
Vergaderjaar 2003–2004

29 451

Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 1 maart 2004

Hierbij zend ik u een notitie over het vereiste van dubbele strafbaarheid in relatie tot internationale strafrechtelijke samenwerking en rechtsmacht. Deze notitie is toegezegd door mijn ambtsvoorganger bij gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel inzake partiële wijziging zedelijkheidswetgeving (Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, blz. 23).

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht (internationale strafrechtelijke samenwerking en rechtsmacht)

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

In deze notitie wordt ingegaan op het vereiste van dubbele strafbaarheid in de Nederlandse strafwetgeving en de recente ontwikkelingen daaromtrent.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid speelt een rol in de situatie waarin niet alleen de rechtsorde van Nederland, maar ook de rechtsorde van een vreemde staat in het geding is. Het vereiste houdt kort gezegd in dat voor bepaalde vormen van Nederlands justitieel optreden is vereist, dat dit optreden betrekking heeft op een feit dat zowel naar Nederlands recht als naar het recht van de betrokken vreemde staat strafbaar is. Het vereiste geldt ten aanzien van twee te onderscheiden gebieden, namelijk internationale strafrechtelijke samenwerking en rechtsmacht.

Aanleiding voor de notitie zijn de ontwikkelingen die zich ten aanzien van het vereiste van dubbele strafbaarheid internationaal en in nationaal verband voordoen.

Zo staat in Europa sinds enige tijd de vraag ter discussie of het vereiste van dubbele strafbaarheid nog wel verenigbaar is met de beoogde intensieve strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten, welke plaats dient te vinden op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Op nationaal niveau is over het beginsel discussie gevoerd onder andere bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake partiële wijziging zedelijkheidswetgeving¹. Ter discussie stond de vraag of Nederlanders die in den vreemde een zedenmisdrijf met een minderjarige begaan, hier in Nederland daarvoor moeten kunnen worden vervolgd, ook indien dat misdrijf in het land waar het is gepleegd, niet strafbaar is. Bij gelegenheid van die kamerbehandeling heeft de toenmalige Minister van Justitie een notitie over dit beginsel toegezegd. Graag geef ik thans uitvoering aan deze toezegging. De notitie brengt de verschillende aspecten in kaart die aan het vereiste van dubbele strafbaarheid zijn verbonden, zowel ten aanzien van de strafrechtelijke samenwerking als ten aanzien van de rechtsmacht. Zij beoogt een richtsnoer te bieden bij de besluitvorming over de vraag of, en zo ja, in welke gevallen het vereiste van dubbele strafbaarheid kan worden losgelaten.

1.2 Twee verschijningsvormen

Het vereiste van de dubbele strafbaarheid kent in de Nederlandse wetgeving twee algemene verschijningsvormen. In de eerste verschijningsvorm is dubbele strafbaarheid een wettelijke of verdragsrechtelijke voorwaarde voor het verlenen van bepaalde vormen van rechtshulp aan een vreemde staat. Het vereiste houdt in dat Nederland voor het verlenen van bepaalde vormen van rechtshulp (uitlevering, tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen, kleine rechtshulp waarbij inzet van dwangmiddelen is vereist of overname van strafvervolging) dient na te gaan of het feit waarvoor de rechtshulp wordt gevraagd ook naar Nederlands recht strafbaar is. Geldt het vereiste en ontbreekt een Nederlandse strafbaarstelling dan is Nederland verplicht dan wel bevoegd de gevraagde rechtshulp te weigeren. Geldt het vereiste niet, dan is Nederland bij ontbreken van dubbele strafbaarheid in beginsel gehouden medewerking te verlenen, ervan uitgaande dat aan de overige toepasselijke vereisten is voldaan. In hoofdstuk 2 zal hierop nader worden ingegaan, in het bijzonder met betrekking tot de Europese strafrechtelijke samenwerking.

¹ Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 23.

In de tweede verschijningsvorm is dubbele strafbaarheid een wettelijke voorwaarde voor rechtsmacht van de Nederlandse strafwet over Nederlanders die in den vreemde een strafbaar feit hebben begaan. Het gaat daarbij om de vraag wanneer het Nederlandse openbaar ministerie kan vervolgen in het geval een Nederlander in het buitenland een strafbaar feit heeft begaan. Kort gezegd kan dit alleen – enkele uitzonderingen daargelaten – indien het feit waarvoor het openbaar ministerie die Nederlander in Nederland wil vervolgen, naar Nederlands recht een misdrijf is en in het land waar het begaan is een strafbaar feit oplevert. Dit is het vereiste van dubbele strafbaarheid zoals dat geldt bij het bepalen van de materiële rechtsmacht. Hierop zal nader worden ingegaan in hoofdstuk 3.

2. Het vereiste van dubbele strafbaarheid in internationale strafrechtelijke samenwerking, in het bijzonder in de Europese Unie

2.1 Strekking en grondslag van het vereiste van dubbele strafbaarheid bij strafrechtelijke samenwerking

Het vereiste van dubbele strafbaarheid in de internationale strafrechtelijke samenwerking strekt ertoe te voorkomen dat een staat dient mee te werken aan de handhaving van normen die in strijd worden geacht met de nationale rechtsopvatting of waarbij een strafsancie misplaatst wordt geacht¹. Het vereiste van de dubbele strafbaarheid zoals toegepast bij de internationale strafrechtelijke samenwerking is een uiting van het soevereiniteitsbeginsel dat geldt in het volkenrecht. De soevereiniteit van een staat brengt met zich mee dat een staat niet gedwongen kan worden ten faveure van een andere staat handelingen te verrichten die in strijd worden geacht met de eigen rechtsopvattingen. Ware dit laatste het geval, dan zou daarmee de soevereiniteit van die staat worden aangetast. De gelijkwaardigheid van twee soevereine staten heeft tot gevolg dat voor de strafrechtelijke samenwerking moet worden nagegaan of het feit waarop de samenwerking betrekking heeft zowel naar het recht van verzoekende staat als naar het recht van de aangezochte staat strafbaar is.

Naast de betekenis van de dubbele strafbaarheid in het interstatelijke verkeer heeft het vereiste ook betekenis op nationaal niveau jegens de burgers. Het beginsel biedt een waarborg dat de overheid alleen repressief zal kunnen optreden indien de aanleiding daartoe is gelegen in handelen dat op basis van de nationale wetgeving van dat land (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. Deze waarborgfunctie sluit nauw aan bij het legaliteitsbeginsel dat zijn grondslag vindt in de rechtszekerheid van de burger.

2.2 De toepassing van het vereiste van dubbele strafbaarheid

Het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt voor verschillende vormen van strafrechtelijke samenwerking, maar is wellicht het meest bekend in het uitleveringsrecht. In artikel 5 van de Uitleveringswet wordt bepaald dat uitlevering slechts plaatsvindt indien het verzoek tot uitlevering betrekking heeft op een feit dat zowel naar het recht van de verzoekende staat als naar Nederlands recht strafbaar is en in beide landen kan worden bestraft met een vrijheidsstraf van tenminste een jaar.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt ook voor de overname van de tenuitvoerlegging van strafvonnissen. Artikel 3, eerste lid, onderdeel c, van de Wet overdacht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) bepaalt dat een buitenlandse sanctie slechts in Nederland ten uitvoer kan worden

¹ Memorie van toelichting bij Uitleveringswet, Kamerstukken II 1964/65, 8054, nr 3, blz 11.

gelegd indien de rechterlijke beslissing is gewezen ter zake van een feit dat naar Nederlands recht eveneens strafbaar is.

Voorts speelt het vereiste van dubbele strafbaarheid een rol in het kleine rechtshulpverkeer, dat wil zeggen bij verzoeken om rechtshulp als omschreven in artikel 552h, tweede lid, Wetboek van Strafvordering (Sv)¹. Op grond van artikel 552o, tweede lid, Sv geldt als eis voor inbeslagname van stukken van overtuiging op verzoek van een andere staat onder andere dat het feit in verband waarmee de rechtshulp wordt gevraagd aanleiding kan geven tot uitlevering aan de verzoekende staat. Zoals hierboven aangegeven geldt voor uitlevering het vereiste van dubbele strafbaarheid. Voor overige vormen van kleine rechtshulp kan het vereiste van dubbele strafbaarheid slechts worden ingeroepen voorzover het toepasselijke rechtshulpverdrag en de eventueel daarbij afgelegde verklaringen of gemaakte voorbehouden dit toelaten. Over het algemeen kan worden gesteld dat Nederland de eis van dubbele strafbaarheid stelt voor alle vormen van kleine rechtshulp waarvoor de inzet van dwangmiddelen in Nederland is vereist.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt ook bij de overname van strafvervolgning. Artikel 552y Sv bepaalt dat een verzoek tot overname van strafvervolgning aanstonds wordt afgewezen indien onmiddellijk kan worden vastgesteld dat het feit waarvoor de strafvervolgning wordt verzocht, naar Nederlands recht niet strafbaar is.

Tenslotte geldt het vereiste van dubbele strafbaarheid, zij het in beperkte mate, bij de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Dit betreft een nieuwe vorm van strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie. In de tot nu toe tot stand gekomen (ontwerp-)kaderbesluiten inzake wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen is het vereiste van dubbele strafbaarheid in beperkte vorm opgenomen. Daarin is bepaald dat voor een aantal op een lijst nader aangeduide delictsvormen niet meer mag worden getoetst aan het vereiste van dubbele strafbaarheid. Voor feiten die niet onder een van de op de lijst genoemde delictsvormen vallen, mag het vereiste van dubbele strafbaarheid nog wel worden ingeroepen.

Ten aanzien van de toetsing aan het vereiste van dubbele strafbaarheid in het concrete geval kan nog worden opgemerkt dat doorgaans sprake is van toetsing in abstracto. Dat wil zeggen dat alleen wordt nagegaan of de in de verzoekende staat strafbaar gestelde gedraging ook in Nederland onder een delictsoomschrijving kan worden gebracht of, anders gezegd, als een strafbare inbreuk op de Nederlandse rechtsorde kan worden aangemerkt. Voldoende is dus dat die buitenlandse strafbaarstelling in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de Nederlandse strafbaarstelling. Dat de kwalificatie van het strafbare feit bijvoorbeeld anders luidt dan in Nederland staat aan de dubbele strafbaarheid niet in de weg. De eventuele aanwezigheid van straf- of vervolgingsuitsluitingsgronden speelt bij toetsing in abstracto geen rol.

2.3 Europese strafrechtelijke samenwerking: wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen

¹ Als verzoeken om rechtshulp worden aange-merkt verzoeken tot het verrichten van handelingen van onderzoek of het verlenen van medewerking daaraan, het toezenden van documenten, dossiers of stukken van overtuiging, of het geven van inlichtingen, dan wel het betekenen of uitreiken van stukken of het doen van aanzeggingen of mededelingen aan derden.

In het Verdrag van Amsterdam is als doel van de EU omschreven de burgers in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid te verschaffen door onder andere de ontwikkeling van justitiële samenwerking in strafzaken (artikel 29 VEU). Aldus is de Europese strafrechtelijke samenwerking tot een van de terreinen van de Unie gaan behoren.

In 1999 heeft de Europese Raad in Tampere besloten het beginsel van

wederzijdse erkenning als hoeksteen van de justitiële samenwerking in strafzaken aan te merken. Vervolgens is een omvangrijk Programma van maatregelen ter uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen opgesteld¹. Onder strafrechtelijke beslissingen worden verstaan zowel strafvonnissen (definitieve beslissingen) als beslissingen van justitiële autoriteiten die daaraan voorafgaan, tijdens het voorbereidend onderzoek (bijv. beslissingen tot het verrichten van bepaalde onderzoekshandelingen). Inmiddels is het beginsel ook verankerd in de ontwerpgrondwet van de EU. In artikel III-171 is bepaald dat de justitiële samenwerking in strafzaken berust op het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke uitspraken en beslissingen (CONV 850/03).

Het is uiteindelijk de bedoeling – aldus de Commissie – dat de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen de traditionele wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten zal vervangen. De wederzijdse erkenning van definitieve strafrechtelijke beslissingen (vonnissen) zal in de plaats komen van de traditionele overname van de tenuitvoerlegging van strafvonnissen en de wederzijdse erkenning van strafvorderlijke beslissingen zal in de plaats komen van de zogenoemde kleine rechtshulp. Als nadelen van de traditionele wederzijdse rechtshulp worden wel genoemd het feit dat met de uitvoering van rechtshulpverzoeken vaak veel tijd gemoeid is, onder andere door het bestaan van soms langdurige exequaturprocedures en het feit dat de toepasselijke rechtshulpverdragen te veel discretionaire bevoegdheid laten bij de aangezochte staat, zodat deze – afhankelijk van het toepasselijke verdrag in meer of mindere mate – kan besluiten geen gevolg te geven aan een rechtshulpverzoek. Dit komt onder andere tot uitdrukking in de in de toepasselijke verdragen opgenomen weigeringsgronden. De Commissie wijst in dit verband vooral op de mogelijkheid rechtshulp te weigeren indien niet aan het vereiste van dubbele strafbaarheid is voldaan en de mogelijkheid rechtshulp te weigeren indien de gevraagde handelingen niet in overeenstemming zijn met de nationale regels van strafvordering van de aangezochte staat.

De wederzijdse erkenning beoogt de strafrechtelijke samenwerking sneller en efficiënter te maken. Het beginsel houdt in, aldus de Commissie, dat als in een lidstaat een bepaalde beslissing wordt genomen deze, voor zover zij grensoverschrijdende gevolgen heeft, automatisch in alle andere lidstaten wordt aanvaard en daar dezelfde of vergelijkbare rechtskracht heeft². Daarbij is niet relevant of de autoriteiten in die andere lidstaat op basis van het nationale recht tot eenzelfde of vergelijkbare beslissing hadden kunnen komen. Wederzijdse erkenning betekent dus dat ten behoeve van een effectieve strafrechtelijke samenwerking over verschillen in nationale regelgeving heen gestapt moet worden. Aldus vormt de wederzijdse erkenning een alternatief voor harmonisatie van wetgeving. Immers, de regelgeving van de lidstaten mag onderling van elkaar blijven verschillen, zolang deze verschillen maar niet aan een effectieve strafrechtelijke samenwerking in de weg staan.

Wederzijdse erkenning is een verdergaande vorm van strafrechtelijke samenwerking dan de traditionele wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Het impliceert de verplichting in beginsel een buitenlandse strafrechtelijke beslissing te erkennen en ten uitvoer te leggen. Uitzondering hierop kan alleen bestaan indien zich een weigeringsgrond voordoet. Deze weigeringsgronden zijn in verhouding tot de bestaande rechtshulpverdragen beperkt in aantal en omvang. Met wederzijdse erkenning wordt de verbintenis aangegaan tot het respecteren en uitvoeren van elkaanders beslissingen, mits de totstandkoming van deze beslissingen aan bepaalde minimumvereisten voldoet. Gaat het bij wederzijdse rechtshulp nog om de bereidheid elkaar bijstand te verlenen onder voorwaarden, waaronder

¹ PbEG C12, 15 januari 2001.

² Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake de wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen, 26 juli 2000, COM (2000) 495 definitief.

de voorwaarde dat geen strafvorderlijke inbreuk op rechten wordt gemaakt wanneer dit naar nationaal recht niet gelegitimeerd zou zijn, bij wederzijdse erkenning gaat men de verplichting aan tot het respecteren en uitvoeren van elkanders beslissingen, ook indien deze een andere uitkomst te zien geven dan het geval zou zijn, ware de beslissing volgens nationaal recht genomen. Deze verdergaande vorm van strafrechtelijke samenwerking wordt gerechtvaardigd en noodzakelijk geacht vanwege het feit dat de betrokken staten onderdeel uitmaken van de EU. In de EU zijn de binnengrenzen weggefallen, is het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tot stand gekomen, waardoor ook de criminaliteit onbekommerd de landsgrenzen van de lidstaten kan overschrijden. Het gaat hierbij niet alleen om strafbare feiten die grensoverschrijdend worden gepleegd (zoals bijvoorbeeld smokkel van wapens of verdovende middelen), maar ook om daders van een strafbaar feit die om aan vervolging of bestraffing te ontkomen naar een andere lidstaat uitwijken of om opbrengsten van misdrijven die ter voorkoming van confiscatie in het buitenland worden «veiliggesteld». Hierdoor ontstaat de noodzaak tot intensievere strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten.

Daarnaast kan meer in zijn algemeenheid worden gesteld dat het tot stand brengen van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid met zich meebrengt dat strafrechtelijke beslissingen, ongeacht in welk land ze zijn genomen, binnen die gehele Europese rechtsruimte in beginsel dezelfde rechtskracht dienen te hebben.

Wat is nu de stand van zaken met betrekking tot de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen? Inmiddels zijn enkele instrumenten ter uitwerking van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen tot stand gekomen. Als eerste kan worden gewezen op het kaderbesluit inzake het Europees aanhoudingsbevel en de procedures tot overlevering tussen de lidstaten¹. Voorts is het kaderbesluit inzake de wederzijdse erkenning van beslissingen tot bevestiging van voorwerpen of bewijsstukken vastgesteld en bestaat politiek akkoord over het kaderbesluit inzake de wederzijdse erkenning van geldelijke sancties. Thans wordt onderhandeld over een kaderbesluit inzake de wederzijdse erkenning van beslissingen tot confiscatie. Door de Commissie is onlangs een ontwerp-kaderbesluit betreffende een Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures ingediend². In de toelichting op dit ontwerp-kaderbesluit ontvouwt de Commissie haar visie op de verdere ontwikkeling van het beginsel van wederzijdse erkenning. Zij geeft aan dat wederzijdse erkenning uiteindelijk het gehele rechtshulpinstrumentarium dat tussen de lidstaten geldt, dient te vervangen. Gelet op de complexiteit van de materie dient dit volgens de Commissie in verschillende stappen te geschieden.

2.4 Beschrijving van de stand van zaken inzake dubbele strafbaarheid in (concept)-kaderbesluiten

In de ontwikkeling van de genoemde instrumenten is een onmiskenbare tendens waarneembaar om het vereiste van dubbele strafbaarheid volledig af te schaffen.

In het eerdergenoemde Programma van maatregelen spreekt de Raad zich niet uit over de verenigbaarheid van het vereiste van dubbele strafbaarheid met het beginsel van wederzijdse erkenning. Opgemerkt wordt slechts dat de handhaving of schrapping van het vereiste van dubbele strafbaarheid een van de aspecten betreft die bepalend zijn voor de omvang van wederzijdse erkenning.

De Commissie is uitgesproken in haar oordeel dat het vereiste van dubbele strafbaarheid niet verenigbaar is met het beginsel van weder-

¹ PbEG L190, 18 juli 2002. Hierbij moet wel worden gewezen op het feit dat de wederzijdse erkenning zich beperkt tot de aanhouding ter fine van overlevering; de overleveringsprocedure zelf kent nog steeds een vrij uitgebreide toetsing door de aangezochte staat.

² COM (2003) 688 definitief.

zijdse erkenning. Zij stelt dan ook in het meest recente ontwerp-kaderbesluit inzake het Europees bewijsverkrijgingsbevel voor, na verloop van een overgangperiode van vijf jaar de dubbele strafbaarheid volledig af te schaffen.

Tussen de lidstaten bestaat nog geen overeenstemming over de vraag of het vereiste van dubbele strafbaarheid volledig moet worden afgeschaft, maar een duidelijke meerderheid van de lidstaten is van oordeel dat wederzijdse erkenning naar haar aard niet verenigbaar is met de mogelijkheid een toegezonden beslissing niet ten uitvoer te leggen omdat het desbetreffende feit naar nationaal recht niet strafbaar is.

Nederland, tesamen met enkele andere lidstaten, heeft tot nu toe steeds belang gehecht aan het vereiste van dubbele strafbaarheid. Met name de waarborgfunctie die dit vereiste vervult jegens de burgers, namelijk dat de Nederlandse overheid geen dwangmiddelen zal inzetten naar aanleiding van gedragingen die volgens Nederlands recht niet strafbaar zijn, weegt daarbij zwaar. Ook is aangegeven 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 lidstaten¹.

Omdat zoals gezegd niet alle lidstaten bereid waren het beginsel van dubbele strafbaarheid in de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten op te geven, is in de tot nu toe tot stand gekomen en in onderhandeling zijnde kaderbesluiten inzake wederzijdse erkenning de volgende oplossing gevonden. De mogelijkheid blijft bestaan de erkenning en tenuitvoerlegging van een beslissing te weigeren bij het ontbreken van dubbele strafbaarheid, doch met uitzondering van een aantal nader omschreven delictsvormen, welke in een lijst zijn opgenomen. Indien de strafrechtelijke beslissing betrekking heeft op een feit dat onder een van de in de lijst opgenomen delictsvormen valt, zal een lidstaat de erkenning en tenuitvoerlegging niet kunnen weigeren op grond van het feit dat het desbetreffende delict naar het eigen recht niet strafbaar is. Daarbij geldt bovendien – met uitzondering van het kaderbesluit inzake geldelijke sancties – het vereiste dat in de staat die de beslissing heeft genomen, de maximum gevangenisstraf op dat feit ten minste drie jaar bedraagt. Met deze drempel wordt bewerkstelligd dat het vereiste van de dubbele strafbaarheid alleen komt te vervallen voor de op de lijst genoemde delicten, die als ernstig zijn aan te merken. De op de lijst opgenomen delictsvormen betreffen feiten waarvan het aannemelijk is dat zij in alle lidstaten strafbaar zijn gesteld. Door de algemene aanduiding van de delictsvormen op de lijst is het echter niet uitgesloten dat bepaalde specifieke nationale uitwerkingen van die delictsvormen in het ene land wel strafbaar zijn maar in het andere land niet. Maar uit dit systeem vloeit voort dat het eventueel ontbreken van strafbaarstelling van een gedraging die valt onder de algemene aanduiding van delictsvormen niet kan worden ingeroepen als grond voor weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging.

Voorts is hierbij van belang geweest dat in alle gevallen – dus ook in de op de lijst opgenomen gevallen – een lidstaat de erkenning en tenuitvoerlegging van een door een buitenlandse autoriteit genomen beslissing mag weigeren, indien het feit is gepleegd op het grondgebied van de staat die de beslissing dient te erkennen en ten uitvoer te leggen. Dit betekent dat Nederland niet hoeft mee te werken aan de buitenlandse vervolging van een persoon die op Nederlands grondgebied een feit heeft gepleegd dat naar Nederlands recht niet, doch naar buitenlands recht wel strafbaar is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een arts die in Nederland volgens de Nederlandse regelgeving op rechtmatige wijze een abortus heeft verricht bij een buitenlandse patiënt. Deze arts is naar Nederlands recht niet strafbaar is, doch kan bijvoorbeeld naar het recht van het land

¹ Overigens wordt dit argument ook wel gebruikt door de voorstanders van afschaffing van het vereiste van dubbele strafbaarheid: als het in de praktijk niet wordt ingeroepen, behoeft afschaffing ook niet tot bezwaren te leiden.

waarvan de patiënt onderdaan is wel strafbaar hebben gehandeld en op basis van extraterritoriale rechtsmacht aldaar vervolgbaar zijn. Ook wordt door deze bepaling voorkomen dat Nederland zou moeten meewerken aan de vervolging in het buitenland van een Nederlandse coffeeshophouder.

Bij de totstandkoming van het kaderbesluit inzake de wederzijdse erkenning van geldboetes, dat in de plaats dient te komen van de overdracht van de tenuitvoerlegging van strafvonnissen voorzover het opgelegde geldboetes betreft, is nog een stapje verder gegaan met betrekking tot de inperking van het vereiste van dubbele strafbaarheid. In dit kaderbesluit werd de lijst met delicten verder uitgebreid en de drempel van drie jaar gevangenisstraf geschrapt, die in de andere genoemde kaderbesluiten geldt voor de op de lijst opgenomen delicten. Aldus werd via twee wegen de groep van delicten ten aanzien waarvan niet aan dubbele strafbaarheid mag worden getoetst, uitgebreid. Van belang daarbij is wel, dat het kaderbesluit verplicht tot het incasseren van de opgelegde boete, maar niet tot de tenuitvoerlegging van een eventueel daarbij opgelegde vervangende hechtenis. De overeenstemming die uiteindelijk over dit voorstel is bereikt, hangt voorts samen met het feit dat in het kaderbesluit expliciet is opgenomen dat de erkenning en tenuitvoerlegging kan worden geweigerd indien de beslissing is genomen in strijd met de fundamentele rechtsbeginselen of fundamentele rechten zoals neergelegd in artikel 6 Verdrag van de Europese Unie (VEU).

Meest recent is een ontwerp van de Commissie voor een kaderbesluit inzake een Europees bewijsverkrijgingsbevel, waarin als gezegd wordt voorgesteld na verloop van vijf jaren de dubbele strafbaarheid volledig af te schaffen. Mede in het licht daarvan is het opportuun ons nu te beraden op de door Nederland te varen koers met betrekking tot dit onderwerp. Verschilt de Europese strafrechtelijke samenwerking zodanig van de overige internationale strafrechtelijke samenwerking dat een andere visie gerechtvaardigd is? Is Nederland bereid ten aanzien van de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten van de EU het vereiste van dubbele strafbaarheid los te laten, en zo ja, onder welke voorwaarden?

2.5 Relativering van het vereiste van dubbele strafbaarheid

In paragraaf 2.1 zijn de grondslagen van het vereiste van dubbele strafbaarheid omschreven. Bij deze grondslagen zijn enige kanttekeningen te maken. De gedachte dat het verlenen van rechtshulp bij het ontbreken van dubbele strafbaarheid een inbreuk zou maken op de soevereiniteit van de staat die de gevraagde rechtshulp verleent, kan worden gerelativeerd. Immers evenzeer geldt, dat doordat de aangezochte staat bereid is bij te dragen aan de handhaving van de normen van de verzoekende staat – ook al verschillen deze normen van die van de aangezochte staat –, de rechtsfeer en daarmee de soevereiniteit van de verzoekende staat worden gerespecteerd¹. Anders gezegd, het kan als een erkenning van de eigen soevereiniteit worden opgevat, indien een andere staat bereid is rechtshulp te verlenen, ook al heeft deze betrekking op een gedraging die in die andere staat niet strafbaar is. Dit brengt met zich mee dat de betekenis van het vereiste van dubbele strafbaarheid in de verhouding tussen staten onderling geen absoluut karakter heeft. Welke rechtssfeer uiteindelijk doorslaggevend is, die van de verzoekende staat of die van de aangezochte staat, is veeleer een politieke afweging dan een juridisch vraag. Die afweging kan bovendien met betrekking tot de Europese samenwerking anders uitvallen dan met betrekking tot de overige internationale samenwerking.

¹ A.J.M. Machielse, Naar een halvering van de dubbele strafbaarheid? in Rede en recht, Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. N. Keijzer, Deventer 2000.

Zoals hiervoor is uiteengezet vervult het vereiste van dubbele strafbaarheid ook een waarborgfunctie jegens de burgers, die nauw samenhangt met het rechtszekerheidsbeginsel. De burger mag er in beginsel op vertrouwen dat de overheid niet jegens hem dwangmiddelen inzet of straffen ten uitvoer legt voor gedragingen die naar nationaal recht niet strafbaar zijn.

Maar mag de burger hierop ook vertrouwen indien hij in het buitenland een feit heeft gepleegd dat ter plaatse wel strafbaar is? Iedere burger wordt geacht de wet te kennen, ook indien hij in het buitenland verblijft. Is het wenselijk dat de betrokkene zich kan onttrekken aan een effectieve strafvervolging of strafexecutie door terugkeer naar eigen land of wellicht zelfs vlucht naar een ander land, omdat daar het desbetreffende feit niet strafbaar is gesteld? Deze vraag moet, waar het gaat om de Europese Unie, waarbinnen de controles aan de binnengrenzen zijn afgeschaft en waarin wordt gestreefd naar een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, naar mijn oordeel ontkennend worden beantwoord. Indien een burger in een andere lidstaat van de Europese Unie een strafbaar feit pleegt dat naar Nederlands recht niet strafbaar is gesteld, mag hij er in beginsel niet vanuit gaan dat zijn verblijf in Nederland hem vrijwaart van overheidsbemoediging ten behoeve van een eventuele vervolging in die andere lidstaat of de tenuitvoerlegging van een in een andere lidstaat opgelegde sanctie. Het rechtszekerheidsbeginsel brengt niet zonder meer met zich mee dat Nederland binnen de EU niet zou kunnen meewerken aan de vervolging of strafexecutie ten aanzien van een feit dat naar Nederlands recht niet, doch naar het recht van het land waar het feit is begaan wel strafbaar is gesteld.

Het rechtszekerheidsbeginsel staat daarentegen naar mijn oordeel wel aan samenwerking in de weg, indien de buitenlandse vervolging of opgelegde sanctie betrekking heeft op een feit dat op Nederlands grondgebied is gepleegd, maar in Nederland niet strafbaar is. Een burger mag erop vertrouwen dat wanneer hij in Nederland handelt in overeenstemming met de wet, de Nederlandse overheid niet jegens hem dwangmiddelen zal inzetten of straffen ten uitvoer zal leggen, ook niet op verzoek van een andere lidstaat. Dit betekent dat voor zover het vereiste van dubbele strafbaarheid deze waarborgfunctie vervult, het volledig afschaffen van het vereiste van dubbele strafbaarheid slechts zou kunnen geschieden onder de voorwaarde dat deze waarborg op andere wijze gestalte krijgt. In de (ontwerp-)kaderbesluiten inzake het Europees aanhoudingsbevel, de wederzijdse erkenning van geldboetes en de wederzijdse erkenning van confiscatiebeslissingen is dit reeds gebeurd. Daarin is een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt de erkenning en tenuitvoerlegging van een door een buitenlandse autoriteit genomen beslissing te weigeren, indien de beslissing betrekking heeft op een feit dat geheel of gedeeltelijk is gepleegd op het grondgebied van de staat die de beslissing dient te erkennen en ten uitvoer te leggen. Deze bepaling beschermt de soevereiniteit van de staat van tenuitvoerlegging.

Opgemerkt zij dat de genoemde weigeringsgrond een gebruikelijke bepaling is in uitleveringsverdragen, maar niet in rechtshulpverdragen. De reden dat deze weigeringsgrond in het kader van wederzijdse erkenning van belang kan zijn, is gelegen in het feit dat in de bestaande rechtshulpverdragen andere weigeringsgronden deze functie kunnen vervullen, die bij de wederzijdse erkenning niet terug te vinden zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op weigeringsgronden als strijdigheid met de openbare orde («ordre public») of wezenlijke belangen van de staat of op de mogelijkheid te weigeren omdat de uitvoering van het rechtshulpverzoek niet verenigbaar is met het recht van de aangezochte staat.

Hoewel het vereiste van dubbele strafbaarheid niet primair een waarborgfunctie vervult tegen het verlenen van medewerking aan een vervolging of

bestrafning die in strijd moet worden geacht met de fundamentele rechten, kan het deze functie wel vervullen. Gedacht kan worden aan de situatie dat een bepaalde gedraging in Nederland niet strafbaar is gesteld omdat strafbaarstelling geacht wordt in strijd te zijn met een fundamenteel recht, bijvoorbeeld de strafbaarstelling van bepaalde uitingsdelicten die naar het oordeel van Nederland in strijd zijn met het recht op vrije meningsuiting. Reeds op grond van het ontbreken van dubbele strafbaarheid zal Nederland in een dergelijk geval niet gehouden zijn medewerking te verlenen aan een vervolging of bestraffing wegens een dergelijk feit. Het loslaten van het vereiste van dubbele strafbaarheid mag niet tot gevolg hebben dat Nederland aan een dergelijke vervolging of bestraffing wel zijn medewerking zou moeten verlenen. Het behoeft geen betoog dat binnen de Europese Unie, waarin alle lidstaten partij zijn bij het EVRM, het niet erg waarschijnlijk is dat zich een dergelijke situatie zal voordoen. Niettemin is het van belang deze ondergrens in dit verband duidelijk te stellen. In dit kader kan worden gewezen op artikel 6 van het Verdrag van de Europese Unie dat onder andere bepaalt dat de Unie als algemene beginselen van gemeenschapsrecht de grondrechten zoals gewaarborgd in het EVRM eerbiedigt. Daarnaast wordt in de genoemde kaderbesluiten zelf nog bepaald dat het desbetreffende kaderbesluit niet tot gevolg heeft dat van de verplichting tot het respecteren van fundamentele rechten kan worden afgeweken.

2.6 Conclusies

Het vereiste van dubbele strafbaarheid vervult in de internationale strafrechtelijke samenwerking nog steeds een belangrijke rol en staat in zijn algemeenheid niet ter discussie. Binnen de Europese strafrechtelijke samenwerking en in het bijzonder met betrekking tot de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen is echter wel de vraag gerezen of dit beginsel verenigbaar is met de beoogde intensivering van de strafrechtelijke samenwerking. Deze discussie vormt de aanleiding het beginsel opnieuw onder de loep te nemen.

De Europese strafrechtelijke samenwerking verschilt in belangrijke mate van de overige vormen van internationale strafrechtelijke samenwerking. Binnen de Europese Unie heeft vanaf de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap tot heden een proces van verregaande integratie plaatsgevonden. Onderdeel van dit proces vormen het tot stand brengen van de interne markt waarin vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tot stand is gebracht en waarin de grenscontroles aan de binnengrenzen zijn afgeschaft. Als neveneffect hiervan kunnen ook strafbare gedragingen, daders en crimineel vermogen eenvoudig de landsgrenzen overschrijden. Bij het Verdrag van Amsterdam is als zelfstandige doelstelling van de EU geformuleerd een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen. Een van de wegen die daartoe dient te leiden is de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten. Gelet op het proces van verdergaande toenadering van de lidstaten, kan deze samenwerking plaats te vinden op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. De doelstelling te komen tot een Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid en de neveneffecten van de tot stand gebrachte interne markt voor de grensoverschrijdende criminaliteit, brengen niet alleen de wens, maar ook de noodzaak met zich mee op strafrechtelijk terrein intensievere samenwerking tot stand te brengen. Deze aspecten, die kenmerkend zijn voor de onderlinge verhouding tussen de lidstaten, rechtvaardigen een andere visie op het vereiste van dubbele strafbaarheid met betrekking tot de Europese strafrechtelijke samenwerking.

Deze sluit aan bij de reeds in gang gezette rechtsontwikkeling, namelijk de overeenstemming die binnen de EU bestaat om voor bepaalde vormen van samenwerking ten aanzien van nader genoemde delictsvormen niet langer te toetsen aan dubbele strafbaarheid. Thans wordt voorgesteld, gelet op het voorgaande, niet langer vast te houden aan het vereiste van dubbele strafbaarheid ten aanzien van de Europese strafrechtelijke samenwerking. Daarbij dienen wel de volgende twee voorwaarden, die nauw verband houden met de waarborgfunctie die het vereiste van dubbele strafbaarheid thans vervult, in het oog te worden gehouden.

In de eerste plaats dient te zijn gewaarborgd dat Nederland niet verplicht wordt mee te werken aan de vervolging of bestraffing van een feit dat op Nederlands grondgebied is gepleegd. 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. Hiermee wordt bovendien de soevereiniteit beschermd voor het voeren van een eigen strafrechtelijke politiek.

In de tweede plaats dient vast te staan dat het vervallen van het vereiste van dubbele strafbaarheid nimmer tot gevolg kan hebben dat de nationale autoriteiten verplicht worden mee te werken aan een buitenlandse vervolging of de tenuitvoerlegging van een buitenlandse sanctie met betrekking tot een feit waarvan de strafbaarstelling door Nederland in strijd wordt geacht met fundamentele rechten.

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat Nederland binnen de Europese Unie zal bijdragen aan de handhaving van de normen van een andere lidstaat, ook indien in Nederland een andere (politieke) keuze is gemaakt ten aanzien van de strafbaarstelling. Het belang van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, en in verband daarmee het respect voor de keuze van de andere lidstaat brengen dit met zich mee. Daarentegen brengt datzelfde respect van de andere staat voor de in Nederland gemaakte politieke keuzes met zich mee dat Nederland niet behoeft bij te dragen aan de rechtshandhaving van buitenlandse normen die op Nederlands grondgebied zijn overtreden of aan normen die worden geacht in strijd te zijn met fundamentele rechten.

3. Het vereiste van dubbele strafbaarheid en de toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet

3.1 Regeling van rechtsmacht

Voor strafrechtelijke vervolging in Nederland is allereerst vereist dat het gaat om feiten die naar Nederlands recht strafbaar zijn. Voor vervolging in Nederland van een verdachte van een strafbaar feit is voorts toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet – dat wil zeggen dat de wetgever rechtsmacht over dat feit heeft gevestigd – een vereiste. Toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet maakt vervolging in Nederland mogelijk. Ontbreekt enige rechtsmacht, dan is vervolging hier te lande niet mogelijk. Het is zinvol om aan een bespreking van het vereiste van dubbele strafbaarheid met het oog op de toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet een korte uiteenzetting van de verschillende vormen van rechtsmacht te laten voorafgaan.

Voorop staat het territorialiteitsbeginsel. Het is het eerste en belangrijkste beginsel in de regels inzake rechtsmacht. De Nederlandse strafwet is toepasselijk wanneer een strafbaar feit in Nederland is gepleegd, ongeacht door wie (artikel 2 Sr.).¹

¹ Indien naast in Nederland ook buiten Nederland gelegen plaatsen kunnen gelden als plaats waar een strafbaar feit is gepleegd, is op grond van de hiervoor genoemde wetsbepaling vervolging van dat strafbare feit in Nederland mogelijk, ook ten aanzien van de van dat strafbare feit deel uitmakende gedragingen die buiten Nederland hebben plaatsgevonden.

Het territorialiteitsbeginsel heeft gelding in alle landen. Het beginsel bewerkstelligt dat verdachten van een strafbaar feit kunnen worden vervolgd en berecht in het land waar het feit is gepleegd en wiens rechtsorde is geschonden. Het beginsel strekt dus primair tot bescherming van de eigen nationale rechtsorde.

De Nederlandse strafwet is voorts toepasselijk op buiten Nederland gepleegde strafbare feiten (artikelen 3 tot en met 7 Sr). Deze zogenoemde extraterritoriale rechtsmacht vult de territoriale rechtsmacht aan. Zij bestaat in de volgende gevallen.

Het territorium van Nederland wordt uitgebreid tot Nederlandse vaartuigen en luchtvaartuigen die zich buiten Nederland bevinden. Hier komt het zogenoemde vlagbeginsel tot uitdrukking. Vervolging in Nederland is mogelijk ten aanzien van strafbare feiten die aan boord van deze (lucht-)vaartuigen zijn gepleegd (artikel 3 Sr).

Extraterritoriale rechtsmacht bestaat ook op grond van het beschermingsbeginsel, het universaliteitsbeginsel en het passieve personaliteitsbeginsel. Ingevolge deze beginselen is de Nederlandse strafwet toepasselijk op een ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan bepaalde misdrijven (artikel 4 Sr). Het beschermingsbeginsel ziet op bescherming van nationale belangen (bijvoorbeeld de aanslag tegen de koning, artikel 4, onderdeel 1°). Het universaliteitsbeginsel ziet op universele rechtsmacht voor zeer ernstige strafbare feiten die een inbreuk maken op de internationale rechtsorde (bijvoorbeeld terroristische bomaanslagen, artikel 4, onderdeel 13°). Het passieve personaliteitsbeginsel is gericht op bescherming van Nederlandse onderdanen (bijvoorbeeld misdrijven gepleegd tegen Nederlandse diplomaten, artikel 4, onderdeel 12°). Verder bestaat er rechtsmacht bij overname van strafvervolging op grond van een verdrag waaruit de bevoegdheid tot strafvervolging voor Nederland volgt. Hier komt het beginsel van de afgeleide rechtsmacht of subsidiaire jurisdictie tot uitdrukking (artikel 4a Sr)¹.

Er bestaat voorts rechtsmacht, wanneer een *Nederlander* zich buiten Nederland schuldig maakt aan enige specifieke strafbare feiten (artikel 5, eerste lid, onderdeel 1°, Sr). Het gaat om bescherming tegen overschrijding van enige specifieke nationale normen door Nederlanders. Ook is er rechtsmacht, wanneer een *Nederlander* buiten Nederland een naar Nederlands recht als misdrijf gekwalificeerd delict pleegt waarop ook door het land waar het is begaan, straf is gesteld (artikel 5, eerste lid, onderdeel 2°). Hier geldt dus het vereiste van dubbele strafbaarheid (zie nader par. 3.2). Er is verder rechtsmacht in geval van ambtsmisdrijven, gepleegd door Nederlandse ambtenaren. In de artikelen 5 en 6 komt het actieve personaliteitsbeginsel tot uitdrukking. Ten slotte bestaat er rechtsmacht bij scheepvaartmisdrijven en overtreedingen, ook buiten boord, gepleegd door de schipper en de opvarenden van een Nederlands vaartuig (artikel 7).

3.2 Toepassing van het vereiste van dubbele strafbaarheid

Het vereiste van dubbele strafbaarheid komt als gezegd in beeld in artikel 5, eerste lid, onderdeel 2°. Daarin is de algemene regel neergelegd dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op de Nederlander die buiten Nederland een misdrijf pleegt waarop ook door het land waar het is begaan, straf is gesteld. Aantekening verdient dat in Nederland tot 1988 uitlevering van eigen onderdanen niet was toegestaan. Tegenover een verbod tot uitlevering van Nederlanders diende ter voorkoming van een lacune (aut dedere aut punire) een bevoegdheid te bestaan tot vervolging van Nederlanders in Nederland die zich buiten Nederland schuldig maken aan (ernstige) strafbare feiten. Sinds 1988 is uitlevering van eigen onderdanen toegestaan. Het bestaan van rechtsmacht in Nederland is nodig wanneer uitlevering niet wenselijk of niet mogelijk is dan wel niet wordt verzocht. Deze extraterritoriale werking is ingegeven door overwegingen van solidariteit en van handhaving van de Nederlandse rechtsorde. Ter beharti-

¹ Zie A.H.J. Swart, Goede rechtsbedeling en internationale rechtshulp in strafzaken, Deventer 1983.

ging van belangen van andere staten en ter handhaving van de Nederlandse rechtsorde moet in Nederland vervolging mogelijk zijn van Nederlanders die zich buiten Nederland schuldig maken aan ernstige strafbare feiten, namelijk misdrijven.

Voor de toepassing van het vereiste is niet relevant op welke wijze de strafbaarstelling in Nederland en in het buitenland is geformuleerd. Van belang is dat het feit naar Nederlands recht een misdrijf oplevert en onder enige delictsomschrijving in de desbetreffende buitenlandse strafwetgeving kan worden gebracht¹. De rechter dient bij de toepassing van art 5, eerste lid, onder deel 2°, Sr er in beginsel blijk van te geven de strafbaarheid naar buitenlands recht te hebben onderzocht. Het is echter ook voldoende wanneer daarvan impliciet blijkt².

Het strafbaar feit kan dus in het buitenland (in nomen) een ander strafbaar feit opleveren dan in Nederland of is anders gekwalificeerd. Relevant is of de *gedraging* naar het recht van het desbetreffende buitenland strafbaar is, niet of de *dader* in dat land vervolgbaar of strafbaar zou zijn. In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat in het buitenland geldende rechtvaardigingsgronden, die de strafbaarheid van het feit betreffen, wél in aanmerking dienen te worden genomen, en schuld-uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de strafbaarheid van de dader, niet³.

Het vereiste belet derhalve vervolging van Nederlanders in Nederland die zich buiten Nederland hebben schuldig gemaakt aan een feit dat naar het recht van de plaats van het delict niet strafbaar is. Er is doorgaans geen specifiek Nederlands belang dat ertoe noodzaakt om Nederlanders in Nederland aan te pakken die buiten de Nederlandse rechtsorde feiten hebben gepleegd die niet in strijd zijn met de rechtsorde van het land waar het feit is gepleegd. In dat geval ontbreekt de solidariteit met het land waar het feit is gepleegd. Die solidariteit dient immers mede de rechtvaardiging op te leveren voor extraterritoriale werking in dezen⁴.

In de praktijk levert het vereiste van dubbele strafbaarheid veelal geen belemmering op voor vervolging van Nederlanders in Nederland die buiten Nederland strafbare feiten hebben gepleegd. Feiten die naar Nederlands recht misdrijven zijn, zijn immers doorgaans ook strafbaar in andere landen. Het vereiste van dubbele strafbaarheid dient mede een praktisch belang. Voor een succesvolle vervolging in Nederland is meestal de medewerking nodig van het land waar het feit is gepleegd. De autoriteiten van dat land dienen immers de Nederlandse autoriteiten van de nodige informatie te voorzien om een zaak in Nederland rond te krijgen. De bereidheid om die informatie te geven is aanwezig, omdat het mede in het belang van de vreemde staat is dat Nederlanders die de rechtsorde van dat land hebben geschonden, niet straffeloos blijven, en na terugkeer in Nederland kunnen rekenen op vervolging en berechting. Dit ligt anders, indien het feit in het desbetreffende land niet strafbaar is. Dan zal vaak de urgentie bij de vreemde staat ontbreken om de nodige medewerking te verlenen. Lopen de verschillen in de beoordeling en de beleving van de strafwaardigheid van bepaalde gedragingen te zeer uit elkaar, dan is het niet realistisch om erop te rekenen dat van het land dat anders denkt over de ernst van het aldaar gepleegde feit dan Nederland, de medewerking kan worden verkregen die nodig is om in Nederland een succesvolle strafvervolging in te stellen. Afgezien van de motivatie ontbreekt soms de bevoegdheid om de gevraagde medewerking te verlenen. Dat is het geval, wanneer voor het verlenen van de door Nederland gevraagde rechtshulp in de vreemde staat het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt en de niet-strafbaarheid van het feit aldaar aan het verlenen van die hulp in de weg staat.

¹ Zie bijvoorbeeld de rechtbank Amsterdam 16 januari 2003 LJN-nummer: AF3008 Zaaknr: 13/129199-97 aangaande de dubbele strafbaarheid terzake van in Zwitserland gepleegde en in Nederland vervolgdde feiten: Dat op onderdelen de Nederlandse telastelegging niet alle bestanddelen van de buitenlandse strafbepalingen bevat is niet van belang. Het gaat er immers niet om of de Nederlandse telastelegging in het buitenland tot een veroordeling zou kunnen leiden, maar of de in de telastelegging vervatte gedragingen onder een buitenlandse strafbepaling zijn te vatten.

² Aldus de AG in zijn conclusie voor HR 8 juli 2003 LJN-nummer: AF5456 Zaaknr: 00816/02; zie voorts HR 21 januari 1986, NJ 1986, 418 en HR 18 februari 1997, NJ 1997, 628.

³ Zie nader over het vereiste van dubbele strafbaarheid N. Keijzer, *Double incrimination*: artikel 5 lid 1 sub 2° Sr in *Beginselen*, opstellen aangeboden aan G.E. Mulder, Gouda Quint, Arnhem 1981, blz. 143-163.

⁴ In dit verband kan worden gewezen op de standaardregeling van de rechtsmacht in EU-kaderbesluiten inzake materieel strafrecht. De lidstaten zijn onder meer verplicht rechtsmacht te vestigen voor in het desbetreffende kaderbesluit omschreven strafbare feiten, wanneer het feit is gepleegd door een eigen onderdaan. Een lidstaat kan evenwel besluiten om die rechtsmacht niet uit te oefenen, indien het strafbare feit buiten het eigen grondgebied is gepleegd.

3.3 Aanleiding voor uitzondering op vereiste van dubbele strafbaarheid

Het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan de algemene regel, inhoudende dubbele strafbaarheid als voorwaarde voor extraterritoriale werking ten aanzien van door Nederlanders buiten Nederland gepleegde strafbare feiten, is als uitgangspunt juist. Dat betekent dat er bijzondere redenen moeten zijn ter rechtvaardiging van het loslaten van het vereiste van dubbele strafbaarheid en van de vestiging van rechtsmacht ten aanzien van door Nederlanders buiten Nederland gepleegde feiten, ook als die feiten aldaar niet strafbaar zijn.

In het navolgende worden enkele gezichtspunten naar voren gebracht die betrokken kunnen worden bij beantwoording van de vraag of er in algemene zin aanleiding is om een uitzondering te maken op de algemene regel van dubbele strafbaarheid zoals thans vervat in artikel 5, eerste lid, onderdeel 2°, Sr.

Voorop moet worden gesteld dat besluitvorming over het eventueel loslaten van het vereiste met grote zorgvuldigheid en behoedzaamheid moet geschieden. Loslaten van het vereiste van dubbele strafbaarheid komt pas aan de orde, wanneer aan drie voorwaarden is voldaan.

- (1) In de praktijk moet komen vast te staan dat het ontbreken van dubbele strafbaarheid aan vervolging in Nederland in de weg zou staan, terwijl die vervolging niettemin wenselijk is.
- (2) De bijzondere redenen voor het loslaten van het vereiste zijn vervolgens gelegen in de aard van het desbetreffende feit. Slechts feiten die in Nederland als ernstige strafbare feiten worden aangemerkt, kunnen daarvoor in aanmerking komen. Het onbestraft laten van Nederlanders die deze feiten plegen, zou in strijd zijn met de Nederlandse rechtsorde. Daarbij kan worden gedacht aan feiten die onze rechtsorde ernstig schokken, zoals feiten die een inbreuk maken op de menselijke waardigheid (bij voorbeeld de lichamelijke integriteit).
- (3) Het gaat om feiten die niet alleen in Nederland, maar ook in veel landen als ernstige strafbare feiten worden aangemerkt.

Overheersende gedachte in Nederland is dan dat Nederlanders normen wier naleving voor onze rechtsorde van groot belang zijn, zoals normen die strekken tot bescherming van de menselijke waardigheid, niet alleen in Nederland, maar ook daarbuiten dienen te respecteren. Die normen verdienen alom respect door Nederlanders. In die visie moet daarom de Nederlandse strafwetgeving een signaal afgeven aan Nederlanders dat zij deze voor de eigen rechtsorde fundamentele normen niet alleen in het eigen land maar ook in het buitenland behoren te respecteren. Niet-eerbiediging van deze normen door Nederlanders kan dan niet zonder gevolgen blijven. Het gaat hier om feiten die in de meeste landen reeds strafbaar zijn gesteld. Er bestaat in regionaal of mondiaal verband consensus over de strafwaardigheid en de noodzaak tot strafbaarstelling van deze feiten. In veel gevallen wordt zulks bevestigd door of vloeit voort uit internationale verdragen, resoluties of aanbevelingen. Niettemin zijn er landen die feiten van deze aard niet of nog niet strafbaar hebben gesteld¹. Die omstandigheid kan voor Nederlanders aanleiding zijn juist naar die landen te gaan teneinde aldaar handelingen te verrichten die in Nederland niet geoorloofd zijn. Vanuit de Nederlandse optiek maken die Nederlanders in dat geval misbruik van lacunes in de strafwetgeving van die landen.

Wanneer niet aan deze drie voorwaarden is voldaan, dient het vereiste van dubbele strafbaarheid te worden gehandhaafd. Alsdan is het straffeloos blijven van gedragingen van Nederlanders in het buitenland die hier te lande als misdrijf strafbaar zijn, maar niet strafbaar zijn gesteld in dat land, niet in strijd met onze rechtsorde.

Twee voorbeelden kunnen het vorenstaande illustreren.

¹ Er kunnen uitlopende redenen zijn waarom een land het desbetreffende feit niet strafbaar heeft gesteld.

Het kan zijn dat een land (als gevolg van internationale verplichtingen) voornemens of bezig is zijn wetgeving aan te passen en het desbetreffende feit strafbaar te stellen. In dit geval is de verwachting gerechtvaardigd dat de buitenlandse wetgeving op termijn spoort met de Nederlandse wetgeving.

Het kan ook zijn dat een land zich in een achterstandspositie bevindt en (voorshands) niet in de gelegenheid is om zijn wetgeving aan te passen. In dit geval is er eerder onmacht dan onwil om de eigen wetgeving te veranderen.

Maar ook is denkbaar dat een land (fundamenteel) andere opvattingen heeft over normen, waarden en het recht, en deswege bepaalde gedragingen overeenkomstig traditie, godsdienst of wereldbeschouwing niet strafwaardig acht.

Daarbij zij aangetekend dat een dergelijk land uiteindelijk onder internationale druk bereid kan zijn wetgeving alsnog aan te passen. Maar een land kan ook besluiten om zijn wetgeving niet te wijzigen.

1. Het vereiste van dubbele strafbaarheid is geschrapt voor zedendelicten ten aanzien van kinderen (artikelen 5, eerste lid, onderdeel 3°, en 5a, amendement Barth, Kamerstukken II 2001/02, 27 745, nr. 7). Het schrappen van het vereiste strekt ertoe een extra bijdrage te leveren aan de bestrijding van sekstoerisme. De wetgever geeft daarmee een signaal af dat Nederlanders – en ingevolge artikel 5a Sr ook niet-Nederlanders die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats hebben – zich ook buiten Nederland dienen te onthouden van seksueel misbruik van kinderen, en, bij schending van dit gebod, steeds een inbreuk maken op de Nederlandse rechtsorde. De norm – geen seksueel misbruik van kinderen – heeft derhalve universele werking voor Nederlanders (en niet-Nederlanders met een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland). Daarbij komt dat in de wereld een redelijke mate van consensus bestaat over de strafwaardigheid van seksueel misbruik van kinderen, zeker als dit misbruik jonge kinderen betreft. Dat blijkt uit regionale en globale instrumenten op dit terrein. Die consensus rechtvaardigt mede dat Nederlanders in Nederland worden aangepakt voor handelingen die naar het recht van de plaats van het delict niet strafbaar zijn, omdat het desbetreffende land naar internationale maatstaven gemeten zijn wetgeving (nog) niet op orde heeft.
2. Er wonen in Nederland personen die afkomstig zijn uit landen waarin meisjesbesnijdenis behoort tot een eeuwenoude traditie. Dezen (behoren te) weten dat meisjesbesnijdenis in Nederland niet geoorloofd is. Het kan voorkomen dat zij (in die wetenschap) terugkeren naar hun land van herkomst waar meisjesbesnijdenis niet strafbaar is, teneinde aldaar overeenkomstig hun traditie meisjesbesnijdenis te doen plaatsvinden. Hier zijn twee benaderingswijzen mogelijk.
 - (a) Meisjesbesnijdenis is naar het oordeel van veel landen, waaronder Nederland, een ontoelaatbare aantasting van de lichamelijke integriteit van minderjarigen en houdt daarom een schending van een fundamenteel recht in, welke strafrechtelijk optreden tegen Nederlanders en Nederlandse ingezetenen die zich buiten Nederland aan meisjesbesnijdenis schuldig hebben gemaakt, rechtvaardigt. Bij deze benadering laat men de eigen rechtsofvatting prevaleren boven die van het land waar het feit is gepleegd.
 - (b) Meisjesbesnijdenis is weliswaar naar het recht en de cultuur van Nederland ontoelaatbaar, maar de ogen kunnen niet worden gesloten voor het bestaan van een fundamenteel andere visie, die meisjesbesnijdenis wenselijk, zelfs geboden acht en waarin juist daarom strafbaarstelling en sanctionering worden afgewezen. In die benadering is de eigen opvatting niet doorslaggevend en worden geen strafrechtelijke consequenties verbonden aan deelneming aan meisjesbesnijdenis in een land waarin die besnijdenis straffeloos kan plaatsvinden.

In dezen wordt gekozen voor de eerste benadering, mede omdat er in internationaal verband grote consensus bestaat over de schadelijkheid en verwerpelijkheid van het verschijnsel meisjesbesnijdenis en dus over de noodzaak om dit verschijnsel aan te pakken (zie de op 19 december 2001 te New York aangenomen resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties inzake traditional and customary practices effecting the health of women and girls). Ten aanzien van meisjesbesnijdenis kan het vereiste van dubbele strafbaarheid dan ook vervallen. Dit standpunt wordt ook ingenomen in het rapport *Strategieën ter voorkoming van besnijdenis van meisjes*¹.

3.4 Conclusie

Conclusie kan zijn dat het loslaten van het vereiste van dubbele strafbaar-

¹ Zie A. van der Kwaak, E. Bartels, F. de Vries en S. Meuwese, *Strategieën ter voorkoming van besnijdenis van meisjes*, Inventarisatie en aanbevelingen, Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door de Vrije Universiteit en Defence for Children International, afdeling Nederland, november 2003.

heid voor rechtsmacht van de Nederlandse strafwet pas aan de orde komt als aan drie voorwaarden is voldaan: (1) het ontbreken van dubbele strafbaarheid staat in de weg aan een in Nederland gewenste vervolging, (2) het betreft feiten die onze rechtsorde ernstig schokken en (3) over de strafwaardigheid en de noodzaak tot strafbaarstelling van de desbetreffende feiten bestaat in het algemeen in de wereldgemeenschap een grote mate van overeenstemming. Zulks blijkt uit internationale instrumenten. Bemoeienis van Nederland met hetgeen Nederlanders en personen met een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland buiten Nederland doen, vloeit niet voort uit de opvatting dat Nederland het beter weet dan andere landen, maar uit de opvatting dat Nederlanders deze fundamentele normen dienen te respecten, niet alleen in Nederland, maar ook buiten Nederland, omdat ook buiten Nederland deze rechten als bijzonder beschermenswaardig worden geacht. Ook in zulke gevallen kan de polsstok van de Nederlandse strafwet verder reiken dan de eigen landsgrenzen.

4. Samenvatting en conclusies

In deze notitie is het vereiste van dubbele strafbaarheid besproken in zijn twee verschijningsvormen. Het vereiste heeft betrekking op de situatie waarin niet alleen de rechtsorde van Nederland, maar ook de rechtsorde van een vreemde staat in het geding is.

Betekenis

Het vereiste van dubbele strafbaarheid op het terrein van de internationale strafrechtelijke samenwerking houdt in dat Nederland voor het verlenen van bepaalde vormen van rechtshulp (uitlevering, tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen, verlenen van kleine rechtshulp waarbij inzet van dwangmiddelen is vereist of overname van strafvervolging) dient na te gaan of het feit waarvoor de rechtshulp wordt gevraagd ook naar Nederlands recht strafbaar is. Geldt het vereiste en ontbreekt die strafbaarstelling dan is Nederland bevoegd dan wel verplicht de rechtshulp te weigeren. Geldt het vereiste niet, dan is Nederland bij ontbreken van dubbele strafbaarheid in beginsel gehouden medewerking te verlenen, ervan uitgaande dat aan de overige toepasselijke vereisten is voldaan.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid op het terrein van rechtsmacht houdt in dat Nederland alleen bevoegd is een Nederlander te vervolgen die buiten Nederland een feit heeft gepleegd, wanneer dat feit naar Nederlands recht als misdrijf is gekwalificeerd en naar het recht van de plaats waar het is gepleegd strafbaar is. Geldt het vereiste niet, dan staat de omstandigheid dat het buiten Nederland gepleegde feit alleen naar Nederlands recht strafbaar is, niet aan vervolging van de Nederlandse pleger in Nederland in de weg.

Grondslagen: soevereiniteit en rechtszekerheid

Hoewel de twee verschijningsvormen van elkaar zijn te onderscheiden, liggen aan beide vormen dezelfde beginselen ten grondslag: nl. het soevereiniteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

Bij de internationale strafrechtelijke samenwerking vervult het vereiste van dubbele strafbaarheid een waarborg voor de soevereiniteit van Nederland. De Nederlandse autoriteiten kunnen niet worden verplicht hun medewerking te verlenen aan een vervolging of bestraffing van een gedraging die in Nederland niet strafwaardig wordt geacht. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt gediend doordat een burger hier te lande erop mag vertrouwen dat de Nederlandse overheid geen dwangmiddelen

tegen hem zal toepassen naar aanleiding van gedragingen die niet als strafbaar worden aangemerkt.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid bij rechtsmacht beoogt uitdrukking te geven aan respect voor de soevereiniteit van de vreemde staat, namelijk voor de keuze een bepaalde gedraging niet strafbaar te stellen. Uitgangspunt is immers dat Nederland geen vervolging zal aanvangen voor gedragingen die op het grondgebied van een vreemde staat zijn gepleegd en naar het recht van die staat niet strafbaar zijn. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt gediend doordat een Nederlander in den vreemde er in beginsel op mag vertrouwen, dat, als hij zich gedraagt in overeenstemming met het recht ter plaatse, hij niet in Nederland zal worden vervolgd voor bepaalde gedragingen die ter plaatse niet strafbaar waren.

Discussie

Het vereiste van dubbele strafbaarheid staat in zijn beide verschijningsvormen ter discussie.

Bij de ontwikkeling van instrumenten in de EU die uitvoering geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, is het vereiste van dubbele strafbaarheid een terugkerend onderwerp van discussie. De vraag rijst daarbij of het vereiste van dubbele strafbaarheid wel verenigbaar is met de beoogde intensieve strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten, welke plaats dient te vinden op basis van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen. Met betrekking tot de rechtsmachtregeling stond onder andere de vraag ter discussie of Nederlanders die in den vreemde een zedenmisdrijf ten aanzien van een minderjarige begaan, hier in Nederland daarvoor moeten kunnen worden vervolgd, ook indien dat misdrijf in het land waar het is gepleegd, niet strafbaar is.

Conclusies

In zijn algemeenheid vervult het vereiste van dubbele strafbaarheid bij de internationale strafrechtelijke samenwerking een nuttige functie. Het proces van voortschrijdende integratie binnen de Europese Unie, ook op het terrein van het strafrecht, brengt echter met zich mee dat ten aanzien van de Europese strafrechtelijke samenwerking een ander standpunt ten aanzien van dit vereiste moet worden ingenomen. Het totstandbrengen van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid brengt met zich mee dat tussen de lidstaten een intensievere vorm van strafrechtelijke samenwerking dient plaats te vinden. Hierbij past dat het vereiste van dubbele strafbaarheid, voorzover dit geldt bij de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten, wordt losgelaten. Twee voorwaarden gelden waaronder dit vereiste kan worden losgelaten.

In de eerste plaats dient te zijn gewaarborgd dat Nederland niet verplicht is mee te werken aan de vervolging of bestraffing buiten Nederland ter zake van een feit dat op Nederlands grondgebied is gepleegd en naar Nederlands recht niet strafbaar is. 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.

In de tweede plaats dient gewaarborgd te zijn dat het vervallen van het vereiste van dubbele strafbaarheid niet tot gevolg kan hebben dat de nationale autoriteiten verplicht worden mee te werken aan een buitenlandse vervolging of de tenuitvoerlegging van een buitenlandse sanctie die betrekking heeft op een feit waarvan strafbaarstelling is strijd wordt geacht met fundamentele rechten.

Loslaten van het vereiste creëert dus een verplichting tot strafrechtelijke samenwerking in de EU, tenzij het feit op Nederlands grondgebied is

gepleegd of nakoming van die verplichting strijd zou opleveren met fundamentele rechten.

Voor de toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet op Nederlanders die zich buiten Nederland schuldig maken aan een strafbaar feit, is in het algemeen dubbele strafbaarheid vereist. Dit uitgangspunt is nog steeds juist. Het vereiste kan worden losgelaten, wanneer het een beletsel zou opleveren voor wenselijk geachte vervolging in Nederland. Het gaat dan om ernstige strafbare feiten die onze rechtsorde ernstig schokken en die in de wereldgemeenschap in het algemeen strafwaardig worden geacht. Loslaten van het vereiste creëert in dat geval een bevoegdheid tot uitoefening van rechtsmacht.