerende lidstaat geen belang heeft bij weigering van de overlevering. Is de beslissing tot het niet instellen of staken van de vervolging gelegen in de omstandigheid dat de voorkeur werd gegeven aan berechting in een andere (lid)staat of in de overdracht van strafvervolging aan een andere (lid)staat, dan heeft de uitvoerende lidstaat evenmin belang bij weigering van de overlevering aan een lidstaat die wel wenst te vervolgen. De straffeloosheid van de opgeëiste persoon die het gevolg is van een dergelijke weigering zou bovendien afbreuk doen aan het streven van de Europese Unie om binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht aan haar burgers een hoog niveau van veiligheid te garanderen.

Ondanks het verband met de derde grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning, is de weigeringsgrond niet geheel onproblematisch. De weigeringsgrond sluit niet aan bij het systeem van het Kaderbesluit: de grond geldt ongeacht of sprake is van een lijstfeit en ongeacht of het feit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan. Indien een lijstfeit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd, brengt de solidariteit tussen de lidstaten mee, dat het niet instellen of staken van de vervolging van dat feit niet aan de overlevering in de weg zou moeten kunnen staan.

Verjaring

Zoals onder het uitleveringsrecht de verjaring van het recht tot strafvordering of strafexecutie naar het recht van de aangezochte staat in de weg staat aan uitlevering, kan onder het Kaderbesluit de *verjaring van het recht tot strafvordering of strafexecutie naar het recht van de uitvoerende lidstaat* in de weg aan overlevering staan. Deze facultatieve weigeringsgrond is uitsluitend van toepassing, indien het feit onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat valt (art. 4 onder 4 Kaderbesluit). De EU-uitleveringsovereenkomst bevatte een vergelijkbare weigeringsgrond, maar deze overeenkomst is nooit in werking

getreden. Het Europees Verdrag betreffende uitlevering verplicht daarentegen tot weigering van de uitlevering wegens verjaring naar het recht van aangezochte staat, ongeacht of het feit onder de rechtsmacht van die staat valt. Dit verschil tussen het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit wekt geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De kern van dat beginsel houdt immers in dat verschillen tussen het recht van de uitvaardigende lidstaat en dat van de uitvoerende lidstaat, bijvoorbeeld op het punt van de verjaring, niet aan erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in de weg zouden mogen staan. De overeenkomst tussen het Kaderbesluit en het uitleveringsrecht - een weigeringsgrond inzake verjaring naar het recht van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat - valt te herleiden tot de derde grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De lidstaten wilden kennelijk zeggenschap houden over feiten die onder hun rechtsmacht vallen, maar die zij wegens verjaring niet meer kunnen vervolgen. In zoverre wekt de weigeringsgrond geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Bij nadere beschouwing blijkt echter dat deze weigeringsgrond desondanks problematisch is. Toepassing van de verjaringsexceptie leidt immers tot straffeloosheid: de overlevering blijft achterwege, terwijl strafvervolgning in de uitvoerende lidstaat niet (meer) mogelijk is. Daarbij komt dat het intreden van de verjaring veelal het gevolg zal zijn van de toevallige omstandigheid dat de autoriteiten van de uitvoerende lidstaat het feit niet (tijdig) hebben ontdekt, terwijl de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat wel op de hoogte zijn van het feit en ook tijdig maatregelen ter vervolging hebben genomen. Het is bovendien mogelijk dat de uitvaardigende lidstaat een sterkere rechtsmachaanspraak heeft dan de uitvoerende lidstaat, bijvoorbeeld een aanspraak die berust op het territorialiteitsbeginsel. In een dergelijk geval weegt het belang van de uitvoerende lidstaat bij weigering van de overlevering niet op tegen het belang van de uitvaardigende lidstaat bij overlevering, terwijl de opgeëiste persoon in een dergelijk geval er niet op mag vertrouwen dat hij gevrijwaard zal blijven van de gevolgen van het strafbare feit. Straffeloosheid als gevolg van weigering van de overlevering valt onder deze omstandigheden moeilijk te verenigen met de conceptie van de Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, waarin de Unie haar burgers een hoog niveau van veiligheid waarborgt. Daar staat tegenover dat het facultatieve karakter van de weigeringsgrond meebrengt, dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit ondanks de ingetreden verjaring rekening kan houden met de bijzondere omstandigheden van het geval, waaronder de relatieve sterkte van de verschillende rechtsmachaanspraken, en om die reden kan afzien van toepassing van de weigeringsgrond.

Hoewel de verjaringsexceptie berust op de derde grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, sluit zij niet aan bij het systeem van het Kaderbesluit. De weigeringsgrond geldt namelijk ongeacht of sprake is van een lijstfeit en ongeacht of het feit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is begaan. Indien een lijstfeit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd, brengt de solidariteit tussen de lidstaten naar mijn mening mee dat de niet vervolgbaarheid - evenals de niet strafbaarheid - van dat feit niet aan de overlevering in de weg zou mogen staan.

Territorialiteit

Het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit kennen facultatieve weigeringsgronden voor het geval dat het feit moet worden geacht *geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat* te zijn *gepleegd* (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit).

Voor een deel beoogt de overleveringsrechtelijke territorialiteitsexceptie het verbod op toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten te compenseren. Voor zover een lijstfeit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is gepleegd, is de uitvoerende lidstaat niet verplicht tot solidariteit met de uitvaardigende lidstaat (zie paragraaf 2.1). De weigeringsgrond is echter ook van toepassing, indien het (lijst)feit wel strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat. In zoverre biedt het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten een verklaring voor deze weigeringsgrond en in zoverre wekt de weigeringsgrond geen verbazing in het licht van dat beginsel. De derde grens aan de reikwijdte van dat beginsel houdt immers in dat de lidstaten zeggenschap wensen te behouden over strafbare feiten die ook onder hun rechtsmacht vallen. Het streven van de Europese Unie om haar burgers binnen een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van veiligheid te waarborgen brengt echter mee, dat toepassing van de territorialiteitsexceptie ter zake van een feit dat ook naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar is niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon mag leiden. De territorialiteitsexceptie noopt dus tot de beantwoording van de vraag of de strafvervolgving of strafexecutie beter in de uitvaardigende lidstaat dan in de uitvoerende lidstaat kan plaatsvinden.

Volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit

Zolang de opgeëiste persoon *volkenrechtelijke* immuniteit in de uitvoerende lidstaat geniet, zal deze lidstaat hem niet mogen overleveren aan de uitvaardigende lidstaat. Zulks volgt uit art. 20 Kaderbesluit, uitgelegd in overeenstemming met het internationale recht. Het overleveringsrecht komt op dit punt overeen met het uitleveringsrecht. Het overleveringsbeletsel valt niet te herleiden tot één van de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Desondanks wekt deze overeenkomst geen verbazing, omdat de Europese Unie het internationale recht eerbiedigt en dus bij het vaststellen van wetgevende maatregelen - zoals het Kaderbesluit - het internationale recht - en dus de regels inzake volkenrechtelijke immuniteit - in acht moet nemen.

De immuniteit van tenuitvoerlegging en rechtsmacht die de opgeëiste persoon uitsluitend op grond van het *nationale recht van de uitvoerende lidstaat* geniet, staat eveneens in de weg aan overlevering (art. 20 Kaderbesluit). Dit beletsel ziet bijvoorbeeld op de immuniteit van het staatshoofd van de uitvoerende lidstaat, van parlementariërs en van andere hoogwaardigheidsbekleders van die lidstaat. Ook op dit punt komt het Kaderbesluit - in elk geval vanuit Nederlands perspectief - overeen met het uitleveringsrecht. Het beletsel vloeit niet voort uit de grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning. Het beletsel staat bovendien op gespannen voet met dat beginsel, omdat het nationale recht van de uitvoerende lidstaat de erkenning en tenuitvoerlegging van het EAB blokkeert, terwijl bij de toepassing van het beginsel dat recht juist irrelevant zou moeten zijn. Nog daargelaten dat het beletsel een sterk theoretische karakter heeft, wekt dit beletsel naar mijn mening geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, omdat de uitvoerende lidstaat - in elk geval vanuit Nederlands perspectief - ook zonder art. 20 Kaderbesluit de overlevering zou mogen weigeren. Op grond van het internationale recht mag de uitvaardigende lidstaat de Koning(in) immers niet vervolgen of bestraffen, zodat zijn autoriteiten evenmin een EAB tegen het Nederlandse staatshoofd mogen uitvaardigen. De aard van de immuniteit die is toegekend aan personen die aan de vergaderingen van de Staten-Generaal deelnemen, brengt mee dat het feit ten minste

gedeeltelijk in Nederland is gepleegd, zodat Nederland de overlevering al op die grond mag weigeren.

Specialiteitsbeginsel

Het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit kennen regelingen die uitvoering geven aan *het specialiteitsbeginsel* (art. 27 en 28 Kaderbesluit). De uit- of overlevering beperkt de mogelijkheden van de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat om strafrechtelijk tegen de betrokken persoon op te treden wegens andere vóór de uit- of overlevering gepleegde feiten dan waarvoor de uit- of overlevering is toegestaan en om hem verder te leveren aan een andere (lid)staat wegens vóór de eerste overlevering gepleegde feiten. Deze regelingen kennen onderling belangrijke verschillen. Zo hebben de overleveringsrechtelijke regelingen een meer beperkte reikwijdte, houden zij geen weigeringsgronden in en richten zij zich uitsluitend tot de uitvaardigende lidstaat. Een en ander vloeit voort uit de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten waarop het systeem van het EAB berust. De overeenkomst tussen het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit - dat het Kaderbesluit überhaupt specialiteitsregelingen inhoudt - is opmerkelijk in het licht van dat vertrouwen en van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Die regelingen houden nauw samen met de dwingende en facultatieve weigeringsgronden en de facultatieve garanties die het Kaderbesluit bevat. De toetsing of een weigeringsgrond aan de overlevering in de weg staat dan wel of de overlevering afhankelijk mag worden gemaakt van een garantie zou weinig zin hebben, indien de uitvaardigende lidstaat na de overlevering tegen de overgeleverde persoon zou mogen optreden wegens een ander vóór de overlevering gepleegd strafbaar feit dan het feit waarvoor de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering heeft toegestaan. Met betrekking tot dat andere feit heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit immers niet kunnen onderzoeken of een grond tot weigering dan wel een garantie van toepassing is. De verplichtingen die op grond van de specialiteitsregelingen op de uitvaardigende lidstaat rusten, getuigen dus van het wantrouwen dat de uitvaardigende lidstaat de overlevering de overlevering zal misbruiken om tegen de betrokken persoon op te treden wegens strafbare feiten waarvoor hij niet de overlevering had kunnen verkrijgen. Dat wantrouwen is echter onlosmakelijk verbonden met het wantrouwen dat uit de weigeringsgronden en garanties blijkt. De specialiteitsregelingen enerzijds en het systeem van weigeringsgronden en garanties anderzijds vormen twee zijden van dezelfde medaille. Zonder specialiteitsregelingen zijn weigeringsgronden en garanties een slag in de lucht, terwijl specialiteitsregelingen zonder weigeringsgronden en garanties geen enkel redelijk doel dienen. De conceptuele band tussen weigeringsgronden en garanties aan de ene kant en specialiteitsregelingen aan de andere kant brengt mee dat de in het Kaderbesluit neergelegde specialiteitsregelingen *per saldo* geen verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Dit geldt *a fortiori* voor weigeringsgronden en garanties die zelf geen verbazing wekken in het licht van dat beginsel.

XXIV.3.2 *Verbazing*

Leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid

Zowel in het uitleveringsrecht als in het Kaderbesluit figureert de *niet-aansprakelijkheid* van de opgeëiste persoon *vanwege zijn leeftijd* als een dwingend beletsel. Onder het uitleveringsrecht volgt zulks uit de regeling van de dubbele gekwalificeerde strafbaarheid, onder het Kaderbesluit is dit beletsel neergelegd in een afzonderlijke bepaling (art. 3 onder

3 Kaderbesluit). Deze overeenkomst wekt verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De kern van dat beginsel is immers dat het materiële strafrecht van de uitvoerende lidstaat, in het bijzonder de mate waarin dat recht overeenkomt met of verschilt van het materiële strafrecht van de uitvaardigende lidstaat, niet relevant is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit. De overleveringsrechtelijke weigeringsgrond brengt daarentegen mee dat de opvattingen van de uitvoerende lidstaat over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdigen de doorslag geven, indien deze strenger zijn dan die van de uitvaardigende lidstaat. Deze weigeringsgrond valt bovendien niet te herleiden tot één van de grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning. Los daarvan past de weigeringsgrond niet binnen het systeem van het Kaderbesluit, omdat zij geen rekening houdt met het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten noch met het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten.

Dubbele strafbaarheid niet-lijstfeiten

Een andere overeenkomst met het uitleveringsrecht wekt eveneens verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Voor andere feiten dan de zogenaamde lijstfeiten biedt het Kaderbesluit de mogelijkheid om de eis van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat te stellen (art. 2 lid 4 Kaderbesluit; art. 4 onder 1 Kaderbesluit). Het Kaderbesluit laat de voorwaarde van *dubbele strafbaarheid* toe, zij het dat de uitvoerende lidstaat ten aanzien van de strafbedreiging naar zijn recht geen eisen mag stellen. In zoverre bestaat dus een partiële overeenkomst met het uitleveringsrecht. In combinatie met het systeem van de lijstfeiten vormt de facultatieve weigeringsgrond van dubbele strafbaarheid een compromis. De lidstaten wensten de *verplichting* tot overlevering wegens een lijstfeit zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid alleen te aanvaarden, voor zover dat feit geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd. Voor de overige lijstfeiten en andere feiten wilden zij het *recht* van weigering wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid behouden. Zoals ik hiervoor al heb gezegd, is de eis van dubbele strafbaarheid in strijd met het wezen van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen: de uitvoerende rechterlijke autoriteit moet het EAB ten uitvoer leggen, ook als zij naar haar nationale recht niet een EAB had kunnen uitvaardigen, omdat het feit naar dat recht niet strafbaar is. Bovendien rechtvaardigen de drie grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel niet het stellen van de eis van dubbele strafbaarheid.

Onherroepelijke berechting derde staat

Zoals gezegd (zie paragraaf 3.1) bevat het Kaderbesluit, evenals het uitleveringsrecht, een weigeringsgrond inzake *onherroepelijke berechting van de opgeëiste persoon wegens dezelfde feiten in een derde staat* (art. 4 onder 5 Kaderbesluit). Voor wat betreft onherroepelijke berechting in een derde staat die *niet* aan de SUO gebonden is, wekt deze overeenkomst met het uitleveringsrecht wél verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten dwingt niet tot een dergelijke weigeringsgrond. De hoge mate van vertrouwen tussen de *lidstaten* onderling en tussen de *lidstaten* aan de ene kant en de andere *Schengen*staten aan de andere kant biedt evenmin een rechtvaardiging voor deze weigeringsgrond. Het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten, ten slotte, kan deze exceptie ook niet verklaren. De rechtsmachtuitoefening door

de uitvaardigende lidstaat conflicteert immers niet met rechtsmachtuitoefening door de uitvoerende lidstaat, maar met rechtsmachtuitoefening door een derde staat.

Extraterritorialiteit

Zowel het uitleveringsrecht als het Kaderbesluit bevat een weigeringsgrond ter zake van *buiten het grondgebied van de aangezochte staat* uitvoerende lidstaat *gepleegde strafbare feiten* (art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit). Als bijkomende voorwaarde geldt dat de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat naar zijn recht geen vervolging zou kunnen instellen, indien een vergelijkbaar feit buiten zijn grondgebied zou zijn gepleegd. Evenals de territorialiteitsexceptie, strekt de extraterritorialiteitsexceptie tot compensatie van het verbod op toetsing van lijstfeiten (zie paragraaf 2.1), maar evenals de territorialiteitsexceptie is de extraterritorialiteitsexceptie eveneens van toepassing, indien het feit wel strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat. In zoverre wekt deze weigeringsgrond verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Geen van de drie grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel verklaart waarom het ontbreken van denkbeeldige rechtsmacht ter zake van een feit dat wel strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat tot weigering van de overlevering zou moeten kunnen leiden. Het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten rechtvaardigt niet het bestaan van de extraterritorialiteitsexceptie. Niet de *aanwezigheid* van *daadwerkelijke* rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat, maar het *ontbreken* van *denkbeeldige* rechtsmacht van die lidstaat, dat wil zeggen het ontbreken van rechtsmacht in een omgekeerd analoog geval, brengt de toepasselijkheid van de exceptie mee. Niet de *conflicterende* *rechtsmachtaanspraken* van de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat, maar de *afwijkende* *rechtsmachtregelingen* van die lidstaten liggen ten grondslag aan deze exceptie. Voor de toepassing van de weigeringsgrond is niet van belang of de uitvoerende lidstaat daadwerkelijk rechtsmacht kan uitoefenen over het feit. Hoewel men in het algemeen kan stellen dat het belang van de uitvaardigende lidstaat bij strafrechtelijk optreden ter zake van buiten zijn grondgebied gepleegde strafbare feiten kleiner is dan het belang van de (lid)staat van de *locus delicti*, berust de extraterritorialiteitsexceptie dus niet op dat laatste belang. In wezen machtigt de exceptie tot weigering van de overlevering ter zake van een buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegd strafbaar feit wegens het ontbreken van wederkerigheid, in het bijzonder wegens het ontbreken van dubbele vervolgbaarheid. De kern van het beginsel van wederzijdse erkenning is evenwel dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit een beslissing uit de uitvaardigende lidstaat erkent, ook al had zij naar haar nationale recht niet tot een vergelijkbare beslissing kunnen komen.

“Verstek”vonnissen

Naast de in paragraaf 3.1 besproken mensenrechtenexcepties, bestaat nog een andere, op mensenrechten gebaseerde overeenkomst tussen het Kaderbesluit en het uitleveringsrecht. Zowel het uitleveringsrecht als het Kaderbesluit kent voorzieningen inzake een *verstekvonnis*, althans een vonnis dat is gewezen terwijl de opgeëiste persoon niet in persoon is verschenen op het proces dat tot dat vonnis heeft geleid (art. 5 onder 1 (oud) Kaderbesluit; art. 4 bis Kaderbesluit). Hoewel deze voorzieningen onderling verschillen vertonen in de concrete uitvoering, berusten zij alle op de rechtspraak van het Europees Hof inzake een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM. Een berechting bij verstek, waaronder het Europees Hof verstaat een berechting buiten de persoonlijke aanwezigheid van de verdachte, levert een *flagrant denial of justice* op, indien de verdachte, die niet

ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheids- en verdedigingsrechten, niet het recht heeft op een “fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact” door een “court which has heard him”. Deze rechtspraak geldt niet alleen in *nationale* gevallen, gevallen waarin de klacht zich richt tegen de veroordelende staat, maar ook in *transnationale* gevallen, gevallen waarin de klacht zich richt tegen de staat die voornemens is rechtshulp te leveren aan de veroordelende staat. De aangezochte staat/uitvoerende lidstaat maakt zich immers door uit- of overlevering schuldig aan een schending van art. 6 EVRM, indien de opgeëiste persoon “has suffered or risks suffering a flagrant denial of justice” in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat. Voor wat betreft het toepasselijke criterium maakt de transnationale dimensie van deze rechtspraak geen onderscheid tussen uitlevering aan staten die niet aan het EVRM gebonden zijn en uit- of overlevering aan partijen bij het EVRM. Voor wat betreft de concrete toepassing van dat criterium maakt het Europees Hof wel onderscheid. In geval van uit- of overlevering aan een partij bij het EVRM is een eventuele schending van art. 6 EVRM niet onherstelbaar, nu op de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat de verplichtingen rusten om de rechten van art. 6 EVRM te waarborgen en om te voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel tegen een eventuele schending van die rechten. Bovendien kan de uit- of overgeleverde persoon het handelen en nalaten van de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat aan de controle van het Europees Hof onderwerpen. Anders dan indien de aangezochte staat niet partij is bij het EVRM, eist het Europees Hof in geval van uit- of overlevering aan een partij bij het EVRM niet dat met voldoende zekerheid komt vast te staan dat de betrokken persoon *recht* heeft op een “fresh determination”. Kennelijk vertrouwt het Europees Hof er in dat geval op dat de EVRM-partij - zo nodig na tussenkomst door het Europees Hof - haar verdragsverplichtingen zal naleven. Het Europees Hof acht bovendien de rechter in de verzoekende staat/uitvaardigende lidstaat beter in staat om het beroep op het recht op een eerlijk proces te beoordelen dan de rechter in de aangezochte staat/uitvoerende lidstaat.

Evenals de uitleveringsrechtelijke voorzieningen inzake verstekvonnissen, zijn de overleveringsrechtelijke voorzieningen inzake “verstek”vonnissen facultatief van aard en, evenals de uitleveringsrechtelijke voorzieningen, berusten die overleveringsrechtelijke voorzieningen op de *nationale* dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof en bieden zij, in geval van implementatie, meer bescherming aan de opgeëiste persoon dan de transnationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof vereist. Deze overeenkomst met het uitleveringsrecht wekt verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning. Die extra bescherming vloeit immers niet rechtstreeks voort uit één van de drie grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning, in het bijzonder niet uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. Het facultatieve karakter van de voorzieningen onderstreept dat ook in de opvatting van de lidstaten geen sprake is van een mensenrechtelijke verplichting. Het bieden van bescherming die uitstijgt boven de bescherming die al voortvloeit uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten betekent dat de lidstaten kennelijk toch onvoldoende vertrouwen in elkaar hebben, althans dat zij kennelijk dat vertrouwen voor verbetering vatbaar achten. In Hoofdstuk VI is bovendien gebleken dat die extra bescherming tot tal van implementatie- en toepassingsproblemen leidt.

Tabel 2: overeenkomsten Kaderbesluit - uitleveringsrecht

Géén verbazing	<ul style="list-style-type: none"> - algemene mensenrechtenexceptie, doodstrafexceptie, garantie inzake levenslange vrijheidssancties en de anti-discriminatieclausule (overwegingen 12 en 13 preambule; art. 1 lid 3 en art. 5 onder 2 Kaderbesluit) - amnestie wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat (art. 3 onder 1 Kaderbesluit) - onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in een lidstaat of in een derde Schengenstaat (art. 3 onder 2; art. 4 onder 5 Kaderbesluit) - lopende vervolging wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 2 Kaderbesluit) - in de uitvoerende lidstaat wegens dezelfde feiten niet ingestelde of gestaakte vervolging (art. 4 onder 3 Kaderbesluit) - verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 4 Kaderbesluit) - territorialiteit (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit) - specialiteitsbeginsel (art. 27 en 28 Kaderbesluit) - volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit opgeëiste persoon (art. 20 Kaderbesluit)
Verbazing	<ul style="list-style-type: none"> - leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid (art. 3 onder 3 Kaderbesluit) - dubbele strafbaarheid niet-lijstfeiten (art. 2 lid 4; art. 4 onder 1 Kaderbesluit) - onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in een derde staat (art. 4 onder 5 Kaderbesluit) - extraterritorialiteit (art. 4 onder 7 sub b Kaderbesluit) - “verstek”vonnissen (art. 5 onder 1 (oud); art. 4 bis Kaderbesluit)

XXIV.4 Tussenconclusie

Aan de hand van paragrafen 2 en 3 kan de volgende tussenbalans worden opgemaakt. Het Kaderbesluit bevat een grote reeks aan weigeringsgronden en garanties die het uitleveringsrecht ook kent: de algemene mensenrechtenexceptie, de doodstrafexceptie, de garantie inzake levenslange vrijheidssanctie, de anti-discriminatieclausule, de amnestie in de uitvoerende lidstaat, de onherroepelijke berechting in een lidstaat, de niet-aansprakelijkheid vanwege jeugdige leeftijd, de dubbele strafbaarheid (ter zake van andere feiten dan lijstfeiten), de lopende strafvervolgning in de uitvoerende lidstaat, de niet ingestelde of gestaakte vervolging in de uitvoerende lidstaat, de verjaring in de uitvoerende lidstaat, de onherroepelijke berechting in een derde staat, de territorialiteit van de uitvoerende lidstaat, de extraterritoriale rechtsmachttoefening door de uitvaardigende lidstaat en het “verstek”vonnis. Daarnaast bevat het Kaderbesluit, evenals het uitleveringsrecht, regelingen inzake specialiteitsbescherming.

Vergeleken met het uitleveringsrecht ontbreekt een aantal traditionele weigeringsgronden (kennelijke onschuld, onderdanen, verjaring in de verzoekende staat, het fiscale, militaire en politieke delict, schending van de soevereiniteit, het ontbreken van wederkerigheid, bijzondere hardheid) of is de reikwijdte van traditionele excepties ingeperkt (dubbele strafbaarheid).

Waar het Kaderbesluit *afwijkt* van het uitleveringsrecht, doordat het geen pendant kent van een uitleveringsrechtelijke weigeringsgrond, wekt deze afwijking geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De uitleveringsrechtelijke weigeringsgronden die geen pendant in het Kaderbesluit hebben, zijn grotendeels in de kern onverenigbaar met dat beginsel en vloeien niet rechtstreeks voort uit de grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel (de toetsing van de dubbele strafbaarheid, de weigeringsgrond inzake kennelijke onschuld, de weigeringsgrond inzake verjaring naar het recht van de aangezochte staat, de absolute bevoegdheid tot weigering van de uitlevering van onderdanen, de fiscale, militaire en politieke excepties, de enkele schending van de soevereiniteit van de aangezochte staat, het enkele ontbreken van wederkerigheid). Voor wat betreft de ontbrekende weigeringsgrond inzake bijzondere hardheid geldt dat deze ten dele valt te herleiden tot de eerste grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen: de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten. Waar de ernstige humanitaire redenen van dien aard zijn, dat die verplichting zich tegen overlevering verzet, moet de overlevering ondanks het ontbreken van een expliciete weigeringsgrond achterwege blijven. Voor zover de ernstige humanitaire redenen die tot opschorting van de feitelijke overlevering leiden niet onder die Unierechtelijke verplichting vallen, wekt de regeling evenmin verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, omdat dit beginsel slechts een middel is om het doel van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te bereiken. Tijdelijke opschorting van de overlevering wegens ernstige humanitaire overwegingen is niet onverenigbaar met dat doel, het achterwege laten van tijdelijke opschorting, indien ernstige humanitaire redenen tot zo een opschorting nopen, is dat wel. Voor zover het Kaderbesluit een weigeringsgrond bevat die geen tegenhanger in het uitleveringsrecht heeft (art. 4 onder 3 Kaderbesluit: onherroepelijke beslissing uit een lidstaat wegens dezelfde feiten die verdere vervolging onmogelijk maakt), wekt deze afwijking wel verbazing. Aan deze weigeringsgrond valt nauwelijks een zinvolle invulling te geven. Los van deze ene weigeringsgrond die het Kaderbesluit wel, maar het uitleveringsrecht niet kent, kan men dus stellen dat de afwijkingen *grosso modo* niet verbazingwekkend zijn. Dit strookt met de

algemene doelstelling van het Kaderbesluit om de overdracht van verdachten en veroordeelden te vereenvoudigen. Hoe minder weigeringsgronden en hoe minder de uitvoerende rechterlijke autoriteit dus te toetsen heeft, des te eenvoudiger wordt de overleveringsprocedure.

Het merendeel van de *overeenkomsten* tussen het uitleveringsrecht en het Kaderbesluit (algemene mensenrechtenexceptie, doodstrafexceptie, garantie inzake levenslange vrijheidssancties, anti-discriminatieclausule, amnestie, *ne bis in idem* lidstaat, *ne bis in idem* derde Schengenstaat, lopende strafvervolging uitvoerende lidstaat, niet ingestelde of gestaakte strafvervolging uitvoerende lidstaat, verjaring uitvoerende lidstaat, territorialiteitsexceptie, volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit, specialiteitsbescherming) wekt geen verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Op de regelingen inzake volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit en inzake specialiteitsbescherming na zijn al deze regelingen rechtstreeks terug te voeren op één of meer van de grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel.

De algemene mensenrechtenexceptie, de doodstrafexceptie, de garantie inzake levenslange vrijheidssancties en de anti-discriminatieclausule vloeien rechtstreeks voort uit de eerste grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen: de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten. De weigeringsgronden inzake onherroepelijke berechting in een lidstaat en onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat vloeien deels rechtstreeks voort uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten en deels uit de tweede grens aan dat beginsel: het *ne bis in idem* beginsel. De weigeringsgronden inzake amnestie in de uitvoerende lidstaat, *ne bis in idem* voor zover de onherroepelijke berechting in de uitvoerende lidstaat heeft plaatsgevonden, lopende strafvervolging in de uitvoerende lidstaat, niet ingestelde of gestaakte vervolging in de uitvoerende lidstaat, verjaring in de uitvoerende lidstaat en territorialiteit van de uitvoerende lidstaat zijn te herleiden tot de derde grens aan het beginsel van wederzijdse erkenning: het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en het ontbreken van een sluitende regeling van rechtsmachtgeschillen. De regelingen inzake volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteiten vormen een buitencategorie, omdat deze beletselen niet voortvloeien uit de grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning. Desondanks wekken zij geen verbazing, omdat zij eensdeels voortvloeien uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van het internationale recht (volkenrechtelijke immuniteit) en anderdeels ook zonder een uitdrukkelijke regeling in het Kaderbesluit geldend gemaakt kunnen worden (staatsrechtelijke immuniteit). De regelingen van specialiteitsbescherming leveren eveneens een buitencategorie op, omdat deze regeling op zichzelf niet rechtstreeks terug te voeren zijn op één of meer van de grenzen aan de reikwijdte van het beginsel. Zij wekken desondanks geen verbazing, voor zover zij het complement vormen van weigeringsgronden en garanties die zelf geen verbazing wekken. Bovendien is specialiteitsbescherming inherent aan een systeem van weigeringsgronden en garanties, ongeacht of deze verbazing wekken of niet.

Een aantal *overeenkomsten* met het uitleveringsrecht is wel verbazingwekkend tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning (“verstek”vonnissen, dubbele strafbaarheid voor andere feiten dan lijstfeiten, leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid, *ne bis in idem* derde staat, extraterritoriale rechtsmachtuitoefening uitvaardigende lidstaat). Deze weigeringsgronden zijn niet te herleiden tot één of meer van de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning.

De weigeringsgronden die geen verbazing wekken, omdat zij voortvloeien uit het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten, hebben een ander karakter dan de weigeringsgronden die geen verbazing wekken en die op de eerste en/of tweede grens aan de reikwijdte van het beginsel berusten. De eerste twee grenzen zijn namelijk immanente grenzen. Zij maken deel uit het primaire Unierecht of zijn inherent aan het beginsel van wederzijdse erkenning, zodat daarvan bij een maatregel van secundair Unierecht die op dat beginsel berust niet kan worden afgeweken. Anders ligt het met de derde grens. Deze grens is niet dwingend. Zonder in strijd te komen met het primaire Unierecht hadden de lidstaten de weigeringsgronden die op deze grens berusten achterwege kunnen laten. Zodra het Unierecht de rechtsmachtregelingen van de lidstaten zo heeft geregeld, dat rechtsmachtconflicten zich niet meer kunnen voordoen, is voor weigeringsgronden die zich op de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat baseren geen plaats meer.

De weigeringsgronden die voortvloeien uit de derde grens aan het beginsel van wederzijdse erkenning berusten in wezen op de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat. Deze weigeringsgronden betreffen immers gevallen waarin hij over het aan het EAB ten grondslag liggende feit rechtsmacht kon uitoefenen of heeft uitgeoefend. Zij beogen dus de belangen van de uitvoerende lidstaat te beschermen. In gevallen waarin de uitvoerende lidstaat rechtsmacht kon uitoefenen of heeft uitgeoefend, kunnen ook de belangen van de opgeëiste persoon in het geding zijn. Die belangen mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit evenwel alleen in aanmerking nemen, voor zover de uitvoerende lidstaat de betreffende weigeringsgrond heeft geïmplementeerd. Het staat de lidstaten immers vrij om af te zien van de implementatie van *facultatieve* weigeringsgronden (met uitzondering van de weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een derde staat, voor zover die derde staat een Schengenstaat is).

De introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning op het terrein van de samenwerking in strafzaken is het gevolg van het verzet van de lidstaten tegen harmonisatie van hun materiële en formele strafrechtsstelsels. Dat beginsel maakt de verschillen tussen die stelsels immers irrelevant voor de strafrechtelijke samenwerking, waardoor die verschillen behouden kunnen blijven. Inmiddels heeft het inzicht zich doorgezet dat harmonisatie kan bijdragen aan de versterking van het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten en dus de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen kan bevorderen. Men mag namelijk veronderstellen dat er meer bereidheid tot erkenning en minder behoefte aan uitzonderingen zal zijn, naarmate de strafrechtsstelsels van de lidstaten meer met elkaar overeenkomen. Voor wat betreft de rechtsmachtregels lijken de lidstaten - vooralsnog - te zeer gehecht aan hun eigen soevereiniteit om tot harmonisatie van die regels over te gaan of om een sluitende regeling ter zake van rechtsmachtconflicten te treffen. Door dit gebrek aan *animo* voor harmonisatie is op het punt van de rechtsmachtgerelateerde excepties - vooralsnog - sprake van een grote mate van continuïteit met het uitleveringsrecht.

Een deel van de weigeringsgronden die op de derde grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning berusten (amnestie in de uitvoerende lidstaat, niet ingestelde of gestaakte vervolging in de uitvoerende lidstaat, verjaring in de uitvoerende lidstaat) past niet binnen het systeem van het Kaderbesluit, omdat deze weigeringsgronden geen rekening houden met het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten noch met het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten. Het had naar mijn mening voor de hand gelegen om de reikwijdte van deze weigeringsgronden te beperken tot feiten die buiten het grondgebied

van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd. Deze weigeringsgronden leggen mijns inziens thans te zeer de nadruk op de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat, hetgeen ten koste gaat van het aspect “veiligheid” in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

Een mogelijk nadelig gevolg van de toepassing van de weigeringsgronden die geen verbazing wekken, is namelijk de straffeloosheid van de opgeëiste persoon: de uitvoerende lidstaat levert hem niet over ter fine van strafvervolgning of tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat, terwijl de uitvoerende lidstaat hem evenmin zelf vervolgt voor het aan het EAB ten grondslag liggende feit of de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde sanctie zelf ten uitvoer legt. Dit roept de vraag op of dit resultaat zich verdraagt met de het streven van de Europese Unie om aan haar burgers binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een hoog niveau van veiligheid te waarborgen. Bij de beantwoording van die vraag kan men naar mijn mening een onderscheid maken tussen weigeringsgronden die verband houden met de rechtsorde van de uitvaardigende lidstaat en weigeringsgronden die verband houden met de rechtsorde van de uitvoerende lidstaat. Tot de eerste categorie behoren de weigeringsgronden die voortvloeien uit de Unierechtelijke verplichting tot mensenrechtenbescherming. Toepassing van deze weigeringsgronden berust op de ongeoorloofde behandeling die de opgeëiste persoon *in de uitvaardigende lidstaat* al heeft ondervonden of nog zal ondervinden. De omstandigheden dat de opgeëiste persoon niet wordt overgeleverd en dat de uitvoerende lidstaat niet verplicht is om hem te vervolgen voor het aan het EAB ten grondslag liggende feit, komen gelet op de reden van weigering voor rekening van de uitvaardigende lidstaat. Tot de tweede categorie behoren de weigeringsgronden die voortvloeien uit het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen en het ontbreken van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten. Afgezien van de weigeringsgrond inzake lopende vervolging in de uitvoerende lidstaat en van de territorialiteitsexceptie (mits deze exceptie wordt uitgelegd zoals ik hiervoor heb betoogd), brengen deze weigeringsgronden de straffeloosheid van de opgeëiste persoon mee. Dat is problematisch, omdat de uitvoerende lidstaat aldus aan de uitvaardigende lidstaat, die de opgeëiste persoon mag en wil vervolgen dan wel de aan de opgeëiste persoon opgelegde sanctie mag en wil ten uitvoer leggen, tegenwerpt dat hij *naar zijn eigen recht* niet (meer) mag (amnestie, verjaring) of wil (niet ingestelde of gestaakte vervolging) vervolgen of ten uitvoer leggen. Daarbij komt dat de reikwijdte van de weigeringsgronden inzake amnestie, niet ingestelde of gestaakte vervolging en verjaring in elk geval al te ruim, althans niet in overeenstemming met het systeem van het Kaderbesluit is. Met betrekking tot de weigeringsgronden inzake de niet ingestelde vervolging en de gestaakte vervolging heb ik betoogd dat een aantal motieven voor het niet instellen of staken van een vervolging niet tot weigering van de overlevering mag leiden (ontbreken rechtsmacht, voorkeur berechting in het buitenland, overdracht van strafvervolgning), juist omdat de weigering van de overlevering tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon leidt.

Het nadeel van straffeloosheid geldt overigens niet voor de weigeringsgronden die rechtstreeks uit het *ne bis in idem* beginsel voortvloeien. Bij toepassing van een dergelijke weigeringsgrond is de opgeëiste persoon immers al onherroepelijk berecht in een lidstaat of in een derde Schengenstaat. Voor zover daarbij aan hem een straf of maatregel is opgelegd, is of wordt deze ten uitvoer gelegd dan wel kan deze niet meer ten uitvoer worden gelegd.

Een aantal *overeenkomsten* met het uitleveringsrecht is wel verbazingwekkend tegen de achtergrond van het beginsel van wederzijdse erkenning (“verstek”vonnissen, dubbele strafbaarheid voor andere feiten dan lijstfeiten, leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid, *ne bis in idem* derde staat, extraterritoriale rechtsmachttuitoefening uitvaardigende lidstaat).

Deze weigeringsgronden zijn niet te herleiden tot één of meer van de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning.

De regelingen inzake “verstekvonnissen” tonen aan dat, waar een overeenkomst met het uitleveringsrecht verbazing wekt, omdat het Kaderbesluit de opgeëiste persoon meer bescherming heeft willen bieden dan uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten voortvloeit, het resultaat niet alleen moeilijk te verenigen is met het beginsel van wederzijdse erkenning, maar ook leidt tot praktische problemen.

Zoals gezegd gaan die regelingen verder dan de verplichting tot eerbiediging van de mensenrechten eist. Die regelingen zijn immers gebaseerd op de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof inzake art. 6 EVRM, terwijl de transnationale dimensie van die rechtspraak *minder streng* eisen stelt in geval van uit- of overlevering aan een partij bij het EVRM. Die nationale dimensie van die rechtspraak is bijzonder casuïstisch van aard, zodat de regelingen in het Kaderbesluit niet sluitend zijn. De voorwaarden voor het vragen van een garantie (art. 5 onder 1 (oud) Kaderbesluit) of het weigeren van de overlevering (art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit) komen niet geheel overeen met de rechtspraak van het Europees Hof: onder omstandigheden bestaat volgens de regelingen in het Kaderbesluit de bevoegdheid tot het vragen van de garantie of tot het weigeren van de overlevering, ook al is naar de nationale dimensie van de rechtspraak van het Europees Hof geen sprake van een flagrante schending van art. 6 EVRM. Een facultatieve implementatie geeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit de ruimte om die rechtspraak bij haar beslissing te betrekken en kan dus voorkomen dat een garantie wordt gevraagd of de overlevering wordt geweigerd in gevallen waarin de rechtspraak van het Europees Hof dit niet vereist. Toepassing van de nationale dimensie vergt een gedetailleerde feitelijke en juridische beoordeling, waartoe de rechter in de uitvaardigende lidstaat beter geplaatst is dan de overleveringsrechter. De eerste kent immers zijn nationale recht, beschikt over het strafdossier en kan de verklaringen van de overgeleverde persoon aan dat dossier toetsen. Een ander praktisch argument tegen de regeling inzake “verstek”vonnissen is dat de autoriteit die het EAB uitvaardigt en die de garantie van art. 5 onder 1 (oud) Kaderbesluit geeft of één van de omstandigheden van art. 4 bis lid 1 Kaderbesluit aankruist waaronder geen sprake zou zijn van een schending van (de nationale dimensie van) art. 6 EVRM nog niet beschikt over de verklaring van de opgeëiste persoon. Na de overlevering kan de rechter bij wie de overgeleverde persoon een rechtsmiddel aanhangig heeft gemaakt hem horen en zijn verklaring aan de inhoud van het strafdossier toetsen.

Naast de algemene mensenrechtenexceptie, die wel rechtstreeks voortvloeit uit de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, hebben de regelingen inzake “verstek”vonnissen naar mijn mening dan ook geen zelfstandig bestaansrecht. Het schrappen van deze regelingen zou het Kaderbesluit dan ook meer in overeenstemming brengen met het beginsel van wederzijdse erkenning en met de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten. Kennelijk schort het aan dat vertrouwen, maar de regelingen inzake “verstek”vonnissen vormen geen goede oplossing. Zoals gezegd kan harmonisatie van het formele en materiële strafrecht van de lidstaten het onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten bevorderen en daarmee de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen versterken. Het kennelijke gebrek aan vertrouwen in elkaanders “verstek”regelingen hebben de lidstaten gepoogd op te lossen door een geharmoniseerde garantie/weigeringsgrond. In plaats van harmonisatie van de weigeringsgronden inzake “verstek”vonnissen, zouden de lidstaten beter kunnen overgaan tot harmonisatie van nationale strafprocessuele regels inzake berechting bij verstek.

De weigeringsgronden die overeenkomen met het uitleveringsrecht en die wel verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, kunnen ook straffeloosheid van de opgeëiste persoon tot gevolg hebben. Hier is dat gevolg eens te meer problematisch, omdat deze weigeringsgronden zich niet verdragen met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen.

Tabel 3: niet verbazingwekkende regelingen herleid naar grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning

Eerste grens: verplichting tot eerbiediging van mensenrechten	<ul style="list-style-type: none"> - algemene mensenrechtenexceptie, doodstrafexceptie, garantie inzake levenslange vrijheidssancties en de anti-discriminatieclausule (overwegingen 12 en 13 preambule; art. 1 lid 3 en art. 5 onder 2 Kaderbesluit) - onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in een lidstaat (art. 3 onder 2 Kaderbesluit) - opschorting overlevering wegens ernstige humanitaire redenen (art. 23 lid 4 Kaderbesluit), voor zover die ernstige humanitaire redenen samenvallen met een dreigende schending van mensenrechten
Tweede grens: ne bis in idem beginsel	<ul style="list-style-type: none"> - onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in een lidstaat of in een derde Schengenstaat (art. 3 onder 2; art. 4 onder 5 Kaderbesluit)
Derde grens: ontbreken van harmonisatie rechtsmachtregeling en lidstaten en van sluitende regeling rechtsmachtconflict en	<ul style="list-style-type: none"> - amnestie wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat (art. 3 onder 1 Kaderbesluit) - onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat (art. 3 onder 2 Kaderbesluit) - lopende vervolging wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 2 Kaderbesluit) - in de uitvoerende lidstaat wegens dezelfde feiten niet ingestelde of gestaakte vervolging (art. 4 onder 3 Kaderbesluit) - verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 4 Kaderbesluit) - territorialiteit (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit)
Buitencategorieën:	<ul style="list-style-type: none"> - weigering executieoverlevering onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat en van personen die daar verblijven (art. 4 onder 6 Kaderbesluit)

- vervolgingsoverlevering onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat met een terugkeergarantie (art. 5 onder 3 Kaderbesluit)
- opschorting overlevering wegens ernstige humanitaire redenen (art. 23 lid 4 Kaderbesluit), voor zover die ernstige humanitaire redenen niet samenvallen met een dreigende schending van mensenrechten
- specialiteitsbescherming (art. 27 en 28 Kaderbesluit)
- volkenrechtelijke en staatsrechtelijke immuniteit opgeëiste persoon (art. 20 Kaderbesluit)

XXIV.5 Afwijkingen en overeenkomsten: de Overleveringswet

De nationale implementatie van het Kaderbesluit mag alleen van het Kaderbesluit afwijken, voor zover het - grondrechtenconform uitgelegde - Kaderbesluit daarvoor de ruimte biedt. De implementatiewetgeving mag dus niet méér weigeringsgronden en garanties bevatten dan het - grondrechtenconform uitgelegde - Kaderbesluit, maar wel minder. De nationale wetgever mag immers afzien van de implementatie van *facultatieve* weigeringsgronden en garanties (met uitzondering van de facultatieve weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat). Voor zover een facultatieve weigeringsgrond of garantie begrippen van Unierecht bevat, moeten deze begrippen autonoom en uniform worden uitgelegd. De nationale wetgever mag bij de implementatie aan zulke begrippen niet een ruimere strekking geven dan uit hun autonome en uniforme uitleg volgt, omdat dit zou kunnen leiden tot meer weigeringen van de overlevering. Bij de implementatie van de facultatieve weigeringsgronden en garanties mag de nationale wetgever wel de reikwijdte daarvan inperken, omdat inperking leidt tot minder weigeringen van de overlevering en inperking de regeling van overlevering aldus versterkt. De nationale wetgever moet de *dwingende* weigeringsgronden implementeren, zonder de reikwijdte daarvan te verruimen of in te perken. Het voorgaande brengt mee dat de implementatiewetgeving alleen afwijkingen van en overeenkomsten met het uitleveringsrecht mag vertonen, voor zover het - grondrechtenconform uitgelegde - Kaderbesluit tot die afwijkingen en overeenkomsten dwingt of daartoe de vrijheid laat.

De Nederlandse wetgever heeft één weigeringsgrond en één garantie niet geïmplementeerd. De dwingende weigeringsgrond inzake amnestie in de uitvoerende lidstaat is niet in de Overleveringswet opgenomen, kennelijk omdat amnestieverlening naar Nederlands recht weliswaar in theorie mogelijk is, maar in de praktijk al meer dan een halve eeuw niet is voorgekomen. Hoewel de wetgever verplicht was deze weigeringsgrond te implementeren, valt het achterwege laten daarvan dus te billijken, temeer omdat analogische toepassing van andere weigeringsgronden uitkomst kan bieden, mocht de wetgever toch weer overgaan tot het verlenen van amnestie. De wetgever heeft evenmin de facultatieve weigeringsgrond inzake levenslange vrijheidssancties overgenomen. De algemene mensenrechtenexceptie (art. 11 OLW) brengt echter al mee dat, waar de oplegging of tenuitvoerlegging van een levenslange vrijheidssanctie in strijd is met art. 3 EVRM, de overlevering moet worden geweigerd.

Verder heeft de wetgever alle dwingende en facultatieve weigeringsgronden en alle garanties uit het - grondrechtenconform uitgelegde - Kaderbesluit geïmplementeerd. Hij heeft daarbij alle facultatieve gronden en garanties omgezet in dwingende weigeringsgronden en garanties, hetgeen hem vrijstond. De dwingende implementatie van facultatieve weigeringsgronden en garanties brengt de onvolkomenheden van sommige van deze gronden en garanties (verjaring, “verstek”vonnissen) des te sterker aan de dag (zie de paragrafen 3.1 en 3.2).

Het is opvallend dat de wetgever de implementatie van de facultatieve weigeringsgronden en garanties niet heeft onderbouwd. Met uitzondering van de weigeringsgrond inzake onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat, mocht hij afzien van implementatie. In het bijzonder door af te zien van de facultatieve weigeringsgronden die op de derde grens aan het beginsel van wederzijdse erkenning berusten, had de wetgever de rechtsfiguur overlevering beter kunnen laten aansluiten bij het daaraan ten grondslag liggende beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, maar kennelijk vond de wetgever de nationale soevereiniteit zwaarder wegen dan dat beginsel. Gelet op de soms vrijwel woordelijke overeenkomst met de Uitleveringswet, wilde de wetgever kennelijk ten volle gebruik maken van de mogelijkheden die het Kaderbesluit hem - in zijn opvatting - bood om aan te sluiten bij het uitleveringsrecht.

De wetgever heeft één weigeringsgrond opgenomen die wel in het uitleveringsrecht voorkomt, maar niet in het Kaderbesluit: de kennelijke onschuld van de opgeëiste persoon (art. 26 lid 4 OLW; art. 28 lid 2 OLW). Op dit punt vertoont de Overleveringswet een ontoelaatbare overeenkomst met het uitleveringsrecht en een ontoelaatbare afwijking van het Kaderbesluit. Deze weigeringsgrond verdraagt zich immers niet met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en behoort niet tot de limitatief in het Kaderbesluit opgesomde weigeringsgronden. De Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten noopt niet tot het maken van een uitzondering op dat gesloten stelsel van weigeringsgronden. Een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet, in die zin dat, indien al ernstige twijfel ontstaat over de schuld van de opgeëiste persoon, de kwestie ter bindende *beoordeling* aan de uitvaardigende justitiële autoriteit wordt voorgelegd, is mogelijk.

Bij sommige van de weigeringsgronden die wel in het Kaderbesluit voorkomen, vallen eveneens ontoelaatbare overeenkomsten met het uitleveringsrecht en dus ontoelaatbare afwijkingen van het Kaderbesluit waar te nemen.

Dubbele strafbaarheid

Zo stelt het Kaderbesluit in geval van executieoverlevering alleen de eis van een opgelegde vrijheidsstraf met een duur van vier maanden (art. 2 lid 1 Kaderbesluit), terwijl het uitleveringsrecht én de Overleveringswet een cumulatieve eis stellen: niet alleen een opgelegde vrijheidsstraf met een duur van vier maanden, maar ook een strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat met een maximum van ten minste twaalf maanden vrijheidsstraf (art. 7 lid 1 OLW).

Voor wat betreft de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat ter zake van andere feiten dan lijstfeiten laat het Kaderbesluit niet toe dat de uitvoerende lidstaat tevens een eis met betrekking tot de strafbedreiging naar zijn recht stelt (art. 2 lid 4 Kaderbesluit; art. 4 onder 1 Kaderbesluit). In zoverre wijkt het Kaderbesluit af van het uitleveringsrecht, dat de voorwaarde van dubbele *gekwalificeerde* strafbaarheid stelt. De Overleveringswet wijkt echter af van het Kaderbesluit, maar komt overeen met het uitleveringsrecht, doordat

deze wet ten aanzien van andere feiten dan lijstfeiten de eis van gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht stelt (art. 7 lid 1 OLW). Ten aanzien van het eerste punt is kaderbesluitconforme uitleg mogelijk, ten aanzien van het tweede punt niet.

Overlevering van onderdanen

Op het gebied van de overlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen doen zich ongeoorloofde afwijkingen van het Kaderbesluit en ongeoorloofde overeenkomsten met het uitleveringsrecht voor. Waar het Kaderbesluit de weigering van de *executie*overlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat dan wel van een persoon die in die lidstaat verblijft alléén toelaat, voor zover de uitvoerende lidstaat zich ertoe verbindt de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidssanctie zelf ten uitvoer te leggen (art. 4 onder 6 Kaderbesluit), stelt de Overleveringswet de weigering van de executieoverlevering verplicht (art. 6 lid 2 OLW), maar koppelt deze wet aan die weigering niet een verbintenis tot tenuitvoerlegging in Nederland (art. 6 lid 3 OLW). Of de buitenlandse vrijheidsstraf na de weigering van de overlevering in Nederland ten uitvoer zal worden gelegd, hangt ervan af of Nederland de tenuitvoerlegging krachtens een verdrag kan overnemen (art. 6 lid 3 OLW; art. 2 WOTS). Overname van de tenuitvoerlegging is niet altijd mogelijk, maar zo een onmogelijkheid brengt niet mee dat moet worden afgezien van weigering van de overlevering. De Overleveringswet komt in zoverre materieel overeen met het uitleveringsrecht. Kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet lijkt niet mogelijk.

Het Kaderbesluit laat toe dat de uitvoerende lidstaat de *vervolgings*overlevering van zijn onderdaan of ingezetene afhankelijk maakt van de voorwaarde dat deze in geval van een veroordeling tot een vrijheidssanctie wordt teruggezonden naar de uitvoerende lidstaat om daar die sanctie te ondergaan (art. 5 onder 3 Kaderbesluit). In strijd met het Kaderbesluit, maar in overeenstemming met het uitleveringsrecht, legt de rechtspraak de Overleveringswet zo uit, dat naast deze garantie nog een tweede garantie is vereist: de garantie dat Nederland de buitenlandse vrijheidsstraf zal mogen omzetten naar Nederlandse maatstaven (art. 6 lid 1 OLW). Bovendien toetst de overleveringsrechter, in navolging van de wetgeschiedenis en in overeenstemming met het uitleveringsrecht, maar in strijd met het Kaderbesluit, steeds vooraf of het feit waarvoor de vervolgingsoverlevering wordt gevraagd naar Nederlands recht strafbaar is, ook indien dat feit een *lijst*feit is. Ontbreekt de strafbaarheid naar Nederlands recht, dan zal de garantie niet kunnen worden geëffectueerd en weigert de overleveringsrechter om die reden de overlevering. Beide afwijkingen van het Kaderbesluit, die overeenkomsten met het uitleveringsrecht opleveren, lenen zich voor een kaderbesluitconforme uitleg door de overleveringsrechter, die voornamelijk is uitgebleven.

Bij de implementatie van de bepalingen inzake ingezetenen en personen die in de uitvoerende lidstaat verblijven, heeft de Nederlandse wetgever aansluiting gezocht bij het uitleveringsrecht. Hij heeft de eisen voor gelijkstelling met een Nederlander overgenomen uit de Nederlandse verklaring ex art. 6 lid 1 EUV (art. 6 lid 5 OLW). Daardoor heeft hij ten opzichte van de autonome en uniforme uitleg van de begrippen “ingezetene” en “verblijven” de reikwijdte van de bepalingen ingeperkt. Op zichzelf mag hij overgaan tot inperking van de reikwijdte van facultatieve weigeringsgronden en garanties, maar het Unierecht laat ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten - burgers van de Unie - de eis van het bezit van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd niet toe. De Overleveringswet komt op dit punt overeen met het uitleveringsrecht, maar wijkt op dit punt ten onrechte af van het Kaderbesluit. De overleveringsrechter heeft deze

ongeoorloofde overeenkomst en deze ongeoorloofde afwijking inmiddels door middel van een kaderbesluitconforme uitleg teniet gedaan. Een andere aan het uitleveringsrecht ontleende eis is die van Nederlandse rechtsmacht, die beoogt te voorkomen dat de opgeëiste vreemdeling straffeloos zou blijven. Indien Nederland rechtsmacht heeft over het in het EAB bedoelde feit, kan Nederland in geval van weigering van de overlevering de opgeëiste persoon in Nederland vervolgen. Bij een correcte implementatie en/of bij een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet zou deze eis overbodig zijn. Bovendien lijkt deze eis in strijd met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit in die gevallen waarin de straffeloosheid van de opgeëiste persoon op een minder bezwarende manier kan worden bereikt dan door het stellen van de eis van rechtsmacht. Tot nog toe heeft de overleveringsrechter niet geoordeeld dat de rechtsmacheits in strijd is met het discriminatieverbod, omdat in de gevallen waarin een beroep op dat verbod werd gedaan een verdragsgrondslag voor de overname van tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf - een minder bezwarende manier van het voorkomen van straffeloosheid - bleek te ontbreken. Tegen deze benadering kan men aanvoeren, dat het vermijden van straffeloosheid ook in zo een geval geen objectieve rechtvaardiging van de rechtsmacheits oplevert. De noodzaak tot het vermijden van die straffeloosheid is immers het gevolg van een met art. 4 onder 6 Kaderbesluit strijdige implementatie. Die incorrecte implementatie berust bovendien op de *nationale* wens om vast te blijven houden aan de regel dat Nederland alleen de tenuitvoerlegging van een buitenlandse veroordeling overneemt krachtens een verdrag, terwijl het *internationale* recht Nederland niet dwingt niet tot handhaving van zo een nationale regel. In elk geval dient de rechtsmacheits geen enkel redelijk doel, indien de uitvaardigende lidstaat in geval van een vervolgingsoverlevering bereid is de garantie te verstrekken. Voor straffeloosheid hoeft men dan immers niet te vrezen. Indien Nederland geen rechtsmacht heeft, lijkt de overleveringsrechter echter niet geneigd om te onderzoeken of de uitvaardigende justitiële autoriteit bereid is om een garantie af te geven.

De implementatie van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties zou het risico van straffeloosheid, dat inherent is aan de huidige onjuiste Nederlandse implementatiewetgeving (een en ander zoals uitgelegd door de overleveringsrechter), moeten hebben wegnemen. Het ontbreken van een verdragsgrondslag voor de overname van de tenuitvoerlegging van de buitenlandse vrijheidsstraf en de mogelijke niet strafbaarheid van een lijstfeit zouden geen problemen meer moeten opleveren. De bepalingen van het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties gelden namelijk voor alle lidstaten. Weliswaar mag een lidstaat de tenuitvoerlegging weigeren, indien het feit niet strafbaar is naar zijn recht, maar hij zal dat moeten doen op een wijze die straffeloosheid voorkomt. In geval van executieoverlevering moet de beslissing tot weigering van de tenuitvoerlegging meebrengen dat de opgeëiste persoon wordt overgeleverd ter fine van tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat. In geval van vervolgingsoverlevering mag de uitvoerende lidstaat pas na de overlevering en na de eventuele veroordeling onderzoeken of het lijstfeit strafbaar is naar zijn recht. Wenst hij de buitenlandse vrijheidsstraf niet ten uitvoer te leggen wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid, dan zal de overgeleverde persoon zijn straf moeten ondergaan in de uitvaardigende lidstaat.

De Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties, die strekt tot implementatie van dat Kaderbesluit, verklaart de geïmplementeerde regels van toepassing op de executie- en vervolgingsoverlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijkgestelde vreemdelingen. Voor wat betreft de

executieoverlevering laat het wetsvoorstel de ont koppeling tussen weigering van de overlevering en overname van de tenuitvoerlegging ongemoeid, zodat het risico van straffeloosheid in stand blijft. Ook voor wat betreft de vervolgingsoverlevering is dat risico niet uit beeld, voor zover althans de overleveringsrechter vasthoudt aan zijn standpunt dat hij de strafbaarheid van het lijstfeit voorafgaand aan de overlevering moet toetsen, teneinde de effectiviteit van de garantie na te gaan.

Een belangrijk verschil met de huidige implementatiewetgeving is dat in geval van weigering van de executieoverlevering, gevolgd door tenuitvoerlegging in Nederland, de buitenlandse straf niet meer zal mogen omgezet naar Nederlandse maatstaven. Het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties sluit namelijk de exequaturprocedure uit. In geval van vervolgingsoverlevering zal de overleveringsrechter dus niet meer de dubbele garantie mogen vragen. Opmerkelijk is dat het wetsvoorstel in geval van terugkeer naar Nederland na een vervolgingsoverlevering wel in omzetting van de buitenlandse straf naar Nederlandse maatstaven voorziet. Deze voorgestelde regeling is in strijd met het Kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties.

Ne bis in idem

De regelingen in de Overleveringswet die uitvoering geven aan de *ne bis in idem* bepalingen in het Kaderbesluit zijn - vrijwel - woordelijk gelijk aan de regelingen in de Uitleveringswet (art. 9 lid 1 onder d en e OLW). Daardoor lijkt de wetgever de reikwijdte van de *dwingende* weigeringsgrond (art. 3 onder 2 Kaderbesluit) en van de facultatieve weigeringsgrond (art. 4 onder 5 Kaderbesluit), voor zover betrekking hebbend op derde Schengenstaten, te hebben *ingeperkt*. Inperking van de reikwijdte van deze weigeringsgronden is niet toegestaan.

Onder “onherroepelijk berechting” verstaat het Hof van Justitie ook een onherroepelijke beslissing waarbij de rechter de verjaring van het recht tot strafvordering constateert. De Overleveringswet spreekt echter niet van “onherroepelijke berechting”, maar van een “gewijsde van de Nederlandse rechter”, waarbij de opgeëiste persoon is vrijgesproken of ontslagen van alle rechtsvervolging, en van een “overeenkomstige onherroepelijke beslissing” van een “rechter van een andere lidstaat van de Europese Unie of van een derde staat”. Een Nederlands onherroepelijk vonnis houdende niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie wegens verjaring is niet een gewijsde houdende vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging. Een dergelijk vonnis uit een andere lidstaat of uit een Schengenstaat levert niet een met een Nederlandse vrijspraak of Nederlands ontslag van rechtsvervolging overeenkomende beslissing op. Een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet lijkt op dit punt niet mogelijk. De *toevallige* omstandigheid dat Nederland onverplicht ervoor heeft gekozen om alle facultatieve weigeringsgronden te implementeren brengt hier de redding in geval van verjaringsgewijsden uit Nederland en uit andere lidstaten. De eerste categorie van gewijsden moet op grond van de weigeringsgrond inzake verjaring naar Nederlands recht tot weigering van de overlevering leiden (art. 9 lid 1 onder f OLW), de tweede categorie op grond van de weigeringsgrond inzake onherroepelijke beslissingen uit andere lidstaten dan Nederland die in de weg aan verdere vervolging staan (art. 9 lid 1 onder c OLW). Voor verjaringsgewijsden uit derde Schengenstaten biedt de Overleveringswet geen oplossing.

Het Hof van Justitie legt het begrip “onherroepelijke berechting” zo uit, dat daaronder niet alleen onherroepelijke beslissingen van rechters, maar ook onherroepelijke beslissingen van andere autoriteiten vallen die in de betrokken lidstaat deelnemen aan de strafrechtsbedeling, zoals van het Openbaar Ministerie afkomstige transacties en

strafbeschikkingen. De Overleveringswet spreekt echter van *rechterlijke* gewijsden. Wederom brengt de toevallige omstandigheid dat Nederland alle facultatieve weigeringsgronden heeft geïmplementeerd uitkomst. Voor Nederlandse transacties en strafbeschikkingen heeft de wetgever bij de implementatie van de weigeringsgronden inzake niet ingestelde of gestaakte vervolging in de uitvoerende lidstaat een aparte voorziening getroffen (art. 9 lid 1 onder b OLW). Transacties en strafbeschikkingen uit andere lidstaten kunnen worden gebracht onder de weigeringsgrond inzake onherroepelijke beslissingen uit andere lidstaten dan Nederland die in de weg staan aan verdere vervolging (art. 9 lid 1 onder c OLW). Voor transacties en strafbeschikkingen uit derde Schengenstaten biedt de Overleveringswet geen oplossing, maar een kaderbesluitconforme uitleg van het begrip “rechterlijk gewijsde” lijkt mij niet onmogelijk.

Specialiteitsbescherming

De specialiteitsregelingen in de Overleveringswet vertonen grote gelijkens met de regelingen in de Uitleveringswet, maar wijken af van de regelingen in het Kaderbesluit (art. 14 OLW). Ook deze gelijkens en deze afwijking zijn in strijd met het Kaderbesluit. Anders dan onder het uitleveringsrecht, behoren de specialiteitsregelingen in het Kaderbesluit niet tot de bepalingen waaraan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de toelaatbaarheid van de overlevering moet of mag toetsen, maar hebben zij betrekking op de juridische gevolgen van de daadwerkelijke overlevering voor de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat (afgezien van de bepaling die betrekking heeft op overlevering na eerdere overlevering aan de uitvoerende lidstaat).

Door de aansluiting bij de formulering van de Uitleveringswet, lijkt de Overleveringswet een “algemeen beding” inzake de naleving door de uitvaardigende lidstaat van de specialiteitsregelingen te eisen als voorwaarde voor de overlevering. Een kaderbesluitconforme uitleg van deze bepaling, in die zin dat de regelingen in het Kaderbesluit - waaraan de uitvaardigende lidstaat steeds is gebonden omdat Nederland geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om in het algemeen en op basis van wederkerigheid afstand te doen van het specialiteitsbeginsel - de algemene bedingen zijn waarover de Overleveringswet rept, is mogelijk. Bij deze uitleg heeft de implementatiebepaling alleen nog betekenis voor het verlenen van toestemming tot doorbreking van de specialiteitsbescherming na de overlevering door Nederland.

Ook bij de implementatie van de bepaling die ziet op overlevering wegens feiten die zijn gepleegd voor de eerdere overlevering van de opgeëiste persoon aan de uitvoerende lidstaat, keert de misvatting terug dat de naleving van de specialiteitsregeling afhangt van een beding. Deze regeling verklaart immers de “voorwaarden” - waaronder volgens de wetsgeschiedenis ook de specialiteits“voorwaarde” valt - die de uitvoerende justitiële autoriteit bij de overlevering aan Nederland heeft gesteld, verbindend voor alle in Nederland met een publieke taak belaste personen en instanties (art. 48 OLW). Nu Nederland geen algemene afstand heeft gedaan van het specialiteitsbeginsel, is Nederland steeds - dus ongeacht of daartoe een voorwaarde is gesteld - gebonden aan de verplichtingen tot implementatie die voortvloeien uit de specialiteitsregelingen uit het Kaderbesluit. De regeling in de Overleveringswet lijkt deze verplichtingen in strijd met het Kaderbesluit te beperken tot gevallen waarin de uitvaardigende justitiële autoriteit op dit punt een voorwaarde heeft gesteld. Ook hier is een kaderbesluitconforme uitleg - een uitleg die het begrip “voorwaarden” onschadelijk maakt - mogelijk. Nu Nederland toch al is gebonden aan de specialiteitsregelingen in het Kaderbesluit, mag men uitgaan van de fictie van een stilzwijgende voorwaarde. Men mag aannemen dat de uitvaardigende justitiële

autoriteit zo een - fictieve - stilzwijgende voorwaarde steeds heeft gesteld, zodat Nederland steeds aan zijn verplichtingen kan en moet voldoen.

De Overleveringswet vertoont dus - ten aanzien van traditionele uitleveringsrechtelijke thema's - meer overeenkomsten met en minder afwijkingen van het uitleveringsrecht dan het Kaderbesluit. Dit is het gevolg van een onjuiste uitleg en implementatie van de betrokken bepalingen van het Kaderbesluit. De Nederlandse wetgever heeft deze bepalingen zo opgevat, dat zij voortzetting van de uitleveringsrechtelijke praktijk toelaten. Wellicht heeft hier de wens om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de tekst van de Uitleveringswet de wetgever ook parten gespeeld.

De sterke gelijkenis die de Overleveringswet met het uitleveringsrecht heeft, is een ongeoorloofde gelijkenis. Op sommige punten kan en moet de overleveringsrechter die ongeoorloofde gelijkenis teniet doen door kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet en in sommige gevallen heeft hij dat ook al gedaan. Op andere punten lijkt een dergelijke kaderbesluitconforme uitleg niet mogelijk, juist vanwege de sterke gelijkenis met het uitleveringsrecht. Dit toont aan dat het bij de implementatie van het Kaderbesluit de voorkeur had verdiend om aansluiting te zoeken bij de bewoordingen van dat instrument in plaats van bij de bewoordingen van de Uitleveringswet. Hoewel de Commissie en de buitenlandse deskundigen die de Overleveringswet hebben geëvalueerd, hebben gewezen op de genoemde strijdigheden met het Kaderbesluit, ziet de Minister van Justitie geen noodzaak tot aanpassing van de Overleveringswet. Waar de overleveringsrechter niet kan of wil overgaan tot kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet en waar de wetgever de Overleveringswet niet aanpast, zal - vanaf 1 december 2014 - alleen nog een inbreukprocedure door de Commissie uitkomst kunnen bieden.

Tabel 4: ongeoorloofde overeenkomsten Overleveringswet – uitleveringsrecht

- Ongeoorloofde overeenkomsten
- Dubbele strafbaarheid (art. 7 OLW)
 - a. cumulatie eisen executieoverlevering
 - b. *gekwalificeerde* strafbaarheid niet lijstfeiten
 - overlevering van onderdanen/gelijkgestelde vreemdelingen (art. 6 OLW)
 - a. “omzettings”garantie
 - b. toetsing vooraf dubbele strafbaarheid lijstfeiten i.v.m. effectiviteit terugkeergarantie
 - c. ont koppeling weigering executieoverlevering en overname van de tenuitvoerlegging
 - d. vergunningeis en rechtsmachteis ten aanzien van gelijkgestelde vreemdelingen
 - onherroepelijke berechting (art. 9 lid 1 onder d en e OLW)
 - a. alleen *Nederlandse vrijspraak of ovar of daarmee overeenkomende* buitenlandse beslissing
 - b. alleen gewijsde van een *rechter*
 - Specialiteitsbescherming (art. 14; art. 48 OLW)
 - a. “algemeen beding” als voorwaarde voor overlevering dóór Nederland
 - b. specialiteitsbescherming na overlevering áán Nederland afhankelijk van door uitvaardigende justitiële autoriteit gestelde voorwaarde
 - weigeringsgrond inzake kennelijke onschuld opgeëiste persoon (art. 26 lid 4; art. 28 lid 2 OLW)

XXIV.6 Eindconclusie

Bezien vanuit de weigeringsgronden, kom ik tot de conclusie dat overlevering niet een wezenlijk andere rechtsfiguur is dan uitlevering. Het perspectief maakt hier nog verschil. Vanuit het perspectief van de Overleveringswet, die op sommige punten vrijwel letterlijk de tekst van de uitleveringsrechtelijke regelingen volgt, dringt deze conclusie zich nog sterker op dan vanuit het perspectief van het Kaderbesluit.

Waar het Kaderbesluit afwijkt van het uitleveringsrecht, doordat het niet een exceptie bevat die het uitleveringsrecht wel kent of zo een exceptie inperkt, strookt zo een exceptie veelal niet met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, terwijl de grenzen aan dat beginsel niet de - oningeperkte - aanwezigheid van zo een weigeringsgrond eisen (verbod toetsing dubbele strafbaarheid lijstfeiten; géén weigeringsgrond inzake kennelijke onschuld; géén weigeringsgrond inzake verjaring naar het recht van de uitvaardigende lidstaat; géén absolute bevoegdheid tot weigering van overlevering van onderdanen; géén fiscale, militaire en politieke excepties; enkele schending soevereiniteit géén weigeringsgrond; enkele ontbreken wederkerigheid géén weigeringsgrond). Het ontbreken van een exceptie inzake bijzondere hardheid vormt in dit opzicht een uitzondering. De reikwijdte van deze ontbrekende exceptie valt deels onder de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten en deels onder de niet verbazingwekkende regeling van tijdelijke opschorting van de feitelijke overlevering.

Hoewel enkele traditionele uitleveringsrechtelijke excepties zijn afgeschaft of ingeperkt, vertoont het in het Kaderbesluit neergelegde stelsel van overleveringsrechtelijke weigeringsgronden en garanties veel overeenkomsten met de uitleveringsrechtelijke excepties. De eerste twee grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning - de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten en het *ne bis in idem* beginsel - brengen mee dat bepaalde uitleveringsrechtelijke excepties niet in het overleveringsrecht mogen ontbreken (algemene mensenrechtenexceptie, doodstraf-exceptie, garantie inzake levenslange vrijheidssancties, anti-discriminatieclausule; onherroepelijke berechting in een lidstaat of in een derde Schengenstaat). De derde grens aan de reikwijdte van dat beginsel - het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en het ontbreken van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten - verklaart waarom de lidstaten uitleveringsexcepties die verband houden met de rechtsmacht van de aangezochte staat hebben overgenomen.

Een reeks aan overleveringsrechtelijke weigeringsgronden die hun rechtvaardiging vinden in de derde grens aan het beginsel van wederzijdse erkenning zou kunnen worden geschrapt, zodra het Unierecht de rechtsmachtregelingen van de lidstaten heeft geharmoniseerd of heeft voorzien in een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten (amnestie wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat; lopende vervolging wegens dezelfde feiten in de uitvoerende lidstaat; in uitvoerende lidstaat wegens dezelfde feiten niet ingestelde of gestaakte vervolging; verjaring naar het recht van de uitvoerende lidstaat; territorialiteit). Het Kaderbesluit zou dan minder weigeringsgronden bevatten dan thans en zou dan dus minder overeenkomen met het uitleveringsrecht.

Opmerkelijk is dat het overleveringsrecht een aantal weigeringsgronden en garanties bevat die een tegenhanger in het uitleveringsrecht hebben en die verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning (leeftijd strafrechtelijke aansprakelijkheid; dubbele strafbaarheid niet-lijstfeiten; onherroepelijke berechting wegens dezelfde feiten in een derde staat; extraterritorialiteit; "verstek"vonnissen). Het overleveringsrecht bevat dus meer weigeringsgronden en garanties dan waartoe de drie grenzen aan het beginsel van

wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen dwingen. Zouden de lidstaten bij de totstandkoming van het Kaderbesluit aan de hand van die grenzen over het al dan niet opnemen van weigeringsgronden en garanties hebben beslist, dan had het Kaderbesluit waarschijnlijk minder weigeringsgronden en garanties bevat dan thans en was de overeenkomst met het uitleveringsrecht dus minder groot geweest.

Opmerkelijk is ook dat het overleveringsrecht één weigeringsgrond bevat die niet valt te herleiden tot de grenzen aan het beginsel van wederzijdse erkenning en die geen tegenhanger heeft in het uitleveringsrecht (in een lidstaat wegens dezelfde feiten genomen beslissing die verdere vervolging onmogelijk maakt). Voor deze facultatieve weigeringsgrond is op het niveau van het Kaderbesluit nauwelijks een zinvolle rol weggelegd. Op het niveau van de Overleveringswet heeft de weigeringsgrond wel een functie, maar alleen omdat de Nederlandse wetgever het Kaderbesluit op een ander punt niet correct heeft omzet en de weigeringsgrond dat defect kan compenseren.

Schrapping van de weigeringsgronden die verbazing wekken en schrapping van de weigeringsgronden die geen verbazing wekken en die op de derde grens aan het beginsel van wederzijdse erkenning berusten, zou, zoals gezegd, de mate van overeenkomst tussen het Kaderbesluit en het uitleveringsrecht verminderen. Zulke schrapping dient op Europees niveau plaats te vinden door middel van een richtlijn.

Op een aantal punten wijkt de Overleveringswet ongeoorloofd af van het Kaderbesluit en vertoont de Overleveringswet daardoor meer overeenkomsten met het uitleveringsrecht dan het Kaderbesluit toelaat (dubbele strafbaarheid; onderdanen; *ne bis in idem*; kennelijke onschuld; specialiteitsbescherming). Voor een deel zou de overleveringsrechter de Overleveringswet in zoverre kaderbesluitconform kunnen én moeten uitleggen, waardoor die ongeoorloofde overeenkomst met het uitleveringsrecht zou verdwijnen. Tot op heden heeft hij niet volledig aan deze verplichting voldaan. Waar kaderbesluitconforme uitleg niet mogelijk is of waar deze wel mogelijk is, maar niet wordt toegepast, kan op nationaal niveau alleen de wetgever die ongeoorloofde overeenkomsten wegnemen, maar tot op heden is de Minister van Justitie niet genegen om aanpassingswetgeving te initiëren. Nu de Commissie in haar evaluatierapporten over het Kaderbesluit herhaaldelijk heeft gewezen op de incorrecte Nederlandse implementatie, mag men veronderstellen dat zij, zodra dit juridisch mogelijk is (in elk geval vanaf 1 december 2014), een inbreukprocedure zal opstarten, teneinde Nederland op Europees niveau tot aanpassing van de Overleveringswet te dwingen. Waarschijnlijk zullen de ongeoorloofde afwijkingen van het Kaderbesluit die ongeoorloofde overeenkomsten met het uitleveringsrecht opleveren op termijn verdwijnen.

Los van de verplichting om de *ongeoorloofde* overeenkomsten met het uitleveringsrecht te niet te doen, kan de wetgever er voor kiezen om de *geoorloofde* overeenkomsten met het uitleveringsrecht weg te nemen. De wetgever was en is immers niet verplicht tot omzetting van de facultatieve weigeringsgronden en garanties (met uitzondering van art. 4 onder 5 Kaderbesluit, voor zover betrekking hebbend op onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat) en kan dus alsnog besluiten om die implementatie ongedaan te maken. Zo een onverplichte aanpassing van de implementatie vergt evenwel een visie op de betekenis van die weigeringsgronden en garanties in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, een visie die vooralsnog lijkt te ontbreken.

Zoals gezegd is overlevering, gezien vanuit het stelsel van weigeringsgronden en garanties, op dit moment niet een wezenlijk andere rechtsfiguur dan uitlevering. De reden daarvoor is dat het beginsel van wederzijdse erkenning nog niet zo volledig is doorgevoerd als juridisch vereist en/of mogelijk is. Op het niveau van het Kaderbesluit zouden de

weigeringsgronden en garanties die verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning kunnen worden geschrapt. De weigeringsgronden en garanties die berusten op de derde grens aan dat beginsel - het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen van de lidstaten en het ontbreken van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten - zouden eveneens kunnen worden geschrapt. Op het niveau van de Overleveringswet *moet* hetzij de overleveringsrechter enkele weigeringsgronden kaderbesluitconform (weg)interpreteren, hetzij de wetgever enkele weigeringsgronden schrappen dan wel kaderbesluitconform aanpassen. Op het niveau van de Overleveringswet *mag* de wetgever de van oorsprong facultatieve weigeringsgronden en garanties laten vervallen (met uitzondering van art. 4 onder 5 Kaderbesluit, voor zover deze bepaling betrekking heeft op onherroepelijke berechting in een derde Schengenstaat). Er bestaat dus de ruimte voor en - ten dele - de verplichting tot verdere ontwikkeling van het overleveringsrecht. In de huidige vorm is overlevering aldus een belangrijke tussenstap op de weg naar een vorm van justitiële samenwerking in strafzaken die zo volledig mogelijk het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen uitvoert. Kortom, uitlevering en overlevering zijn niet volledig hetzelfde, maar zijn ook niet wezenlijk anders, oftewel overlevering is “uitlevering in overgang”.

XXIV.7 Slotbeschouwing

Hoewel verdere ontwikkeling van het overleveringsrecht niet alleen mogelijk, maar op Nederlands niveau zelfs verplicht is, blijft de vraag in hoeverre zo een verdere ontwikkeling wenselijk is. Naar mijn mening zijn voor een dergelijke ontwikkeling twee onderwerpen van groot belang: de proportionaliteit van de overlevering en de verdere ontwikkeling van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten.

Proportionaliteit van de overlevering

Hoewel het Kaderbesluit berust op de aanname dat overlevering, gezien de eisen inzake de strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat en de duur van de in die lidstaat opgelegde vrijheidssanctie, een evenredige maatregel is, kan men betogen dat de overlevering in een concreet geval onevenredig kan uitpakken. Zo is de minimale maximumstrafbedreiging van twaalf maanden vrijheidsstraf een vrij abstract instrument om de ernst van het concrete feit te bepalen: in Nederland staat zowel op de diefstal van een reep chocola als op de diefstal van €100.000,- een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren.

Klip onderscheidt drie verschillende aspecten van proportionaliteit van overlevering: (1) de verhouding tussen de ernst van het feit en de zwaarte van het middel, (2) gebruik van het EAB voor een ander doel dan strafvervolging of strafexecutie en (3) de verhouding tussen het belang dat met overlevering wordt gediend en de inbreuk op de fundamentele vrij verkeer vrijheden van een onderdaan van de Europese Unie.³²⁹⁷

Voor wat betreft het eerste aspect wijst Klip op geluiden vanuit de advocatuur dat overgeleverde personen binnen enkele weken na overlevering al weer in vrijheid worden gesteld door de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat. Deze geluiden roepen de vraag op of de uitvaardiging en tenuitvoerlegging van het EAB in die gevallen wel zo noodzakelijk waren. Volgens hem moet deze vraag in een stelsel dat op wederzijdse erkenning is gebaseerd juist door de uitvaardigende rechterlijke autoriteit worden beantwoord. Het *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*

³²⁹⁷ Klip 2010, p. 551-552.

merkt op dit punt op dat, hoewel het Kaderbesluit niet verplicht tot het uitvoeren van een evenredigheidstoets voorafgaand aan de uitvaardiging van een EAB, de overlevering vergezeld gaat van een beperking van de fysieke vrijheid en van de vrijheid van verplaatsing van de betrokken persoon. Met het oog op die gevolgen zouden de uitvaardigende rechterlijke autoriteiten evenredigheidsoverwegingen moeten laten meewegen. Tot die overwegingen behoren in het bijzonder “een beoordeling van de ernst van het gepleegde strafbare feit, de mogelijkheid dat een verdachte in hechtenis wordt genomen, en de straf die waarschijnlijk zal worden opgelegd indien de gezochte persoon schuldig wordt bevonden aan het ten laste gelegde strafbare feit” en ook “het waarborgen van een effectieve bescherming van de bevolking en (...) de belangen van de slachtoffers van het strafbare feit”. Indien toepassing van een dwangmaatregel zonder vrijheidsbeneming “evenredig, passend en toepasbaar” lijkt, zoals “een verklaring betreffende de identiteit en de verblijfplaats, of een maatregel waarbij de betrokkene, na te zijn gehoord, onmiddellijk wordt vrijgelaten”, moet volgens het *Handboek* geen EAB worden uitgevaardigd.³²⁹⁸ Ook de Raad van de Europese Unie is van oordeel dat de proportionaliteitstoets ligt bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit. Naar aanleiding van de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel heeft de Raad zijn voorbereidende instanties opgedragen *prioritair* “door te gaan met de bespreking van de invoering van een evenredigheidseis voor het uitvaardigen van een EAB teneinde tot een coherente oplossing op het niveau van de EU te komen”.³²⁹⁹

De Rechtbank Amsterdam volgt in grote lijnen de opvatting dat toetsing van de proportionaliteit is voorbehouden aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit. Zij neemt namelijk aan dat aan het Kaderbesluit en de Overleveringswet zogenaamde “stelselevenredigheid” ten grondslag ligt, omdat uit overweging 7 van de preambule bij het Kaderbesluit blijkt dat het Kaderbesluit overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel niet verder gaat dan nodig is om de doelstelling van het Kaderbesluit, vervanging van het uitleveringsstelsel door een vereenvoudigde regeling van overlevering tussen justitiële autoriteiten, te verwezenlijken. Die “stelselevenredigheid” brengt mee dat het aan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit is voorbehouden de afweging te maken al dan niet een EAB, met de daaraan verbonden mogelijkheden tot het toepassen van dwangmiddelen, uit te vaardigen. Desondanks sluit zij niet uit dat een concrete overlevering onder omstandigheden onevenredig bezwarend kan zijn voor de opgeëiste persoon, maar een beroep op zo een onevenredigheid zal, gelet op de “stelselevenredigheid”, alleen onder bijzondere omstandigheden kunnen slagen.³³⁰⁰ Tot dusverre heeft de Rechtbank Amsterdam nog niet aangenomen dat zulke bijzondere omstandigheden zich voordeden.³³⁰¹

³²⁹⁸ *Europees handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, Raadsdocument 17195/1/10 van 7 december 2010, p. 14.

³²⁹⁹ *Eindverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde - De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen lidstaten*, Raadsdocument 8302/4/09 REV 4, p. 15.

³³⁰⁰ Rb. Amsterdam 30 december 2008, *LJN* BG9037.

³³⁰¹ Rb. Amsterdam 4 maart 2009, *LJN* BH6183; Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810; Rb. Amsterdam; 11 september 2009, *LJN* BK9181; Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6507; Rb. Amsterdam 17 oktober 2010, *LJN* BN8264; Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8099; Rb. Amsterdam 27 december 2010, *LJN* BP1650; Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR0286 en BR1342; Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7840 en BQ7985; Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9773; Rb. Amsterdam 1 juli 2011, *LJN* BR0809; Rb. Amsterdam 23 augustus 2011, *LJN* BR5804; Rb. Amsterdam 3

Voor wat betreft het tweede aspect van proportionaliteit van de overlevering - de uitvaardiging van een EAB met een ander doel dan strafvervolging of strafexecutie - geldt dat een EAB dat niet is uitgevaardigd ter fine van strafvervolging of tenuitvoerlegging, maar bijvoorbeeld voor het vergaren van bewijs of het betekenen van een beslissing, aan een “kennelijke tekortkoming” lijdt.³³⁰² Oneigenlijk gebruik van het EAB zal overigens doorgaans niet blijken uit het EAB of uit andere van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit afkomstige stukken.

Het derde aspect van proportionaliteit van de overlevering kan volgens Klip aan overlevering in de weg staan, indien de met overlevering gediende belangen in een wanverhouding staan tot de fundamentele vrij verkeer vrijheden van een onderdaan van de Europese Unie. Hij noemt als voorbeeld een Poolse EAB, uitgevaardigd ter zake van diefstal van de “spreekwoordelijke reep chocola”, terwijl de opgeëiste Poolse onderdaan in Nederland een bloeiende onderneming heeft opgezet en dus van zijn vrij verkeersrechten gebruik heeft gemaakt en terwijl er andere mogelijkheden zijn om straffeloosheid te voorkomen, zoals overdracht van de strafvervolging.³³⁰³ In wezen gaat het hier om een beroep op een mensenrecht, nu het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie het recht van vrij verkeer en vrij verblijf als een grondrecht erkent (art. 45 Handvest). De consequente doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning laat, zoals gezegd, de op de Unierechtelijke verplichting tot eerbiediging van mensenrechten gestoelde weigeringsgronden onverlet. Beperkingen van het recht van vrij verkeer en vrij verblijf moeten, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn en moeten beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (art. 52 lid 1 Handvest). Bij de beoordeling of de overlevering evenredig is, mag en moet naar mijn mening een zware rol spelen dat overlevering niet een *eenzijdige* maatregel zoals uitzetting is, genomen in het belang van één lidstaat, maar een vorm van justitiële *samenwerking* die, in het belang van alle lidstaten en van hun burgers, de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht beoogt te faciliteren. Daarbij komt dat overlevering het recht van vrij verkeer en vrij verblijf minder beperkt dan uitzetting, omdat de overlevering als zodanig dat recht niet wegneemt.³³⁰⁴ Het komt mij dan ook voor dat de overlevering alleen in uitzonderlijke gevallen een onevenredige inbreuk op art. 45 Handvest zou kunnen opleveren.³³⁰⁵ De Rechtbank Amsterdam lijkt ook op deze lijn te zitten. De evenredigheidsbeoordeling vergt volgens haar een afweging tussen de fundamentele vrijheden van de opgeëiste persoon en de belangen van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit bij overlevering van de opgeëiste persoon. Gezien het met het Kaderbesluit nagestreefde doel, het bewerkstelligen van vrij verkeer van beslissingen in strafzaken in een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, moet sprake zijn van zodanig bijzondere omstandigheden, dat een inbreuk op de vrij verkeers- en verblijfsrechten onevenredig is.³³⁰⁶

januari 2012, *LJN* BV1112; Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV7120; Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667.

³³⁰² Klip 2010, p. 551-552.

³³⁰³ Klip 2010, p. 552.

³³⁰⁴ Vgl. Peers 2011, p. 689.

³³⁰⁵ Vgl. het onderscheid in de rechtspraak van het Europees Hof tussen uitzetting en uitlevering waar het gaat om schending van art. 8 EVRM (zie Hoofdstuk V.2.1.1. en V.2.3.3).

³³⁰⁶ Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7030. Zie ook Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8264.

Zoals gezegd ziet de Raad onder het *huidige* Kaderbesluit al het belang in van de ontwikkeling van een Uniebrede proportionaliteitstoets voor het uitvaardigen van EAB's. Bij de in de vorige paragraaf geschetste consequente doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning door schrapping en/of inperking van weigeringsgronden en garanties zou de uitvoerende rechterlijke autoriteit in minder gevallen dan thans de verplichting of de bevoegdheid tot weigering van de overlevering hebben. Het lijkt dan ook waarschijnlijk dat zij meer dan thans geconfronteerd zou kunnen worden met een beroep op de onevenredigheid van de overlevering. Een verplichte Uniebrede proportionaliteitstoets, van het uitvoeren waarvan de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in elk door haar uitgevaardigd EAB melding maakt, lijkt mij dan ook een belangrijke voorwaarde voor het verder terugdringen van de weigeringsgronden en garanties. Bij het vaststellen van deze Uniebrede toets zou men ook rekening moeten houden met de afstemming van het instrument overlevering met andere - al dan niet op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde - vormen van justitiële samenwerking in strafzaken, zoals overdracht van strafvervolgning, overdracht van de tenuitvoerlegging van vrijheidssancties en kleine rechtshulp. Aan de hand van vooraf vastgestelde, Uniebrede criteria zou de bevoegde autoriteit in elk concreet geval moeten nagaan met welke maatregel van justitiële samenwerking de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht het beste is gediend.

Verdere ontwikkeling van wederzijds vertrouwen

Een verdere ontwikkeling van het overleveringsrecht in de richting van een meer consequente doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning staat of valt met een verdere ontwikkeling van het vertrouwen tussen de lidstaten. Op een drietal niveaus kan men constateren dat er op dit moment kennelijk nog iets aan dat wederzijdse vertrouwen schort.

Op *het niveau van het Kaderbesluit* blijkt een gebrek aan vertrouwen uit de aanwezigheid van de garanties en weigeringsgronden waarvan ik hiervoor heb betoogd dat deze bij een consequente doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning zouden kunnen worden geschrapt. Men zou daartegen kunnen inbrengen dat het Kaderbesluit slechts de mate van vertrouwen in 2002 weergeeft, maar uit de enige wijziging van het Kaderbesluit sinds de totstandkoming daarvan blijkt niet dat het vertrouwen is toegenomen. Het in 2009 aan het Kaderbesluit toegevoegde art. 4 bis ("verstek"vonnissen) wekt immers verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, omdat het meer bescherming aan de opgeëiste persoon biedt dan waartoe de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten noopt.

Ook op *het niveau van de nationale wetgever* manifesteert zich de kennelijke behoefte aan meer bescherming van de opgeëiste persoon én van de nationale soevereiniteit. De Nederlandse wetgever heeft immers *alle* facultatieve weigeringsgronden en garanties (met uitzondering van de garantie inzake levenslange vrijheidssancties) omgezet en is daarbij ten gunste van de opgeëiste persoon en de nationale soevereiniteit *ongeoorloofd* afgeweken van het Kaderbesluit. De behoefte aan meer bescherming impliceert dat Nederland minder vertrouwen heeft dan uit het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen voortvloeit.

Op *het niveau van de nationale rechtspraak* kan men eveneens een dergelijk fenomeen waarnemen. Aanvankelijk was de Rechtbank Amsterdam op het gebied van de mensenrechten strenger dan de rechtspraak van het Europees Hof en de Hoge Raad in uitleveringszaken, terwijl het Kaderbesluit juist beoogt de overdracht van verdachten en veroordeelden makkelijker te maken. Bij de toepassing van de weigeringsgrond van art. 13

lid 1 onder a OLW betrok de Rechtbank Amsterdam eventuele ernstige humanitaire redenen, hoewel dergelijke redenen geen afzonderlijke weigeringsgrond meer opleveren. Zij eiste bovendien dat de uitvaardigende justitiële autoriteit steeds de tekst van de toepasselijke wetsbepalingen van de uitvaardigende lidstaat meestuurde, opdat zij kon toetsen of de in het EAB vermelde maximale strafbedreiging voldeed aan de eisen van de Overleveringswet. Op deze rechtspraak is de Rechtbank Amsterdam teruggekomen, deels eigener beweging, deels na ingrijpen door de Hoge Raad. Daar staat tegenover dat de overleveringsrechter nog geen pogingen heeft ondernomen om de ongeoorloofde - en ten gunste van de soevereiniteit en de opgeëiste persoon strekkende - aanscherpingen van de regelingen inzake dubbele strafbaarheid en inzake onderdanen ongedaan te maken door kaderbesluitconforme interpretatie (cumulatie strafbedreiging en duur opgelegde straf; gekwalificeerde strafbaarheid naar Nederlands recht; dubbele terugkeergarantie; voorafgaande toetsing dubbele strafbaarheid van lijstfeiten in geval van vervolgings-overlevering van een Nederlander).

De hiervoor in paragraaf 6 geschetste schrapping van weigeringsgronden en garanties zou niet van invloed zijn op de eerbiediging van de mensenrechten van de opgeëiste persoon. De weigeringsgronden die daarmee in rechtstreeks verband staan, zouden immers blijven bestaan. Waar de lidstaten toch behoefte hebben aan de mogelijkheid van méér bescherming van de opgeëiste persoon en kennelijk dus onvoldoende wederzijds vertrouwen hebben, zal de oplossing onder meer moeten worden gezocht in verdergaande harmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten. Hoewel het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen juist bedoeld was als alternatief voor harmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten, omdat wederzijdse erkenning de nationale soevereiniteit minder aantast dan harmonisatie, is duidelijk geworden dat harmonisatie de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen kan bevorderen.³³⁰⁷ Hoe groter de overeenkomsten tussen de rechtsstelsels van de lidstaten, des te groter zal het wederzijdse vertrouwen in de deugdelijke werking van die stelsels zijn en des te minder zal er behoefte aan weigeringsgronden en garanties bestaan. Het probleem met harmonisatie van nationaal straf(proces)recht is dat lidstaten vaak te gehecht zijn aan hun nationale “eigenaardigheden”, aan hun soevereiniteit, om deze op te geven. Een treffend voorbeeld vormen de Nederlandse regelingen van abortus, euthanasie en gedoogde cannabisverkoop. Juist met het oog op deze regelingen is de mogelijkheid van weigering van de overlevering opgenomen, indien het feit geheel of ten dele op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is begaan (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit; art. 13 lid 1 onder a OLW). Ook al is de invoering van harmoniserende maatregelen niet meer onderworpen aan de voorwaarde van instemming door alle lidstaten, is het gelet op de gehechtheid aan de eigen soevereiniteit zeer de vraag of in de nabije toekomst het straf(proces)recht van de lidstaten zodanig geharmoniseerd zal worden, dat de lidstaten bereid zouden zijn om weigeringsgronden en garanties op te geven.³³⁰⁸ De moeizame totstandkoming van minimumharmonisatie van procedurele rechten van verdachten in

³³⁰⁷ Zie over andere maatregelen om het wederzijdse vertrouwen te versterken de bijdragen in Dane & Klip 2009.

³³⁰⁸ Vgl. Ouwkerk 2011a, p. 269: “Given that there are 27 different criminal justice systems in the European Union, it would be realistic to accept (...) that as such some grounds for refusal are always justified. Striving towards automatic recognition without any room for grounds for refusal would be futile”.

strafzaken illustreert dat een dergelijke mate van harmonisatie niet waarschijnlijk is.³³⁰⁹ Bovendien zal *minimum*harmonisatie niet kunnen verhinderen dat sommige lidstaten - bijvoorbeeld om constitutionele redenen - de behoefte hebben aan méér bescherming en dus aan weigeringsgronden.³³¹⁰

Verdere doorvoering systeem lijstfeiten

Afgezien van een katalyserende gebeurtenis als de aanval op de *Twin Towers* waardoor de lidstaten bereid en in staat bleken te zijn in een kort tijdsbestek afstand te doen van een aantal traditionele uitleveringsexcepties en de reikwijdte van andere in te perken, biedt daarom op korte termijn de aanpassing van al dan niet verbazingwekkende weigeringsgronden aan het systeem van het Kaderbesluit een meer kansrijk perspectief dan harmonisatie. Dat systeem berust in hoofdzaak op het onderscheid tussen lijstfeiten, waarvan de lidstaten niet de dubbele strafbaarheid mogen onderzoeken, en andere feiten, ten aanzien waarvan zij de voorwaarde van dubbele strafbaarheid mogen stellen. Met dat onderscheid hangt nauw samen het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn gepleegd en andere feiten. Dat van harmonisatie van de strafbaarstellingen geen sprake is, staat niet aan het wegvallen van de toetsing van dubbele strafbaarheid in de weg. De mogelijkheid om de overlevering te weigeren, indien het lijstfeit geheel of gedeeltelijk is begaan op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat biedt immers voldoende ruimte om rekening te houden met de verschillen tussen het strafrecht van de uitvaardigende lidstaat en het strafrecht van de uitvoerende lidstaat.

Een meer consequente doorvoering van die twee onderscheiden zou tot gevolg hebben dat een aantal weigeringsgronden die op de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat berusten niet mag worden ingeroepen, indien het EAB een lijstfeit betreft. Alleen indien de rechtsmachaanspraak van de uitvoerende lidstaat ter zake van een lijstfeit berust op het territorialiteitsbeginsel, zou hij zich dus mogen beroepen op aan zijn eigen recht ontleende vervolgingsbeletselen (amnestie, niet ingestelde of gestaakte vervolging en verjaring). Het beginsel van wederzijdse erkenning, de hoge mate van vertrouwen waarop dat beginsel berust en de solidariteit tussen de lidstaten zouden moeten meebrengen dat de uitvoerende lidstaat in geval van een lijstfeit (de toepassing van) het strafrecht van de uitvaardigende lidstaat erkent, ook al heeft de uitvoerende lidstaat rechtsmacht over het feit uitgeoefend (art. 4 onder 3 Kaderbesluit) of kan de uitvoerende lidstaat geen rechtsmacht meer uitoefenen over het feit (art. 3 onder 1 Kaderbesluit; art. 4 onder 4 Kaderbesluit). Deze weigeringsgronden zouden dus moeten worden beperkt tot niet-lijstfeiten. De verplichte solidariteit ter zake van lijstfeiten zou haar grens bereiken daar waar het feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat zou zijn gepleegd (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit). In dat geval zou de uitvoerende lidstaat de overlevering ter zake van een lijstfeit wel mogen weigeren wegens amnestie, niet ingestelde of gestaakte vervolging en verjaring.

Er is naar mijn mening namelijk geen reden om ten aanzien van lijstfeiten onderscheid te maken tussen enerzijds de strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat en anderzijds de vervolgbaarheid naar het recht van die lidstaat. Zoals het ontbreken van harmonisatie van de strafbaarstellingen niet noopt tot toetsing van de dubbele strafbaarheid, zou het ontbreken van harmonisatie van de regels inzake amnestie, inzake

³³⁰⁹ Vgl. Ouwerkerk 2011a, p. 272-273.

³³¹⁰ Ouwerkerk 2011a, p. 273.

het niet instellen of staken van de vervolging en inzake de verjaring van het recht tot strafvordering en tenuitvoerlegging niet tot weigering van de overlevering moeten leiden. Men zou kunnen betogen dat het kenmerkende verschil tussen de regelingen inzake dubbele strafbaarheid en de op rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat gebaseerde weigeringsgronden is dat eerstgenoemde ook van toepassing zijn, indien de uitvoerende lidstaat geen rechtsmacht over het feit kan uitoefenen en dat feit zijn rechtsorde dus in het geheel niet raakt. Dat verschil pleit mijns inziens niet tegen het doortrekken van de beide onderscheiden naar de genoemde weigeringsgronden. Weliswaar raakt het lijstfeit in de door die weigeringsgronden bestreken gevallen de rechtsorden van beide lidstaten, maar de mate waarin dat feit zulks doet, hangt af van de relatieve sterkte van de verschillende rechtsmachtaanspraken. Waar het lijstfeit geheel op het grondgebied van één van beide lidstaten is gepleegd, terwijl de andere lidstaat zijn rechtsmacht baseert op de nationaliteit van dader of slachtoffer, lijkt de rechtsorde van eerste meer in het geding te zijn dan de rechtsorde van de tweede. Uit het Kaderbesluit zelf kan men ook afleiden dat de lidstaten aan het territorialiteitsbeginsel een belangrijke plaats toekennen, en wel een zodanig belangrijke plaats, dat het de verplichting tot overlevering kan doorbreken (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit).

Beperking van de weigeringsgrond inzake lopende vervolging (art. 4 onder 2 Kaderbesluit) tot niet-lijstfeiten zou weliswaar bij de systematisering van de weigeringsgronden aansluiten, maar zou naar mijn mening niet nodig zijn. Toepassing van deze weigeringsgrond leidt namelijk niet tot straffeloosheid van de opgeëiste persoon, anders dan de weigeringsgronden inzake amnestie, niet ingestelde of gestaakte vervolging en verjaring. De opgeëiste persoon wordt immers vervolgd in de uitvoerende lidstaat.

De beide onderscheiden zouden ook kunnen worden doorgevoerd bij drie weigeringsgronden die niet - zonder meer - op de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat berusten: de leeftijd van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de opgeëiste persoon (art. 3 onder 3 Kaderbesluit), de wegens dezelfde feiten in een lidstaat genomen onherroepelijke beslissing die aan verdere vervolging in de weg staat, voor zover deze lidstaat een andere is dan de uitvoerende lidstaat (art. 4 onder 3 Kaderbesluit) en de onherroepelijke berechting in een derde staat (art. 4 onder 5 Kaderbesluit). Ook deze weigeringsgronden zouden dan alleen toegepast moeten of mogen worden ten aanzien van andere feiten dan lijstfeiten, met de mogelijkheid van weigering ter zake van lijstfeiten, indien het feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is gepleegd (art. 4 onder 7 sub a Kaderbesluit).

Doorvoering van de beide onderscheiden ten aanzien van de regelingen inzake onderdanen (art. 4 onder 6 Kaderbesluit; art. 5 onder 3 Kaderbesluit) lijkt mij niet gewenst. Ongeacht of het een EAB een lijstfeit betreft en ongeacht of dit feit geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat is gepleegd, draagt de verhoging van de kansen op sociale re-integratie (door tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat van de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidssanctie) bij aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Bij een correcte implementatie van deze regelingen bestaat niet het risico dat de opgeëiste persoon straffeloos blijft.

De beperking van de genoemde weigeringsgronden tot andere feiten dan lijstfeiten en de begrenzing van deze beperking door de territorialiteitsexceptie zouden hun vertaling moeten krijgen in de regelingen van specialiteitsbescherming. De bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat zou daardoor in beginsel moeten instemmen met strafrechtelijk optreden en verderlevering ter zake van lijstfeiten.

De hier bedoelde beperking van de weigeringsgronden tot andere feiten dan lijstfeiten zou naar mijn inschatting een substantiële verhoging van het aantal overleveringen tot gevolg kunnen hebben, omdat de 32 categorieën van lijstfeiten de belangrijkste vormen van ernstige criminaliteit omvatten. Zij zou dan ook een belangrijke bijdrage leveren aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, ook omdat beperking van de reikwijdte van de weigeringsgronden het aantal gevallen waarin de opgeëiste persoon straffeloos blijft, zou verminderen tot niet-lijstfeiten en lijstfeiten die op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan zijn. Aldus zou een redelijk evenwicht worden bereikt tussen de belangen van de uitvaardigende lidstaat, de uitvoerende lidstaat en de opgeëiste persoon, zonder de noodzaak van voorafgaande harmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten.

LITERATUURLIJST

Ahmed & Butler 2006

T. Ahmed & I. de J. Butler, 'The European Union and Human Rights: An International Law Perspective', *European Journal of International Law* 2006, p. 771-801.

Van Alebeek 2007

R. van Alebeek, 'Staatsimmunititeit', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 231-273.

Alegre 2005

S. Alegre, 'The European arrest warrant and the grounds for non-execution', in: G. Giudicelli-Delage & S. Manacorda (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris: Société de Législation Comparée 2005, p. 127-153.

Alegre & Leaf 2003

S. Alegre & M. Leaf, *European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?*, London: JUSTICE 2003.

Alegre & Leaf 2004

S. Alegre & M. Leaf, 'Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study - the European Arrest Warrant', *European Law Journal* 2004, p. 200-217.

Ang 2005

L. Ang, 'Procedural rules', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 47-62.

Apap & Carrera 2004

J. Apap & S. Carrera, 'Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Arrest Warrant - A Good Testing Ground for Mutual Recognition in the Enlarged EU?', *CEPS Policy Brief* No. 46, February 2004.

Aust 2004

A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Baauw 1997

P. Baauw, 'Ne Bis in Idem', in: B. Swart & A. Klip (eds.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim 1997, p. 75-84.

Van Ballegooij 2009

W. van Ballegooij, 'The Netherlands and mutual recognition: between proportionality and the rule of law' in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 401-417.

Van Ballegooij & Koch-Hartmanová 2006

W. van Ballegooij & R. Koch-Hartmanová, 'Rechtbank Amsterdam (Internationale rechtshulpkamer), LJN: AT9954 en LJN: AU2813', *SEW* 2006, p. 294-297.

Bantekas 2007

I. Bantekas, 'The principle of mutual recognition in EU criminal law', *European Law Review* 2007, p. 363-385.

Barbe 2001

E. Barbe, 'Une présentation du projet de décision-cadre relatif à la reconnaissance des décisions de gel des avoirs et des preuves', in: G. De Kerchove & A. Weyembergh (dir.), *La reconnaissance des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles 2001, p. 81-89.

Barents 2006

R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht. Preadvies voor de NVER-vergadering van 24 november 2006', *SEW* 2006, p. 358-374.

Barents 2008

R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008.

Barents & Brinkhorst 2012

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, dertiende, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2012.

Bartsch 2002

H.-J. Bartsch, 'Council of Europe ne bis in idem: the European perspective', *Revue internationale de droit pénal* 2002, p. 1163-1171.

Battjes 2006

H. Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Battjes 2008

H. Battjes, 'Landmarks: Soering's Legacy', *Amsterdam Law Forum* 2008, p. 139-149.

Bedi 1966

S. Bedi, *Extradition in International Law and Practice*, Rotterdam: "Bronder-offset" 1966.

Bedi 2002

S. Bedi, *Extradition: a treatise on the laws relevant to the fugitive offenders within and with the commonwealth countries*, Buffalo, New York: William S. Hein & Co., Inc. 2002.

Bem 2006

K. Bem, 'The European Arrest Warrant and the Polish Constitutional Court Decision of 27 April 2005', in: E. Guild (Ed.), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 125-136.

Van Bergen 2011

L. van Bergen, 'Uitlevering en artikel 6 EVRM: Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 4 mei 2010: Robert Stapleton t. Ierland (appl. no. 56588/07)', *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 873-881.

Berry 2006

E. Berry, 'The Extra Territorial Reach of the ECHR', *European Public Law* 2006, p. 629-655.

Betlem & Nollkaemper 2003

G. Betlem & A. Nollkaemper, 'Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation', *European Journal of International Law* 2003, p. 569-589.

Blekxtoon 2004a

R. Blekxtoon, 'Haastige spoed is zelden goed (of het Europees aanhoudingsbevel 'EAB')', *NTER* 2004, p. 23-29.

Blekxtoon 2004b

R. Blekxtoon, 'Checks and balances van het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel', *DD* 2004, p. 572-589.

Blekxtoon 2005

R. Blekxtoon, 'Commentary on an Article by Article Basis', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 217-269.

Van Bockel 2009

W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Amsterdam: Ipskamp Drukkers 2009.

Boerwinkel & Van der Grinten 2004

A.M.C. Boerwinkel & P.M.M. van der Grinten, 'Wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen', *JV* 2004, p. 51-65.

Böhm 2006

M. Böhm, 'Das neue Europäische Haftbefehlsgesetz', *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 2592-2596.

Böhm 2008

M. Böhm, 'Die Kozłowski-Entscheidung des EUGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Auslieferungsrecht. Kein "Strafvollstreckungstourismus" innerhalb Europas', *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, p. 3183-3185.

Boksem, Mevis, Vegter & Van Woensel

J. Boksem, P.A.M. Mevis, P.C. Vegter & A.M. van Woensel (red.), *Handboek Strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbladig).

Borgers 2006

M.J. Borgers, 'Europese normen voor de implementatie van kaderbesluiten', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink, *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 5-35.

Borgers 2010a

M.J. Borgers, 'Mutual recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for

the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2010, blz. 99-114.

Borgers 2010b

M.J. Borgers, 'Functions and Aims of Harmonisation after the Lisbon Treaty. A European Perspective', in: C. Fijnaut and J. Ouwerkerk (eds.), *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leiden - Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2010, p. 347-355.

Borgers & Sjöcrona 2008

M.J. Borgers & J.M. Sjöcrona, 'Europees straf(proces)recht', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orië (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht. Schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 93-137.

Bosch 2010

M.K.M. Bosch, 'De flagrante schending van artikel 6 EVRM anno 2010', *DD* 2010, p. 716-740.

Bot 2009

S. Bot, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles: Larcier 2009.

Bouloc 1990

B. Bouloc, 'Le principe de la spécialité en droit pénal international', in: Université de Paris Val-de-Marne & Université de Paris II (dir.), *Mélanges dédiés à Dominique Houlleaux*, Paris: Éditions Litec 1990, p. 7-24.

Ter Braak 2005

E.M. ter Braak, 'Uitwerking concept wederzijdse erkenning in recente kaderbesluiten', *DD* 2005, p. 842-857.

Ter Braak 2006

E.M. ter Braak, 'Wederzijdse erkenning en het Nederlandse strafrecht. Een bespreking van enkele implementatie- en toepassingsproblemen', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 143-157.

Brammer 2009

S. Brammer, 'Case C-297/07, Reference for a preliminary ruling from the *Landgericht Regensburg* in the criminal proceedings against *Klaus Bourquain*, Judgment of the Court

(Second Chamber) of 11 December 2008, not yet reported', *Common Market Law Review* 2009, p. 1685-1696.

Braum 2005

S. Braum, 'Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung', *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht* 2005, p. 681-699.

Bregman 2007

L. Bregman, 'Internationaal', *Opportuun* 2007, p. 26.

Breitenmoser 2004

S. Breitenmoser, 'Die Bedeutung der EMRK im Ausländerrecht', in: J. Renzikowski (Hrsg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Zürich - Basel - Genf: Schulthess 2004, p. 197-236.

Van den Brink 2003

A. van den Brink, 'Besluiten in de tweede en derde pijler van de Europese Unie: van eigenheid naar eenvormigheid?', *RMThemis* 2003, p. 243-253.

Van den Brink 2004

A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht. Setting Legal Norms in the Netherlands for the implementation of European Union Law*, Deventer: Kluwer 2004.

Ten Broeke 2000

A.Th.M. ten Broeke, 'Uitleveren of zelf berechten? Samenloop van rechtsmacht in het uitleveringsrecht: de uitleveringsverplichting versus de facultatieve weigeringsgronden', *NJB* 2000, p. 1995-1999.

Von Bubnoff 2005

E. von Bubnoff, *Der Europäische Haftbefehl. Ein Leitfaden für die Auslieferungspraxis*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2005.

Caeiro & Fidalgo 2009

P. Caeiro & S. Fidalgo, 'The Portuguese experience of mutual recognition in criminal matters: five years of European Arrest Warrant', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 445-463.

Callewaert 2005

J. Callewaert, 'EU Law on Criminal Justice from a Strasbourg Perspective', *ERA Forum* 2005, p. 536-542.

Callewaert 2010

J. Callewaert, 'Het EVRM en de Europese Unie: van Bosphorus naar Lissabon', *NTER* 2010, p. 101-107.

Carruthers 2009

S. Carruthers, 'The Treaty of Lisbon and the Reformed Jurisdictional Powers of the European Court of Justice in the Field of Justice and Home Affairs', *European Human Rights Law Review* 2009, p. 784-804.

Cassese 2005

A. Cassese, *International Law*, Second Edition, New York: Oxford University Press 2005.

Chalmers, Davies & Monti 2010

D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Cimamonti 2009

S. Cimamonti, 'European Arrest Warrant in Practice and *Ne Bis In Idem*', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 111-129.

Claes 2009

M.L.H.K. Claes, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese grondrechtenmozaïek', *SEW* 2009, p. 162-168.

Corstens 2006

G.J.M. Corstens, 'Het eerste 'strafarrest' van het Hof van Justitie EG over een kaderbesluit', *NTER* 2006, p. 24-28.

Corstens/Borgers 2011

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zevende druk, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011.

Costello 2006

C. Costello, 'The *Bosphorus* Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe', *Human Rights Law Review* 2006, p. 87-130.

Dane & Klip 2009

M. Dane & A. Klip (eds.), *An additional evaluation mechanism in the field of EU judicial cooperation in criminal matters to strengthen mutual trust*, Tilburg: Celsus legal publishers 2009.

De Amicis 2009

G. De Amicis, 'La reconnaissance mutuelle et la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen dans l'ordre juridique italien', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union / L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 309-338.

Dedeyne-Amann 2002

J. Dedeyne-Amann, 'Österreich', in: S. Gleß (Hrsg.), *Auslieferungsrecht der Schengen-Vertragsstaaten. Neuere Entwicklungen*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim 2002, p. 395-463.

Deen-Racsmány 2007

Zs. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2007.

De Herdt 2008-2009

J. De Herdt, 'Verstek en het Europees aanhoudingsbevel' (noot onder Cass. 2 augustus 2006), *Rechtskundig Weekblad* 2008-2009, p. 1511-1515.

De Hert 2004

P. De Hert, 'Het einde van de Europese rechtshulp', *JV* 2004, p. 96-118.

De Hert & Millen 2006

P. De Hert & J. Millen, 'Ontvankelijkheidstoetsing en onschuldverweer bij het Europees aanhoudingsbevel' (noot onder KI Antwerpen 2 juni 2006), *Tijdschrift voor Strafrecht* 2006, p. 347-348.

Deiters 2006

M. Deiters, 'Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, p. 472-480.

Delmas-Marty 1998

M. Delmas-Marty (red.), *Corpus Juris, houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie/Corpus Iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Antwerpen: Intersentia 1998.

Dewulf 2009

S. Dewulf, *Extradere. Uitlevering, Europees aanhoudingsbevel & overdracht aan het Internationaal Strafhof en de ad hoc-Tribunalen*, Brussel: Larcier 2009.

Van Dijk & Viering 2006

P. van Dijk & M. Viering, 'Right to a Fair and Public Hearing', in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Antwerpen - Oxford: Intersentia 2006, p. 511-560.

Doorenbos 2000

D.R. Doorenbos, 'Fiscale rechtshulp in Benelux-verband', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuisen (red.), *Rede en Recht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 239-248.

Van Dorst 2004

A.J. van Dorst, 'Het Europees aanhoudingsbevel', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht. Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004, p. 406-424.

Dugard & Van Den Wijngaert 1998

J. Dugard & C. Van Den Wijngaert, 'Reconciling Extradition with Human Rights', *American Journal of International Law* 1998, p. 187-212.

Ehlers 2009

D. Ehlers, 'Die Grundrechte der Europäischen Union', in: D. Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Auflage, Berlin: De Gruyter 2009, p. 443-647.

Van Elst & Orié 2008

R. van Elst & A.M.M. Orié, 'Strafmachtrecht', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orié (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht. Schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 29-91.

Extradition: European standards 2006

Extradition: European standards. Explanatory notes on the Council of Europe convention and protocols and minimum standards protecting persons subject to transnational criminal proceedings, Strasbourg: Council of Europe Publishing 2006.

Faure & Ubachs 2002

M. Faure & S. Ubachs, 'The Netherlands', in: S. Gleß (Hrsg.), *Auslieferungsrecht der Schengen-Vertragsstaaten. Neuere Entwicklungen*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim 2002, p. 347-372.

Feik 2007

R. Feik, 'Die dritte Säule - Kompetenzen und Organe im Überblick', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 9-17.

Fennelly 2007

N. Fennelly, 'The European Arrest Warrant: Recent Developments', *ERA Forum* 2007, p. 519-534.

Fichera 2009a

M. Fichera, 'The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?' *European Law Journal* 2009, p. 70-97.

Fichera 2009b

M. Fichera, 'Case C-66/08, Proceedings concerning Szymon Kozłowski', *Common Market Law Review* 2009, p. 241-254.

Fichera 2011

M. Fichera, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia 2011.

Fichera & Janssens 2007

M. Fichera & C. Janssens, 'Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the role of the national judge', *ERA Forum* 2007, p. 177-202.

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Fleuren 2005

J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', in: *De nationale rechter en het internationale recht* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), Den Haag: T.M.C Asser Press 2005, p. 69-144.

Flore 2004

D. Flore, 'L'acceuil de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen en Belgique', in: M-E. Cartier (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles: Bruylant 2005, p. 125-138.

Ford-Claasen 2011

M.T.E. Ford-Claasen, 'Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de Regeringen van de Staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland, en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen', in: D.J.M.W. Paridaens-van der Stoel (red.), *Tekst & Commentaar Internationaal strafrecht*. Vierde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 571-573.

Franssen 2007-2008

V. Franssen, 'Het Europees aanhoudingsbevel gered, hoera?', *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, p. 1138-1144.

Frenz 2009

W. Frenz, *Handbuch Europarecht. Band 4 Europäische Grundrechte*, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag 2009.

Garlick 2006

M. Garlick, 'Asylum Legislation in the European Community and the 1951 Convention', in: Th. Balzacq & S. Carrera (eds.), *Security Versus Freedom? A Challenge for Europe's Future*, Aldershot: Ashgate Publishing 2006, p. 45-59.

Garlick 2005

P. Garlick, 'The European Arrest Warrant and the ECHR', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 167-182.

Gerards & Claes 2012

J.H. Gerards & M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW* 2012, p. 270-279.

Gerards & Glas 2012

J. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', *AA* 2012, p. 520-530.

Geuns 2005

L.H.M. Geuns, 'Rechtszekerheid onder druk? Een geruststellende reactie', *NJB* 2005, p. 2147-2148.

Geyer 2006

F. Geyer, 'The European Arrest Warrant in Germany - Constitutional Mistrust towards the Concept of Mutual Trust', in: E. Guild (Ed.), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p.101-123.

Geyer 2008

F. Geyer, 'European Arrest Warrant, Court of Justice of the European Communities', *European Constitutional Law Review* 2008, p. 149-161.

Gilbert 1991

G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht - Boston - London: Martinus Nijhoff Publishers 1991.

Ginter 2009

J. Ginter, 'The Content of a European Arrest Warrant', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 1-17.

Glerum 2005

V. Glerum, m.m.v. V. Koppe, *De Overleveringswet. Overlevering door Nederland*, Den Haag: SDU 2005.

Glerum & Rozemond 2006

V. Glerum & K. Rozemond, 'Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet', *DD* 2006, p. 111-197.

Glerum & Rozemond 2008a

V. Glerum & N. Rozemond, 'Overlevering en uitlevering', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orié (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht. Schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 139-244.

Glerum & Rozemond 2008b

V. Glerum en K. Rozemond, 'Overlevering van Nederlanders: copernicaanse revolutie of uitlevering in overgang?', *DD* 2008, p. 816-848.

Glerum & Rozemond 2010

V. Glerum en K. Rozemond, 'Het *Wolzenburg*-arrest, de interpretatie van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de gevolgen voor de Nederlandse rechtspraak', *DD* 2010, p. 271-302.

Gleiß 2004

S. Gleiß, 'Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004, p. 353-367.

Gleiß & Biehler 2002

S. Gleiß & A. Biehler, 'Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitischer Ausblick, in: S. Gleiß (Hrsg.), *Auslieferungsrecht der Schengen-Vertragsstaaten. Neuere entwicklungen*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim 2002, p. 547-627.

De Groot 2005

S. de Groot, 'Mutual Trust in (European) Extradition Law', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 83-97.

Hackner 2007

Th. Hackner, 'Probleme der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl in Deutschland', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des*

LITERATUURLIJST

Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p.193-203.

Haratsch 2006

A. Haratsch, 'Die *Solange*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2006, p. 927-947.

Harris 2002

L. Harris, 'Mutual recognition from a practical point of view: cosmetic or radical change?', in: G. De Kerchove & A. Weyembergh (dir.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles 2002, p. 105-111.

Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2009

D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, second edition, Oxford: Oxford University Press 2009.

Hathaway 2005

J.C. Hathaway, *The rights of refugees under international law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Van Hattum 1999

W.F. van Hattum, 'Ne bis in idem in de Nederlandse uitleveringsprocedure', *DD* 1999, p. 941-960.

Van Hattum 2012

W.F. van Hattum, *NON BIS IN IDEM. De ontwikkeling van een beginsel*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Hecker 2007

B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage, Berlin - Heidelberg - New York: Springer Verlag 2007.

Heimgartner 2002

S. Heimgartner, *Auslieferungsrecht*, Zürich - Basel - Genf: Schulthess 2002.

Hinarejos Parga 2006

A. Hinarejos Parga, 'Bosphorus v Ireland and the protection of fundamental rights in Europe', *European Law Review* 2006, p. 251-260.

Hinterhofer 2007

H. Hinterhofer, 'Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl in Österreich', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 205-226.

Van Hoek & Luchtman 2005

A.A.H. van Hoek & M.J.J.P. Luchtman, 'Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights', *Utrecht Law Review* 2005, p. 1-39.

Hullu 2009

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2009.

Impalà 2005

F. Impalà, 'The European Arrest Warrant in the Italian legal system. Between mutual recognition and mutual fear within the European Area of Freedom, Security and Justice', *Utrecht Law Review* 2005, p. 56-78.

Janssens 2004-2005

L. Janssens, 'Het specialiteitsbeginsel in het uitleveringsrecht' (noot onder Cass. 9 oktober 2002), *Rechtskundig Weekblad* 2004-2005, p. 973-975.

Janssens 2006-2007

C. Janssens, 'Het Europees aanhoudingsbevel onder vuur: hebben de nationale (grondwettelijke) hoven het laatste woord?', *Rechtskundig Weekblad* 2006-2007, p. 415-418.

Janssens 2007

C. Janssens, 'De burger, de Unie en het Europees aanhoudingsbevel', in: J. Meeusen & G. Straetmans (red.), *Politiële en justitiële strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie. Welk evenwicht tussen vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid?*, Antwerpen - Oxford: Intersentia 2007, p. 1-77.

Janssens 2009

C. Janssens, 'Europees strafrecht en het Verdrag van Lissabon. Een verhaal van déjà vu's, dwarsliggers en compromissen', *Nullum Crimen* 2009, p. 14-27.

Janssens 2010a

C. Janssens, 'Zaak C-123/08, Dominic Wolzenburg', *SEW* 2010, p. 170-176.

Janssens 2010b

C. Janssens, 'Case C-123/08, Dominic Wolzenburg, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2009, not yet reported', *Common Market Law Review* 2010, p. 831-845.

Jégouzo 2005

I. Jégouzo, 'Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale', in: M-E. Cartier (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles: Bruylant 2005, p. 33-45.

Jégouzo 2006

I. Jégouzo, 'Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne', *Revue internationale de droit pénal* 2006, p. 97-111.

Johnston 2011

J.G. Johnston, 'The Risk of Torture as a Basis for Refusing Extradition and the Use of Diplomatic Assurances to Protect against Torture after 9/11', *International Criminal Law Review* 2011, p. 1-48.

Jones 2009

J.R.W.D. Jones, 'The EAW in Practice in the United Kingdom', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 317-337.

Jonk & Hamer 2005

W.R. Jonk & G.P. Hamer, 'Rechtszekerheid onder druk?', *NJB* 2005, p. 1744-1745.

Jonk, Malewicz & Hamer 2004

W.R. Jonk, R. Malewicz & G.P. Hamer, 'Uitleveren of vervolgen in Nederland?', *Strafblad* 2004, p. 27-32.

Juppe 2007

M. Juppe, *Die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen in Europa, Historische Grundlagen - Aktuelle und zukünftige Problembereiche*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2007.

Kaczorowska 2008

A. Kaczorowska, *European Union Law*, Abingdon: Routledge-Cavendish 2008.

Kapferer 2003

S. Kapferer, *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, UNHCR, PPLA/2003/05, November 2003.

Kapteyn & VerLoren van Themaat 2008

P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans, C.W.A. Timmermans & A.M. Geelhoed (Eds.), *Kapteyn & VerLoren van Themaat. The Law of the European Union and the European Communities*, Fourth Revised Edition, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008.

Keijzer 1979

N. Keijzer, *Het Europees verdrag tot bestrijding van terrorisme. Openbare les uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon lector in het strafrecht en het strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op vrijdag 18 mei 1979*, Deventer: Kluwer 1979.

Keijzer 1989

N. Keijzer, 'Verweren tegen uitlevering', in: G.A.M. Strijards e.a., *De derde rechtsingang nader bekeken: opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 175-195.

Keijzer 1999

N. Keijzer, 'The Political Offence Exception in Extradition Law', in: P.J. van Krieken (Ed.), *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, The Hague: T.M.C. Asser Press 1999, p. 161-166.

Keijzer 2005a

N. Keijzer, 'The Double Criminality Requirement', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 137-163.

Keijzer 2005b

N. Keijzer, 'Extradition and Human Rights: A Dutch Perspective', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 183-194.

Keijzer 2005c

N. Keijzer, 'Goede trouw in het uitleveringsrecht', *DD* 2005, p. 490-510.

Keijzer 2009

N. Keijzer, 'Origins of the EAW Framework Decision', in: E. Guild & L. Marin (Eds.), *Still not resolved? Constitutional Issues of the European Arrest Warrant*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 13-30.

Keijzer 2009a

N. Keijzer, 'The EAW Framework Decision: Some Highlights', in: E. Guild & L. Marin (Eds.), *Still not resolved? Constitutional Issues of the European Arrest Warrant*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 31-59.

Keijzer 2009b

N. Keijzer, 'The Fate of the Dual Incrimination Requirement', in: E. Guild & L. Marin (Eds.), *Still not resolved? Constitutional Issues of the European Arrest Warrant*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 61-75.

Keijzer 2009c

N. Keijzer, 'Locus Delicti Exceptions', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 89-109.

Van Kempen 2006

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Communautaire doorwerking van straf(proces)recht', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 73-104.

Klein 2010

E. Klein, 'Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte', in: D. Merten & H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VI/1 Europäische Grundrechte I*, Heidelberg - München - Landsberg - Frechen - Hamburg: C.F. Müller 2010, p. 1269-1320.

Klip 1998

A.H. Klip, 'Ne bis in idem en Bouterse', *NJB* 1998, p. 2069-2075.

Klip 2000

A. Klip, 'Soevereiniteit in het strafrecht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 139-152.

Klip 2008

A.H. Klip, 'Wederzijdse erkenning', *DD* 2008, p. 671-684.

Klip 2009

A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia 2009.

Klip 2010

A.H. Klip, 'Overleveringsperikelen', *DD* 2010, p. 523-560.

Klip 2012

A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2nd edition, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia 2012.

Klip & Massa 2010

A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht. Onderzoek naar de grondslagen voor extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-)praktijk*, Maastricht: Maastricht University 2010.

Klip/Swart/Van der Wilt

A.H. Klip, A.H.J. Swart & H.G. van der Wilt (red.), *Internationale en interregionale samenwerking in strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbladig).

Klip & Van der Wilt 2002a

A. Klip & H. van der Wilt (eds.), *Harmonisation and harmonizing measures in criminal law*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2002.

Klip & Van der Wilt 2002b

A. Klip & H. van der Wilt, 'The Netherlands *Non Bis In Idem*', *Revue internationale de droit pénal* 2002, p. 1091-1137.

Klitsch 2009

S. Klitsch, 'Der neue EU-Rahmenbeschluss zu Abwesenheitsurteile - ein Appell zur Revision', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, p. 11-21.

Kober 2009

M. Kober, *Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union: Bestandsaufnahme, Konkretisierung und Ansätze zur Weiterentwicklung der europäischen Grundrechtsdogmatik anhand der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, München: Herbert Utz Verlag 2009.

Komárek 2007

J. Komárek, 'European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of "Contrapunctual Principles"', *Common Market Law Review* 2007, p. 9-40.

Konstadinides 2007

Th. Konstadinides, 'The Perils of the "Europeanisation" of Extradition Procedures in the EU: Mutuality, Fundamental Rights and Constitutional Guarantees', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2007, p. 179-200.

Kooijmans/Brus/Blokker 2008

P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, bewerkt door M.M.T.A. Brus, N.M. Blokker & L.A.J. Senden, tiende druk, Deventer: Kluwer 2008.

Kooijmans & Ouwerkerk 2008

T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk, 'Het ontwerp-kaderbesluit betreffende het Europees surveillancebevel, de Nederlandse regeling van de voorlopige hechtenis en de overleveringsprocedure, *DD* 2008, p. 942-965.

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen van 1983 en 1987*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1987.

Kortmann 2005

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, geheel herziene vijfde druk, Deventer: Kluwer 2005.

Kraniotis 2005

T. Kraniotis, 'Na Uitlevering Overgeleverd? Hoe dient de overleveringsrechter mensenrechtenverweren te beoordelen?', *AA* 2005, p. 344-351.

Krapac 2005

D. Krapac, 'Verdicts in Absentia', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 119-135.

Kristen 2003

F.G.H. Kristen, 'Hoe Europa de strafrechter dirigeert. Over de betekenis van de richtlijnconforme interpretatie voor het strafrecht en de uitbreiding daarvan tot kaderbesluit en kaderwet', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber Amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 387-409.

Kristen 2004

F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht. Een onderzoek naar de grondslag en de werking van het Europese verbod van misbruik van voorwetenschap, met aandacht voor de doorwerking van EG-richtlijnen in het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kristen & Simmelink 2005

F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink, 'Europese integratie door de rechter: kaderbesluitconforme integratie', *DD* 2005, p. 1058-1078.

Kühn 2007

Z. Kühn, 'The European Arrest Warrant, Third Pillar Law and National Constitutional Resistance/Acceptance. The EAW Saga as Narrated by the Constitutional Judiciary in Poland, Germany, and the Czech Republic', *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2007, p. 99-133.

Kurtovic & Langbroek 2010

E. Kurtovic & P. Langbroek, 'Uitgeleverd aan overlevering? De Nederlandse overleveringspraktijk beschreven, gevolgd door een discussie over de effectuering van fundamentele rechten van verdachten en veroordeelden', *DD* 2010, p. 831-857.

Lagodny 2007

O. Lagodny, 'Die Umsetzung der materiellen Übergabe- bzw Auslieferungsvoraussetzungen und der Verfahrensregelungen in den Mitgliedsstaaten im Überblick', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus*

LITERATUURLIJST

Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 143-149.

Lagodny & Rosbaud 2009

O. Lagodny & C. Rosbaud, 'Speciality Rule', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 265-295.

Laméris-Tebbenhof Rijnenberg 1998

H.M.E. Laméris-Tebbenhof Rijnenberg, *Dagvaarding en berechting in aanwezigheid. De Nederlandse betekenisregeling in rechtshistorisch en Europees perspectief*, Amsterdam: Thesis Publishers Amsterdam 1998.

Lane 2007

R. Lane, 'The EU Charter of Fundamental Rights and the Subsisting Commitments of EU Member States under the European Convention on Human Rights: More Variable Geometry', *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 2007, p. 355-389.

Larsaeus 2006

N. Larsaeus, *The Use of Diplomatic Assurances in the Prevention of Prohibited Treatment*. RSC Working Paper No. 32, Oxford: University of Oxford Refugee Studies Centre 2006.

Laugier-Deslandes 2002

S. Laugier-Deslandes, 'Les incidences de la création du mandat d'arrêt européen sur les conventions d'extradition', *Annuaire français de droit international* 2002, p. 695-714.

Lawson 1999

R. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen. Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties*, Deventer: Kluwer 1999.

Łazowski 2005

A. Łazowski, 'Constitutional Tribunal on the Surrender of Polish Citizens under the European Arrest Warrant. Decision of 27 April 2005', *European Constitutional Law Review* 2005, p. 569-581.

Łazowski 2009

A. Łazowski, 'From EU with trust: the potential and the limits of the mutual recognition in the Third Pillar from the Polish perspective', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European*

LITERATUURLIJST

Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 419-444.

Lenaerts 2010

K. Lenaerts, 'The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice', *International and Comparative Law Quarterly* 2010, p. 255-301.

Lenaerts & Corthaut 2006

K. Lenaerts & T. Corthaut, 'Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law', *European Law Review* 2006, p. 287-315.

Lensing 2000

J.A.W. Lensing, 'Ne bis in idem in strafzaken: een rechtsvergelijkende en internationaalstrafrechtelijke oriëntatie, in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking No. 60*, Deventer: Kluwer 2000, p. 91-211.

Lensing 2005

H. Lensing, 'The European Arrest Warrant and Transferring Execution of Prison Sentences', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 209-216.

Lensing 2012

J.A.W. Lensing, 'Grondrechten van de EU in de Nederlandse straf(proces)rechtelijke praktijk, *Strafblad* 2012, p. 19-31.

Ligeti 2005

K. Ligeti, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin: Duncker & Humblot 2005.

Linke 1983

R. Linke, *Grundriß des Auslieferungsrechts*, Wien: Manz Verlag 1983.

Lock 2009

T. Lock, 'The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2009, p. 375-398.

Lock 2010

T. Lock, 'Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights' Case law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights', *Human Rights Law Review* 2010, p. 529-545.

Loof 2007

R. Loof, 'Temporal aspects of the duty of consistent interpretation in the first and third pillars', *European Law Review* 2007, p. 888-895.

Lowe 2003

V. Lowe, 'Jurisdiction', in: M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 329-355.

Luchtman 2009

M. Luchtman, 'De normering van de strafrechtelijke forumkeuze in de ruimte van vrijheid, rechtvaardigheid en veiligheid', *DD* 2009, p. 929-988.

Machielse 2000

A.J.M. Machielse, 'Naar een halvering van de dubbele strafbaarheid?', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 179-190.

Mackarel 2009

M. Mackarel, 'Human Rights as a Barrier to Surrender', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 139-156.

Magiera 2010

S. Magiera, 'Bürgerrechte und justizielle Grundrechte', in: D. Merten & H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VI/1 Europäische Grundrechte I*, Heidelberg - München - Landsberg - Frechen - Hamburg: C.F. Müller 2010, p. 1031-1082.

Malewicz & Jonk 2010

R. Malewicz & W. Jonk, 'De overleveringsprocedure: voldoende rechtsbescherming voor de opgeëiste persoon?', *Strafblad* 2010, p. 113-118.

Marin 2008

L. Marin, 'The European Arrest Warrant in the Italian Republic', *European Constitutional Law Review* 2008, p. 251-273.

Marin 2011

L. Marin, "A Spectre is haunting Europe": European Citizenship in the Area of Freedom, Security, and Justice. Some Reflections on the Principles of Non-Discrimination (on the Basis of Nationality), Mutual Recognition, and Mutual Trust Originating from the European Arrest Warrant', *European Public Law* 2011, p. 705-728.

Mathisen 2010

G. Mathisen, 'Nordic Cooperation and the European Arrest Warrant: Intra-Nordic Extradition, the Nordic Arrest Warrant and Beyond', *Nordic Journal of International Law* 2010, p. 1-33.

Melai/Groenhuijsen e.a.

A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

Merkel & Scheinfeld 2012

R. Merkel & J. Scheinfeld, 'Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um das "Vollstreckungselement"', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2012, p. 206-213.

Merli 2007

F. Merli, 'Europäischer Haftbefehl und nationales Verfassungsrecht', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 125-139.

Mitsilegas 2006a

V. Mitsilegas, 'Constitutional Principles of the European Community and European Criminal Law', *European Journal of Law Reform* 2006, p. 301-323.

Mitsilegas 2006b

V. Mitsilegas, 'The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU', *Common Market Law Review* 2006, p. 1277-1311.

Mitsilegas 2009a

V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford - Portland, Oregon: Hart Publishing 2009.

Mitsilegas 2009b

V. Mitsilegas, 'The reception of the principle of mutual recognition in the criminal justice systems of EU Member States. The case of Greece', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 175-187.

Monville 2003

P. Monville, 'Le mandat d'arrêt européen: remise en cause du mécanisme de la simple remise ...', *Journal des Tribunaux Droit Européen* 2003, p. 168-173.

Morgan 2005

C. Morgan, 'The European Arrest Warrant and Defendant's Rights: An Overview', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 195-208.

Morijn 2011

J. Morijn, 'Het juridisch bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: de eerste ervaringen en openstaande vragen', *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 45-62.

Möstl 2010

M. Möstl, 'Preconditions and Limits of Mutual Recognition', *Common Market Law Review* 2010, p. 405-436.

Murschetz 2007a

V. Murschetz, *Auslieferung und Europäischer Haftbefehl. Kontinentaleuropäische und anglo-amerikanische materielle Prinzipien des Auslieferungsrechts im Vergleich zum Europäischen Haftbefehl und dessen Umsetzung in Österreich*, Wien: Springer-Verlag 2007.

Murschetz 2007b

V. Murschetz, 'Das "Übergabe"-Verfahren nach dem Europäischen Haftbefehl im Vergleich mit dem herkömmlichen Auslieferungsverfahren', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 85-96.

Mus 1996

J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Myjer 2011

B.E.P. Myjer, 'Opmerkingen over Straatsburg en de Nederlandse strafrechtspleging', *Strafblad* 2011, p. 4-7.

Nalewajko 2007

P. Nalewajko, 'Der Europäische Haftbefehl: aktuelle Entwicklungen in Polen', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2007, p. 113-117.

Nauta 2012

T. Nauta, 'De inroepbaarheid van het Handvest voor de Europese en nationale rechter', *NTER* 2012, p. 19-25.

Nicholls, Montgomery & Knowles 2007

C. Nicholls, C. Montgomery & J.B. Knowles, *The law of extradition and mutual assistance*, second edition, Oxford: Oxford University Press 2007.

Noll 2006

G. Noll, 'Diplomatic assurances and the silence of human rights law', *Melbourne Journal of International Law* 2006, p. 104-126.

Nollkaemper 2011

A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, vijfde druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Noyon-Langemeijer-Remmelink

T.J. Noyon, G.J. Langemeijer & J. Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig).

Orie 2000

A.M.M. Orie, 'Ver(der) van huis? De verschuiving van het evenwicht tussen de positie van de verzoekende en de aangezochte staat in het komende EU uitleveringsrecht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuisen (red.), *Rede en Recht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 205-221.

Ouwerkerk 2010

J.W. Ouwerkerk, 'Wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen: de Nederlandse rechtspraak inzake overlevering', in: R.S.T. Gaarhuis, T. Kooijmans & Th.A. de Roos, *Vertrouwen in de strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2010, p. 87-102.

Ouwerkerk 2011a

J. Ouwerkerk, *Quid Pro Quo. A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge - Antwerpen - Portland: Intersentia 2011.

Ouwerkerk 2011b

J. Ouwerkerk, 'Case C-261/09, *Criminal proceedings against Gaetano Mantello*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 November 2010, nyr', *Common Market Law Review* 2011, p. 1687-1702.

Ouwerkerk 2012a

J.W. Ouwerkerk, 'Het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen', *DD* 2012, p. 490-507.

Ouwerkerk 2012b

J. Ouwerkerk, 'Strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie: interstatelijk vertrouwen als weerlegbaar vermoeden', *AA* 2012, p. 735-739.

Pahladsingh & Van Roosmalen 2011

A. Pahladsingh & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend: rechtspraak in kaart', *NTER* 2011, p. 54-61.

Pahladsingh & Van Roosmalen 2012

A. Pahladsingh & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie twee jaar juridisch bindend: rechtspraak in beweging?', *NTER* 2012, p. 56-65.

Panzavolta 2009

M. Panzavolta, 'Humanitarian concerns within the EAW system', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 179-212.

Paridaens 1996

D.J.M.W. Paridaens, 'De uitlevering van eigen onderdanen door Nederland', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 107-117.

Peers 2004

S. Peers, 'Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?', *Common Market Law Review* 2004, p. 5-36.

Peers 2006a

S. Peers, 'Double Jeopardy and EU Law: Time for a Change?', *European Journal of Law Reform* 2006, p. 199-222.

Peers 2006b

S. Peers, 'Case note. Bosphorus. European Court of Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2006, p. 443-455.

Peers 2011

S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, third edition, Oxford: Oxford University Press 2011.

Plachta 1998

M. Plachta, 'Recent Developments in the Extradition Law Within the European Union, and the New Polish Domestic Legislation', *Yearbook of Polish European Studies* 1998, p. 93-117.

Plachta 2003

M. Plachta, 'European Arrest Warrant: Revolution in Extradition?', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2003, p. 178-194.

Plachta & Van Ballegooij 2005

M. Plachta & W. van Ballegooij, 'The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States of the European Union', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 13-38.

Plaisier 1999

M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Poncet & Gully-Hart 1986

D. Poncet & P. Gully-Hart, 'The European Model', in: M.C. Bassiouni (Ed.), *International Criminal Law. Volume II Procedure*, Dobbs Ferry, New York: Transnational Publishers, Inc. 1986, p. 461-503.

Prechal 2005

S. Prechal, *Directives in EC Law*, Second, Completely Revised Edition, Oxford: Oxford University Press 2005.

Prechal 2006

S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

Prinssen 2004

J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2004.

Reestman 2008

J.H. Reestman, 'Voorrang voor derde-pijlerrecht? Een alternatieve lezing van het Pupino-arrest', *NJB* 2008, p. 80-86.

Remmelink 1990

J. Remmelink, *Uitlevering*, vierde druk, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Rijken 2010

C. Rijken, 'Re-Balancing Security and Justice: Protection of Fundamental Rights in Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters', *Common Market Law Review* 2010, p. 1455-1492.

Rozemond 2006

K. Rozemond, 'Problemen bij de implementatie van het Kaderbesluit EAB in de Nederlandse Overleveringswet', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink, *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 127-142.

Rozemond 2007

N. Rozemond, 'Bevat het overleveringsrecht een humanitaire weigeringsgrond? De eerste cassaties in het belang der wet in overleveringszaken', *NJB* 2007, p. 490-497.

Rozemond 2008

N. Rozemond, 'De geldigheid van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de legaliteit van de regeling van "lijstfeiten"', *NTER* 2008, p. 285-291.

Rozemond 2009

N. Rozemond, *Begrensd vertrouwen. Mensenrechtenbescherming bij uitlevering en overlevering, preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 15 mei 2009*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Sanders 2004

H. Sanders, *De tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen*, Antwerpen - New York - Oxford: Intersentia 2004.

Sanders 2007

H. Sanders, *Het Europees aanhoudingsbevel. Nederlands en Belgisch overleveringsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen - Oxford: Intersentia 2007.

Sanders 2011

H. Sanders, *Handboek overleveringsrecht*, Antwerpen - Cambridge: Intersentia 2011.

Sanders & Sjöcrona 2008

H.D. Sanders & J.M. Sjöcrona, 'Overdracht en overname van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafrechtelijke beslissingen', in: E. van Sliedregt, J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orië (red.), *Handboek Internationaal Strafrecht. Schets van het Europese en Internationale Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 319-349.

Sarmiento 2008

D. Sarmiento, 'European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence', *International Journal of Constitutional Law* 2008, p. 171-183.

Schilling 2007

Th. Schilling, 'Europäischer Haftbefehl und europäisches Verfassungsrecht', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 97-123.

Schomburg 2002

W. Schomburg, 'Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"', *Revue internationale de droit pénal* 2002, p. 941-964.

Schomburg, Lagodny, Gleß & Hackner 2012

W. Schomburg, O. Lagodny, S. Gleß & Th. Hackner, unter mitarbeit von M. Bohlander, J.C. Nemitz, C. Rosbaud & S. Trautmann, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. International Cooperation in Criminal Matters*, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2012.

Van Schravendijk 1968

O.E. van Schravendijk, *Leemten in het gratierecht. Een kritisch onderzoek als inleiding tot een regeling van het instituut der voorwaardelijke gratie en tot herwaardering van het legislatief gratierecht*, Deventer: Æ.E. Kluwer 1968.

Schroeder 2007

W. Schroeder, 'Der Rahmenbeschluss als Rechtssatzform in den Verträgen', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 36-58.

Schutte 1977

J.J.E. Schutte, 'Uitlevering tussen België en Nederland', in: *Preadviezen over uitlevering tussen België en Nederland volgens het Benelux-verdrag aangaande de uitlevering en de wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 5-38.

Schutte 1982

J.J.E. Schutte, 'Volkenrechtelijke aspecten van het Nederlandse uitleveringsrecht', in: *Volkenrechtelijke aspecten van uitleveringsrecht* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), Deventer: Kluwer 1982, p. 3-86.

Schütze 2012

R. Schütze, *European Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Schwaighofer 1988

K. Schwaighofer, *Auslieferung und Internationales Strafrecht. Eine systematische Darstellung des ARHG*, Wien: Manz Verlag 1988.

Schwaighofer 2007

K. Schwaighofer, 'Materielle Übergabe- bzw Auslieferungsvoraussetzungen im Europäischen Haftbefehl', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht von Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 73-83.

Schwalm 2005

J. Schwalm, 'Le mandat d'arrêt européen en Allemagne', in: M-E. Cartier (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles: Bruylant 2005, p. 101-124.

Sjöcrona 2009

J. Sjöcrona, 'Verdediging en interstatelijke samenwerking', in: T. Prakken & T. Spronken (red.), *Handboek verdediging*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 963-1058.

Sjöcrona & Orië 2002

J.M. Sjöcrona & A.M.M. Orië, *Internationaal strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, derde druk, Deventer: Kluwer 2002.

Van Sliedregt 2007

E. van Sliedregt, 'The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law. Introduction. The European Arrest Warrant: Extradition in Transition', *European Constitutional Law* 2007, p. 244-252.

Van Sliedregt 2009a

E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van Sliedregt 2009b

E. van Sliedregt, 'The Dual Criminality Requirement', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 51-70.

Van Sliedregt, Borgers, Rozemond & Glerum 2011

E. van Sliedregt, M. Borgers, K. Rozemond & V. Glerum, 'Kroniek van het internationale en Europese strafrecht', *NJB* 2011, p. 1015-1023.

Van Sliedregt, Glerum, Rozemond & Borgers 2009

E. van Sliedregt, V. Glerum, K. Rozemond en M. Borgers, 'Kroniek van het Internationale & Europese strafrecht. Supranationaal strafrecht', *NJB* 2009, p. 919-928.

Šlosarčík 2009

I. Šlosarčík, 'Criminal law and mutual recognition in the Czech Republic', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 99-114.

Smeulders 2002

A. Smeulders, *In staat van uitlevering, "Houden uitleveringsrechters in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten voldoende rekening met het proces en de behandeling die de opgeëiste persoon in de verzoekende staat na uitlevering te wachten staat?"*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2002.

Smeulders 2003

A. Smeulders, 'Het Europees aanhoudingsbevel', *MRT* 2003, p. 237-252.

Smeulders 2004

A. Smeulders, 'Het Europees Aanhoudingsbevel. Consequenties voor de rechtspraak en mensenrechtelijke aspecten', *JV* 2004, p. 66-84.

Smeulders & De Vries 2003

A. Smeulders & J. de Vries, 'Het Europees aanhoudingsbevel: gerechtvaardigd vertrouwen?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 428-460.

Smidt 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Spaventa 2007

E. Spaventa, 'Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effect of the Decision in *Pupino*', *European Constitutional Law Review* 2007, p. 5-24.

Spencer 2002

J. Spencer, 'Introduction', in: M. Delmas-Marty & J.R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 1-75.

Spencer 2003

J. Spencer, 'The European Arrest Warrant', *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2003, vol. 6, p. 201-217.

Stefanou & Kapardis 2006

E.A. Stefanou & A. Kapardis, 'The First Two Years of Fiddling Around with the Implementation of the European Arrest Warrant (EAW) in Cyprus', in: E. Guild (Ed.), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 75-88.

Stessens 2002

G. Stessens, 'The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security', in: G. De Kerchove & A. Weyembergh (dir.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles 2002, p. 93-103.

Stessens 2004-2005

G. Stessens, 'Het Europees aanhoudingsbevel. De wet van 19 december 2003', *Rechtskundig Weekblad* 2004-2005, p. 561-581.

Stessens 2009

G. Stessens, 'Statutory limitations', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 131-137.

Strandbakken 2009

A. Strandbakken, 'Extradition between Nordic countries, and the new Nordic Arrest Warrant', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 363-376.

Streteanu & Ionescu 2009

F. Streteanu & D. Ionescu, 'Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne devant les juridictions roumaines. Présent et perspectives', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 465-486.

Strijards 1988

G.A.M. Strijards, *Uitlevering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Strijards 1997

G.A.M. Strijards, 'Exequatur-perikelen: over specialiteit en WOTS-lacunes', *DD* 1997, p. 660-673.

Šugman Stubbs & Gorkič 2009a

K. Šugman Stubbs & P. Gorkič, 'Denial of Guilt', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 229-243.

Šugman Stubbs & Gorkič 2009b

K. Šugman Stubbs & P. Gorkič, 'Abuse of the European Arrest Warrant System', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 245-264.

Swart 1986

A.H.J. Swart, m.m.v. K. Helder, *Nederlands Uitleveringsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Swart 1992a

A.H.J. Swart, 'Human Rights and the Abolition of Traditional Principles', in: A. Eser & O. Lagodny (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law. Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1992, p. 505-534.

Swart 1992b

B. Swart, 'Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition', *Netherlands Yearbook of International Law* 1992, p. 175-222.

Swart 1997

B. Swart, 'Extradition', in: B. Swart & A. Klip (eds.), *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Edition iuscrim 1997, p. 85-122.

Swart 2000

A.H.J. Swart, 'Pinochet, volkenrechtelijk gewoonterecht en (dubbele) strafbaarheid', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en Recht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 191-204.

Swart 2001

A.H.J. Swart, *Een ware Europese rechtsruimte. Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de Europese Unie*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Swart 2008

B. Swart, 'Wederzijdse erkenning en vrijheidsbenemende sancties in de Europese Unie', in: A. Böcker, T. Havinga, P. Minderhoud, H. van der Put, L. de Groot-van Leeuwen, B. de Hart, A. Jettinghof en K. Zwaan (red.), *Migratierecht en rechtssociologie, gebundeld in Kees' studies. Migration Law and Sociology of Law, Collected essays in honour of Kees Groenendijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 141-149.

De Swart 2008

A. de Swart, 'Toekomstige samenwerking in strafzaken. Het ontwerp-kaderbesluit aangaande de wederzijdse erkenning van verstekvonnissen', *NJB* 2008, p. 1995-1999.

T&C Isr

D.J.M.W. Paridaens-van der Stoel (red.), *Tekst & Commentaar Internationaal strafrecht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2011.

T&C Sr

C.J.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, achtste druk, Deventer: Kluwer 2010.

T&C Sv

C.J.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, negende druk, Deventer: Kluwer 2011.

Tinkl 2008

C. Tinkl, *Die Rechtsstellung des Einzelnen nach dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl. Im Vergleich zu seiner Rechtsstellung im traditionellen Auslieferungsverfahren. Zugleich eine Untersuchung zur Rechtsnatur des Rahmenbeschlusses*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2008.

Tinkl 2010

C. Tinkl, 'Die Ungleichbehandlung eigener und fremder Staatsbürger im deutschen Auslieferungsrecht. Verstoß gegen das europäische Diskriminierungsverbot und gegen das grundgesetzliche Bestimmtheitsgebot', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, p. 320-326.

Thomas 1980

F. Thomas, *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken. Ontstaan en evolutie van een Europees strafrechtsbeleid van uitlevering tot overdracht van strafvervolgingen*, Gent: E. Story-Scientia 1980.

Thomas 1998

F. Thomas, *Internationale rechtshulp in strafzaken*, Antwerpen: E. Story-Scientia 1998.

Trechsel 1992

S. Trechsel, 'The Role of International Organs Controlling Human Rights in the Field of International Co-operation', in: A. Eser & O. Lagodny (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Documentation of an International Workshop in Freiburg, May 1991*, Freiburg im Breisgau: Eigenverlag Max Planck-Institut 1992, p. 633-655.

Trechsel 2005

S. Trechsel, with assistance of S.J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Trousse & Vanhalewijn 1970

P.E. Trousse & J. Vanhalewijn, *Uitlevering en Internationale Rechtshulp in Strafzaken*, Brussel: Larcier 1970.

Van De Heyning & Lawson 2011

C. Van De Heyning & R. Lawson 2011, 'The EU as a party to the European Convention of Human Rights: EU law and the European Court of Justice case law as inspiration and challenge to the European Court of Human Rights jurisprudence', in: P. Popelier, C. Van De Heyning & P. Van Nuffel (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia 2011, p. 35-64.

Van Den Wijngaert 1979

C. Van Den Wijngaert, *De uitleveringsexceptie voor politieke misdrijven: de delicate balans van de bescherming van de rechten van het individu tegenover de internationale rechtsorde*, Brussel: Vrije Universiteit Brussel 1979.

Van Den Wijngaert 2006

C. Van Den Wijngaert, m.m.v. S. Vandromme, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen - Apeldoorn: Maklu 2006.

Van Elsuwege 2012

P. Van Elsuwege, 'New challenges for pluralist adjudication after Lisbon: the protection of fundamental rights in a *ius commune europaeum*', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2012, p. 195-217.

Van Veen 1987

Th.W. van Veen, 'Enkele verweren in de uitleveringsprocedure', in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten & Th.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 625-628.

Venneman 2003

N. Venneman, 'The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, p. 103-121.

Vermeulen 1990

B.P. Vermeulen, 'Uitlevering, soms een kwestie van vertrouwen', *DD* 1990, p. 325-336.

Vermeulen 2002

G. Vermeulen, 'Where do we currently stand with harmonisation in Europe?', in: A. Klip & H. van der Wilt (eds.), *Harmonisation and harmonizing measures in criminal law*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2002, p. 65-76.

Vernimmen-Van Tiggelen & Surano 2009

G. Vernimmen-Van Tiggelen & L. Surano, 'Quel futur pour la reconnaissance mutuelle en matière pénale? Analyse transversale', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union / L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 549-581.

Verrest & Kraniotis 2005

P.A.M. Verrest & T. Kraniotis, 'Overlevering', *DD* 2005, p. 1180-1210.

Vogel & Norouzi 2005

J. Vogel & A.B. Norouzi, 'The European arrest warrant, *ne bis in idem* and the problem of multiple jurisdictions', in: G. Giudicelli-Delage & S. Manacorda (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris: Société de Législation Comparée 2005, p. 155-177.

Vogler 1992

Th. Vogler, 'Der rechtshilferechtliche Grundsatz der Spezialität', in: M. Seebode (Hrsg.), *Festschrift für GÜNTER SPENDEL zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin - New York: Walter de Gruyter 1992, p. 871-890.

Wasmeier 2006

M. Wasmeier, 'The principle of *ne bis in idem*', *Revue internationale de droit pénal* 2006, p. 121-130.

Werner & Wessel 2010

W.G. Werner & R.A. Wessel, *Internationaal en Europees Recht. Een verkenning van grondslagen en kenmerken sinds het Verdrag van Lissabon*, Tweede herziene druk, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

Weyembergh & Santamaria 2009

A. Weyembergh & V. Santamaria, 'La reconnaissance mutuelle en matière pénale en Belgique', in: G. Vernimmen-Van Tiggelen, L. Surano & A. Weyembergh (eds.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union | L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles 2009, p. 47-77.

Wiersum 2009

D. Wiersum, 'Overleveringsarrest scheidt begin van duidelijkheid', *Advocatenblad* 2009, p. 672-673.

Williams 2009

F. Williams, 'Immunities and Amnesties', in: N. Keijzer & E. van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 157-178.

Van der Wilt 1996

H. van der Wilt, 'Politieke delicten en uitleveringsrecht. Heeft de exceptie van het politieke delict nog toekomst?', *Recht en Kritiek* 1996, p. 169-201.

Van der Wilt 2005a

H. van der Wilt, 'The Principle of Reciprocity', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 71-81.

Van der Wilt 2005b

H. van der Wilt, 'The European Arrest Warrant and the Principle *Ne Bis In Idem*', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, p. 99-117.

Van der Wilt 2007

H.G. van der Wilt, 'Internationaal strafrecht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 509-551.

Van der Wilt 2012

H. van der Wilt, 'On the Hierarchy between Extradition and Human Rights', in: E. De Wet en J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 148-174.

Winkler 2006

R. Winkler, *Die Grundrechte der Europäischen Union: System und allgemeine Grundrechtslehren*, Wien - New York: Springer Verlag 2006.

Winkler 2007

R. Winkler, 'Grundrechte und Grundrechtsschutz in der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen', in: O. Lagodny, E. Wiederin & R. Winkler (Hg.), *Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls. Ein neues Instrument der europäischen Integration aus Sicht van Europarecht, Strafrecht, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Wien - Graz: Neue Wissenschaftlicher Verlag 2007, p. 19-36.

Wortel 2004

J. Wortel, 'Mensenrechten en uitlevering', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg: opstellen ter gelegenheid van de benoeming van prof. mr. B.E.P. Myjer tot rechter in het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangeboden door het ressortsparket te Amsterdam op 11 oktober 2004*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 359-369.

Wouters & Naert 2004

J. Wouters & F. Naert, 'Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: an Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after "11 September"', *Common Market Law Review* 2004, p. 909-935.

Zaïri 1992

A. Zaïri, *Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1992.

Zeder 2003

F. Zeder, 'Der Europäische Haftbefehl: das Ende der Auslieferung in der EU?', *Anwaltsblatt* 2003, p. 376-386.

Zeidler 2008

A. Zeidler, *Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrecht. Die sinngemäße Umstellung des Sachverhalts nach § 3 Absatz 1 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Hamburg: Verlag Dr. Kovač 2008.

Zieck 2007

M. Zieck, 'Diplomatiek en consulaire recht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 275-308.

Zimmermann 2004

R. Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Deuxième édition, Berne: Staempfli Éditions SA 2004.

Zodrow 1968

A. Zodrow, *Der Grundsatz der strafrechtlichen Spezialität im Auslieferungsrecht*, München: G. Bauknecht 1968.

Zühlke & Pastille 1999

S. Zühlke & J.C. Pastille, 'Extradition and the European Convention - Soering revisited', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, p. 749-784.

Zwarts 2009

S. Zwarts, 'De beoordeling van de dubbele strafbaarheid in het uitleveringsrecht', in: E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 247-275.

EVALUATIEVERSLAGEN, GROENBOEKEN, RAPPORTEN E.D. VAN DE EUROPESE UNIE

Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, SEC(2011)430 final.

Actieplan over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, Raadsdocument, PbEG 1999, C19/1.

Annex to the GREEN PAPER on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings, SEC(2005)1767.

Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, SEC(2005)267.

Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, SEC(2006)79.

Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, SEC(2007)979.

Eindverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde - De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten, Raadsdocument 8302/4/09 REV 4.

Europees handboek voor het uitvoeren van een Europees aanhoudingsbevel, Raadsdocument 17195/1/10.

Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde van de praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten. Verslag over België, Raadsdocument 16454/1/06 REV 1.

Evaluatieverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde “De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten”: Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Austria, Raadsdocument 7024/08.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Bulgaria, Raadsdocument 8265/1/09 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Cyprus, Raadsdocument 14240/1/07 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Denmark, Raadsdocument 13801/1/06 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Estonia, Raadsdocument 5301/1/07 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Finland, Raadsdocument 11787/1/07 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on France, Raadsdocument 9972/1/07 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Germany, Raadsdocument 7058/1/09 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Hungary, Raadsdocument 15317/1/07 REV 1.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Ireland, Raadsdocument 11843/1/06 REV 1.

Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations “The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between member states”: Report on Italy, Raadsdocument 5832/2/09.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Latvia, Raadsdocument 17220/08.

Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”: Report on Lithuania, Raadsdocument 12399/1/07 REV 1.

*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”:
Report on Luxembourg, Raadsdocument 100843/1/07 REV 1.*

*Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations “The practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between member states”:
Report on Poland, Raadsdocument 14240/2/07.*

*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”:
Report on Portugal, Raadsdocument 7593/1/07 REV 1.*

*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”:
Report on Romania, Raadsdocument 8267/1/09 REV 1.*

*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”:
Report on the Slovak Republic, Raadsdocument 7060/1/09 REV 1.*

*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”:
Report on Slovenia, Raadsdocument 7301/1/08 REV 1.*

*Evaluation Report on the Fourth Round of Mutual Evaluations “Practical Application of the European Arrest Warrant and Corresponding Surrender Procedures between Member States”:
Report on the United Kingdom, Raadsdocument 9974/2/07 REV 2 EXT 2.*

Follow-up van de aanbevelingen in het eindverslag over de vierde wederzijdse evaluatieronde met betrekking tot het Europees aanhoudingsbevel, tijdens het Spaanse voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie - Ontwerp-conclusies van de Raad, Raadsdocument 8436/2/10 REV.

Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures, COM(2005)696 def..

Groenboek over de toepassing van EU-strafwetgeving op het gebied van detentie, COM(2011)327 def..

Het Haags Programma; versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, PBEU 2005, C 53/01.

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

Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten, COM(2005)195 def..

Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Raadsdocument 11528/05.

Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, PbEG 2001, C12.

Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2005)63 def..

Verslag van de Commissie op grond van artikel 34 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (gewijzigde versie), COM(2006)8 def..

Verslag van de Commissie over de uitvoering, sinds 2005, van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2007)407 def..

Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de uitvoering sinds 2007 van het kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2011)175 def..

Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2001)522 def..

RECHTSPRAAKREGISTER

INTERNATIONAAL EN EUROPEES

Permanent Hof van Internationale Justitie

PHIJ 7 september 1927, Series A no. 10 (The Case of the S.S. 'Lotus'): 13

Internationaal Gerechtshof

IGH 6 april 1955, *ICJ Reports 1955*, p. 4: 401

IGH 27 juni 2001 (LaGrand (Duitsland/Verenigde Staten van Amerika)): 38

IGH 30 november 2010 (Ahmadou Sadio Diallo (Republiek Guinee/Democratische Republiek Congo)): 188

Mensenrechtencomité

MRC 2 november 1987, nr. 204/1986 (A.P./Italië): 476

MRC 11 augustus 1997, nr. 692/1996 (A.R.J./Australië): 476

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 5 februari 1962, zaak C-26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend & Loos): 84

HvJ EG 15 juli 1964, zaak C-6/64, *Jur.* 1964, p. 1207 (Costa/ENEL): 84

HvJ EG 11 juli 1974, zaak C-8/74, *Jur.* 1974, p. 837 (Dassonville): 125

HvJ EG 20 februari 1979, zaak C-120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (Cassis de Dijon): 125

HvJ EG 25 september 1979, zaak C-232/78 (Commissie/Frankrijk): 759

HvJ EG 14 oktober 1980, zaak C-812/79, *Jur.* 1980, p. 2787 (Burgoa): 137

HvJ EG 6 oktober 1982, zaak C-283/81, *Jur.* 1982, p. 3415 (CILFIT): 54

HvJ EG 14 februari 1984, zaak C-352/82 (Commissie/Duitsland): 759

HvJ EG 22 oktober 1987, zaak C-314/87, *Jur.* 1987, p. 4199 (Fotofrost): 62

HvJ EG 7 juli 1992, zaak C-369/90 (Micheletti): 401

HvJ EG 16 december 1993, zaak C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911 (Wagner Miret): 87, 88, 319, 345, 430, 535, 624

HvJ EG 6 juni 1996, zaak C-101/94 (Commissie/Italië): 759

HvJ EG 16 september 1999, zaak C-435/97, *Jur.* 1999, p. I-5613 (World Wildlife Fund e.a.): 86

HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98, *Jur.* 2000, p. I-1935 (Krombach en Bamberski): 128, 194

HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-84/98, *Jur.* 2000, p. I-05215 (Commissie/Portugal): 136

HvJ EG 15 oktober 2002, zaken C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P-C-252/99P en C-254/99P, *Jur.* 2002, p. I-8375 (Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie): 144

HvJ EG 11 februari 2003, *NJ* 2004, 194, m.nt. JR (Gözütok en Brügger): 73, 128, 144, 495, 496, 497, 498, 499, 505, 506, 515, 518, 520, 527, 528, 529, 531, 539, 583

HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, *Jur.* 2004, p. I-5791 (Björnekulla Fruktindustrier): 54, 87, 319

HvJ EG 5 oktober 2004, *AB* 2005, 16, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Pfeiffer e.a.): 87

HvJ EG 10 maart 2005, *NJ* 2006, 225, m.nt. JR (Miraglia): 496, 498, 499

HvJ EG 3 mei 2005, *NJ* 2006, 2 (Berlusconi e.a.): 86

HvJ EG 16 juni 2005, *NJ* 2006, 500, m.nt. M.J. Borgers (Pupino): 89, 90, 91, 134, 186, 262, 266, 320, 328, 440, 662, 675

- HvJ EG 9 maart 2006, *NJ* 2006, 488, m.nt. M.R. Mok (Van Esbroeck): 144, 475, 496, 497, 508, 509, 510, 684
- HvJ EG 4 juli 2006, *NJ* 2006, 593, m.nt. M.R. Mok (Adeneler e.a.): 86, 87, 91, 320
- HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 56, m.nt. N. Keijzer (Van Straaten): 496, 497, 498, 500, 508, 509, 510, 511, 520, 538
- HvJ EG 28 september 2006, *NJ* 2007, 57, m.nt. N. Keijzer (Gasparini): 496, 497, 498, 500, 501, 502, 503, 508, 509, 511, 532, 601, 602, 603
- HvJ EG 27 februari 2007, *NJ* 2007, 390, m.nt. M.R. Mok (Gestoras Pro Amnistia e.a.): 123, 134
- HvJ EG 3 mei 2007, *NJ* 2007, 619, m.nt. M.J. Borgers (Advocaten voor de Wereld): 57, 60, 74, 99, 128, 131, 134, 136, 154, 186, 192, 259, 261, 325, 328, 329, 335, 336, 341, 342, 604, 623, 745
- HvJ EG 28 juni 2007, nr. C-467/05, *Jur.* 2007, p. I-5557 (Dell'Orto): 92
- HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05 (Kofoed): 88
- HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-367/05 (Kraaijenbrink): 496, 509, 511
- HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-288/05 (Kretzinger): 495, 496, 505, 506, 509, 511, 519
- HvJ EG 15 april 2008, zaak C-268/06 (Impact): 424
- HvJ EG 26 juni 2008, zaak C-329/06 en C-343/06, *Jur.* 2008, p. I-4635 (Wiedemann en Funk): 128
- HvJ EG 17 juli 2008, *NJ* 2008, 586, m.nt. M.J. Borgers (Kozłowski): 54, 65, 66, 69, 133, 266, 270, 274, 328, 351, 352, 398, 400, 401, 402, 403, 404, 507, 519, 528, 537, 559, 587, 684
- HvJ EG 12 augustus 2008, *NJ* 2009, 48 (Santesteban Goicoechea): 59, 81, 123, 359
- HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07 (Förster): 439
- HvJ EG 1 december 2008, *NJ* 2009, 394, m.nt. A.H. Klip (Leymann en Pustovarov): 4, 69, 127, 133, 189, 316, 330, 352, 355, 360, 361, 572, 600, 611, 622, 655, 657, 658, 659, 662, 670, 683, 684, 685, 686, 687, 699, 709, 728
- HvJ EG 11 december 2008, *NJ* 2009, 510, m.nt. A.H. Klip (Bourquain): 496, 497, 501, 502, 507, 583, 587
- HvJ EG 22 december 2008, *NJ* 2009, 511, m.nt. A.H. Klip (Turanský): 147, 495, 496, 497, 498, 502, 520, 521, 538, 540, 541
- HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2009, 591, m.nt. N. Keijzer, (Wolzenburg): 69, 70, 71, 114, 127, 133, 189, 191, 193, 218, 270, 316, 330, 351, 352, 355, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 411, 419, 420, 427, 437, 438, 439, 440, 441, 447, 524, 540, 559, 572, 575, 578, 600, 601, 606, 611, 622, 662, 699, 709, 728

Hof van Justitie van de Europese Unie

- HvJ EU 2 maart 2010, zaak C-135/08 (Rottmann): 401
- HvJ EU 2 maart 2010, zaken C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08 (Abdulla e.a.): 189
- HvJ EU 17 juni 2010, zaak C/31/09 (Bolbol): 189
- HvJ EU 24 juni 2010, zaak C-98/09 (Sorge): 87
- HvJ EU 5 oktober 2010, zaak C-400/10 PPU (McB.): 187
- HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-306/09 (I.B.): 77, 112, 127, 133, 215, 255, 397, 398, 402, 411
- HvJ EU 9 november 2010, zaken C-57/09 en C-101/09 (B. en D.): 189
- HvJ EU 16 november 2010, *NJ* 2011, 86 (Mantello): 69, 133, 145, 189, 266, 274, 316, 328, 330, 351, 352, 355, 507, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 525, 527, 528, 531, 537, 538, 559, 572, 587, 600, 611, 622, 662, 684, 699, 709, 728

- HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09 (DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH): 187
 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-491/10 PPU (Aguirre Zarraga): 155
 HvJ EU 3 maart 2011, zaak C-41/09 (Commissie/Nederland): 328
 HvJ EU 15 september 2011, zaken C-483/09 en C-1/10 (Gueye en Sánchez): 185, 186, 194
 HvJ EU 21 december 2011, zaak C-366/10 (Air Transport Association of America e.a.): 612
 HvJ EU 21 december 2011, zaken C-411/10 en C-493/10 (N.S. e.a.): 136, 184, 189, 720
 HvJ EU 24 april 2012, zaak C-571/10 (Kamberaj): 136
 HvJ EU 28 juni 2012, zaak C-192/12 PPU (West): 69, 71, 112, 127, 133, 270, 316, 330, 351, 352, 355, 398, 402, 411, 572, 600, 611, 622, 657, 658, 659, 660, 662, 664, 665, 666, 667, 668, 699, 709, 728
 HvJ EU 5 september 2012, zaak C-42/1 (Lopes Da Silva Jorge): 65, 69, 71, 91, 127, 133, 193, 270, 320, 351, 398, 400, 401, 402, 403, 405, 408, 410, 441, 443

Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen

- GEA 29 april 2004, zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 en T-252/01 (Tokai Carbon e.a): 513

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65 (Delcourt/België): 246
 EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (Dudgeon/Verenigd Koninkrijk): 293
 EHRM 12 februari 1985, *NJ* 1986, 685, m.nt. Knigge (Colozza/Italië): 224, 225, 229, 230, 242, 243, 244, 248, 251, 264
 EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83 (Norris/Ierland): 293
 EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1990, 158, m.nt. EAA (Soering/Verenigd Koninkrijk): 26, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 165, 223, 239, 377, 730
 EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994, 25, m.nt. EAA (Brozicek/Italië): 243, 264
 EHRM 30 augustus 1990, nrs. 12244/86, 12245/86 en 12383/86 (Fox, Campbell en Hartley/Verenigd Koninkrijk): 332
 EHRM 20 maart 1991, nr. 15576/89 (Cruz Varas e.a./Zweden): 160
 EHRM 28 augustus 1991, *NJ* 1994, 27, m.nt. EAA (F.C.B./Italië): 225, 243, 264
 EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1995, 743 (Vilvarajah e.a./Verenigd Koninkrijk): 182
 EHRM 26 juni 1992, *NJ* 1995, 258, m.nt. Kn (Drozd en Janousek/Frankrijk en Spanje): 161
 EHRM 12 oktober 1992, nr. 14104/88 (T./Italië): 225
 EHRM 16 december 1992, nr. 12129/86 (Hennings/Duitsland): 227, 248, 251, 264, 270
 EHRM 22 april 1993, nr. 15070/89 (Modinos/Cyprus): 293
 EHRM 23 november 1993, *NJ* 1994, 393, m.nt. Kn (Poitrimol/Frankrijk): 225, 228, 230, 243
 EHRM 24 november 1993, *NJ* 1994, 459, m.nt. Kn (Imbrioscia/Zwitserland): 43
 EHRM (Grote Kamer) 15 november 1996, *NJ* 1997, 301, m.nt. P.J. Boon (Chahal/Verenigd Koninkrijk): 160, 182, 217
 EHRM 28 november 1996, nr. 23366/94 (Nsona/Nederland): 723
 EHRM 17 december 1996, nr. 25964/94 (Ahmed/Oostenrijk): 217
 EHRM 2 mei 1997, nr. 30240/96 (D./Verenigd Koninkrijk): 723
 EHRM 25 maart 1998, nr. 23103/93 (Belziuk/Polen): 243
 EHRM 28 oktober 1998, nr. 28090/95 (Pérez de Rada Cavanilles/Spanje): 229, 265
 EHRM 19 januari 1999, nr. 42367/98 (Ould Barar/Zweden), ontvankelijkheidsbeslissing: 164

- EHRM 2 februari 1999, nr. 30133/96 (F.F./Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 631
 EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, nr. 24833/94 (Matthews/Verenigd Koninkrijk): 139
 EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641, m.nt. Kn (De Groot/Nederland), ontvankelijkheidsbeslissing: 243, 248, 251, 264
 EHRM 31 augustus 1999, nr. 39912/98 (Di Giovine/Portugal), ontvankelijkheidsbeslissing: 166, 631
 EHRM 14 september 1999, nrs. 36855/97 en 41371/98 (Ponsetti en Chesnel/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 475
 EHRM (Grote Kamer) 16 december 1999, nr. 24888/94 (V./Verenigd Koninkrijk): 370, 371
 EHRM 22 juni 2000, nrs. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 en 33210/96 (Coëme e.a./België): 335, 592
 EHRM 6 maart 2001, nr. 45276/99 (Hilal/Verenigd Koninkrijk): 175, 182
 EHRM 15 maart 2001, nr. 58128/00 (Ismaili/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 204
 EHRM 14 juni 2001, nr. 20491/92 (Medenica/Zwitserland): 227, 228, 229
 EHRM 28 juni 2001, nr. 56811/00 (Amrollahi/Denemarken), ontvankelijkheidsbeslissing: 476
 EHRM 3 juli 2001, nr. 44190/98 (Nivette/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 208
 EHRM 18 september 2001, nr. 49195/99 (Hermanus/België), ontvankelijkheidsbeslissing: 475
 EHRM 16 oktober 2001, nr. 71555/01 (Einhorn/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 163, 164, 208, 230, 232, 258, 259, 263, 264
 EHRM (Grote Kamer) 21 november 2001, nr. 35763/97 (Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk): 26, 188
 EHRM 4 december 2001, nr. 50489/99 (Iavarazzo/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 228
 EHRM 16 april 2002, nr. 65964/01 (Peñafiel Salgado/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 40
 EHRM 18 april 2002, nr. 72032/01 (Aronica/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 40, 156, 724
 EHRM 9 juli 2002, nr. 46468/99 (Manoussos/Tsjechië en Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 476
 EHRM 7 november 2002, nr. 36769/02 (Bolat/Turkije), ontvankelijkheidsbeslissing: 475
 EHRM 28 januari 2003, nr. 4160/02 (Hermida Paz/Spanje), ontvankelijkheidsbeslissing: 631, 632
 EHRM 4 februari 2003, nr. 52750/99 (Lorsé e.a./Nederland): 188
 EHRM 4 februari 2003, nr. 50901/99 (Van der Ven/Nederland): 188
 EHRM 18 mei 2003, nr. 64117/00 (Guala/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 476
 EHRM 9 september 2003, nr. 30900/02 (Jones/Verenigd Koninkrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 227, 228, 229, 244
 EHRM 14 oktober 2003, nr. 17837/03 (Tomic/Verenigd Koninkrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 161, 162, 164, 166
 EHRM 27 mei 2004, nr. 46549/99 (Yavuz/Oostenrijk): 226
 EHRM 22 juni 2004, nr. 17341/03 (F./Verenigd Koninkrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 161
 EHRM 20 juli 2004, nr. 50178/99 (Nikitin/Rusland): 503
 EHRM 2 september 2004, nr. 32823/02 (Kimmel/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 228

RECHTSPRAAKREGISTER

- EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, *NJ* 2005, 321, m.nt. EAA, (Mamatkulov en Askarov/Turkije): 40, 41, 159, 160, 162, 164, 223
- EHRM 8 februari 2005, nr. 49491/99 (Bordovskiy/Rusland): 333
- EHRM 15 maart 2005, nr. 38704/03 (Veermäe/Finland), ontvankelijkheidsbeslissing: 160, 164
- EHRM 24 maart 2005, nr. 9808/02 (Stoichkov/Bulgarije): 231
- EHRM 12 april 2005, nr. 36378/02 (Shamayev e.a./Georgië en Rusland): 166, 175
- EHRM (Grote Kamer) 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Öçalan/Turkije): 156
- EHRM 26 mei 2005, nr. 45097/04 (Parlanti/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 40, 41, 164
- EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland): 134, 137, 138, 139, 140
- EHRM 5 juli 2005, nr. 57/03 (Al-Shari e.a./Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 204
- EHRM 8 november 2005, nr. 13284/04 (Bader en Kanbor/Zweden): 204
- EHRM 9 februari 2006, nr. 43371/02 (Rabus/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 475
- EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05 (Z. en T./Verenigd Koninkrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 161, 164
- EHRM (Grote Kamer) 1 maart 2006, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken, (Sejdovic/Italië): 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 234, 243, 244, 249, 257, 258, 267, 270, 278
- EHRM 9 mei 2006, nr. 26844/04 (Salem/Portugal), ontvankelijkheidsbeslissing: 164, 172, 173, 204
- EHRM 23 mei 2006, nr. 24379/02 (Kounov/Bulgarije): 227, 249
- EHRM 6 juli 2006, nr. 13600/02 (Baybaşin/Nederland): 188
- EHRM 6 juli 2006, nr. 8196/02 (Salah/Nederland): 188
- EHRM 6 juli 2006, nr. 14683/03 (Sylla/Nederland): 188
- EHRM 10 augustus 2006, nr. 24668/03 (Olaechea Cahuas/Spanje): 40
- EHRM 14 september 2006, nr. 12648/06 (Booker/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 228
- EHRM 18 september 2006, nr. 22871/06 (Saoudi/Spanje), ontvankelijkheidsbeslissing: 204, 208
- EHRM 28 september 2006, nr. 5941/04 (Hu/Italië): 227
- EHRM 16 oktober 2006, nr. 1101/04 (Burga Ortiz/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 216, 631
- EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 18114/02 (Hermi/Italië): 247
- EHRM 23 november 2006, nr. 33104/06 (Zaratin/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 228
- EHRM 12 december 2006, nr. 28796/05 (Battisti/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 231
- EHRM 14 december 2006, nr. 24691/04 (Ay Ali/Italië): 227
- EHRM 21 december 2006, nr. 14405/05 (Zunic/Italië): 227
- EHRM 6 februari 2007, nr. 25701/03 (Kollcaku/Italië): 228
- EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03 (Al-Moayad/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 164, 171
- EHRM 29 maart 2007, nr. 229432/02 (Lemos/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 166
- EHRM 23 april 2007, nr. 75694/01 (Kondu/Turkije): 372
- EHRM 22 mei 2007, nr. 35666/05 (Böheim/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 228
- EHRM 24 mei 2007, nr. 50049/99 (Da Luz Domingues Fereirra/België): 229, 244
- EHRM 12 juni 2007, nr. 19321/03 (Pititto/Italië): 228

RECHTSPRAAKREGISTER

- EHRM 5 juli 2007, nr. 69917/01 (Saccoccia/Oostenrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 294
 EHRM 4 oktober 2007, nr. 12049/06 (Cenaj/Griekenland en Albanië), ontvankelijkheidsbeslissing: 41, 166, 179, 182, 230, 233, 258, 272
 EHRM (Grote Kamer) 12 februari 2008, *EHRC* 2008, 52 (Kafkaris/Cyprus): 207
 EHRM (Grote Kamer) 28 februari 2008, nr. 37201/06 (Saadi/Italië): 160, 172
 EHRM 28 februari 2008, nr. 68020/01 (Demebukov/Bulgarije): 228
 EHRM 24 april 2008, nr. 2947/06 (Ismoilov e.a./Rusland): 41, 42, 102
 EHRM 29 april 2008, nr. 33290/07 (Garagin/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 210
 EHRM (Grote Kamer) 27 mei 2008, nr. 26565/05 (N./Verenigd Koninkrijk): 723
 EHRM 12 juni 2008, nr. 32071/04 (Menelaou/Cyprus), ontvankelijkheidsbeslissing: 475
 EHRM 19 juni 2008, nr. 8320/04 (Ryabikin/Rusland): 217
 EHRM 7 oktober 2008, *NJ* 2009, 523, m.nt. A.H. Klip (Monedero Angora/Spanje), ontvankelijkheidsbeslissing: 6, 41, 101, 142, 294, 333, 671
 EHRM 21 oktober 2008, nr. 11033/08 (Thiebaux/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 230
 EHRM 23 oktober 2008, nr. 2440/07 (Soldatenko/Oekraïne): 160, 172
 EHRM 25 november 2008, nr. 31338/04 (Boyarchenko/Oekraïne), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 227, 241
 EHRM 9 december 2008, nr. 13762/04 (Biret/vijftien lidstaten van de Europese Unie), ontvankelijkheidsbeslissing: 141
 EHRM 11 december 2008, nr. 42502/06 (Muminov/Rusland): 172
 EHRM (Grote Kamer) 10 februari 2009, *NJ* 2010, 36, m.nt Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland): 503, 508, 510, 516
 EHRM 17 februari 2009, nr. 48514/06 (Gasayev/Spanje), ontvankelijkheidsbeslissing: 208
 EHRM 26 februari 2009, nr. 42443/02 (Eminbeyli/Rusland): 332, 333
 EHRM 17 maart 2009, nr. 13113/03 (Ould Dah/Frankrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 26, 188
 EHRM 16 juni 2009, nr. 13079/03 (Ruotsalainen/Finland): 475
 EHRM 16 september 2009, nr. 246/07 (Ben Khemais/Italië): 171, 172
 EHRM (Grote Kamer) 17 september 2009, nr. 10249/03 (Scoppola/Italië (nr. 2)): 303, 592
 EHRM 22 oktober 2009, nr. 17885/04 (Orchowski/Polen): 201
 EHRM 15 december 2009, nr. 43212/05 (Kaplan/Duitsland), ontvankelijkheidsbeslissing: 162, 166, 168, 236
 EHRM 22 december 2009, nr. 5962/03 (Makarenko/Rusland): 228, 229, 241
 EHRM 26 januari 2010, *NJ* 2010, 449, m.nt. A.H. Klip (King/Verenigd Koninkrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 156, 157, 160, 162, 164, 201, 208, 209, 210, 724
 EHRM 2 maart 2010, nr. 61498/08 (Al-Saadoon en Mufdhi/Verenigd Koninkrijk): 137, 161, 205
 EHRM 30 maart 2010, nr. 22142/07 (Cipriani/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 41, 173, 204
 EHRM 4 mei 2010, nr. 56588/07 (Stapleton/Ierland), ontvankelijkheidsbeslissing: 76, 77, 142, 161, 166, 223, 234, 236, 260, 262, 719
 EHRM (Grote Kamer) 17 mei 2010, nr. 36376/04 (Kononov/Letland): 592
 EHRM 20 mei 2010, nr. 21055/09 (Khaydarov/Rusland): 101, 102
 EHRM 15 juni 2010, nr. 14929/08 (Pianese/Italië en Nederland), ontvankelijkheidsbeslissing: 142
 EHRM 22 juni 2010, nr. 38511/03 (Boroancă/Roemenië): 229
 EHRM 29 juni 2010, nr. 665/08 (Hakimi/België): 229, 244

- EHRM 6 juli 2010, nrs. 24027/07, 11949/08 en 36742/08 (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk), ontvankelijkheidsbeslissing: 157, 172, 173, 208, 724
- EHRM 2 september 2010, nr. 36295/02 (Iorgov (nr. 2)/Bulgarije): 207, 208
- EHRM 14 september 2010, nrs. 21022/08 en 51946/08 (Chentiev en Ibragimov/Slowakije), ontvankelijkheidsbeslissing: 170, 173
- EHRM 20 oktober 2010, nr. 18358/07 (Mamilov/Polen), ontvankelijkheidsbeslissing: 41
- EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (M.S.S./België en Griekenland): 141, 166, 192, 215, 667
- EHRM 1 februari 2011, nr. 360/10 (Mann/Verenigd Koninkrijk en Portugal), ontvankelijkheidsbeslissing: 142, 161, 223, 236
- EHRM 8 februari 2011, nr. 5450/02 (Antonescu/Roemenië), ontvankelijkheidsbeslissing: 229
- EHRM 10 februari 2011, nr. 12343/10 (Dzhaksybergenov alias Jaxybergenov/Oekraïne): 160, 164
- EHRM 1 maart 2011, nr. 11892/08 (Faniel/België): 229, 244, 279
- EHRM 27 september 2011, nr. 14929/08 (Pianese/Italië en Nederland), ontvankelijkheidsbeslissing: 142
- EHRM 11 oktober 2011, nr. 68476/10 (Schuchter/Italië), ontvankelijkheidsbeslissing: 41
- EHRM 27 oktober 2011, nr. 25303/08 (Stojkovic/Frankrijk en België): 104
- EHRM 27 oktober 2011, nr. 37075/09 (Ahorugeze/Zweden): 163, 164
- EHRM 6 december 2011, nr. 67611/10 (Segura Naranjo/Polen), ontvankelijkheidsbeslissing: 476
- EHRM 17 januari 2012, nr. 8139/09 (Othman (Abu Qatada/Verenigd Koninkrijk): 161, 163, 164, 165, 178
- EHRM 17 januari 2012, nrs. 9146/07 en 32650/07 (Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk): 158, 160, 172, 208
- EHRM 17 januari 2012, nrs. 66069/09, 130/10 en 3896/10 (Vinter e.a./Verenigd Koninkrijk): 207, 208
- EHRM 31 januari 2012, nr. 39206/07 (Stoyanov/Bulgarije): 228
- EHRM 10 april 2012, nrs. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 en 67354/09, (Babar Ahmad e.a./Verenigd Koninkrijk): 157, 172, 173, 208, 724
- EHRM 10 april 2012, nr. 28019/10 (Woolley/Verenigd Koninkrijk): 631
- EHRM (Grote Kamer) 22 mei 2012, nr. 5826/03 (Idalov/Rusland): 227, 230
- EHRM 19 juni 2012, nr. 16114/10 (Sulejmani/Albanië), ontvankelijkheidsbeslissing: 226, 235
- EHRM 26 juni 2012, nr. 44853/10 (Toniolo/San Marino en Italië): 41
- EHRM 11 september 2012, nrs. 37286/09 en 2352/11 (Gökalp en Cardona Giraldo/Polen), ontvankelijkheidsbeslissing: 204
- EHRM 25 september 2012, nr. 58555/10 (Rrapo/Albanië): 137, 161, 171, 172, 173, 204, 208

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

- ECRM 10 juni 1958, nr. 235/56, YB 2, p. 256 (Kahn/Duitsland): 137
- ECRM 18 december 1963, nr. 1918/63, YB 6, p. 492 (X./Oostenrijk): 40, 41
- ECRM 30 juni 1964, nr. 2143/64, YB 7, p. 328 (X./Oostenrijk en Joegoslavië): 156
- ECRM 13 december 1965, nr. 1983/63, YB 8, p. 261 (X./Nederland): 156
- ECRM 5 februari 1973, nr. 5049/71 (X., Y. en Z./Oostenrijk): 104
- ECRM 24 mei 1974, nr. 6242/73 (B./Bondsrepubliek Duitsland): 377

RECHTSPRAAKREGISTER

ECRM 30 september 1974, nr. 6315/73, *D&R* 1, p. 74 (X./Duitsland): 156
ECRM 6 juli 1976, nr. 7512/76, *D&R* 6, p. 185 (X./Nederland): 39, 294
ECRM 6 oktober 1976, nr. 7317/75, *D&R* 6, p. 141 (Lynas/Zwitserland): 43
ECRM 15 december 1977, *NJ* 1978, 381 m.nt. EAA (Gallagher/Nederland): 723
ECRM 9 december 1980, nr. 9012/80, *D&R* 24, p. 213 (X./Zwitserland): 156
ECRM 3 mei 1983, nr. 10308/83, *D&R* 36, p. 209 (Altun/Duitsland): 216, 217
ECRM 15 december 1983, nr. 10227/82, *D&R* 37, p. 93 (H./Spanje): 40
ECRM 12 maart 1984, nr. 10479/83, *D&R* 37, p. 158 (Kirkwood/Verenigd Koninkrijk): 40
ECRM 5 juli 1984, nr. 10819/84 (K./België): 332
ECRM 17 mei 1985, nr. 10760/84, *D&R* 38, p. 224 (C./Nederland): 216
ECRM 14 april 1986, nr. 11933/86, *D&R* 46, p. 265 (A./Zwitserland): 216, 217
ECRM 2 december 1986, *D&R* 51, p. 272 (K. en F./Nederland): 168
ECRM 2 maart 1987, nr. 11663/85 (Loprete/Spanje en Italië): 40
ECRM 13 november 1987, nr. 13292/87 (S.N./Nederland): 216
ECRM 11 maart 1989, nr. 13930/88, *D&R* 60, p. 272 (Whitehead/Italië): 40
ECRM 5 december 1989, nr. 15776/89, *D&R* 64, p. 264 (B., H. en L./Oostenrijk): 40, 41, 42
ECRM 8 februari 1990, nr. 11683/85, *D&R* 64, p. 52 (Farmakopoulos/België): 40, 41
ECRM 16 mei 1990, nr. 11613/85 (Kolompar/België): 236
ECRM 6 maart 1991, nr. 12192/86 (Polley/België): 39, 40, 294
ECRM 7 maart 1991, nr. 17518/90 (Gezici/Zwitserland): 40
ECRM 12 december 1991, nr. 15564/89 (R.A./Nederland): 168
ECRM 21 oktober 1993, nr. 17265/90 (Baragiola/Zwitserland): 476
ECRM 20 januari 1994, nr. 22742/93 (Aylor-Davis/Frankrijk): 204
ECRM 20 mei 1994, nr. 24015/94 (E.G.M./Luxemburg): 476
ECRM 5 juli 1994, nr. 24132/94 (H.P.L./Oostenrijk): 40, 166, 168, 476
ECRM 6 september 1994, nr. 24698/94 (H.G./Zwitserland): 166
ECRM 12 oktober 1994, nrs. 20386/92 en 21074/92 (Vanverberghe/Frankrijk): 631
ECRM 11 januari 1995, nr. 22722/93 (R.D./Griekenland en Italië): 166
ECRM 4 september 1995, nr. 25342/94, *D&R* 82-B, p. 134 (Raidl/Oostenrijk): 156, 724
ECRM 17 januari 1996, nr. 22001/93 (Cesky/Italië): 40, 41
ECRM 17 januari 1996, nr. 25336/94 (Sommer/Italië): 166, 168, 476
ECRM 18 januari 1996, nr. 27292/95 (Bakhtiar/Zwitserland): 294
ECRM 21 mei 1997, nr. 31686/96 (Kosonen/Portugal): 40, 41
ECRM 8 december 1997, nr. 27279/95 (Lauder/Verenigd Koninkrijk): 156, 157, 724
ECRM 6 april 1998, nr. 23916/94 (Bejaoui/Griekenland): 332, 333

NEDERLAND

Hoge Raad

HR 17 december 1963, *NJ* 1964, 385, m.nt. WP: 484, 492
HR 30 augustus 1967, *NJ* 1968, 41, m.nt. D. van Eck: 40, 618
HR 5 maart 1968, *NJ* 1968, 238: 241, 243
HR 25 juni 1968, *NJ* 1969, 23: 241, 242, 243
HR 4 februari 1969, *NJ* 1970, 325, m.nt. Enschedé: 482, 483
HR 4 mei 1971, *NJ* 1972, 25, m.nt. ALM: 298
HR 14 december 1971, *NJ* 1974, 50, m.nt. ALM: 29, 711
HR 31 augustus 1972, *NJ* 1973, 122: 727
HR 10 oktober 1972, *NJ* 1973, 224, m.nt. CB: 30

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 5 december 1972, *NJ* 1973, 285: 302
 HR 16 januari 1973, *NJ* 1973, 281, m.nt. CB: 39, 240, 292, 294, 310, 372
 HR 13 maart 1973, *NJ* 1973, 289, m.nt. WFP: 30
 HR 9 oktober 1973, *DD* 73.169: 41
 HR 22 juli 1974, *NJ* 1974, 501, m.nt. ThWvV: 29
 HR 7 januari 1975, *NJ* 1975, 206, m.nt. ThWvV: 382
 HR 24 juni 1975, *NJ* 1976, 61: 618
 HR 24 juni 1975, *NJ* 1976, 85: 211, 618
 HR 2 maart 1976, *NJ* 1976, 415: 43
 HR 9 november 1976, *NJ* 1977, 75, m.nt. ThWvV: 298, 712
 HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 619: 29, 41, 302, 634
 HR 28 juni 1977, *NJ* 1978, 438: 39, 310
 HR 1 juli 1977, *NJ* 1977, 601, m.nt. ThWvV: 292, 303, 310, 372, 595
 HR 6 september 1977, *NJ* 1978, 499: 29
 HR 8 november 1977, *NJ* 1978, 35, m.nt. ThWvV: 540, 711
 HR 10 januari 1978, *NJ* 1978, 451, m.nt. GEM: 390
 HR 10 januari 1978, *NJ* 1978, 642: 390
 HR 7 februari 1978, *NJ* 1978, 662: 40
 HR 8 mei 1978, *NJ* 1978, 314, m.nt. ThWvV (Folkerts): 711, 712, 713
 HR 8 mei 1978, *NJ* 1978, 315, m.nt. ThWvV (Wackernagel): 712, 713
 HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 8: 41
 HR 23 mei 1978, *NJ* 1979, 9: 619
 HR 29 mei 1978, *NJ* 1978, 358, m.nt. ThWvV (Menten I): 540
 HR 27 juni 1978, *NJ* 1979, 71: 300
 HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 157: 298
 HR 27 maart 1979, *NJ* 1979, 354: 301
 HR 30 oktober 1979, *NJ* 1980, 78, m.nt. ThWvV: 305
 HR 13 november 1979, *NJ* 1980, 98: 29
 HR 13 december 1979, *NJ* 1980, 218: 302
 HR 22 januari 1980, *NJ* 1980, 414, m.nt. GEM: 31, 239, 241
 HR 15 april 1980, *NJ* 1980, 450: 727
 HR 29 april 1980, *NJ* 1980, 445, m.nt. GEM: 493
 HR 20 mei 1980, *NJ* 1980, 539: 619
 HR 20 mei 1980, *NJ* 1980, 540: 298, 727
 HR 20 mei 1980, *NJ* 1980, 541: 486
 HR 2 september 1980, *NJ* 1981, 4: 304, 305
 HR 2 september 1980, *NJ* 1981, 12: 41
 HR 3 februari 1981, *NJ* 1981, 318: 31, 309, 554
 HR 17 maart 1981, *NJ* 1981, 368: 594
 HR 26 mei 1981, *NJ* 1981, 570: 297
 HR 1 juli 1981, *NJ* 1981, 665, m.nt. ThWvV: 597
 HR 31 augustus 1981, *NJ* 1982, 154, m.nt. ThWvV: 309
 HR 3 november 1981, *NJ* 1982, 125: 40, 619
 HR 1 december 1981, *NJ* 1982, 296: 298
 HR 15 december 1981, *NJ* 1982, 271: 300, 304
 HR 9 februari 1982, *NJ* 1982, 513, m.nt. ThWvV: 46, 570
 HR 23 maart 1982, *NJ* 1982, 648: 312
 HR 31 augustus 1982, *NJ* 1983, 247: 302

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 2 november 1982, *NJ* 1983, 373: 554
 HR 25 januari 1983, *NJ* 1983, 353, m.nt. ThWvV: 31, 487
 HR 12 april 1983, *NJ* 1983, 590: 703
 HR 12 april 1983, *NJ* 1983, 670, m.nt. 't H: 652
 HR 3 mei 1983, *NJ* 1983, 634: 241
 HR 3 mei 1983, *NJ* 1984, 349, m.nt. ThWvV: 242, 244
 HR 21 juni 1983, *NJ* 1984, 348: 239
 HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 756: 390, 618
 HR 13 september 1983, *NJ* 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak: 540
 HR 19 september 1983, *NJ* 1984, 114: 594
 HR 27 september 1983, *NJ* 1984, 96, m.nt.'t H: 640, 641, 651
 HR 17 januari 1984, *DD* 84.248: 753
 HR 28 februari 1984, *NJ* 1984, 490, m.nt. ThWvV: 558
 HR 28 februari 1984, *NJ* 1984, 497: 713
 HR 3 april 1984, *NJ* 1984, 724: 31, 240, 245
 HR 22 mei 1984, *NJ* 1984, 769: 569
 HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 57: 596
 HR 23 juli 1984, *NJ* 1985, 157: 554
 HR 18 december 1984, *NJ* 1985, 650: 309, 572
 HR 2 april 1985, *NJ* 1985, 890, m.nt. AHJS: 26
 HR 28 mei 1985, *NJ* 1985, 892: 19
 HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 111: 695
 HR 1 juli 1985, *NJ* 1986, 162, m.nt. AHJS: 20
 HR 29 oktober 1985, *NJ* 1986, 298: 727
 HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 387: 594
 HR 21 januari 1986, *NJ* 1986, 482: 596
 HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 679: 493
 HR 25 februari 1986, *NJ* 1986, 630: 298
 HR 25 februari 1986, *NJ* 1987, 707: 617
 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, m.nt. P.A. Stein: 31, 92
 HR 10 juni 1986, *NJ* 1987, 106: 72
 HR 24 juni 1986, *NJ* 1987, 159: 570
 HR 2 december 1986, *NJ* 1987, 569: 298
 HR 13 januari 1987, *NJ* 1987, 835, m.nt. AHJS: 212
 HR 20 januari 1987, *NJ* 1987, 748: 569, 572, 619
 HR 3 maart 1987, *NJ* 1988, 1003, m.nt. AHJS: 596
 HR 17 maart 1987, *NJ* 1987, 887, m.nt. 't H (Linguenda): 308
 HR 7 april 1987, *NJ* 1988, 313: 616
 HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 92, m.nt. ThWvV: 726, 727, 728
 HR 22 juli 1987, *NJ* 1988, 304: 489
 HR 8 maart 1988, *NJ* 1988, 973: 305
 HR 7 juni 1988, *NJ* 1988, 987, m.nt. Sch: 13
 HR 21 juni 1988, *NJ* 1989, 215: 212
 HR 21 juni 1988, *NJ* 1989, 288: 727
 HR 1 juli 1988, *NJ* 1989, 144: 487, 488
 HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 619: 40, 621
 HR 8 november 1988, *NJ* 1989, 634: 40, 618
 HR 20 december 1988, *NJ* 1989, 702: 710, 711, 712

RECHTSPRAAKREGISTER

- HR 28 februari 1989, *NJ* 1989, 788: 486, 493
 HR 21 maart 1989, *NJ* 1989, 772: 242
 HR 21 maart 1989, *NJ* 1990, 60: 297
 HR 18 april 1989, *NJ* 1990, 63: 40, 242, 243, 248, 618, 620
 HR 25 april 1989, *NJ* 1989, 790: 486, 493
 HR 20 juni 1989, *NJ* 1990, 50: 650
 HR 17 oktober 1989, *NJ* 1990, 220: 298
 HR 10 november 1989, *NJ* 1991, 248, m.nt. P.H. Kooijmans (Kruisraketten): 180
 HR 5 februari 1990, *NJ* 1991, 404: 19, 302
 HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 639: 242, 243, 248
 HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 640: 39, 380
 HR 30 maart 1990, *NJ* 1991, 249, m.nt. AHJS (Short): 25, 180, 181, 204
 HR 29 mei 1990, *NJ* 1991, 467: 370
 HR 16 oktober 1990, *NJ* 1991, 134: 485, 569
 HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 107, m.nt. JCS: 90
 HR 5 februari 1991, *NJ* 1991, 404: 19, 302
 HR 14 mei 1991, *NJ* 1991, 730: 596
 HR 21 mei 1991, *DD* 91.322: 753
 HR 18 juni 1991, *DD* 91.357: 380
 HR 10 september 1991, *NJ* 1991, 825: 650, 711
 HR 1 oktober 1991, *DD* 92.041: 40, 621
 HR 3 december 1991, *NJ* 1992, 287: 570
 HR 17 december 1991, *NJ* 1992, 344: 41
 HR 12 mei 1992, *DD* 92.324: 23, 40, 241, 242, 245, 621
 HR 19 mei 1992, *NJ* 1992, 677: 31, 241, 242, 243, 244
 HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 15: 31, 380
 HR 16 maart 1993, *NJ* 1993, 721: 390
 HR 27 april 1993, *NJ* 1993, 575, m.nt. AHJS: 304
 HR 29 juni 1993, *NJ* 1995, 227: 179
 HR 22 juli 1993, *NJ* 1993, 76: 298, 299
 HR 14 september 1993, *NJ* 1995, 155, m.nt. AHJ: 311
 HR 20 september 1993, *NJ* 1995, 186, m.nt. AHJS: 39, 45, 310
 HR 10 mei 1994, *DD* 94.348: 179
 HR 13 december 1994, *NJ* 1995, 252: 512
 HR 24 januari 1995, *NJ* 1995, 276: 695
 HR 31 maart 1995, *NJ* 1996, 382, m.nt. AHJS: 385, 386, 431
 HR 18 april 1995, *NJ* 1995, 619, m.nt.'t H: 92
 HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 541: 698
 HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 586: 39, 380
 HR 28 mei 1996, *DD* 96.324: 753
 HR 16 juni 1996, *NJ* 1996, 734: 636
 HR 30 augustus 1996, *NJ* 1997, 9: 698
 HR 10 september 1996, *DD* 97.001: 493
 HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 533, m.nt. Sch: 47, 174, 175, 176, 179
 HR 22 oktober 1996, *DD* 97.057: 40
 HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 649, m.nt. D.W.F. Verkade: 87, 319, 322, 345, 357, 423, 430, 465, 535, 624, 677
 HR 17 december 1996, *NJ* 1997, 534, m.nt. Sch: 47, 174

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 19 december 1996, *NJ* 1997, 155: 493
 HR 17 juni 1997, *NJ* 1998, 114: 486
 HR 1 juli 1997, *DD* 97.330: 593
 HR 29 augustus 1997, *NJB* 1997, p. 1608, nr. 125: 569
 HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 117: 340, 391, 652, 653
 HR 28 oktober 1997, *NJ* 1998, 212: 618, 619
 HR 16 december 1997, *NJ* 1998, 388: 742, 743
 HR 10 februari 1998, *DD* 98.176: 493
 HR 10 februari 1998, *NJ* 1998, 574: 39, 243, 380
 HR 9 juni 1998, *NJ* 1998, 771: 618, 619, 620
 HR 22 juli 1998, *NJB* 1998, nr. 114: 742
 HR 27 oktober 1998, *NJ* 1999, 221: 340
 HR 8 december 1998, *NJB* 1999, p. 135, nr. 12: 485, 569
 HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 206: 40, 618
 HR 2 maart 1999, *NJ* 1999, 331: 493
 HR 13 april 1999, *NJ* 1999, 538: 340
 HR 20 april 1999, *NbSr* 1999, 107: 485, 569
 HR 25 mei 1999, *NJ* 1999, 587: 305
 HR 31 augustus 1999, *NbSr* 1999, 214: 303
 HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, m.nt. JdH: 492
 HR 22 november 1999, *NJ* 2000, 39: 300
 HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 93: 492
 HR 7 december 1999, *NJ* 2000, 149: 697, 698
 HR 7 december 1999, *NJ* 2000, 175: 41
 HR 4 januari 2000, *LJN* AA4050: 304, 306
 HR 15 februari 2000, *LJN* ZD1775: 380
 HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 520, m.nt. Y. Buruma: 652
 HR 21 maart 2000, *NJ* 2000, 540, m.nt. Sch: 174, 617
 HR 28 maart 2000, *NJ* 2000, 367: 304, 306, 634
 HR 23 mei 2000, *NJ* 2000, 474: 485
 HR 11 juli 2000, *NJ* 2000, 524: 616
 HR 11 juli 2000, *LJN* AA6462: 618
 HR 25 juli 2000, *LJN* ZD1984: 554
 HR 3 oktober 2000, *LJN* AA7307: 488
 HR 24 oktober 2000, *NJB* 2000, p. 2056, nr. 143: 618, 619
 HR 19 december 2000, *LJN* AA9070: 650, 651
 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 163: 390, 393
 HR 23 januari 2001, *LJN* AA9606: 596, 598, 599
 HR 13 februari 2001, *LJN* AA9957: 243, 244
 HR 27 maart 2001, *LJN* AB0743: 654
 HR 8 mei 2001, *NJ* 2001, 468: 407, 421
 HR 22 mei 2001, *NJ* 2002, 28, m.nt. G. Strijards: 246, 247
 HR 10 juli 2001, *LJN* AB3325: 554
 HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559, m.nt. JR en N. Schrijver: 27
 HR 30 oktober 2001, *LJN* AD4298: 241
 HR 13 november 2001, *LJN* AD4316: 313
 HR 4 december 2001, *LJN* AD4291: 245, 247, 248, 251
 HR 18 december 2001, *NJ* 2003, 315, m.nt. G.A.M. Strijards: 32, 36

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 19 december 2001, *LJN* AA9374: 486, 493
 HR 12 maart 2002, *NJ* 2002, 353: 303
 HR 16 april 2002, *LJN* AE0055: 540
 HR 17 september 2002, *LJN* AE7297: 31
 HR 3 december 2002, *LJN* AE9163: 304
 HR 21 januari 2003, *LJN* AF1913, *NbSr* 2003, 48: 179
 HR 4 februari 2003, *LJN* AF0451: 304, 305, 306, 695, 698
 HR 4 februari 2003, *LJN* AF0455: 304, 695, 698
 HR 11 maart 2003, *NJ* 2004, 42: 174, 177
 HR 8 april 2003, *NJ* 2003, 362: 300, 301
 HR 6 mei 2003, *LJN* AF5421: 407, 421
 HR 20 mei 2003, *NJ* 2003, 725, m.nt. Y. Buruma: 311, 386, 429, 430, 431, 452, 456
 HR 20 mei 2003, *NJ* 2004, 41, m.nt. Y. Buruma: 174, 177, 197, 201, 619
 HR 10 juni 2003, *NJ* 2003, 610: 596
 HR 8 juli 2003, *LJN* AE5288: 39, 294, 310, 599
 HR 9 september 2003, *NJ* 2003, 698: 635
 HR 7 oktober 2003, *LJN* AK3589: 304, 305, 695, 698, 700
 HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 99, m.nt. TK: 27
 HR 18 november 2003, *LJN* AH8601: 177, 294, 300, 310, 599
 HR 2 december 2003, *LJN* AF5416: 300
 HR 9 december 2003, *NJ* 2004, 167, m.nt. Sch: 240
 HR 16 december 2003, *LJN* AN8263: 554
 HR 23 december 2003, *LJN* AN9197: 486, 555
 HR 13 januari 2004, *LJN* AI0049: 300
 HR 3 februari 2004, *LJN* AO1740: 304, 305
 HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 552: 304
 HR 7 mei 2004, *NJ* 2007, 276, m.nt. A.H. Klip: 306, 618, 710, 712, 713, 715, 716, 718, 719, 721
 HR 22 mei 2004, *NJ* 2005, 243, m.nt. A.H. Klip: 166, 176, 177
 HR 15 juni 2004, *LJN* AO9918: 19
 HR 15 juni 2004, *LJN* AO9919: 19
 HR 21 september 2004, *LJN* AQ8461: 301
 HR 14 december 2004, *LJN* AR4923: 298, 305, 313
 HR 14 december 2004, *LJN* AR5747: 301
 HR 21 december 2004, *LJN* AR7225: 30, 490, 491
 HR 19 april 2005, *LJN* AT4110: 634
 HR 15 mei 2005, *LJN* AS6026: 177, 491
 HR 24 mei 2005, *LJN* AT6195: 380
 HR 24 mei 2005, *LJN* AT6197: 380
 HR 24 mei 2005, *LJN* AT6200: 380
 HR 14 juni 2005, *LJN* AT4434: 390
 HR 21 juni 2005, *LJN* AT8044, *NbSr* 2005, 247: 41, 300
 HR 30 augustus 2005, *NJ* 2005, 541: 304, 305
 HR 4 oktober 2005, *NJ* 2006, 611, m.nt. T.M. Schalken: 594, 598
 HR 25 oktober 2005, *LJN* AU2698: 618
 HR 31 januari 2006, *NJ* 2006, 125: 39, 179, 620
 HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 446, m.nt. N. Keijzer: 476, 635, 636, 637, 729
 HR 19 mei 2006, *NJ* 2006, 459, m.nt. N. Keijzer: 149

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 10, m.nt. N. Keijzer: 303, 307, 370, 386
 HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 277, m.nt. A.H. Klip (Kesbir): 25, 174, 178, 181, 182, 183, 199, 716, 721
 HR 14 november 2006, *NJ* 2006, 629: 634
 HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 487: 98, 106, 350, 574, 575, 576, 728, 731
 HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 488: 350, 574
 HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 489, m.nt. A.H. Klip: 4, 98, 106, 166, 202, 344, 345, 346, 350, 435, 573, 574, 575, 728, 731
 HR 6 februari 2007, *LJN* AZ4730: 407, 421
 HR 20 februari 2007, *LJN* AZ5718: 407, 421
 HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 399, m.nt. N. Keijzer: 711, 715
 HR 5 juni 2007, *LJN* BA4936: 301
 HR 26 juni 2007, *LJN* BA0875: 174
 HR 10 augustus 2007, *LJN* AZ3758, *AB* 2007, 291, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven: 431, 536, 624, 680
 HR 28 augustus 2007, *LJN* BA6308: 489
 HR 28 augustus 2007, *NJ* 2007, 457: 40, 72, 296, 298, 621, 727
 HR 16 oktober 2007, *LJN* BB5361: 177, 179
 HR 6 november 2007, *NJ* 2007, 600: 635
 HR 27 november 2007, *LJN* BB3994: 683
 HR 21 december 2007, *NJ* 2008, 44: 19, 245, 251, 252
 HR 22 januari 2008, *NJ* 2008, 772: 347
 HR 19 februari 2008, *NJ* 2008, 132: 483
 HR 20 mei 2008, *LJN* BD1852: 39, 294, 310, 311, 599
 HR 20 mei 2008, *LJN* BD1904: 597
 HR 27 mei 2008, *LJN* BD2468: 177
 HR 27 mei 2008, *NJ* 2008, 341: 253
 HR 6 juni 2008, *AB* 2008, 214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven: 88
 HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358, m.nt. P.A.M. Mevis: 203
 HR 8 juli 2008, *LJN* BC7418: 27
 HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 594, m.nt. M.J. Borgers: 75, 98, 320, 331, 332, 346, 357, 358
 HR 16 september 2008, *LJN* BF0843: 177, 245, 251, 252, 253
 HR 30 september 2008, *LJN* BD4878: 540
 HR 21 oktober 2008, *NJ* 2009, 108, m.nt. N. Keijzer: 303, 335
 HR 11 november 2008, *LJN* BC9546, *NJ* 2008, 595: 249, 250, 391, 445, 593, 595, 599
 HR 9 december 2008, *LJN* BG4204: 554
 HR 13 januari 2009, *LJN* BF0837: 62
 HR 10 februari 2009, *NJ* 2009, 346, m.nt. A.H. Klip: 511
 HR 17 maart 2009, *LJN* BH3181: 593, 597
 HR 16 juni 2009, *LJN* BF3741: 207
 HR 22 september 2009, *NJ* 2009, 46: 304, 305
 HR 24 november 2009, *LJN* BJ9264: 62
 HR 24 november 2009, *LJN* BJ9266: 62, 620
 HR 29 januari 2010, *NJ* 2010, 231, m.nt. M.J. Borgers: 599
 HR 16 februari 2010, *NJ* 2010, 232, m.nt. M.J. Borgers: 599
 HR 11 mei 2010, *LJN* BL8803: 305, 619
 HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 169, m.nt. T.M. Schalken: 742
 HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma: 475, 492, 509, 510, 513

HR 26 april 2011, *NJ* 2011, 206: 174
 HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. N. Keijzer: 303, 304, 339, 592, 595
 HR 27 september 2011, *LJN* BT2683: 727
 HR 25 oktober 2011, *LJN* BT2515: 476
 HR 13 maart 2012, *LJN* BU8744, *NJ* 2012, 191: 562, 594, 598
 HR 13 maart 2012, *LJN* BU8746: 562, 594, 598
 HR 10 april 2012, *LJN* BW1361: 595, 599, 605
 HR 17 april 2012, *LJN* BV8291: 421
 HR 17 april 2012, *LJN* BW2489: 174, 175, 618
 HR 15 mei 2012, *NJ* 2012, 327: 513
 HR 29 mei 2012, *NJ* 2012, 368: 212, 251, 252
 HR 3 juli 2012, *NJ* 2012, 454: 595, 596
 HR 11 september 2012, *NJ* 2012, 539: 478
 HR 9 oktober 2012, *LJN* BX6945: 711, 715
 HR 9 oktober 2012, *LJN* BX6949: 305

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam 8 juli 2002, *LJN* AE7040: 644
 Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2011, *LJN* BP9473: 679, 684

 Gerechtshof Arnhem 1 oktober 1931, *NJ* 1932, p. 908: 510
 Gerechtshof Arnhem 1 september 2000, *NJ* 2000, 662: 653
 Gerechtshof Arnhem 31 augustus 2006, nr. B2006/177, niet gepubliceerd: 558
 Gerechtshof Arnhem 13 maart 2012, *LJN* BV8900: 687

Gerechtshof's-Gravenhage 31 januari 1974, *NJ* 1974, 303, m.nt. ThWvV: 595
 Gerechtshof's-Gravenhage 7 mei 1981, *NJ* 1982, 273: 390
 Gerechtshof's-Gravenhage 26 mei 1988, *KG* 1988, 296: 557, 571
 Gerechtshof's-Gravenhage 3 juli 2000, *NJ* 2000, 617: 558
 Gerechtshof's-Gravenhage 24 december 2003, *LJN* AF5466: 641
 Gerechtshof's-Gravenhage 29 september 2005, *NJ* 2006, 90: 641
 Gerechtshof's-Gravenhage 22 december 2005, *LJN* AU8586: 635
 Gerechtshof's-Gravenhage 9 februari 2006, *LJN* AV1463: 555
 Gerechtshof's-Gravenhage 30 september 2008, *LJN* BF4984: 387, 433
 Gerechtshof's-Gravenhage 14 maart 2011, *LJN* BP9473: 679, 684

Gerechtshof's-Hertogenbosch 28 februari 2001, *LJN* AB0391: 558
 Gerechtshof's-Hertogenbosch 27 februari 2007, *LJN* BB5053: 558
 Gerechtshof's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BI9620: 558
 Gerechtshof's-Hertogenbosch 14 februari 2011, *LJN* BP4384: 562

Rechtbank Amsterdam

Rb. Amsterdam 29 december 1998, *NbSr* 1999, 33: 741
 Rb. Amsterdam 2 juli 2004, *LJN* AQ6068: 431, 575
 Rb. Amsterdam 16 juli 2004, *LJN* AQ6064: 362
 Rb. Amsterdam 23 juli 2004, *LJN* AQ6062: 268
 Rb. Amsterdam 20 augustus 2004, *LJN* AQ7091: 315, 317
 Rb. Amsterdam 27 augustus 2004, *LJN* AQ8300: 625

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Amsterdam 3 september 2004, *LJN* AS3861, *NJ* 2005, 156: 54
 Rb. Amsterdam 16 september 2004, *LJN* AR2376: 625
 Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, *LJN* AR4214: 406, 415, 431, 432
 Rb. Amsterdam 8 oktober 2004, *LJN* AR4218: 106, 734
 Rb. Amsterdam 15 oktober 2004, *LJN* AR4237: 78, 572
 Rb. Amsterdam 22 oktober 2004, *LJN* AR4509: 579
 Rb. Amsterdam 29 oktober 2004, *LJN* AR4914: 675
 Rb. Amsterdam 19 november 2004, *LJN* AR5998: 675
 Rb. Amsterdam 19 november 2004, *LJN* AR6002: 101
 Rb. Amsterdam 23 november 2004, *LJN* AR6314, *NJ* 2005, 8: 265
 Rb. Amsterdam 26 november 2004, *LJN* AR6679: 625
 Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR4230: 356
 Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR7213: 429, 746
 Rb. Amsterdam 3 december 2004, *LJN* AR7230: 317, 600
 Rb. Amsterdam 17 december 2004, *LJN* AR8196: 429
 Rb. Amsterdam 17 december 2004, *LJN* AR8294: 355
 Rb. Amsterdam 24 december 2004, *LJN* AR8399, tussenuitspraak: 346
 Rb. Amsterdam 14 januari 2005, *LJN* AS4573: 355, 616
 Rb. Amsterdam 21 januari 2005, *LJN* AS7084: 428, 433
 Rb. Amsterdam 18 februari 2005, RK-nummer 04/4867, niet gepubliceerd: 578
 Rb. Amsterdam 1 maart 2005, *LJN* AS8842, *NJ* 2005, 220: 346, 349
 Rb. Amsterdam 22 maart 2005, *LJN* AX9288 (op rechtspraak.nl abusievelijk opgenomen onder de datum 22 maart 2006): 346, 423, 429
 Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3131: 626
 Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3133: 543
 Rb. Amsterdam 1 april 2005, *LJN* AT3380: 575
 Rb. Amsterdam 22 april 2005, *LJN* AT5243: 427
 Rb. Amsterdam 13 mei 2005, RK-nummer 05/1177, niet gepubliceerd: 564
 Rb. Amsterdam 17 mei 2005, *LJN* AT5628, tussenuitspraak: 431
 Rb. Amsterdam 17 mei 2005, *LJN* AT5635: 202
 Rb. Amsterdam 17 mei 2005, *LJN* AT5637: 358
 Rb. Amsterdam 18 mei 2005, *LJN* BM6291: 75, 268, 362, 625
 Rb. Amsterdam 27 mei 2005, *LJN* AT7051: 75, 79, 101, 106, 734
 Rb. Amsterdam 24 juni 2005, *LJN* AT8402: 700
 Rb. Amsterdam 1 juli 2005, *LJN* AT8580: 427
 Rb. Amsterdam 1 juli 2005, *NJ* 2005, 341: 202
 Rb. Amsterdam 27 juli 2005, *LJN* AU0326: 427
 Rb. Amsterdam 19 augustus 2005, *LJN* AU1318: 757
 Rb. Amsterdam 13 september 2005, *LJN* AU2813: 359, 443, 447
 Rb. Amsterdam 25 oktober 2005, *LJN* AU4909: 102, 532, 533, 543, 564
 Rb. Amsterdam 28 oktober 2005, *LJN* AU5622: 534, 538
 Rb. Amsterdam 2 december 2005, *LJN* AU8399: 575
 Rb. Amsterdam 4 januari 2006, *LJN* AU7667: 202
 Rb. Amsterdam 27 januari 2006, *LJN* AV1193: 106, 624
 Rb. Amsterdam 10 februari 2006, *LJN* AV3966: 625, 626
 Rb. Amsterdam 3 maart 2006, *LJN* AV4298: 625
 Rb. Amsterdam 7 maart 2006, *LJN* BD2493: 447
 Rb. Amsterdam 22 maart 2006, *LJN* AX9288: 346, 423, 429

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Amsterdam 28 april 2006, *LJN* AW5616: 358, 699, 700
 Rb. Amsterdam 12 mei 2006, *LJN* AX1622: 200
 Rb. Amsterdam 16 mei 2006, *LJN* AX8466: 346
 Rb. Amsterdam 30 mei 2006, *LJN* AX8631: 75, 355, 622, 745
 Rb. Amsterdam 6 juni 2006, *LJN* AX8635: 563
 Rb. Amsterdam 23 juni 2006, *LJN* AY4332: 106, 418, 538, 734
 Rb. Amsterdam 7 juli 2006, *LJN* AY2623: 322, 349
 Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, *LJN* AY7740: 619, 620, 625
 Rb. Amsterdam 18 augustus 2006, *LJN* AY7756: 564
 Rb. Amsterdam 12 september 2006, *LJN* AY8670: 202
 Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, *LJN* AZ1408: 62, 266, 586, 745
 Rb. Amsterdam 10 oktober 2006, *LJN* AZ1411: 586, 588, 745
 Rb. Amsterdam 13 oktober 2006, *LJN* AZ1006: 626
 Rb. Amsterdam 24 oktober 2006, *LJN* BD4819: 601, 605
 Rb. Amsterdam 27 oktober 2006, *LJN* BA2645: 477
 Rb. Amsterdam 3 november 2006, *LJN* BD3842: 601
 Rb. Amsterdam 17 november 2006, *LJN* BD3843: 101, 626
 Rb. Amsterdam 17 november 2006, *LJN* BD4013: 433
 Rb. Amsterdam 24 november 2006, *LJN* BD5210: 700
 Rb. Amsterdam 5 december 2006, *LJN* BD3830: 3
 Rb. Amsterdam 8 december 2006, *LJN* BD4461: 76
 Rb. Amsterdam 15 december 2006, *LJN* BC1645: 322
 Rb. Amsterdam 19 december 2006, *LJN* AZ7503: 576
 Rb. Amsterdam 19 december 2006, *LJN* AZ7643: 562, 564
 Rb. Amsterdam 22 december 2006, *LJN* BD4744: 428
 Rb. Amsterdam 22 december 2006, *LJN* BD4751: 562
 Rb. Amsterdam 22 december 2006, *LJN* BD4761: 76
 Rb. Amsterdam 12 januari 2007, *LJN* AZ7048: 428, 576
 Rb. Amsterdam 23 januari 2007, *LJN* AZ7032: 394, 435, 446
 Rb. Amsterdam 6 februari 2007, *LJN* AZ8761: 622
 Rb. Amsterdam 9 februari 2007, *LJN* AZ8792: 576
 Rb. Amsterdam 16 februari 2007, *LJN* BD2830: 586, 589, 745, 747
 Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA0993: 427
 Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA1489: 347
 Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA7314: 106, 734
 Rb. Amsterdam 6 maart 2007, *LJN* BA9847: 418, 735
 Rb. Amsterdam 16 maart 2007, *LJN* BD2819: 564
 Rb. Amsterdam 16 maart 2007, *LJN* BD2825: 700
 Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1486: 355, 538
 Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1488: 576
 Rb. Amsterdam 20 maart 2007, *LJN* BA1490: 418
 Rb. Amsterdam 13 april 2007, *LJN* BB0203: 700
 Rb. Amsterdam 13 april 2007, *LJN* BD2814: 600
 Rb. Amsterdam 1 mei 2007, *LJN* BA7160: 564
 Rb. Amsterdam 8 juni 2007, *LJN* BA9965: 200, 758
 Rb. Amsterdam 8 juni 2007, *LJN* BF0221: 202
 Rb. Amsterdam 16 juni 2006, *LJN* AX9227: 435
 Rb. Amsterdam 6 juli 2007, *LJN* BB2690: 75, 315, 317, 427, 431

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Amsterdam 10 juli 2007, *LJN* BA9174: 625
 Rb. Amsterdam 20 juli 2007, *LJN* BB3248: 625
 Rb. Amsterdam 20 juli 2007, *LJN* BB3260: 625
 Rb. Amsterdam 22 juli 2007, *LJN* BC0870: 322
 Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, *LJN* BC0869: 537, 576
 Rb. Amsterdam 11 oktober 2007, *LJN* BD3403: 625, 626
 Rb. Amsterdam 11 oktober 2007, *LJN* BF0158: 3
 Rb. Amsterdam 19 oktober 2007, *LJN* BC9797: 315, 321, 362
 Rb. Amsterdam 9 november 2007, *LJN* BB7956: 210, 266, 267
 Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BC7158: 101
 Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BF8822: 601, 605, 626
 Rb. Amsterdam 7 maart 2008, *LJN* BD2427: 265, 433
 Rb. Amsterdam 28 maart 2008, *LJN* BD2213: 265
 Rb. Amsterdam 25 april 2008, *LJN* BD1641: 355
 Rb. Amsterdam 25 april 2008, *LJN* BD2475: 106, 734
 Rb. Amsterdam 8 mei 2008, *LJN* BD4714: 625, 626
 Rb. Amsterdam 13 juni 2008, RK-nummer 08/1568, niet gepubliceerd: 540
 Rb. Amsterdam 11 juli 2008, *LJN* BD9560: 680, 682
 Rb. Amsterdam 1 augustus 2008, *LJN* BF1897: 427, 428
 Rb. Amsterdam 6 augustus 2008, *LJN* BG1498: 564
 Rb. Amsterdam 15 augustus 2008, *LJN* BF1877: 625
 Rb. Amsterdam 15 augustus 2008, *LJN* BF1887: 200
 Rb. Amsterdam 8 oktober 2008, *LJN* BF8942: 576
 Rb. Amsterdam 8 oktober 2008, *LJN* BF9084: 700
 Rb. Amsterdam 14 oktober 2008, *LJN* BF9015: 679, 683, 687
 Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, *LJN* BG0981: 576
 Rb. Amsterdam 15 oktober 2008, *LJN* BG0986: 562, 564
 Rb. Amsterdam 17 oktober 2008, *LJN* BG6051: 203
 Rb. Amsterdam 14 november 2008, *LJN* BG6622: 203
 Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6606: 200, 203, 477, 576
 Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6614: 322
 Rb. Amsterdam 28 november 2008, *LJN* BG6617: 625
 Rb. Amsterdam 9 december 2008, *LJN* BH5766: 350
 Rb. Amsterdam 16 december 2008, *LJN* BG7290: 362
 Rb. Amsterdam 30 december 2008, *LJN* BG9037: 796
 Rb. Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH5931: 429
 Rb. Amsterdam 4 februari 2009, *LJN* BH6010: 346
 Rb. Amsterdam 6 februari 2009, *LJN* BH2341: 446
 Rb. Amsterdam 11 februari 2009, *LJN* BI0737: 3, 445
 Rb. Amsterdam 25 februari 2009, *LJN* BH7010: 445
 Rb. Amsterdam 4 maart 2009, *LJN* BH6183: 427, 796
 Rb. Amsterdam 9 maart 2009, *LJN* BI0089: 659, 680, 681
 Rb. Amsterdam 22 april 2009, *LJN* BI3624: 75
 Rb. Amsterdam 24 april 2009, *LJN* BJ0726: 625
 Rb. Amsterdam 24 april 2009, *LJN* BJ0779: 562
 Rb. Amsterdam 27 april 2009, *LJN* BA4017: 743
 Rb. Amsterdam 7 mei 2009, *LJN* BK4901: 419
 Rb. Amsterdam 7 mei 2009, *LJN* BK4980: 419, 433

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Amsterdam 13 mei 2009, *LJN* BI3787: 675
 Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1772: 100, 424, 442, 446
 Rb. Amsterdam 3 juli 2009, *LJN* BJ1773: 442, 443, 445
 Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BK2688: 347
 Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4248: 675
 Rb. Amsterdam 22 juli 2009, *LJN* BJ4810: 106, 203, 625, 734, 796
 Rb. Amsterdam 5 augustus 2009, RK-nummer 09/3353, niet gepubliceerd: 322
 Rb. Amsterdam 21 augustus 2009, *LJN* BK2697: 75
 Rb. Amsterdam 2 september 2009, *LJN* BK4896: 355, 616
 Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN* BK9181: 350, 562, 578, 579, 745, 759, 796
 Rb. Amsterdam 11 september 2009, *LJN* BK9190: 329, 350, 562, 745, 759
 Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BL1598: 203, 347, 606
 Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2118, tussenuitspraak: 442
 Rb. Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BK2284: 562, 563
 Rb. Amsterdam 16 oktober 2009, *LJN* BK6551: 106, 442, 443
 Rb. Amsterdam 23 oktober 2009, *LJN* BK5103: 151
 Rb. Amsterdam 13 november 2009, *LJN* BL2852: 268
 Rb. Amsterdam 13 november 2009, *LJN* BL2963: 267
 Rb. Amsterdam 13 november 2009, *LJN* BL5781: 265
 Rb. Amsterdam 2 december 2009, *LJN* BK5504: 69, 440
 Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9060: 442
 Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9107: 440
 Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9114: 440, 446
 Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9117: 440, 441
 Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9119: 440, 441, 576
 Rb. Amsterdam 5 januari 2010, *LJN* BK9120: 440
 Rb. Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BL1648: 267
 Rb. Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BL2971: 267
 Rb. Amsterdam 22 januari 2010, *LJN* BL1016: 576
 Rb. Amsterdam 22 januari 2010, *LJN* BM8102: 206
 Rb. Amsterdam 26 januari 2010, *LJN* BL2899: 329
 Rb. Amsterdam 19 februari 2010, *LJN* BM1806: 206
 Rb. Amsterdam 19 februari 2010, *LJN* BM8106: 206
 Rb. Amsterdam 23 februari 2010, *LJN* BL5259: 440
 Rb. Amsterdam 19 maart 2010, *LJN* BM0889: 76
 Rb. Amsterdam 19 maart 2010, *LJN* BP5537: 440, 446
 Rb. Amsterdam 23 maart 2010, *LJN* BM1677: 441
 Rb. Amsterdam 9 april 2010, *LJN* BM6337: 54, 70, 428, 562, 574
 Rb. Amsterdam 9 april 2010, *LJN* BM6485: 267
 Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6344: 332
 Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6356: 106, 624
 Rb. Amsterdam 29 april 2010, *LJN* BM6364: 76, 101, 106, 203, 266, 601, 605, 734
 Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6281: 418, 442, 445, 446
 Rb. Amsterdam 7 mei 2010, *LJN* BM6500: 332, 357
 Rb. Amsterdam 11 mei 2010, *LJN* BP5537: 440, 446
 Rb. Amsterdam 17 mei 2010, *LJN* BM6500: 332, 357
 Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6291: 75, 268, 362, 625
 Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6318: 355, 616

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Amsterdam 18 mei 2010, *LJN* BM6921: 625
 Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6490: 101, 106, 355, 418, 616, 731, 734, 745
 Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6497: 75, 358
 Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6498: 358
 Rb. Amsterdam 21 mei 2010, *LJN* BM6507: 75, 102, 796
 Rb. Amsterdam 28 mei 2010, *LJN* BM6331: 107
 Rb. Amsterdam 28 mei 2010, *LJN* BM6381: 78, 572
 Rb. Amsterdam 1 juni 2010, *LJN* BQ5702: 358, 700
 Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6780: 75, 78, 562, 564, 572
 Rb. Amsterdam 4 juni 2010, *LJN* BM6786: 75, 78, 373, 562, 564, 572
 Rb. Amsterdam 15 juni 2010, *LJN* BM8538: 200, 216
 Rb. Amsterdam 29 juni 2010, *LJN* BO7922: 674, 680, 681, 682
 Rb. Amsterdam 27 juli 2010, *LJN* BN4369: 265
 Rb. Amsterdam 3 september 2010, *LJN* BO7523: 562
 Rb. Amsterdam 3 september 2010, *LJN* BO7699: 576
 Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN7964: 200, 622
 Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN7980: 622
 Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8262: 355
 Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8264: 605, 734, 796, 797
 Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8268: 622, 674, 675
 Rb. Amsterdam 17 september 2010, *LJN* BN8276: 347
 Rb. Amsterdam 1 oktober 2010, *LJN* BO7714: 265
 Rb. Amsterdam 17 oktober 2010, *LJN* BN8264: 605, 734, 796, 797
 Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, *LJN* BO1448: 199, 200, 201
 Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, *LJN* BO7692: 200, 201
 Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, *LJN* BO7884: 348
 Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8099: 576, 796
 Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8104: 200, 355
 Rb. Amsterdam 10 december 2010, *LJN* BO8108: 349, 355, 358
 Rb. Amsterdam 27 december 2010, *LJN* BP1650: 796
 Rb. Amsterdam 27 december 2010, *LJN* BP1652: 349, 537
 Rb. Amsterdam 21 januari 2011, *LJN* BP2326: 358
 Rb. Amsterdam 27 januari 2011, *LJN* BP2237: 347, 348
 Rb. Amsterdam 27 januari 2011, *LJN* BP2240: 348
 Rb. Amsterdam 4 februari 2011, *LJN* BP5561: 322, 348
 Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BP5567: 362
 Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BQ5966: 200
 Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *LJN* BQ5976: 349, 576, 625
 Rb. Amsterdam 11 februari 2011, *LJN* BP5564: 440, 446
 Rb. Amsterdam 21 februari 2011, *LJN* BP2315: 346
 Rb. Amsterdam 15 maart 2011, *LJN* BP7630: 200, 321
 Rb. Amsterdam 1 april 2011, *LJN* BQ7168: 358
 Rb. Amsterdam 15 april 2011, *LJN* BR3442: 265, 348
 Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR0286: 347, 348, 796
 Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR1335: 347
 Rb. Amsterdam 29 april 2011, *LJN* BR1342: 347, 348, 796
 Rb. Amsterdam 24 mei 2011, *LJN* BQ9517: 537
 Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7832: 446

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7840: 796
 Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7846: 440, 446
 Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7972: 348
 Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7979: 362
 Rb. Amsterdam 27 mei 2011, *LJN* BQ7985: 796
 Rb. Amsterdam 10 juni 2011, *LJN* BV0496: 373
 Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9508: 355
 Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9773: 200, 433, 576, 796
 Rb. Amsterdam 14 juni 2011, *LJN* BQ9849: 476, 576
 Rb. Amsterdam 1 juli 2011, *LJN* BR0807: 440
 Rb. Amsterdam 1 juli 2011, *LJN* BR0809: 349, 796
 Rb. Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BV0505: 735
 Rb. Amsterdam 6 juli 2011, *LJN* BR4144: 201, 446, 601
 Rb. Amsterdam 19 juli 2011, *LJN* BR4763: 315, 357
 Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3388: 625, 627
 Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3440: 578
 Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *LJN* BR3441: 266
 Rb. Amsterdam 16 augustus 2011, *LJN* BR5747: 349, 576
 Rb. Amsterdam 23 augustus 2011, *LJN* BR5804: 796
 Rb. Amsterdam 23 augustus 2011, *LJN* BR5812: 440
 Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7003: 348, 349
 Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7022: 734
 Rb. Amsterdam 26 augustus 2011, *LJN* BR7030: 797
 Rb. Amsterdam 23 september 2011, *LJN* BT2715: 348, 699
 Rb. Amsterdam 23 september 2011, *LJN* BT2719: 348
 Rb. Amsterdam 7 oktober 2011, *LJN* BT7214: 321, 322
 Rb. Amsterdam 7 oktober 2011, *LJN* BT7217: 562
 Rb. Amsterdam 17 oktober 2011, *LJN* BU9244: 332
 Rb. Amsterdam 19 oktober 2011, *LJN* BU2954: 203
 Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU2123: 418, 606, 734
 Rb. Amsterdam 25 oktober 2011, *LJN* BU3612: 329, 349
 Rb. Amsterdam 26 oktober 2011, *LJN* BU2947: 279
 Rb. Amsterdam 26 oktober 2011, *LJN* BU2958: 266, 357, 362
 Rb. Amsterdam 18 november 2011, *LJN* BU9317: 440
 Rb. Amsterdam 26 november 2011, *LJN* BU2958: 266, 357, 362
 Rb. Amsterdam 20 december 2011, *LJN* BV1065: 329, 348, 562
 Rb. Amsterdam 27 december 2011, *LJN* BU9719: 625
 Rb. Amsterdam 3 januari 2012, *LJN* BV1112: 200, 796
 Rb. Amsterdam 3 januari 2012, *LJN* BV1119: 434, 441
 Rb. Amsterdam 20 januari 2012, *LJN* BV1745: 433
 Rb. Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BX0620: 265, 266, 279
 Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV6450: 281, 282
 Rb. Amsterdam 21 februari 2012, *LJN* BV7120: 348, 440, 797
 Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7986: 348, 538, 541
 Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7994: 700
 Rb. Amsterdam 24 februari 2012, *LJN* BV7998: 280, 281, 282
 Rb. Amsterdam 6 maart 2012, *LJN* BV8667: 419, 434, 442, 446, 797
 Rb. Amsterdam 13 maart 2012, *LJN* BV9399: 280, 282

- Rb. Amsterdam 13 maart 2012, *LJN* BV9401: 280
 Rb. Amsterdam 13 maart 2012, *LJN* BW0086: 533
 Rb. Amsterdam 27 maart 2012, *LJN* BX0611: 280, 282
 Rb. Amsterdam 30 maart 2012, *LJN* BW8970: 674, 675
 Rb. Amsterdam 30 maart 2012, *LJN* BW8975: 276, 281
 Rb. Amsterdam 3 april 2012, *LJN* BW0696: 266, 279, 477
 Rb. Amsterdam 13 april 2012, *LJN* BW4339: 279
 Rb. Amsterdam 16 april 2012, *LJN* BX4875 (abusievelijk opgenomen onder de datum 17 augustus 2012): 280, 281, 358
 Rb. Amsterdam 16 april 2012, RK-nummer 12/1552, tussenuitspraak, niet gepubliceerd: 280
 Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8962: 281
 Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8965: 279, 281, 357
 Rb. Amsterdam 8 mei 2012, RK-nummer 12/2827, tussenuitspraak, niet gepubliceerd: 281
 Rb. Amsterdam 15 mei 2012, *LJN* BW8916: 106
 Rb. Amsterdam 15 mei 2012, *LJN* BW8923: 281
 Rb. Amsterdam 18 mei 2012, *LJN* BX3378: 282
 Rb. Amsterdam 18 mei 2012, *LJN* BX3381: 210
 Rb. Amsterdam 8 juni 2012, *LJN* BX3752: 674
 Rb. Amsterdam 12 juni 2012, *LJN* BX4479: 280
 Rb. Amsterdam 21 juni 2012, *LJN* BX4056: 280
 Rb. Amsterdam 6 juli 2012, *LJN* BX1727: 280, 348
 Rb. Amsterdam 6 juli 2012, *LJN* BX1729: 440
 Rb. Amsterdam 18 juli 2012, *LJN* BX9620: 348
 Rb. Amsterdam 3 augustus 2012, *LJN* BY2002: 277, 282
 Rb. Amsterdam 7 augustus 2012, RK-nummer 12/3606, niet gepubliceerd: 265, 279
 Rb. Amsterdam 14 augustus 2012, *LJN* BY2007: 265, 280
 Rb. Amsterdam 28 augustus 2012, *LJN* BY2015: 282
 Rb. Amsterdam 7 september 2012, *LJN* BY2654: 281
 Rb. Amsterdam 2 oktober 2012, *LJN* BY2664: 277
 Rb. Amsterdam 12 oktober 2012, *LJN* BY2645: 441
 Rb. Amsterdam 9 november 2012, *LJN* BY2931: 460, 463
 Rb. Amsterdam 20 december 2012, *LJN* BV1065: 329, 348, 562

Andere rechtbanken

- Rb. Alkmaar 16 november 2009, *LJN* BK3440: 679, 688
- Rb. Almelo 3 juli 2007, *LJN* BB1490: 679
- Rb. Breda 1 oktober 2007, *LJN* BB4548: 422, 425
- Rb. 's-Gravenhage 28 april 1965, *NJ* 1965, 25: 641
 Rb. 's-Gravenhage 18 november 2005, *LJN* AU6448: 683
 Rb. 's-Gravenhage 18 november 2005, *LJN* AU6460: 683
 Rb. 's-Gravenhage 17 april 2007, *LJN* BB2660: 641
 Rb. 's-Gravenhage 4 december 2008, *LJN* BG8860: 679
 Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2011, *LJN* BP8369: 683
 Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2011, *LJN* BR4266: 658, 679, 683

Rb. Haarlem 5 augustus 2003, *LJN* AI0833: 635
 Rb. Haarlem 9 november 2005, *LJN* AU6552: 655, 680
 Rb. Haarlem 22 januari 2008, *LJN* BC2645: 680, 688
 Rb. Haarlem 27 april 2009, *LJN* BI2396: 680
 Rb. Haarlem 11 november 2009, *LJN* BK3263: 680
 Rb. Haarlem 4 augustus 2010, *LJN* BN5169: 598
 Rb. Haarlem 23 februari 2012, *LJN* BV9341: 595

Rb. Maastricht 23 december 2003, niet gepubliceerd: 619

Rb. Roermond 26 maart 2010, *LJN* BL9029: 491

Rb. Utrecht 30 oktober 2007, *LJN* BB6901: 680, 688

Rb. Zutphen 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 529: 641, 644

Kortgedingrechter

Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 mei 1972, *NJ* 1973, 256: 728
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 1 mei 1984, *KG* 1984, 148: 636
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 september 1990, *KG* 1990, 323: 728
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 1991, *KG* 1991, 244: 728
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 1993, *RV* 1993, 100, m.nt. AHJS: 393
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 augustus 1995, *KG* 1995, 329: 557, 571, 728
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 4 december 1996, *Njkort* 1997, 12: 741, 742
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 juli 1997, *KG* 1997, 244: 728
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 juni 2000, rolnummer *KG* 00/261, niet gepubliceerd: 728
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 december 2001, *LJN* AD8374: 635
 Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 februari 2002, *LJN* AD9806: 636, 644

Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 20 juli 2006, *LJN* AY5645: 735

Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 27 april 2012, *LJN* BW8884: 678, 685

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 februari 2002, *LJN* AD9525: 635, 728

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 februari 2003, *KG* 2003, 92: 728

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2003, *KG* 2003, 258: 728

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 20 augustus 2004, *LJN* AQ7086: 635

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 augustus 2004, *LJN* AQ7378: 564, 735

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2004, rolnummer *KG* 04/1038, niet gepubliceerd: 732, 735

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 30 september 2004, *LJN* AR3286: 735

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2005, *LJN* AS4819: 34, 557, 571, 728

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2005, rolnummer *KG* 05/267, niet gepubliceerd: 735, 736

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 november 2005, rolnummer *KG* 05/1319, niet gepubliceerd: 735, 736

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2007, *LJN* BA0753: 564, 735

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BA9149: 571

Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 juli 2007, *LJN* BA9163: 571, 741, 743

- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 24 september 2007, rolnummer KG 07/877, niet gepubliceerd: 758
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 2 november 2007, *LJN* BB7673: 108, 735
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 6 december 2008, *LJN* BG7033: 45
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, *LJN* BI6267: 107, 735, 736, 743
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, *LJN* BJ0818: 735
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2009, *LJN* BJ4305: 557, 571
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2009, *LJN* BK0323: 107, 108, 433, 735, 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 september 2009, *LJN* BK0276: 108, 735, 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *LJN* BK4433: 557, 635
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 26 november 2009, *LJN* BK4694: 108, 735, 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 8 december 2009, *LJN* BK6047: 45, 178, 390, 391, 436
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 9 december 2009, *LJN* BK6072: 108
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2010, *LJN* BL1115: 208
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 5 februari 2010, *LJN* BL3757: 107, 735
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 10 maart 2010, *LJN* BL7139: 107, 108, 735
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 april 2010, *LJN* BM1143: 390, 728
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 28 april 2010, *LJN* BM2760: 390, 391
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 16 september 2010, *LJN* BN9610: 45, 728
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, *LJN* BN9924: 390, 391
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 12 november 2010, *LJN* BO4558: 735, 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 november 2010, *LJN* BP0119: 732, 735, 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 17 december 2010, *LJN* BP1433: 735
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, *LJN* BQ0687: 107, 108, 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 7 oktober 2011, *LJN* BT6935: 390, 728
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 17 oktober 2011, *LJN* BT8898: 390
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 31 januari 2012, *LJN* BV6895: 728
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2012, *LJN* BW1274: 736
- Voorzienenrechter Rb. 's-Gravenhage 25 mei 2012, *LJN* BX2115: 45

BUITENLAND

BELGIË

Grondwettelijk Hof

Grondwettelijk Hof 10 oktober 2007, arrest nr. 128/2007 (Advocaten voor de Wereld): 259, 341

Hof van Cassatie van België

Hof van Cassatie van België 24 augustus 2004, AR P.04.1211.N: 359

Hof van Cassatie van België 25 januari 2005, P.05.0065.N: 102

Hof van Cassatie van België 16 maart 2005, AR P.05.0323.F: 664

Hof van Cassatie van België 21 september 2005, P.05.1270.F: 102

Hof van Cassatie van België 19 oktober 2005, P.05.1272.F: 715

Hof van Cassatie van België 21 februari 2006, AR P.06.0243.N: 331, 342

Hof van Cassatie van België 1 maart 2006, P.06.0280.F: 102

RECHTSPRAAKREGISTER

Hof van Cassatie van België 3 januari 2007, P.06.1456.F: 102
Hof van Cassatie van België 7 maart 2007, P.07.0259.F: 103
Hof van Cassatie van België 10 april 2007, AR P.07.0404.N: 329
Hof van Cassatie van België 7 november 2007, AR P.07.1516.F: 405
Hof van Cassatie van België 29 juli 2008, P.08.0985.F: 721
Hof van Cassatie van België 18 februari 2009, AR P.09.233.F: 329
Hof van Cassatie van België 24 maart 2009, AR P.08.1881.N: 659
Hof van Cassatie van België 21 april 2009, AR P.08.1789.N: 659
Hof van Cassatie van België 14 juli 2009, P.09.1074.F: 102
Hof van Cassatie van België 15 september 2009, P.09.1363.N: 51, 55, 75
Hof van Cassatie van België 9 maart 2010, AR P.10.0361.N: 476, 477
Hof van Cassatie van België 2 juni 2010, AR P.10.0867.F: 677

DUITSLAND

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 5 november 2003, 2 BvR 1243/03: 294, 311
BVerfG 5 november 2003, 2 BvR 1506/03: 294, 311
BVerfG 3 maart 2004, 2 BvR 26/04: 242
BVerfG 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04: 131, 757
BVerfG 24 november 2005, 2 BvR 1667/05: 750, 757
BVerfG 3 september 2009, 2 BvR 1826/09: 605
BVerfG 15 december 2011, 2 BvR 148/11: 515

Bundesgerichtshof

BGH 26 juli 1984, *BGHSt* 33, 26: 600
BGH 25 oktober 2010, 1 StR 57/10: 515
BGH 1 december 2010, 2 StR 420/10: 515

Oberlandesgerichte

OLG Karlsruhe 14 september 2004, 1 AK 0/04: 259
OLG Stuttgart 30 november 2004, 3 Ausl 103/2004: 600
OLG Stuttgart 26 oktober 2006, 3 Ausl 52/06: 331

FRANKRIJK

Cour de cassation

Cour de cassation 23 november 2004, *Bulletin criminel* 2004, n° 293, p. 1099: 101, 335
Cour de cassation 24 november 2004, *Bulletin criminel* 2004, n° 299, p. 1119: 75
Cour de cassation 14 september 2005, *Bulletin criminel* 2005, n° 228, p. 811: 98
Cour de cassation 15 april 2006, *Bulletin criminel* 2006, n° 106, p. 405: 75
Cour de cassation 7 februari 2007, *Bulletin criminel* 2007, n° 39, p. 248: 216

IERLAND

Supreme Court of Ireland

Supreme Court of Ireland 19 december 2005, *Dundon v The Governor of Cloverhill Prison*, [2006] 1 ILRM 321, [2006] 1 IR 518, [2005] IESC 83: 98

Supreme Court of Ireland 26 juli 2007, *Minister for Justice, Equality and Law Reform -v- Stapleton* [2007] IESC 30, [2008] 1 ILRM 267, [2007] IESC 30, [2008] 1 IR 669: 76
 Supreme Court of Ireland 19 februari 2009, *Minister for Justice Equality and Law Reform -v- Gotszlik* [2009] IESC 13: 657
 Supreme Court of Ireland 6 mei 2009, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Pùta and Šulej* [2008] IESC 30: 663
 Supreme Court of Ireland 15 februari 2011, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Renner-Dillon* [2011] IESC 5: 520
 Supreme Court of Ireland 1 maart 2012, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Bailey* [2012] IESC 16: 578

High Court of Ireland

High Court of Ireland 31 juli 2006, *The Minister for Justice, Equality and Law Reform v Altaravicius* [2006] IEHC 270: 55
 High Court of Ireland 30 juni 2009, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v. Gritunic* [2009] IEHC 342: 345
 High Court of Ireland 19 mei 2010, *Minister for Justice, Equality and Law Reform v Pollak* [2010] IEHC 209: 216

OOSTENRIJK

Oberster Gerichtshof

OGH 7 november 2007, Geschäftszahl 13 Os 109/07i (13 Os 10/07m): 642, 643, 655
 OGH 8 april 2010, Geschäftszahl 12 Os 15/10p: 294, 311

Oberlandesgerichte

OLG Linz 26 januari 2005, Geschäftszahl 9Bs311/04: 485

VERENIGD KONINKRIJK

United Kingdom House of Lords

House of Lords 24 maart 1999, *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147: 310
 House of Lords 17 juni 2004, *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] 2 AC 323: 162, 165
 House of Lords 12 oktober 2005, *Office of the King's Prosecutor, Brussels (Respondents) v. Armas (Appellant) and others* [2006] 1 All ER 647, [2005] UKHL 67, [2006] 2 AC 1, [2005] 3 WR 1079: 75, 76
 House of Lords 30 januari 2008, [2008] UKHL 3 (Re Hilali): 75

United Kingdom Supreme Court

Supreme Court 30 mei 2012, *Assange v The Swedish Prosecution Authority*, [2012] UKSC22: 55

High Court of Justice (Engeland en Wales)

High Court of Justice 16 november 2005, *Enander v Governor HM Prison, Brixton and Another*, [2005] EWHC 3036 (Admin): 54
 High Court of Justice 28 november 2006, *Lisowski v Regional Court of Bialystok (Poland)* [2006] EWHC 3227 (Admin): 168

High Court of Justice 19 februari 2009, *Szombathely City Court & Ors v Fenyvesi & Anor* [2009] 4 All ER 324, [2009] EWHC 231 (Admin): 219

High Court of Justice 28 april 2009, *District Court in Ostroleka, Second Criminal Division (A Polish Judicial Authority) v. Dytlow* [2009] EWHC 1009 (Admin): 216

High Court of Justice 23 maart 2010, *Pisarek v Regional Court In Elblag 11* [2010] EWHC 877 (Admin): 201

High Court of Justice 26 juni 2010, *Czekala, R (on the application of) v. District Court in Bydgoszcz Poland* [2010] EWHC 1895 (Admin): 267

High Court of Justiciary (Schotland)

High Court of Justiciary 12 juli 2006, *Goatley v. Her Majesty's Advocate & Anor*, [2006] ScotHC HCJAC_55: 55

High Court of Justiciary 31 mei 2010, *Bielecki v HM Advocate* [2010] ScotHC HCJAC_66: 201

SAMENVATTING

In de verhoudingen tussen de lidstaten van de Europese Unie is de rechtsfiguur overlevering in de plaats getreden van de rechtsfiguur uitlevering. In dit proefschrift heb ik onderzocht in hoeverre de gronden tot weigering van de overlevering overeenkomen met of verschillen van de gronden tot weigering van de uitlevering. De aangetroffen overeenkomsten en verschillen heb ik langs de lat van het verbazingscriterium gelegd.

Aan het overleveringsrecht ligt het beginsel van wederzijdse erkenning ten grondslag: de rechterlijke autoriteit van de ene lidstaat moet de strafrechtelijke beslissing van een rechterlijke autoriteit van een andere lidstaat in beginsel zonder nader onderzoek en zonder nadere formaliteiten erkennen en tenuitvoerleggen, ongeacht of zij naar haar eigen recht een vergelijkbare beslissing had kunnen nemen. Verschillen tussen de wetgevingen van de uitvaardigende lidstaat en de uitvoerende lidstaat zijn dus in beginsel irrelevant voor de toepassing van dit beginsel. Aan de basis van het beginsel ligt een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten in de deugdelijkheid van elkanders rechtsstelsels en de mensenrechtenconforme toepassing daarvan. Het beginsel lijkt op het eerste gezicht elke weigeringsgrond uit te sluiten, maar bij nadere beschouwing kan men drie grenzen aan de reikwijdte van het beginsel onderkennen: 1) de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten, 2) het *ne bis in idem* beginsel en 3) de omstandigheid dat de regelingen inzake rechtsmacht van de lidstaten niet geharmoniseerd zijn en dat een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten ontbreekt. De eerste en de tweede grens volgen uit het primaire Unierecht en hebben - ten dele - een grondrechtelijk karakter. Een op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde regeling moet deze grenzen in acht nemen. De derde grens heeft een ander karakter. Deze grens is niet dwingend, maar vloeit voort uit de wens van de lidstaten om zeggenschap te behouden over strafbare feiten die niet alleen onder de rechtsmacht van de uitvaardigende lidstaat, maar ook onder de rechtsmacht van de uitvoerende lidstaat vallen. Overeenkomsten of verschillen tussen het overleveringsrecht en het uitleveringsrecht wekken naar mijn mening verbazing, indien zo een overeenkomst of verschil zich niet verdraagt met het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en niet rechtstreeks valt te herleiden tot één of meer van de genoemde grenzen.

Bij het onderzoek heb ik onderscheid gemaakt tussen het Europese niveau - het Kaderbesluit respectievelijk de Europese uitleveringsverdragen - enerzijds en het nationale niveau - de Overleveringswet respectievelijk de Uitleveringswet - anderzijds. Een vergelijking uitsluitend op Europees niveau geeft een onvolledig beeld van de overeenkomsten en verschillen. Het Kaderbesluit heeft namelijk geen rechtstreekse werking en is afhankelijk van omzetting in de wetgeving van de lidstaten. Bij die omzetting hebben de lidstaten de bevoegdheid om van implementatie van facultatieve weigeringsgronden en facultatieve garanties af te zien en om, met inachtneming van het Unierecht, de reikwijdte daarvan in te perken. De Europese uitleveringsverdragen kennen eveneens facultatieve weigeringsgronden en geven de partijen bovendien de bevoegdheid om voorbehouden te maken. Het hangt van het nationale recht van de aangezochte staat af of, en zo ja, in hoeverre de autoriteiten gebruik moeten of mogen maken van die weigeringsgronden of voorbehouden.

Op het *Europese niveau* kan men constateren dat een aantal traditionele uitleveringsexcepties ontbreekt in het overleveringsrecht, zoals de gekwalificeerde dubbele strafbaarheid (gedeeltelijk) en de excepties inzake het fiscale, het militaire en het politieke delict. Dit verschil tussen het overleveringsrecht en het uitleveringsrecht wekt geen verbazing. Deze excepties verdragen zich niet met het beginsel van wederzijdse erkenning en vinden hun rechtvaardiging niet in één van de grenzen aan de reikwijdte van dat beginsel.

De enkele weigeringsgrond die het Kaderbesluit wel, maar het uitleveringsrecht niet kent - de weigeringsgrond inzake een in een lidstaat tegen de opgeëiste persoon wegens dezelfde feiten genomen onherroepelijke beslissing die verdere vervolging onmogelijk maakt -, wekt wel verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning, al was het alleen maar, omdat voor deze weigeringsgrond geen redelijke rol lijkt te zijn weggelegd.

Belangrijker dan de verschillen zijn de overeenkomsten tussen het overleveringsrecht en het uitleveringsrecht. Het - grondrechtenconform uitgelegde - Kaderbesluit bevat een groot aantal regelingen die ook in het uitleveringsrecht voorkomen, zoals de mensenrechtenexceptie, de verstekexceptie, de dubbele strafbaarheid (ter zake van niet-lijstfeiten), het *ne bis in idem* beginsel, weigeringsgronden die verband houden met de omstandigheid dat de uitvoerende lidstaat ook rechtsmacht heeft of had over het in het EAB bedoelde feit en het specialiteitsbeginsel.

Enkele overeenkomsten wekken verbazing in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De mogelijkheid om de eis van dubbele strafbaarheid te stellen ten aanzien van de zogenaamde niet-lijstfeiten verdraagt zich bijvoorbeeld niet met dat beginsel. Geen van de drie grenzen noopt tot het stellen van de eis van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat. Een ander voorbeeld is de regeling inzake "verstek"vonnissen. Weliswaar berust deze regeling op de rechtspraak van het Europees Hof inzake een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM, maar dan op de nationale dimensie van die rechtspraak. De transnationale dimensie van die rechtspraak, die betrekking heeft op gevallen waarin een staat rechtshulp verleent aan de staat waarin de opgeëiste persoon bij verstek is veroordeeld, dwingt niet tot een regeling zoals die in het Kaderbesluit is opgenomen. Het Kaderbesluit biedt op dit punt meer mensenrechtenbescherming dan waartoe het primaire Unierecht noopt, hetgeen opmerkelijk is vanuit het oogpunt van de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten die aan het Kaderbesluit ten grondslag ligt.

Het merendeel van de overeenkomsten valt te herleiden tot één of meer grenzen aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning en wekt dus geen verbazing in het licht van dat beginsel. Sommige regelingen, zoals het specialiteitsbeginsel en de opschorting van de feitelijke overlevering wegens ernstige humanitaire redenen (voor zover de mensenrechten niet tot zo een opschorting nopen), kunnen niet rechtstreeks tot die grenzen worden herleid, maar wekken desondanks geen verbazing. De regeling inzake specialiteitsbescherming niet, omdat weigeringsgronden en specialiteitsbescherming twee zijden van één en dezelfde medaille zijn. De opschorting van de feitelijke overlevering niet, omdat het beginsel van wederzijdse erkenning niet een doel op zichzelf is, maar slechts een middel tot het ontwikkelen en in stand houden van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

Op het Europese niveau vertoont het overleveringsrecht voor wat betreft de weigeringsgronden dus nog steeds een grote mate van overeenkomst met het Europese uitleveringsrecht, ook al is het overleveringsrecht gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning. Deze mate van overeenkomst is niet ten aanzien van alle weigeringsgronden en garanties noodzakelijkerwijs permanent van aard. Men kan namelijk onderscheid maken tussen de weigeringsgronden die op de verplichting tot eerbiediging van mensenrechten of op het *ne bis in idem* beginsel berusten enerzijds en de weigeringsgronden die hun rechtvaardiging vinden in het ontbreken van een geharmoniseerde rechtsmachtregeling en van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten anderzijds. De eerste twee grenzen zijn immanent, omdat zij uit het primaire Unierecht voortvloeien, de derde grens daarentegen vloeit niet dwingend uit het primaire Unierecht voort, maar uit de wens van de lidstaten

om hun soevereiniteit te beschermen. Het primaire Unierecht verhindert dan ook niet dat de Europese Unie de weigeringsgronden die te herleiden zijn tot de derde grens aan de reikwijdte van het beginsel van wederzijdse erkenning alsnog afschaft. Bovendien staat het primaire Unierecht *a fortiori* niet in de weg aan afschaffing van de weigeringsgronden en garanties die verbazing wekken in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning.

Op *nationaal - Nederlands - niveau* is de mate van overeenkomst tussen het overleveringsrecht en het uitleveringsrecht zelfs nog groter. De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie van het Kaderbesluit bewust aansluiting gezocht bij het Nederlandse uitleveringsrecht, in het bijzonder bij de Uitleveringswet, in de - onjuiste - veronderstelling dat het Kaderbesluit daarvoor de ruimte biedt. De nationale implementatiewetgeving mag namelijk alleen afwijkingen van en overeenkomsten met het uitleveringsrecht vertonen, voor zover het - grondrechtenconform uitgelegde - Kaderbesluit tot die afwijkingen en overeenkomsten dwingt of daartoe de vrijheid laat.

Zo heeft de Nederlandse wetgever in geval van executieoverlevering de eis inzake de duur van opgelegde vrijheidsstraf laten *cumuleren* met de eis inzake de strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat, heeft hij ten aanzien van niet-lijstfeiten de eis van *gekwalficeerde* strafbaarheid naar Nederlands recht gesteld, heeft hij de weigering van de executieoverlevering van een Nederlander losgekoppeld van de verbintenis tot tenuitvoerlegging in Nederland van de aan die Nederlander opgelegde buitenlandse straf en heeft hij in geval van een vervolgingsoverlevering van een Nederlander in voorafgaande toetsing van de dubbele strafbaarheid van een lijstfeit voorzien.

Een en ander levert ongeoorloofde afwijkingen van het Kaderbesluit en daardoor ongeoorloofde overeenkomsten met het Nederlandse uitleveringsrecht op. Op de Nederlandse rechter rust de plicht om deze ongeoorloofde afwijkingen en overeenkomsten “zo veel mogelijk” weg te nemen door het nationale recht “zo veel mogelijk” kaderbesluitconform uit te leggen. Op een aantal - ondergeschikte - punten heeft hij de Overleveringswet inderdaad kaderbesluitconform uitgelegd. Op een ander punt heeft de overleveringsrechter geconstateerd dat een kaderbesluitconforme uitleg zou leiden tot een uitleg *contra legem*, waarvoor de verplichting tot kaderbesluitconform interpretatie geen grondslag biedt. Ten aanzien van het merendeel van de ongeoorloofde afwijkingen en overeenkomsten heeft de overleveringsrechter nog niet onderkend dat sprake is van een incorrecte implementatie, althans heeft hij geen blijk gegeven van een poging tot kaderbesluitconforme interpretatie. Nederland is er herhaaldelijk op gewezen dat de Overleveringswet op onderdelen in strijd is met het Kaderbesluit, maar de Minister van Justitie is niet genegen om herstelwetgeving te initiëren. Zodra de overgangstermijn is verstreken die met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is ingegaan - op 1 december 2014 - zal de Commissie de bevoegdheid verkrijgen om ter zake van de incorrecte implementatie van het Kaderbesluit een zogenaamde inbreukprocedure tegen Nederland aanhangig te maken, teneinde correcte implementatie alsnog af te dwingen.

Gezien de verschillen tussen het overleveringsrecht en het uitleveringsrecht op het punt van de weigeringsgronden, kan men naar mijn mening niet zeggen dat overlevering hetzelfde is als uitlevering. Gezien de vele overeenkomsten tussen het overleveringsrecht en het uitleveringsrecht op het punt van de weigeringsgronden, kan men naar mijn mening evenmin volhouden overlevering een wezenlijk andere rechtsfiguur dan uitlevering is. Geconcludeerd kan worden dat overlevering uitlevering in overgang is.

Het begrip “overgang” duidt al aan dat deze toestand niet blijvend is. Er bestaat namelijk ruimte voor een verdergaande doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning. De *Europese Unie* zou er immers voor kunnen kiezen om in elk geval de weigeringsgronden en

garanties af te schaffen die in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning verbazing wekken. Daarnaast zou de Europese Unie de weigeringsgronden die te herleiden zijn tot het ontbreken van harmonisatie van de rechtsmachtregelingen en van een sluitende regeling van rechtsmachtconflicten kunnen afschaffen, zodra zij heeft voorzien in een dergelijke harmonisatie of sluitende regeling. Zoals gezegd, dwingt het primaire Unierecht niet tot het handhaven van deze weigeringsgronden. Door de afschaffing van deze twee categorieën van weigeringsgronden en garanties zou het Kaderbesluit minder gelijkenis vertonen met het uitleveringsrecht. *Nederland* moet het Kaderbesluit - alsnog - correct implementeren. Door een correcte implementatie of door kaderbesluitconforme uitleg zouden ongeoorloofde afwijkingen van het Kaderbesluit, die ongeoorloofde overeenkomsten met het Nederlandse uitleveringsrecht opleveren, te niet kunnen en moeten worden gedaan. Voor zover Nederland op dit punt in gebreke blijft, zou de Commissie vanaf 1 december 2014 de correcte implementatie van het Kaderbesluit kunnen proberen af te dwingen door een inbreukprocedure aanhangig te maken. Daarnaast mag Nederland - alsnog - afzien van de implementatie van facultatieve weigeringsgronden en garanties. Door de correcte implementatie van het Kaderbesluit - hetzij uit eigen beweging, hetzij na ingrijpen door de Commissie - en door het laten vervallen van de implementatie van facultatieve weigeringsgronden en garanties zou de Overleveringswet minder gelijkenis vertonen met het Nederlandse uitleveringsrecht.

Voor de verdere ontplooiing van het beginsel van wederzijdse erkenning in het overleveringsrecht zijn twee zaken van groot belang: de proportionaliteit van de overlevering en de verdere ontwikkeling van het vertrouwen tussen de lidstaten.

In abstracto zou het stelsel van het Kaderbesluit de proportionaliteit van de overlevering moeten waarborgen. De uitvaardigende rechterlijke autoriteit mag immers alleen een EAB uitvaardigen, indien op het strafbare feit een maximale vrijheidsstraf van ten minste twaalf maanden is gesteld of voor dat feit een vrijheidsstraf van ten minste vier maanden is opgelegd. *In concreto* blijken de strafbedreiging en de opgelegde sanctie soms een te grof instrument om te bewerkstelligen dat de overlevering de opgeëiste persoon niet onevenredig bezwaart. Afschaffing van weigeringsgronden en garanties zou betekenen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit in minder gevallen de overlevering zou moeten of mogen weigeren of van garanties afhankelijk mogen stellen, waardoor zij naar alle waarschijnlijkheid vaker geconfronteerd zou worden met een beroep op de onevenredigheid van de overlevering. Het vaststellen van een Uniebrede proportionaliteitstoets voor het uitvaardigen van een EAB, die de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in elke zaak moet uitvoeren, is dan ook een belangrijke voorwaarde voor het verder terugdringen van de weigeringsgronden en garanties. In dit verband zouden ook Uniebrede criteria moeten worden opgesteld voor de afstemming tussen het uitvaardigen van een EAB en andere, al dan niet op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde vormen van justitiële samenwerking in strafzaken, zoals overdracht van strafvervolgning, overdracht van de tenuitvoerlegging van vrijheidssancties en kleine rechtshulp. Aan de hand van deze toets en deze criteria zou de uitvaardigende rechterlijke autoriteit dan van geval tot geval kunnen bepalen met welke vorm van justitiële samenwerking de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht het meest is gediend.

Een verdere doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning door de schrapping van weigeringsgronden en garanties is voorts afhankelijk van een verdere ontwikkeling van het vertrouwen tussen de lidstaten. Aan dit vertrouwen lijkt het thans op drie verschillende niveaus nog te schorten. Op het *niveau van het Kaderbesluit* blijkt een gebrek aan vertrouwen uit het systeem van de weigeringsgronden, garanties en specialiteitsregelingen. Nog in 2009 is een weigeringsgrond aan het Kaderbesluit toegevoegd die verbazing wekt in het licht van

het beginsel van wederzijdse erkenning, omdat deze weigeringsgrond meer bescherming aan de opgeëiste persoon beoogt te bieden dan uit de Unierechtelijke verplichting tot eerbieding van mensenrechten voortvloeit (art. 4 bis inzake “verstek”vonnissen). Ook op het *niveau van de Nederlandse wetgever* blijkt een gebrek aan vertrouwen. De wetgever heeft immers niet alleen onverplicht op één na alle facultatieve weigeringsgronden en garanties geïmplementeerd, maar is daarbij ook ongeoorloofd van het Kaderbesluit afgeweken ten gunste van de opgeëiste persoon en van de nationale soevereiniteit. Op het *niveau van de Nederlandse rechter* bleek aanvankelijk een gebrek aan vertrouwen uit de rechtspraak inzake de schending van mensenrechten, de betekenis van humanitaire gronden voor de beslissing over de overlevering en de formele eisen waaraan een EAB moet voldoen. Op al deze punten stelde de overleveringsrechter strengere eisen dan uit de jurisprudentie van het Europees Hof en van de Hoge Raad volgden en dan het Kaderbesluit en de Overleveringswet toelieten. De overleveringsrechter is op deze punten uiteindelijk op zijn schreden teruggekeerd, deels na ingrijpen door de Hoge Raad. Daar staat tegenover dat de overleveringsrechter nog niet heeft gepoogd om een aantal van de ongeoorloofde aanscherpingen van de regelingen inzake dubbele strafbaarheid en inzake onderdanen, die ten gunste van de opgeëiste persoon en de nationale soevereiniteit strekken, door kaderbesluitconforme interpretatie ongedaan te maken.

Een oplossing voor dit gebrek aan vertrouwen zou een verdergaande harmonisatie van de straf(proces)rechtelijke wetgevingen van de lidstaten kunnen zijn. Hoewel het beginsel van wederzijdse erkenning aanvankelijk werd gezien als een - minder in de nationale soevereiniteit ingrijpend - alternatief voor harmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten, is men tot het inzicht gekomen dat harmonisatie kan bijdragen aan de versterking van het vertrouwen tussen de lidstaten en daardoor de justitiële samenwerking in strafzaken kan bevorderen. Naarmate de rechtsstelsels van de lidstaten meer met elkaar overeenkomen, zal het onderlinge vertrouwen in de deugdelijkheid daarvan toenemen en zal de behoefte aan weigeringsgronden en garanties afnemen. Gezien de gehechtheid van de lidstaten aan hun straf(proces)rechtelijke soevereiniteit, is het evenwel niet waarschijnlijk dat het op Europees niveau tot een dusdanige harmonisatie komt, dat de lidstaten bereid zouden zijn om weigeringsgronden en garanties op te geven. De minimumharmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten zou bovendien niet verhinderen dat sommige lidstaten - bijvoorbeeld om grondwettelijke redenen - de behoefte zouden houden aan meer bescherming.

Een meer reëel perspectief op verdere doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning in het overleveringsrecht biedt de aanpassing van sommige weigeringsgronden aan het systeem van de lijstfeiten. Het Kaderbesluit maakt onderscheid tussen de zogenaamde lijstfeiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de dubbele strafbaarheid niet mag onderzoeken, en andere feiten, ten aanzien waarvan de uitvoerende lidstaat de voorwaarde van strafbaarheid naar zijn recht mag stellen. De lijstfeiten zijn strafbare feiten die de openbare orde ernstig verstoren of de openbare veiligheid ernstig in gevaar brengen. Met het onderscheid tussen lijstfeiten en andere feiten hangt het onderscheid tussen feiten die geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat zijn begaan en andere feiten nauw samen. Het beginsel van wederzijdse erkenning, de hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten en de solidariteit tussen de lidstaten brengen mee dat de uitvoerende lidstaat verplicht is om een strafrechtelijke beslissing ter zake van geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begane lijstfeiten te erkennen, ook al zijn die feiten niet strafbaar naar zijn recht. Die verplichting tot erkenning en tenuitvoerlegging bestaat evenwel niet ter zake van geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van de uitvoerende lidstaat begane (lijst)feiten.

SAMENVATTING

Consequente doorvoering van deze twee onderscheiden op het gebied van de weigeringsgronden zou betekenen dat de reikwijdte van een groot aantal weigeringsgronden beperkt zou worden tot niet-lijstfeiten, terwijl de uitvoerende lidstaat de mogelijkheid van weigering ter zake van lijstfeiten alleen zou behouden voor zover deze buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begaan zijn. De reikwijdte van de specialiteitsregelingen zou dienovereenkomstig moeten worden ingeperkt.

De beperking van de reikwijdte van deze weigeringsgronden tot niet-lijstfeiten zou naar mijn mening kunnen leiden tot een aanzienlijke vermeerdering van het aantal overleveringen, omdat de 32 categorieën van lijstfeiten de voor de praktijk meest relevante vormen van ernstige criminaliteit betreffen, en zou aldus een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Onder de ingeperkte weigeringsgronden zou de straffeloosheid van de opgeëiste persoon die het gevolg is van weigering van de overlevering alleen nog mogelijk zijn ter zake van de - minder ernstige - niet-lijstfeiten en ter zake van geheel op het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat begane lijstfeiten. Zonder voorafgaande harmonisatie van het straf(proces)recht van de lidstaten, zou de aanpassing van weigeringsgronden aan het systeem van de lijstfeiten een redelijk evenwicht tussen de belangen van de uitvaardigende lidstaat, de uitvoerende lidstaat en de opgeëiste persoon bereiken.

SUMMARY

The European Arrest Warrant ('EAW') has replaced extradition in relations between the Member States of the European Union. In my doctoral thesis I examine the extent to which the grounds for refusing to execute an EAW correspond with or differ from the grounds for refusing extradition. I use the criterion of amazement or astonishment to assess the significance of any correspondence or difference.

The principle of mutual recognition lies at the root of the EAW: a judicial authority of one Member State must in principle execute a decision of a judicial authority of another Member State without examining its merits and without any formalities, even if the executing judicial authority could not have reached a similar decision under its own Member State law. Differences between the laws of the issuing and the executing Member States are, therefore, irrelevant to the application of the principle of mutual recognition. This principle is founded on the assumption of a high level of confidence in the soundness of Member States' legal systems and in the belief that these systems will be applied in conformity with human rights. At first sight, the principle of mutual recognition does not seem to allow any grounds for refusing to execute an EAW. On closer inspection, however, we can discern three limits to the principle of mutual recognition: 1) the obligation to respect human rights; 2) the principle of *ne bis in idem*, and 3) the lack of harmonization in the rules on jurisdiction and the absence of a conclusive mechanism for resolving conflicts of jurisdiction. The first two limits result from primary Union law and, to some extent, are of a constitutional nature. Any arrangement based on the principle of mutual recognition must observe these two limits. The third limit, however, is of a different nature. It is not compulsory, but instead gives expression to Member States' desire to retain control over offences falling under the jurisdiction of both the issuing and executing Member States. Any correspondence or difference between the EAW and extradition will certainly amaze or astonish if it cannot be reconciled with the principle of mutual recognition and does not follow directly from the limits to that principle.

In examining the correspondences and differences, I make a distinction between the European level (i.e. the Framework Decision and the European conventions on extradition) and the Dutch level (i.e. the Surrender Act [*Overleveringswet*] and the Extradition Act [*Uitleveringswet*]). A comparison of the grounds for refusal based exclusively at a European level would paint an incomplete picture of the correspondences and differences. Rather than having direct effect, the Framework Decision relies for its effect on national implementation legislation. In implementing the Framework Decision, Member States may choose not to implement optional grounds for refusal and optional guarantees and, even if they decide to implement optional grounds or guarantees, may restrict the reach of those grounds or guarantees, while still observing EU law. The European conventions on extradition also contain optional grounds for refusal and allow contracting Parties to make reservations in respect of any of the provisions. Whether the requested Party's authorities must or may refuse extradition based on an optional ground for refusal or a reservation depends on the national laws of that Party.

At a European level, a number of traditional exceptions to extradition are absent from the Framework Decision. These include the principle of double criminality (at least partially) and the exceptions regarding tax, military and political offences. This difference between the EAW and extradition is not, however, amazing as these exceptions are incompatible with the principle of mutual recognition and do not concern the limits to that principle.

SUMMARY

The Framework decision contains one ground for refusal which does not have a counterpart in extradition law (i.e. the optional ground for refusal as regards a final decision in a Member State in respect of the requested person and the same acts, which prevents further proceedings). In the light of the principle of mutual recognition this ground for refusal is astonishing, if only because this ground for refusal does not seem to have a reasonable purpose.

The correspondences between the EAW and extradition are more important than the differences. When interpreted in conformity with human rights, the Framework Decision contains many arrangements also appearing in extradition law. These include the human rights exception, the principle of double criminality (as regards offences other than the listed offences), the principle of double jeopardy (*ne bis in idem*), exceptions relating to the jurisdiction of the executing Member State over the offence on which the EAW is based and the principle of speciality.

Some of these correspondences are astonishing if considered in the light of the principle of mutual recognition. The right to demand that a non-listed offence constitutes an offence under the laws of the executing Member State, for instance, is not compatible with the principle of mutual recognition as the limits to the latter do not justify this as an optional ground for refusal. Another example is the provision on verdicts *in absentia*. Although this ground for refusal derives from case law of the European Court for Human Rights on the right to a fair trial (Art. 6 ECHR), it is based on the *national* dimension of this case law. The *transnational* dimension, by contrast, which relates to cases involving one state helping another state to execute a verdict *in absentia*, does not require a ground for refusal such as that contained in the Framework Decision. As regards verdicts *in absentia*, therefore, the Framework Decision offers more protection to the requested person than is required by primary EU law. This is remarkable, given the high level of confidence between Member States that underpins the Framework Decision.

Most of the correspondences relate directly to one or more of the limits to the principle of mutual recognition. These grounds for refusal, therefore, are not astonishing. Although the limits to the principle of mutual recognition do not directly justify the existence of certain provisions (the principle of speciality, for example, and the temporary suspension of execution of an EAW for serious humanitarian reasons, insofar as the human rights exception does not already bar execution of the EAW), the existence of these provisions is not in itself astonishing. In the case of the provisions on speciality, the grounds for refusal and the principle of speciality are two sides of the same coin. Similarly, the existence of the provisions on the temporary suspension of execution of an EAW does not astonish because the principle of mutual recognition is not an end in itself, but instead a means to develop and maintain freedom, security and justice.

At a European level, the EAW still shows a high degree of correspondence with extradition as regards the grounds for refusal and the required guarantees, even though the EAW is based on the principle of mutual recognition. This degree of correspondence does not necessarily represent a permanent state of affairs in the case of all the grounds for refusal and the guarantees. We should distinguish between grounds for refusal that are founded on the obligation to respect human rights or on the principle of *ne bis in idem* on the one hand and, on the other hand, grounds for refusal that are justified by a lack of harmonization in the rules on jurisdiction and the absence of a conclusive mechanism for resolving conflicts of jurisdiction. The first two limits are imposed by primary Union law, whereas the third limit is not compulsory, but instead derives from Member States' desire to protect their sovereignty. Primary Union law does not, therefore, prevent the abolition of those grounds of refusal that

relate to the third limit on the principle of mutual recognition. Moreover, primary Union law does not *a fortiori* prevent abolition of those grounds for refusal and the guarantees that are astonishing in the light of the principle of mutual recognition.

At a national, Dutch level the degree of correspondence between the EAW and extradition law is even higher as the Dutch legislator consciously modelled the legislation implementing the Framework Decision on Dutch extradition law, having assumed – incorrectly – that the Framework Decision allowed for such implementation. The national implementing laws may differ from or correspond with extradition law only insofar as required or allowed by the Framework Decision.

The following four examples illustrate this point. In cases of EAWs issued in execution of a custodial sentence, the Dutch legislator has unlawfully *added* the requirement that the offence must attract a maximum custodial sentence or detention order of at least 12 months under the issuing Member State’s law. Surrender for non-listed offences meanwhile has been made conditional on *qualified* double criminality, whereas the Framework Decision allows only the condition of double criminality. In contravention of the Framework Decision, refusal to surrender a Dutch national for the purpose of executing a custodial sentence is not automatically followed by execution of that sentence in the Netherlands. In addition, and contrary to the Framework Decision, the Netherlands will not surrender a Dutch national for offences, listed or otherwise, that are not punishable under Dutch law.

These unlawful differences result in unlawful correspondences with Dutch extradition law. National courts are obliged to do away with these unlawful differences and correspondences by interpreting national law “as far as possible” in conformity with the Framework Decision. Although the District Court of Amsterdam has indeed interpreted the Surrender Act in conformity with this Decision with respect to some minor differences, on a more important point, however, it has held that a conforming interpretation of the Surrender Act would amount to an interpretation *contra legem*, for which the duty of conforming interpretation cannot serve as a basis. As regards the majority of those unlawful differences and correspondences, the District Court of Amsterdam has yet to recognize that the Dutch legislator has incorrectly implemented the Framework Decision, let alone attempt any conforming interpretation. Although the European Commission has repeatedly told the Netherlands that, in many respects, the Surrender Act does not represent a correct implementation of the Framework Decision, the Dutch Minister for Justice has not seen fit to introduce a bill to correct this. Once, however, the transitional period set in the Treaty of Lisbon ends – in other words, on 1 December 2014 – the Commission will be entitled to initiate infringement proceedings to seek to force the Netherlands to amend its legislation.

Given the differences between the EAW and extradition law as regards the grounds for refusal, surrendering a requested person cannot reasonably be seen as the same as extraditing a requested person. Similarly, in view of the correspondences between the EAW and extradition law, it also cannot be claimed that the EAW is essentially different from extradition. The more correct conclusion would seem to be that the EAW is extradition in transition.

This state of affairs is not necessarily permanent. The principle of mutual recognition can be developed further. The European Union could choose to abolish those grounds for refusal and guarantees that are not compatible with the principle of mutual recognition and whose existence is not justified by any of the limits to that principle. It could also abolish those grounds for refusal that relate to lack of harmonization in the rules on jurisdiction and the absence of a conclusive mechanism for resolving conflicts of jurisdiction, once it has harmonized the rules on jurisdiction or adopted such a mechanism. As mentioned above, primary Union

law does not require such grounds for refusal. If these two categories of grounds for refusal were to be abolished, the Framework Decision would have less resemblance to extradition law. The Netherlands meanwhile needs to implement the Framework Decision correctly as correct implementation of this Decision, or conforming interpretation of national law, could and should do away with the unlawful differences between the Framework Decision and national law, as well as the resultant unlawful correspondences between national law and extradition law. If the Netherlands does not comply with its European obligations, the Commission will be able to seek to enforce those obligations from 1 December 2014 onwards. The Dutch legislator could also choose to rescind the legislation implementing optional grounds for refusal and the optional guarantees. The Surrender Act would show less resemblance with Dutch extradition law if the Dutch legislator were to implement the Framework Decision correctly and rescind the implementation of optional provisions.

Being able to extend the principle of mutual recognition, however, is largely dependent on two conditions: the need to ensure proportionality, and the ability to strengthen confidence between Member States.

It could be maintained that the Framework Decision does ensure proportionality, if only *in abstracto*, as the issuing judicial authority may issue an EAW only if the offence carries a maximum custodial sentence of at least twelve months or a sentence of at least four months is imposed. However, the maximum custodial sentence and the sentence imposed may not always *in concreto* be suitable tools for averting disproportionality. Abolishing grounds for refusal and guarantees would mean the executing judicial authority had even less scope to refuse to execute an EAW. The issue of the EAW's proportionality would then be likely to gain in importance. Establishing a Union-wide proportionality test, to be administered in every case by the issuing judicial authority, is therefore an important condition for further reducing the grounds for refusal and guarantees. In addition to a Union-wide proportionality test, Union-wide criteria should be established so that the issuing of an EAW can be coordinated with the various other forms of judicial cooperation in criminal matters, such as the transfer of criminal proceedings, the transfer of the execution of foreign sentences and mutual assistance. By administering this test and these criteria, the issuing judicial authority would be able to determine, on a case-by-case basis, which instrument of judicial cooperation best served the interests of the area of freedom, security and justice.

The other condition for further developing the principle of mutual recognition is the need to reinforce confidence. Confidence between Member States seems not to be as self-evident as it ought to be. Lack of confidence at the level of the Framework Decision is reflected in the existence of grounds for refusal, the need for guarantees and the principle of speciality. As late as 2009, a ground for refusal was added to the Framework Decision that affords more protection to the individual person than required by the obligation to respect human rights (Art. 4a regarding verdicts *in absentia*). Another example of lack of confidence can be seen at the level of the Dutch legislator. Not only has the latter implemented all the optional grounds for refusal and, with one exception, all the optional guarantees, even though there was no requirement to do so, but, in implementing these grounds for refusal and guarantees, the legislator has also deviated from the Framework Decision in favour of the requested person and national sovereignty. Initially a lack of confidence at the level of the Dutch courts was shown with respect to the human rights exception, the relevance of humanitarian grounds for the decision on executing the EAW and the formal requirements to be satisfied by an EAW. The Dutch executing judicial authority applied more stringent tests than required by the European Court for Human Rights and the Dutch Supreme Court and than are allowed by the Framework Decision and the Surrender Act. Although the Dutch executing judicial

authority eventually abandoned this line of case law, we should not lose sight of the fact that it has never attempted to do away with some of the unlawful deviations from the Framework Decision by attempting to interpret national law in conformity with the Framework Decision and that it has thereby continued to favour national sovereignty and the individual.

Harmonizing the substantive and procedural criminal laws of the Member States may be the remedy for this lack of confidence. Although the principle of mutual recognition was initially promoted as a less intrusive alternative to harmonizing criminal law, the European Union has recognized harmonization of the criminal laws of the Member States as an important tool for strengthening mutual confidence, and hence for promoting judicial cooperation in criminal matters. If the Member States' legal systems operate on the same rules, mutual confidence will increase, and the need for grounds for refusal and for guarantees will diminish accordingly. However, as the Member States are particularly attached to their sovereignty in criminal matters, harmonization of criminal laws to a degree that would obviate Member States' need for grounds for refusal and for guarantees would not seem attainable. Moreover, *minimum* harmonization of criminal laws might not prevent certain Member States from wishing, possibly for constitutional reasons, to give more protection to the individual.

Limiting the grounds for refusal in the case of the listed offences would seem to represent a more realistic perspective for further developing the principle of mutual recognition. The Framework Decision distinguishes between listed offences, where the executing judicial authority may not verify double criminality, and other offences, where the executing Member State may demand double criminality. Listed offences are offences that seriously disturb public order or seriously endanger public safety. Closely connected to this distinction between the two types of offences is the distinction between those offences that are committed exclusively on the territory of the issuing Member State and those that are not. The principle of mutual recognition and the high level of confidence and solidarity between the Member States compel the executing Member State to execute an EAW for listed offences committed exclusively in the territory of the *issuing* Member State, even if these offences are not punishable under the laws of the executing Member State. No such obligation exists, however, with regard to listed offences committed wholly or partially in the *executing* Member State's territory.

Consistently applying these two distinctions to the grounds for refusal would restrict the reach of many grounds for refusal to non-listed offences, while also restricting the possibility of refusal for listed offences to those listed offences committed wholly outside the territory of the issuing Member State. The reach of the speciality provisions would also have to be restricted accordingly.

Restricting the reach of grounds for refusal to non-listed offences could substantially increase the number of EAWs executed as the 32 categories of listed offences constitute the most serious forms of criminal behaviour. Restricting the reach of grounds for refusal could therefore make a significant contribution to freedom, security and justice. If the reach of the grounds for refusal were to be restricted, impunity resulting from refusal to execute an EAW would then be possible only with regard to less serious, non-listed offences and listed offences committed wholly or partially in the territory of the executing Member State. Without prior harmonization of Member States' criminal laws, adapting the grounds for refusal so that most grounds would only apply to non-listed offences would achieve a reasonable balance between the interests of the issuing Member State, the executing Member State and the requested person.