

Vergaderjaar 2023–2024

36 491

Wijziging van de Overleveringswet, de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties en het Wetboek van Strafrecht ter herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel, van onderdelen van het kaderbesluit 2008/913/JBZ betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat, van onderdelen van de richtlijn (EU) 2013/48 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en van onderdelen van de richtlijn (EU) 2017/1371 betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt (Wet herimplementatie Europees strafrecht)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 oktober 2023 en het nader rapport d.d. 19 december 2023, aangeboden aan de Koning door de Minister van Justitie en Veiligheid, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 20 juli 2023, nr. 2023001751, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 25 oktober 2023, nr. W16.23.00210/II, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel heeft de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling of de Afdeling advisering) aanleiding gegeven tot het maken van opmerkingen ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen van de

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Overleveringswet en ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht die verband houden met een correcte omzetting van het kaderbesluit 2008/913/JBZ betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat. De opmerkingen ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen van de Overleveringswet zien op de bevoegdheidsverdeling tussen de officier van justitie en de rechter met betrekking tot de overlevering, de terugkeer-garantie, de uiterlijke termijn van overlevering en op de waarborgen die gelden voor het opleggen van vrijheidsbeperkende maatregelen als de vrijheidsbeneming in afwachting van de overlevering eindigt. De opmerkingen ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht hebben betrekking op voorgestelde expliciete strafbaarstelling van het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven.

De Afdeling is van oordeel dat aanpassing van het wetsvoorstel en de toelichting in verband met deze opmerkingen wenselijk is. Graag ga ik op deze opmerkingen in het navolgende in.

Bij Kabinetsmissive van 20 juli 2023, no. 2023001751, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende Wijziging van de Overleveringswet, de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties en het Wetboek van Strafrecht ter herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel, van onderdelen van het kaderbesluit 2008/913/JBZ betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat, van onderdelen van de richtlijn (EU) 2013/48 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en van onderdelen van de richtlijn (EU) 2017/1371 betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt (Wet herimplementatie Europees strafrecht), met memorie van toelichting.

Met het oog op een correcte implementatie van enkele Europese kaderbesluiten en richtlijnen wijzigt het wetsvoorstel de Overleveringswet, de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (WETS) en het Wetboek van Strafrecht. Aan de voorgestelde wijzigingen van de Overleveringswet ligt jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ten grondslag die raakt aan de bevoegdheidsverdeling tussen de officier van justitie en de rechter met betrekking tot de overlevering.

De Afdeling advisering begrijpt de keuze van de regering om de rechter meer bevoegdheden te geven. Zij wijst er echter tegelijkertijd op dat de achtergrond en overwegingen bij deze keuze in de toelichting tot uitdrukking moeten komen. Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen over de terugkeergarantie en de uiterlijke termijn van overlevering. Ook stelt de Afdeling vragen over de waarborgen die gelden voor het opleggen van vrijheidsbeperkende maatregelen als de vrijheidsbeneming in afwachting van de overlevering eindigt.

Ten behoeve van een correcte omzetting van het Kaderbesluit racisme en vreemdelingenhaat wordt een expliciete strafbaarstelling voorgesteld van het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven. De Afdeling adviseert deze strafbaarstelling in de toelichting te toetsen aan de

Grondwet en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Daarnaast adviseert zij de strafbaarstelling van het ontkennen of bagatelliseren van bedoelde misdrijven te beperken tot enkel die misdrijven die onherroepelijk door een nationaal of internationaal gerecht zijn vastgesteld.

In verband met deze opmerkingen is aanpassing van het wetsvoorstel en de toelichting wenselijk.

1. Overleveringswet

a. Inleiding

De Overleveringswet bevat de regels voor de overlevering van personen door de justitiële autoriteiten tussen lidstaten van de Europese Unie. Overlevering vindt plaats ten behoeve van een tegen die persoon gericht strafrechtelijk onderzoek of ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een hem opgelegde vrijheidsbenemende straf of maatregel in de betreffende lidstaat. De Overleveringswet is de implementatie van het Kaderbesluit 2002/584/JBZ.²

Aanleiding voor de voorgestelde wijzigingen van de Overleveringswet is gelegen in twee ingebrekestellingen die de Nederlandse regering heeft ontvangen van de Europese Commissie. Deze ingebrekestellingen zien op een niet-correcte implementatie van Kaderbesluit 2002/584/JBZ inzake het Europees aanhoudingsbevel (EAB) (Kaderbesluit EAB) en de Richtlijn inzake het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures.³ Enkele wijzigingen zijn daarnaast het gevolg van ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie. De Afdeling maakt hierbij een algemene opmerking en heeft tevens opmerkingen bij twee specifieke voorgestelde wijzigingen.

b. Bevoegdheidstoedeling

De afgelopen jaren is er discussie geweest over de vraag wie welke bevoegdheden heeft ten aanzien van de overlevering. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) moet het begrip «uitvaardigende rechterlijke autoriteit» in de zin van artikel 6, eerste lid, Kaderbesluit EAB zo worden uitgelegd dat het geen betrekking heeft op de openbare ministeries van een lidstaat waarbij de uitvoerende macht, zoals een Minister, in individuele gevallen rechtstreeks of indirect aan kan sturen of instructies kan geven in het kader van de vaststelling van een besluit over de uitvaardiging van een Europees aanhoudingsbevel.⁴ Een overeenkomstige uitleg geeft het Hof van Justitie voor het begrip «uitvoerende rechterlijke autoriteit».⁵ Volgens de Europese Commissie voldoen de Nederlandse officieren van justitie hier niet aan. Zij kunnen daarom geen uitvoerende rechtelijke autoriteit zijn in de zin van het Kaderbesluit. Om die reden moet de Overleveringswet worden aangepast.

² Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PbEG 2002, L 190, p. 1).

³ Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (PbEU 2013, L 21, p. 30).

⁴ HvJEU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU (OG en PI), ECLI:EU:C:2019:456.

⁵ In HvJEU 24 november 2020, C-510/19 (AZ), ECLI:EU:C:2020:953, heeft het hof bepaald dat dat begrip zo moet worden uitgelegd dat het gaat om autoriteiten van een lidstaat die onafhankelijk handelen in de uitoefening van de taken die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel.

Naar aanleiding van voornoemde jurisprudentie heeft de Minister van Justitie en Veiligheid aan het WODC opdracht gegeven tot het uitvoeren van een onderzoek naar de rol en positie van het Nederlands openbaar ministerie in het kader van de strafrechtelijke samenwerking.⁶ In dat onderzoek worden enkele oplossingsrichtingen verkend met betrekking tot de rol en de positie van het openbaar ministerie. Die oplossingen variëren van het overhevelen van de taken van de officier van justitie in de Overleveringswet naar de rechter tot het veranderen van de positie van de officier van justitie ten opzichte van de Minister van Justitie en Veiligheid.

In het wetsvoorstel is gekozen voor de eerste optie en worden diverse bevoegdheden van de officier van justitie overgeheveld naar de rechtbank Amsterdam.⁷ In enkele gevallen is dit al gebeurd bij een eerdere herimplementatie van onderdelen van het Kaderbesluit.⁸ Uit de toelichting blijkt echter niet welke overwegingen bij deze keuze een rol hebben gespeeld.

De Afdeling begrijpt de gekozen bevoegdheidsverdeling, maar vindt het voor de kwaliteit van de wetgeving van belang dat de achtergrond en overwegingen bij deze keuze in de toelichting een plek krijgen. Zij adviseert de toelichting aan te passen en hierin ook aandacht te besteden aan de uitkomsten van het WODC-rapport.

b. Bevoegdheidstoedeling

Het advies van de Afdeling is opgevolgd. Naar aanleiding hiervan is in paragraaf 2 van de memorie van toelichting nader ingegaan op de achtergrond en overwegingen van de keuze om ook in dit wetsvoorstel tot herimplementatie bevoegdheden van de officier van justitie over te hevelen naar de rechtbank Amsterdam. De conclusie van de onderzoekers van het WODC-rapport waar de Afdeling op doelt, het rapport «De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht. Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken»⁹, dat dit de meest duurzame optie is, heeft een doorslaggevende rol gespeeld bij die keuze en deze en andere bevindingen van de onderzoekers worden in de toelichting besproken.

c. Terugkeergarantie

Op grond van het huidige artikel 6, eerste lid, van de Overleveringswet kan de overlevering van een Nederlander, ten behoeve van een tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek, slechts worden toegestaan onder de voorwaarde dat hij zijn straf in Nederland mag ondergaan indien hij wordt veroordeeld tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Met de voorgestelde wijziging wordt deze terugkeergarantie een facultatieve mogelijkheid.¹⁰

⁶ J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns en J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht*, WODC 30 september 2021.

⁷ Het gaat om de onderdelen K, M, N, BB en FF.

⁸ In 2019 en 2021 is de Overleveringswet reeds gewijzigd n.a.v. deze jurisprudentie, maar daarmee is volgens de Europese Commissie nog niet volledig voldaan aan de voorwaarden uit het Kaderbesluit.

⁹ J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns en J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht. Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken*, WODC 2021

¹⁰ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, onder B

De internationale rechtshulpkamer van de rechtbank Amsterdam legt de huidige regeling reeds op die manier uit. Het verbinden van een terugkeergarantie aan de overlevering mag naar aanleiding het voorstel uitsluitend plaatsvinden op basis van de vraag of het ondergaan van de straf in Nederland zal bijdragen aan de maatschappelijke re-integratie van de verdachte. Andere overwegingen mogen geen rol spelen.¹¹

Het voorstel beperkt daarmee de beoordelingsruimte van de rechter met betrekking tot de weging of een terugkeergarantie kan worden verbonden aan de overlevering, ten opzichte van de huidige beoordelingsruimte. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet dat de praktijk hiertoe aanleiding geeft. Het Kaderbesluit noopt hier ook niet toe.

De Afdeling wijst er op dat er mogelijk andere relevante overwegingen kunnen zijn om al dan niet een terugkeergarantie te verbinden aan de overlevering. Te denken valt aan familiebanden of passender detentieomstandigheden. Het is op basis van het voorstel onvoldoende duidelijk of dergelijke overwegingen kunnen worden geschaard onder maatschappelijke re-integratie. Met de voorgestelde beperkte toetsingsmogelijkheid heeft de rechter minder mogelijkheden tot het verrichten van maatwerk.

De Raad voor de rechtspraak heeft bovendien terecht opgemerkt dat de voorgestelde inperking zich niet goed verhoudt tot de voorgestelde wijziging van artikel 6a Overleveringswet.¹² Dat artikel ziet op overlevering ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf. De rechtbank toetst ook in dat kader of de overlevering zal bijdragen aan de maatschappelijke re-integratie van de opgeëiste persoon. De toetsing is daartoe echter niet beperkt. De toelichting gaat niet in op de verhouding tussen beide artikelen.

In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling de keuze voor de inperking van de beoordelingsmogelijkheid van de rechter nader te motiveren in de toelichting en anders het wetsvoorstel aan te passen.

c. Terugkeergarantie

Het advies van de Afdeling is opgevolgd. Het voorgestelde artikel 6 is aangepast in die zin dat de rechtbank bij de beoordeling om al dan niet de voorwaarde te stellen dat de opgeëiste persoon zijn straf in Nederland mag ondergaan niet «uitsluitend», maar «in het bijzonder» betreft of het ondergaan van de straf in Nederland zal bijdragen aan diens maatschappelijke re-integratie. In de memorie van toelichting is daarnaast verduidelijkt dat de verwezenlijking van het doel van het verhogen van de kansen op sociale re-integratie in beginsel leidend is bij het oordeel over het al dan niet eisen van een terugkeergarantie, maar dat de rechtbank daarbij ook andere overwegingen kan betrekken, waaronder de door de Afdeling genoemde familiebanden of passender behandelmethoden in detentie (zie onderdeel B van artikel I van de artikelsgewijze toelichting).

d. Termijn voor overlevering

Artikel 35 van de Overleveringswet bevat de termijnen waarbinnen de feitelijke overlevering dient plaats te vinden. Het voorgestelde tweede lid bepaalt dat de termijn voor feitelijke overlevering telkens met ten hoogste dertig dagen kan worden verlengd indien feitelijke overlevering wegens omstandigheden buiten de macht van enige lidstaat niet binnen die termijn kan plaatsvinden. Voorwaarde is dat een nieuwe datum wordt

¹¹ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, onder B.

¹² Consultatiereactie Raad voor de rechtspraak.

overeengekomen met de uitvaardigende lidstaat die valt binnen de te verlengen termijn van dertig dagen.

Het wetsvoorstel bevat echter een uitzonderingsmogelijkheid op basis waarvan het overeenkomen van een nieuwe overleveringsdatum achterwege kan worden gelaten. Dat is mogelijk als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de feitelijke overlevering niet kan plaatsvinden, gelet op het voortduren van de genoemde omstandigheden. Ter illustratie wordt in de toelichting gewezen op de omstandigheden van oorlog in de uitvaardigende lidstaat, een besmettelijke epidemie of natuurgeweld.¹³

Deze bepaling is de implementatie van artikel 23, derde lid, van het Kaderbesluit EAB. Anders dan in geval van opschorting wegens ernstige humanitaire redenen,¹⁴ geeft het artikel echter niet de ruimte tot de voorgestelde uitzonderingsmogelijkheid waarbij het vaststellen van een nieuwe datum achterwege wordt gelaten. Dit ligt temeer niet in de rede gelet op de bedoeling van het Kaderbesluit dat overlevering zo spoedig mogelijk plaatsvindt. Zo heeft het Hof van Justitie ten aanzien van artikel 23, vierde lid, van het Kaderbesluit EAB overwogen dat het uitstellen van de overlevering voor langere of zelfs onbepaalde tijd in strijd zou zijn met de tekst en opzet van dat artikel.¹⁵

Het ontbreken van een verplichting tot het overeenkomen van een overleveringsdatum in artikel 35 van de Overleveringswet kan ertoe leiden dat een opgeëist persoon voor lange tijd in overleveringsdetentie zit zonder zicht op een feitelijke overlevering. Hoewel de verlenging van die vrijheidsbeneming elke dertig dagen wordt getoetst door de rechter,¹⁶ ontbreekt het de opgeëiste persoon gedurende deze periode aan duidelijkheid over de maximale lengte van de overleveringsdetentie. Dit is onwenselijk en niet in lijn met artikel 23 Kaderbesluit en de Europese jurisprudentie.

De Afdeling adviseert dit onderdeel van het wetsvoorstel in lijn te brengen met het bepaalde in artikel 23, derde lid, van het Kaderbesluit EAB door de verplichting op te nemen dat een nieuwe datum voor overlevering moet worden overeengekomen.

d. Termijn voor overlevering

Het advies van de Afdeling is opgevolgd. De regering volgt de redenering van de Afdeling en de eerder voorgestelde mogelijkheid om bij wijze van uitzondering geen nieuwe overleveringsdatum overeen te komen in situaties van voortdurende overmacht is uit artikel 35, tweede lid, geschrapt.

e. Vrijheidsbeperkende maatregelen

Indien de termijnen uit het eerste tot en met het derde lid van artikel 35 van de Overleveringswet zijn verstreken en de opgeëiste persoon nog niet is overgeleverd, wordt de vrijheidsbeneming van die opgeëiste persoon beëindigd. De regering stelt voor dat aan het beëindigen van die vrijheidsbeneming door de rechtbank vrijheidsbeperkende maatregelen kunnen worden verbonden. Ter motivering wordt in de toelichting verwezen naar een arrest van het Hof van Justitie, waaruit volgt dat een

¹³ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, onder S.

¹⁴ Artikel 23, vierde lid, Kaderbesluit 2002/584/JBZ en artikel 35, derde lid, Overleveringswet (nieuw).

¹⁵ HvJEU 18 april 2023, C-699/21 (EDL), ECLI:EU:C:2023:295, punt 51.

¹⁶ Artikel 35, tweede lid (nieuw), jo. artikel 34, tweede lid, onder b, Overleveringswet.

lidstaat alle maatregelen moet treffen die hij noodzakelijk acht om de vlucht van die persoon te voorkomen.¹⁷ Volgens het Hof mogen die maatregelen niet zien op vrijheidsbeneming.

De Afdeling wijst erop dat noch uit de voorgestelde wijziging van artikel 35, vierde lid, Overleveringswet, noch uit de toelichting blijkt welke vrijheidsbeperkende maatregelen kunnen worden opgelegd. Vrijheidsbeperkende maatregelen grijpen echter per definitie in op de grondrechten van burgers, zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat wordt beschermd in artikel 10 van de Grondwet, artikel 7 van het Handvest en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Daarvoor is een expliciete wettelijke grondslag vereist zodat het voor eenieder duidelijk is welke maatregelen kunnen worden opgelegd (lex certa-beginsel). Ook moet de noodzaak, de proportionaliteit en subsidiariteit van dergelijke maatregelen in de toelichting behandeld worden.

Voor een inbreuk op grondrechten geldt bovendien dat voldoende procedurele waarborgen moeten worden aangebracht zodat de betrokkene tegen de inbreuk kan opkomen. Dit volgt onder andere uit artikel 47 Handvest en artikel 13 EVRM. Het is echter onduidelijk hoe de procedure van het opleggen van de vrijheidsbeperkende maatregelen vorm krijgt en of de rechtsbescherming in dat geval voldoende gewaarborgd zal zijn.

De Afdeling adviseert in de Overleveringswet te expliciteren welke vrijheidsbeperkende maatregelen kunnen worden opgelegd. In de toelichting dienen deze vrijheidsbeperkende maatregelen vervolgens getoetst te worden aan de relevante grondrechten. Daarbij adviseert de Afdeling in te gaan op de procedurele waarborgen die voor het opleggen van dergelijke maatregelen zullen gelden. Indien noodzakelijk adviseert de Afdeling deze procedures eveneens in de Overleveringswet op te nemen.

e. Vrijheidsbeperkende maatregelen

Het advies van de Afdeling is opgevolgd. De vrijheidsbeperkende voorwaarden die na de verplichte beëindiging van de overleveringsdiententie als gevolg van overschrijding van een termijn kunnen worden opgelegd, zijn opgenomen in het vierde lid van artikel 35. Dit zijn het locatiegebod, de meldplicht, een beperking van het recht om Nederland te verlaten en, als restcategorie, «andere vrijheidsbeperkende voorwaarden die strekken ter voorkoming van vlucht». Een nieuw vijfde lid vormt bovendien de wettelijke grondslag voor het kunnen verbinden van elektronisch toezicht aan deze voorwaarden.

Verder is in het vierde lid ook de procedure verduidelijkt: na overschrijding van de termijn is het de rechtbank die, op vordering van de officier van justitie, de genoemde voorwaarden kan stellen. Echter, de rechtbank kan dat laatste niet doen zonder dat de opgeëiste persoon in de gelegenheid is gesteld om hierover gehoord te worden. Deze bepaling bevat daarmee een belangrijke processuele waarborg.

In de memorie van toelichting zijn deze vrijheidsbeperkende voorwaarden nader toegelicht en getoetst aan de relevante grondrechten, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 7 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie) en het recht op vrijheid van verkeer en van verblijf uit artikel 45 van het Handvest. Bij deze bespreking wordt eveneens aandacht besteed aan de verschillende waarborgen en de

¹⁷ HvJEU 28 april 2022, C-804/21 PPU (C en CD, Obstacles juridiques à l'exécution d'une décision de remise), ECLI:EU:C:2022:307, punt 75.

eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit (zie onderdeel S, onder het kopje «artikel 35, vierde, vijfde en zesde lid», van artikel I van het artikelsgewijs deel).

Van de gelegenheid is tot slot gebruik gemaakt om een nieuw zesde lid toe te voegen, dat voor de officier van justitie de plicht bevat om de uitvaardigende justitiële autoriteit onverwijld in kennis te stellen van een verplichte invrijheidstelling en de daarbij gestelde voorwaarden.

2. Strafbaarstelling van het vergoelijken, ontkennen of bagatelliseren van internationale misdrijven

a. Inleiding

Onderdeel van het wetsvoorstel is de strafbaarstelling van het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden. Met deze strafbaarstelling wordt uitvoering gegeven aan het Kaderbesluit 2008/913/JBZ over racisme en vreemdelingenhaat.¹⁸ De directe aanleiding voor deze wetswijziging is de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie op 9 juni 2021 wegens het nalaten van de omzetting van artikel 1, eerste lid onder c en d van dit kaderbesluit.

Met het wetsvoorstel wordt een nieuw lid toegevoegd aan artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht, waarin groepsbelediging strafbaar is gesteld.¹⁹ Van groepsbelediging is sprake als iemand zich in het openbaar mondeling, schriftelijk of met een afbeelding opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen vanwege onder andere hun ras, godsdienst of levensbeschouwing. De voorgestelde wetswijziging verduidelijkt dat hiervan ook sprake is als de groepsbelediging plaatsvindt door het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden in de zin van de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof of in de zin van artikel 6 van het Handvest van het Internationale Militaire Tribunaal, gehecht aan het Verdrag van Londen van 8 augustus 1945 omschreven misdrijven (hierna kortweg aangeduid als «internationale misdrijven»).

b. Grondrechten

De strafbaarstelling van het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van internationale misdrijven gaat in essentie over de vraag hoe ver de vrijheid van meningsuiting in een vrije, democratische samenleving reikt. Dit grondrecht wordt beschermd in artikel 7 van de Grondwet, artikel 11 van het Handvest en artikel 10 EVRM.²⁰ Dit grondrecht is echter niet onbegrensd. De Grondwet, het Handvest en het EVRM laten onder voorwaarden beperkingen van dit grondrecht toe. In de toelichting wordt enkel getoetst aan het EVRM.

In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de bescherming van de vrijheid van meningsuiting in artikel 7 van de Grondwet. Artikel 7, eerste en derde lid, van de Grondwet verbiedt voorafgaand verlof

¹⁸ Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht (PbEU 2008, L 328, p. 55).

¹⁹ Het eerste lid van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht.

²⁰ Zie ook artikel 19 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

(censuur) wegens de inhoud van de uiting.²¹ Het artikel geeft echter ook de mogelijkheid om achteraf, na het doen van de uiting, beperkingen te stellen. De grondslag hiervoor is gelegen in de clausule «behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet» in het eerste en derde lid van artikel 7 van de Grondwet. Deze grondslag houdt echter niet alleen in dat beperkingen moeten worden vastgelegd in een wet in formele zin die voldoende duidelijkheid en afbakening biedt. Het betekent ook dat de beperkingen moeten voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en dat de uitingsvrijheid in de kern niet wordt aangetast.

Aangezien het wetsvoorstel de implementatie van een Europees Kaderbesluit beoogt, is ook het Handvest van toepassing. Het Handvest wordt in de toelichting genoemd, maar hier wordt verder niet aan getoetst. De vrijheid van meningsuiting, als beschermd in artikel 11 van het Handvest, kan worden beperkt als wordt voldaan aan de eisen in artikel 52 van het Handvest. Dat wil zeggen dat deze beperking een wettelijke grondslag kent, de wezenlijke inhoud van het recht wordt geëerbiedigd en voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. De inhoud en reikwijdte van de grondrechten in het Handvest komen in beginsel overeen met die in het EVRM. Er zijn vooralsnog geen aanwijzingen dat het Handvest met betrekking tot de voorgestelde strafbaarstelling meer bescherming dan het EVRM biedt.

Ondanks dat de voorgestelde strafbaarstelling in het verlengde ligt van een bestaande strafbaarstelling, acht de Afdeling het, vanwege het fundamentele karakter van het wetsvoorstel, van belang dat in de toelichting niet alleen aan het EVRM, maar ook aan artikel 7 van de Grondwet en artikel 11 van het Handvest wordt getoetst. De Afdeling adviseert de toelichting in deze zin aan te vullen.

b. Grondrechten

Naar aanleiding van het advies om in de memorie van toelichting ook uitdrukkelijk in te gaan op de wijze waarop de voorgestelde strafbaarstelling zich verhoudt tot de vrijheid van meningsuiting als gewaarborgd in artikel 7, eerste en derde lid, van de Grondwet en artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, is de memorie van toelichting op dit punt aangevuld (zie onderdeel A van artikel III van het artikelsgewijs deel).

c. Genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven

De voorgestelde strafbaarstelling roept de vraag op in hoeverre de strafrechter zich moet uitlaten over de historische gebeurtenissen en de kwalificatie daarvan om tot een bewezenverklaring te komen. In de toelichting wordt voorop gesteld dat het strafproces niet bedoeld is voor het beslechten van het debat over historische gebeurtenissen. Het stellen van de eis dat in het strafproces over de groepsbelediging moet worden bewezen dat het internationale misdrijf daadwerkelijk is begaan, zou volgens de toelichting de procesgang dan ook onevenredig belasten.²²

²¹ Zie HR 7 november 1892, W 6259; Kamerstukken II 1975/76, 24 872, nr. 3, p. 18 en Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 26. Zie ook B.P. Vermeulen, «Commentaar op artikel 7 van de Grondwet», in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2019 (www.nederlandrechtsstaat.nl), A. Nieuwenhuis, «Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlof», NTMINJCM-Bull. jrg. 36, nr. 1 (2011) en G.A.I. Schuijt, «Het censuurverbod in de Nederlandse Grondwet en de rechtspraak», in: A. Berenboom e.a., Censures/Censuur, Brussel 2003.

²² Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel III, onderdeel A.

De Afdeling vult op dit punt aan dat er uiteraard wel andere mogelijkheden zijn om aan een rechter de vraag voor te leggen of internationale misdrijven zijn gepleegd. Daarbij kan gedacht worden aan de vervolging van personen wegens het plegen van internationale misdrijven bij de Nederlandse strafrechter, bij het Internationaal Strafhof of bij internationale tribunalen. In die zaken is het proces erop gericht om vast te stellen of internationale misdrijven zijn gepleegd. Bij de vervolging wegens groepsbelediging staat deze vraag echter niet voorop. Het gaat dan immers om de vraag of de gedragingen en intentie van de verdachte zodanig waren dat hij of zij zich schuldig heeft gemaakt aan een vorm van groepsbelediging.

Voorkomen moet worden dat het oordeel van deze strafrechter botst met dat van het gerecht dat oordeelt in een geding waarin de kernvraag is of internationale misdrijven zijn gepleegd. Met betrekking tot zaken over groepsbelediging deelt de Afdeling de opvatting van de regering dat het onwenselijk is dat de rechter een kwalificatie moet geven aan historische gebeurtenissen die maatschappelijk en politiek zeer gevoelig kunnen liggen.

Om te voorkomen dat de strafzaak over het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van internationale misdrijven wordt gebruikt om historische debatten te beslechten, mag volgens de toelichting worden uitgegaan van «algemene opvattingen» die een «objectieve basis» hebben. Hiervan kan volgens de toelichting sprake zijn als hierover consensus is onder wetenschappers. Ook wordt genoemd dat van een algemene opvatting over een internationaal misdrijf kan blijken uit de uitspraak van een nationale rechter of een internationaal gerecht.²³ Het bestaan van een algemene opvatting kan door de officier van justitie worden meegewogen bij de vraag of vervolging haalbaar en wenselijk is.²⁴

Wanneer de officier van justitie meent dat een algemene opvatting bestaat over het internationale misdrijf en vervolging instelt, kan volgens de toelichting de rechter de gebeurtenissen omtrent het betreffende internationale misdrijf aanmerken als een «feit of omstandigheid van algemene bekendheid».²⁵ Zo'n feit of omstandigheid hoeft niet te worden bewezen om tot een veroordeling te komen.²⁶

Sommige gebeurtenissen, zoals de Holocaust of de genocide in Srebrenica, kunnen inderdaad als feiten van algemene bekendheid worden beschouwd. Dit laat echter onverlet dat bij andere gebeurtenissen discussie kan bestaan over de vraag of sprake is van een internationaal misdrijf zoals bedoeld in de voorgestelde strafbaarstelling. Met het oog hierop lijkt het bijna onvermijdelijk dat de strafrechter in sommige zaken over de voorgestelde strafbaarstelling in een debat terecht komt over de vraag of dergelijke gebeurtenissen als internationaal misdrijf kunnen worden gekwalificeerd als de wet hieraan geen beperkingen stelt. In andere landen is daarom wel gekozen om enkel de vergoelijking, ontkenning en bagatellisering van genoemde internationale

²³ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel III, onderdeel A.

²⁴ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel III, onderdeel A. Als de officier van justitie meent dat hierover geen algemene opvatting bestaat en dus afziet van vervolging, kan deze vraag alsnog worden voorgelegd aan het gerechtshof als de belanghebbende zich beklagt over het uitblijven van de vervolging ingevolge artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering.

²⁵ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel III, onderdeel A.

²⁶ Artikel 339, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering.

*misdriven strafbaar te stellen als deze misdrijven door een nationaal of internationaal gerecht zijn vastgesteld.*²⁷

*Het vierde lid van artikel 1 van het Kaderbesluit laat hiertoe ook de ruimte ten aanzien van het ontkennen en het verregaand bagatelliseren van de in het Kaderbesluit genoemde misdrijven die «het voorwerp zijn van een eindbeslissing van een nationaal gerecht van die lidstaat en/of van een internationaal gerecht». Omdat vergoelijken niet wordt genoemd in dit lid, meent de regering echter dat hieraan niet deze beperking kan worden gesteld. Om geen onderscheid te maken tussen vergoelijken enerzijds en ontkennen en bagatelliseren anderzijds, wordt ervoor gekozen om deze beperking helemaal niet te stellen.*²⁸

De argumentatie in de toelichting om dit onderscheid niet te maken, is niet overtuigend. De vraag of en op welke wijze internationale misdrijven hebben plaatsgevonden, komt in beginsel alleen voor in zaken over het ontkennen of bagatelliseren van dergelijke misdrijven. Bij vergoelijking wordt het misdrijf als zodanig niet ontkend, maar wordt dit gerechtvaardigd of goedgepraat. Kennelijk deelt de verdachte dan de opvatting dat het internationale misdrijf heeft plaatsgevonden. De officier van justitie of de rechter wordt niet gevraagd hierover een oordeel te vormen. Het is dus begrijpelijk en logisch dat het vierde lid van artikel 1 van het Kaderbesluit enkel gaat over het ontkennen of verregaand bagatelliseren van de in het Kaderbesluit genoemde misdrijven.

Bij het ontkennen of bagatelliseren van internationale misdrijven heeft het wel een meerwaarde om de reikwijdte van de strafbepaling te beperken tot internationale misdrijven die door een nationaal, in dit geval Nederlands, of internationaal gerecht onherroepelijk zijn vastgesteld. Daarmee kan worden vermeden dat de officier van justitie of de rechter in een debat geraakt over de kwalificatie van historische gebeurtenissen als internationaal misdrijf terwijl in de strafzaak deze vraag niet voorop staat. Er is dus een goede reden om een onderscheid te maken tussen vergoelijken enerzijds en ontkennen en bagatelliseren anderzijds.

Wanneer aan het ontkennen en bagatelliseren van internationale misdrijven de beperking wordt gesteld dat deze misdrijven door een Nederlands of internationaal gerecht onherroepelijk moeten zijn vastgesteld, betekent dat niet dat bij gebreke van een dergelijke gerechtelijke vaststelling deze gedragingen zonder strafrechtelijke reactie hoeven te blijven. Deze gedragingen kunnen immers nog steeds vallen onder groepsbelediging in de zin van het eerste lid van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht of andere uitingsdelicten.

Hoewel hier wellicht niet dezelfde erkenning of symbolische betekenis van uitgaat als een veroordeling volgens het thans voorgestelde derde lid van dit artikel, kan de verdachte in een dergelijk geval toch bestraft worden. Het voorgestelde derde lid verduidelijkt immers voornamelijk wat nu al strafbaar is onder de generiek omschreven delicten van artikel 137c tot en met 137e van het Wetboek van Strafrecht.

Ten aanzien van het ontkennen of verregaand bagatelliseren van internationale misdrijven adviseert de Afdeling in het derde lid van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht te bepalen dat dit gedrag

²⁷ Openbaar Ministerie, Advies herimplementatie Europees Strafrecht, 28 december 2022. Zie ook European Parliamentary Research Service, Holocaust denial in criminal law, Briefing Legal frameworks in selected EU Member States, januari 2022.

²⁸ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op Artikel III, onderdeel A.

enkel strafbaar is als een Nederlands of internationaal gerecht deze internationale misdrijven onherroepelijk heeft vastgesteld.

c. Genocide, misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven

Met de regering deelt de Afdeling de opvatting dat – anders dan bij vervolging van personen wegens het begaan van internationale misdrijven – in strafzaken over groepsbelediging het proces niet erop is gericht om vast te stellen of het internationale misdrijf waarop de ten laste gelegde uitlating betrekking heeft, daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, en dat voorkomen moet worden dat in strafzaken over groepsbelediging hierover debat ontstaat. De Afdeling constateert dat de vraag of en op welke wijze internationale misdrijven hebben plaatsgevonden, zich in beginsel alleen voordoet in zaken over het ontkennen of bagatelliseren van dergelijke misdrijven. Bij vergoelijking wordt het internationale misdrijf als zodanig niet ontkend, maar wordt dit goedgepraat. De Afdeling concludeert dat er dus een goede reden is om een onderscheid te maken tussen vergoelijken enerzijds en ontkennen en bagatelliseren anderzijds.

Tegen die achtergrond adviseert de Afdeling om ten aanzien van het ontkennen of verregaand bagatelliseren van de internationale misdrijven die in de voorgestelde strafbaarstelling zijn genoemd de ruimte die het vierde lid van artikel 1 van het kaderbesluit hiertoe laat te benutten, door te bepalen dat deze gedragingen enkel strafbaar zijn als een Nederlands of internationaal gerecht deze internationale misdrijven onherroepelijk heeft vastgesteld.

Dit advies heeft geleid tot heroverweging van de aanvankelijke keuze om de drie uitlatingen (vergoelijken, ontkennen en verregaand bagatelliseren) uniform te benaderen, door telkens te eisen dat de desbetreffende uitlating betrekking heeft op een internationaal misdrijf dat als een feit van algemene bekendheid kan worden aangemerkt. De voorgestelde strafbaarstelling is in lijn met het advies aangepast. Anders dan de Afdeling is de regering evenwel van oordeel dat het dan niet in de rede ligt dat het ontkennen of verregaand bagatelliseren van een gebeurtenis ten aanzien waarvan niet onherroepelijk gerechtelijk is vastgesteld dat deze kwalificeert als een internationaal misdrijf, wel onder het bereik van de algemene strafbaarstelling van groepsbelediging kan vallen (artikel 137c, eerste lid, Sr). Ook in het kader van die algemene strafbaarstelling geldt immers dat het proces niet is gericht op de vaststelling of het internationale misdrijf waarop de ten laste gelegde uitlating betrekking heeft, daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Daarom is in de memorie van toelichting tot uitdrukking gebracht dat is beoogd dat tussen de algemene strafbaarstelling van groepsbelediging (eerste lid) en de bijzondere strafbaarstelling van specifieke vormen van groepsbelediging (voorgesteld tweede lid) een specialiteitsverhouding zal bestaan. Die bijzondere rechtsverhouding brengt mee dat het vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van de nader aangeduide internationale misdrijven alleen langs de weg van de bijzondere strafbepaling een vorm van groepsbelediging kan opleveren; op deze specifieke uitlatingen is de algemene strafbepaling niet van toepassing (zie onderdeel A van artikel III van het artikelsgewijs deel). Vanwege deze keuze wordt de voorgestelde strafbaarstelling – onder vernummering van het tweede lid, waarin strafverzwarende omstandigheden zijn opgenomen, tot derde lid – nu neergelegd in het tweede lid van artikel 137c Sr.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel nog een inhoudelijke verbetering aan te brengen. In de voorgestelde delictomschrijving is verduidelijkt dat de specifieke strafbaarstelling van deze

vormen van groepsbelediging zich ook kan uitstrekken tot uitlatingen die betrekking hebben op feiten als omschreven in de artikelen 3 (genocide), 4 (misdrijven tegen de menselijkheid), 5, 6 en 7, tweede lid (oorlogsmisdrijven), 8 (foltering), 8a (gedwongen verdwijning) en 8b (agressie) van de Wet internationale misdrijven (hierna: WIM). Zowel nationaal als internationaal draagt Nederland uit dat voor deze internationale misdrijven in beginsel dezelfde uitgangspunten moeten gelden, bijvoorbeeld ten aanzien van de verjaringsregeling en het vestigen van rechtsmacht.²⁹ De reikwijdte van de voorgestelde bijzondere strafbepaling past bij dat uitgangspunt. Daarmee wordt voorzien in een ruimer beschermingsbereik dan waartoe de kaderbesluitbepalingen – die zich beperken tot uitlatingen over genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden in de zin van de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof – verplichten. Dat is toegestaan.

Tot slot is van de gelegenheid ook nog gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel enkele wetstechnische en redactionele verbeteringen aan te brengen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge u hierbij, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming verzoeken het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
D. Yeşilgöz-Zegerius

²⁹ Kamerstukken II 2023/24, 36 410 V, nr. 13.