

De nieuwe Overleveringswet

Mr. W.R. Jonk, mr. G.P. Hamer en mr. R. Malewicz¹

Inleiding

Sinds 12 mei jongstleden is de nieuwe Overleveringswet² (OW) van kracht. Deze uit een Kaderbesluit³ van de Europese Raad voortvloeiende wetgeving wijzigt de uitleveringsrelatie met de lidstaten van de Europese Unie (EU) drastisch. Niet langer wordt de uitlevering van verdachten en veroordeelden via diplomatieke weg met een verdragspartner geregeld. In de nieuwe wetgeving is uitlevering (in de OW overlevering geheten) een zaak tussen justitiële autoriteiten van de lidstaten via een snelle, vereenvoudigde procedure.

Nederland is niet het enige land dat de implementatiedatum van 1 januari 2004 niet heeft gehaald. Eind 2003 hadden slechts acht van de (toen nog) vijftien lidstaten hun nationale wetgeving aangepast. Inmiddels heeft echter het grootste deel van de lidstaten aan zijn verplichtingen voldaan. In Nederland zijn de eerste zaken onder de Overleveringswet op 25 juni jongstleden behandeld.

De Overleveringswet is een grote stap op weg naar de ware Europese justitiële rechtsruimte die door de EU wordt nagestreefd, maar het zal zeker niet de laatste zijn. In dit artikel zullen wij de totstandkoming en belangrijkste veranderingen van de Overleveringswet bespreken. Vervolgens zullen wij ingaan op de toekomstige ontwikkelingen die onder invloed van het beginsel van wederzijdse erkenning hun invloed hebben op de rechtspositie van Europese burgers.

Totstandkoming

In oktober 1999 werd door de Europese Raad in Tampere (Finland) besloten dat het beginsel van wederzijdse erkenning de hoeksteen zou moeten vormen van de ware Europese rechtsruimte. Hiervoor moesten onder meer de formele uitleveringsprocedures voor definitief veroordeelden worden afgeschaft en voor verdachten worden versneld. Mede onder invloed van de aanslagen op 11 september 2001 in de V.S. werd dit voornemen in recordtempo omgezet in daden, resulterend in juni 2002 in het Kaderbesluit van de Raad dat de lidstaten verplichtte hun nationale wetgeving voor 1 januari 2004 aan te passen aan de eisen van het Kaderbesluit. Een sanctie op een overschrijding van deze termijn werd echter niet gesteld en daar heeft een aantal lidstaten gebruik van gemaakt.

Pas op 12 september 2003 werd het Nederlandse wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden.⁴ De Tweede Kamer had een aantal bedenkingen bij het wetsvoorstel. De punten van kritiek in de amendementen die werden ingediend betroffen onder andere de rol die de minister speelt, het uitsluiten van bepaalde in Nederland niet strafbaar geachte 'delicten', het concentreren van alle overleveringszaken bij de rechtbank te Amsterdam en het beschermen

¹ Allen verbonden aan Cleerdin & Hamer advocaten te Amsterdam

² Staatsblad 2004, 195

³ Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie, 13 juni 2002, betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen lidstaten, 2002/ 584/ JBZ.

⁴ Wetsvoorstel 'Overleveringswet', *Kamerstukken II* 2002-2003, 29042, nr. 1-2

van de opgeëiste persoon tegen mogelijke mensenrechtenschendingen. Van de 12e moties en amendementen waarover daadwerkelijk werd gestemd, werden er uiteindelijk elf verworpen. Het wetsvoorstel is uiteindelijk met een grote meerderheid van stemmen op 12 december 2003 door de Tweede Kamer aangenomen.⁵ Op dat moment was al duidelijk dat Nederland, met een aantal andere lidstaten de datum van 1 januari 2004 niet zal halen.

Ook de Eerste Kamer had nog twee schriftelijke rondes nodig waarin opnieuw vergelijkbare kritiek als in de Tweede Kamer werd geuit, om uiteindelijk op 27 april 2004 het wetsvoorstel zonder stemming aan te nemen. Op 11 mei verscheen de Overleveringswet in het Staatsblad, waarna deze ingevolge artikel 75 op 12 mei 2004 van kracht werd.

Praktische veranderingen

Kortere termijnen

Hoewel de Uitleveringswet dus model heeft gestaan voor de Overleveringswet, heeft een aantal grote wijzigingen plaatsgevonden.

De eerste en - aangezien één van de doelstellingen het versnellen van de procedure was - meest kenmerkende wijziging ten opzichte van de Uitleveringswet, is het vaststellen van relatief korte termijnen waarbinnen op een verzoek om overlevering, ook wel genaamd het Europees aanhoudingsbevel, moet zijn beslist.

De overleveringsprocedure is grofweg in vier fasen te verdelen. Allereerst fase A, de voorlopige aanhouding naar aanleiding van een signalering in het Schengen-informatiesysteem. Er is dan nog geen EAB ontvangen. Deze fase is geregeld in de artikelen 15 tot en met 19 OW. De voorlopige aanhouding kan worden gevolgd door een inbewaringstelling door de rechter-commissaris. Indien binnen 20 dagen na voorlopige aanhouding nog geen EAB is ontvangen, dan wordt de OP weer in vrijheid gesteld. Fase B, de fase waarin de aanhouding is geregeld na ontvangst van het EAB, is geregeld in de artikelen 20 tot en met 21 OW. In deze fase wordt het EAB door de officier van justitie beoordeeld op zijn volledigheid. De gevangenhouding kan worden gevolgd door een inverzekeringsstelling, die kan voortduren tot de rechtbank over de gevangenhouding heeft beslist (artikel 21 lid 8). Fase C is de fase waarin de beslissing over de overlevering door de rechtbank wordt genomen. Deze fase beslaat de artikelen 22 tot en met 32 van de OW. Opmerkelijk daarbij is de relatief korte termijn waarbinnen die beslissing moet worden genomen, namelijk 60 dagen (eventueel te verlengen met 30, dus maximaal 90 dagen) na de aanhouding in fase B (de aanhouding naar aanleiding van een ontvangen EAB).⁶ Als deze termijn niet wordt gehaald moet de opgeëiste persoon in vrijheid worden gesteld. Dit is een vreemde eend in de bijt aangezien het Kaderbesluit nergens een dergelijke sanctie op het overschrijden van de 90 dagentermijn voorschreef. De verwachting is vooralsnog dat het mogelijk zal zijn het gros van de beslissingen binnen de termijn van 90 dagen te nemen. De laatste fase is fase D, de fase waarin de voortgezette vrijheidsbeneming en de feitelijke overlevering zijn geregeld (in de artikelen 33 tot en met 38 OW). Dit is de fase na de beslissing van de rechtbank. Als men de artikelen 33 e.v. OW bestudeert blijkt direct dat het tijdsverloop van de totale overleveringsprocedure veel langer zal zijn dan de 60 dagen (eventueel te verlengen met 30 dagen) waarbinnen de rechtbank moet beslissen. In afwachting van de feitelijke overlevering kan de vrijheidsbeneming van de OP namelijk telkens met 30 dagen worden verlengd (zie artikel 34 lid 2).

⁵ Stemmingen, *Handelingen II*, 2003-2004, nr. 31, p. 2180-2181

⁶ Opmerkelijk omdat de Uitleveringswet weinig termijnen kent en omdat de gemiddelde uitleveringsprocedure (inclusief cassatie) ongeveer 8 maanden duurt.

Overigens hebben lidstaten vrijwel geen middelen om elkaar aan te spreken op schendingen van bijvoorbeeld de termijnen in het Kaderbesluit. Blijkens de preambule bij het Kaderbesluit kan de toepassing ervan “*slechts worden opgeschort bij ernstige en voortdurende schending (...) van de in artikel 6, lid 1 van het Verdrag betreffend de Europese Unie neergelegde beginselen, welke schending door de Raad is geconstateerd overeenkomstig artikel 7, lid 1, en volgens de procedure van artikel 7, lid 2, van dat Verdrag*”.

Voor de opgeëiste persoon, zijn raadsman, de rechtbank en het Openbaar Ministerie betekenen de vastgestelde termijnen dat er onder tijdsdruk gewerkt moet worden. Op zichzelf zal de opgeëiste persoon blij zijn met het feit dat hij binnen afzienbare tijd duidelijkheid heeft. De meeste opgeëiste personen zullen echter zo lang mogelijk in Nederland willen blijven, al was het alleen maar vanwege de veelal betere detentieomstandigheden en in het geval van onderdanen de betere mogelijkheden voor familie en vrienden om de opgeëiste persoon te bezoeken. Voor de rechtbank, Openbaar Ministerie en raadsman zullen de termijnen geen grote problemen mogen opleveren aangezien de behandeling van de rechtbankprocedure onder de Uitleveringswet ook ongeveer 90 dagen in beslag neemt.⁷ Alleen een te groot aanbod van zaken bij de rechtbank Amsterdam of (te) uitgebreide onderzoeken door de rechtbank zouden voor (enige) vertraging kunnen zorgen.

De verkorte procedure

In aansluiting op de hierboven omschreven fases past nog een kritische kanttekening over de in artikel 39 tot en met 43 OW geregelde verkorte procedure (fase E). Deze procedure regelt de onmiddellijke overlevering, zonder dat de rechtbank daarbij betrokken is. Er vindt dus geen rechterlijke toetsing plaats. Voorts geeft de OP de rechtsbescherming van het in de artikelen 43 lid 3 jo 14 OW neergelegde specialiteitsbeginsel op.⁸ De OP dient in te stemmen met zijn onmiddellijke overlevering. Een verklaring daartoe kan hij afleggen tegenover de officier van justitie. Die verklaring is onherroepelijk. Gezien voorgaande is het van groot belang dat een OP goed wordt voorgelicht over de consequenties van het kiezen voor de verkorte procedure. Naar onze mening zou een dergelijke verklaring niet mogen worden afgelegd zonder rechtskundige bijstand van een advocaat. In artikel 39 lid 3 OW wordt deze bijstand onvoldoende gewaarborgd. De OP *kan* zich bij het afleggen van de verklaring omtrent de verkorte procedure laten bijstaan door een raadsman, zo stelt dat artikel. Als de OP zonder raadsman voor de officier van justitie verschijnt, dan zal deze hem op de consequenties van de verkorte procedure wijzen. Dat dit tot misstanden zal kunnen leiden is evident. Wij zijn dan ook van mening dat het OM in een protocol zou moeten vastleggen dat een verklaring omtrent de verkorte procedure niet zal worden geaccepteerd zonder rechtskundige bijstand van een advocaat aan de OP. Daarmee wordt voorkomen dat de OP instemt met de verkorte procedure in een periode waarin hij overdonderd is door zijn aanhouding en de beschuldigingen die tegen hem geuit worden. De officier van justitie is niet de aangewezen persoon om iemand erop te wijzen dat wanneer hij instemt met de verkorte procedure, hij er niet ‘sneller vanaf is’. Er is een raadsman nodig om te voorkomen dat de OP zich in een buitenlandse cel bedenkt waarmee hij nu eigenlijk ingestemd heeft.

⁷ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2002-2003, 29042, nr. 3, p. 7

⁸ Volgens dit beginsel mag een opgeëiste persoon niet worden vervolgd, gestraft of op enige wijze in zijn vrijheid worden beperkt ter zake van feiten die vóór zijn overlevering zijn begaan en waarvoor hij niet wordt overgeleverd.

Geen toets dubbele strafbaarheid

De tweede grote verandering die de Overleveringswet t.o.v. de Uitleveringswet met zich brengt is het deels afschaffen van de toets van dubbele strafbaarheid. In tegenstelling tot de uitleveringsprocedure vindt in de overleveringsprocedure voor wat betreft een lijst met 31 delicten geen toets van dubbele strafbaarheid plaats.⁹ De overleveringsrechter mag dit niet toetsen omdat er vanuit gegaan wordt dat de delicten die op de lijst in alle lidstaten van de EU strafbaar zullen zijn. De delicten op de lijst zijn echter zo vaag omschreven dat het ondoenlijk is te weten of een bepaalde gedraging door een bepaalde lidstaat tot één van de delicten op de lijst wordt gerekend.¹⁰ In de praktijk komt het er dus op neer dat als een uitvaardigende lidstaat stelt dat de opgeëiste persoon verdacht wordt van een gedraging die naar het recht van de uitvaardigende staat valt onder een delict op de lijst en dat daar naar dat recht een maximale gevangenisstraf van minimaal drie jaar staat, de Nederlandse rechter niet mag toetsen aan de dubbele strafbaarheid. Het vertrouwen in de uitvaardigende justitiële autoriteiten van de lidstaten is daarmee welhaast absoluut. Zoals ook hieronder nog betoogd zal worden is het immers door de vage omschrijving van de delicten op de lijst een koud kunstje om de gedraging onder één van die delicten te brengen, ook als dit eigenlijk discutabel is.

Voor delicten die niet op de lijst staan is evenals in de uitleveringsprocedure wel voorzien in een toets van dubbele strafbaarheid. Daarmee is het voor de uitvaardigende autoriteit een aanzienlijk voordeel als hij de gedraging onder één van de delicten van de lijst kan brengen. Dat levert immers het voordeel op dat er niet aan de dubbele strafbaarheid getoetst wordt, terwijl dat één van de door de rechtbank meest toegepaste weigeringsgronden is. Overigens kan de lijst o.g.v. artikel 2, lid 3 van het Kaderbesluit met eenparigheid van stemmen door de Raad en na raadpleging van het Europees Parlement worden uitgebreid. Aanpassing van de lijst horende bij de Overleveringswet kan vervolgens bij AMvB gebeuren. Het is te verwachten dat uitbreiding in de toekomst zal plaatsvinden gezien het streven naar een nog meer vereenvoudigde overlevering.¹¹

Hoewel het artikel niet beoogd de toetsing van dubbele strafbaarheid te handhaven, is in artikel 13 Overleveringswet die mogelijkheid toch enigszins ontstaan. In het kaderbesluit en de wet is een ontsnappingsclausule opgenomen om ervoor te zorgen dat een staat iets van de eigen ideeën over strafwaardigheid kan behouden.¹² In de discussie over het Europees aanhoudingsbevel werd hierbij met betrekking tot Nederland altijd gewezen op het liberale beleid ten aanzien van soft drugs, euthanasie en abortus. Het is echter niet alleen voor die delicten dat deze bepaling van belang kan zijn.

Op grond van artikel 13 van de overleveringswet moet de rechtbank de overlevering weigeren als de feiten zich geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied hebben afgespeeld. Aanvankelijk had de rechtbank ten aanzien van de toepassing van deze weigeringsgrond een discretionaire bevoegdheid, maar onder druk van de Tweede Kamer is nu de verplichting in de wet opgenomen de overlevering te weigeren in alle gevallen waarin deze situatie zich

⁹ Dubbele strafbaarheid eist dat de gedraging waarvoor de uitlevering wordt gevraagd ook in Nederland strafbaar is gesteld om te voorkomen dat Nederland meewerkt aan een uitlevering ter zake van feiten die hier te lande niet strafwaardig worden geacht. In het Kaderbesluit en diens gevolg ook in de OW is een lijst met 31 delicten opgenomen waarvan de dubbele strafbaarheid wordt verondersteld.

¹⁰ Zie over de lijst ook: B. Hayes, *Locating European Law: a practical guide*, in: *Strafblad*, aflevering 1, 18 december 2003, p. 27-28.

¹¹ Zie verderop in dit artikel

¹² Zie artikel 4, lid 7 Kaderbesluit

voordoet, tenzij de Officier van Justitie een vordering doet deze weigeringgrond niet toe te passen.

Als de rechtbank de overlevering uitsluitend op deze grond dreigt te weigeren, kan hij bij de rechtbank vorderen dat deze weigeringgrond niet zal worden toegepast. De rechtbank kan een dergelijke vordering alleen verwerpen als zij die als onredelijk bestempelt.

Toepassing van de weigeringgrond is dus mede afhankelijk van de vordering van de Officier van Justitie en de maatstaf die aangelegd wordt voor de kwalificatie ‘onredelijke vordering’. Daarbij moet nog in ogenschouw genomen worden dat de Officier van Justitie bij zijn vordering eigen belangen kan laten meespelen. In een andere zaak zal een Officier van Justitie wellicht zelf een Europees aanhoudingsbevel uitvaardigen waarbij hij de welwillendheid van een buitenlandse officier goed kan gebruiken. Om te voorkomen dat deze motieven aan de vordering van de Officier van Justitie ten grondslag liggen zou er een richtlijn van het College van Procureurs-generaal moeten worden uitgevaardigd. In die richtlijn moet het officieren van justitie verboden worden een dergelijke vordering te doen als de feiten naar Nederlands recht niet strafbaar zouden zijn. Daarmee wordt de toets van dubbele strafbaarheid deels weer ingevoerd, maar met een reden. De bedoeling van de lijst van 31 delicten was dat er delicten op zouden staan die in alle lidstaten van de EU strafbaar zijn. Aan de eis van dubbele strafbaarheid zou daarmee altijd voldaan zijn en de uitvoerende staat zou niet hoeven meewerken aan een vervolging terzake van feiten die zij niet strafwaardig acht. De lijst is inmiddels echter zodanig uitgebreid dat hiervan geen sprake meer is. Alle reden dus om de eis van dubbele strafbaarheid zo veel mogelijk te handhaven. In ieder geval totdat de lijst van 31 delicten is voorzien van een deugdelijke inhoudelijke omschrijving.

Geen cassatie, concentratie van alle procedures bij de rechtbank Amsterdam

De derde grote verandering is het verdwijnen van cassatieberoep voor de opgeëiste persoon en Officier van Justitie en het concentreren van alle overleveringsverzoeken bij de rechtbank Amsterdam. Deze veranderingen worden in één adem genoemd omdat het één een gevolg is van het ander, al is niet meer geheel duidelijk wat oorzaak en wat gevolg is.¹³ De snelheid van de procedure is bij het afschaffen van het cassatieberoep zeer gebaat. Van de acht maanden die een uitleveringsprocedure gemiddeld in beslag neemt, worden er vijf besteedt aan de cassatie. Voor de opgeëiste persoon is het echter een aanzienlijke vermindering van rechtswaARBorgen die wordt gerechtvaardigd met de veronderstelling dat een cassatieberoep niet haalbaar is binnen de door het Kaderbesluit gestelde termijnen. Onderzoek naar de verschillende implementatiewetgeving in de EU leert echter dat hier in een aantal andere lidstaten anders over gedacht wordt.¹⁴ De Hoge Raad zou onder een hogere tijdsdruk moeten werken, maar met de inzet van extra middelen moet dit, evenals bij de rechtbank en parket te Amsterdam te realiseren zijn. De huidige oplossing is een miskenning van de functies die een hogere voorziening heeft. Naast de rechtseenheid spelen daarin ook bescherming tegen willekeur van de rechter, de mogelijkheid vergissingen te corrigeren en het bevorderen van het gezag van het rechterlijk oordeel een rol.¹⁵

Bij een overlevering gaat het om een inbreuk op het fundamentele recht op vrijheid, zonder dat door de Nederlandse rechter voldoende getoetst wordt of de aan die inbreuk ten grondslag liggende verdenking terecht is en in voorkomende gevallen zonder toetsing of de gedraging in Nederland ook strafbaar zou zijn. In de overleveringsprocedure gaat het niet primair om de

¹³ Zie Jonk, Malewicz en Hamer, “De vernietiging van cassatie in de Overleveringswet”, *NJB*, 2004, afl. 6 p. 287-288

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de Finse, Zweedse en Belgische wetgeving

¹⁵ Werkgroep hoger beroep en verzet, “*Stroomlijnen in hoger beroep*”, Ministerie van Justitie, 2003, p. 26

vraag of de verdachte schuldig is en of dit gedrag in Nederland strafbaar zou zijn. Daarvoor is immers de strafrechter in het buitenland, die in geval van onterechte verdenking en/of overlevering de verdachte zou kunnen vrijspreken. Toch is dit oordeel naar onze mening van belang aangezien Nederland wel verantwoordelijk is voor de overlevering en soms maandenlange voorlopige hechtenis van haar justitiabelen in buitenlandse gevangenissen. Men zou toch mogen verwachten dat aan een dergelijke inbreuk een gedegen rechterlijk oordeel, inclusief een heroverweging ten grondslag ligt. Niets is echter minder waar, de enige mogelijkheid voor een hogere voorziening is het bijzondere rechtsmiddel van ‘cassatie in belang der wet’.¹⁶ Dat de opgeëiste persoon van dit rechtsmiddel niet veel te verwachten heeft is evident.¹⁷

Zeër beperkte rol voor de Minister van Justitie

Met de vierde grote wijziging tenslotte is een grondbeginsel van het uitleveringsrecht verlaten. Omdat uitlevering gezien wordt als een samenwerking tussen soevereine staten, is het uiteindelijk oordeel over een uitleveringsverzoek voorbehouden aan de Minister van Justitie.¹⁸ Het Kaderbesluit vereist echter dat de beslissing over de uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel wordt genomen door een rechterlijke autoriteit en de Minister is niet als zodanig aan te merken. Dit betekent (hoogstwaarschijnlijk) ook dat met de Minister het beroep op de voorzieningenrechter grotendeels verdwijnt aangezien de overleveringsrechter het Europees aanhoudingsbevel volledig zal toetsen.¹⁹ De overlevering is daarmee een zaak geworden tussen de justitiële autoriteiten van de lidstaten onderling, wat de snelheid ten goede zou moeten komen. Bovendien is blijkens de Memorie van Toelichting voor de term ‘overlevering’ gekozen omdat die term ook gehanteerd wordt bij overdracht aan een internationaal gerecht en het daar dus ook gaat om een justitiële autoriteit.²⁰ Het verdwijnen van de minister uit de procedure hoeft voor de opgeëiste persoon geen verslechtering te zijn. Hoewel er een toetsmoment minder is in de overleveringsprocedure, kunnen de verweren die in de uitleveringsprocedure bij de minister naar voren moeten worden gebracht in de overleveringsprocedure door de rechtbank beoordeeld worden. Met name als het gaat om dreigende schending van mensenrechten is de minister niet erg bereidwillig geweest een uitlevering te weigeren. In zijn afweging betreft de minister echter meer overwegingen dan alleen die van de opgeëiste persoon en de verzoekende staat. Gezien zijn functie is de minister ook gehouden het algemeen belang in het oog te houden, daarbij inbegrepen de diplomatieke relaties met verdragspartners. De rechtbank hoeft met dit algemeen belang echter geen rekening te houden en kan het verweer dat door overlevering de mensenrechten van de opgeëiste persoon in gevaar komen puur als rechtsvraag i.p.v. beleidsvraag beoordelen.²¹

Ondanks het feit dat de minister krachtens het Kaderbesluit geen beslissingsbevoegdheid meer mag hebben t.a.v. een Europees aanhoudingsbevel, speelt hij in bepaalde gevallen nog wel

¹⁶ Zie artikel 29, lid 2 Overleveringswet

¹⁷ Preadvies NOV A inzake het wetsvoorstel Overleveringswet, Den Haag 2002, p. 2-3

¹⁸ In bijvoorbeeld Spanje is het de gehele regering die over een uitleveringsverzoek beslist

¹⁹ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2002-2003, 29042, nr. 3, p. 19. Overigens zal moeten blijken in hoeverre een kort geding tegen de officier van justitie (als verantwoordelijke voor de feitelijke overlevering) een gelijkwaardig alternatief vormt.

²⁰ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2002-2003, 29042, nr. 3, p. 6

²¹ Zo kan men zich afvragen of en in hoeverre het oordeel van de overleveringsrechter anders zou luiden dan indien de rechter dat oordeel in een advies aan de minister neerlegt. Zie bijvoorbeeld het advies aan de Hoge Raad in arrest van 4 mei 2004, LJN nr. AF 6988; Zie ook Alette Smeulers, “*In staat van uitlevering*”, Antwerpen-Groningen 2002, p. 264.

degelijk een rol in de overleveringsprocedure.²² Daarbij gaat het voornamelijk om gevallen waarin naast het Europees aanhoudingsbevel er een vervolging gaande is in Nederland, er gelijktijdig met het Europees aanhoudingsbevel door een internationaal tribunaal om overlevering wordt gevraagd, of door een derde staat gelijktijdig met een Europees aanhoudingsbevel om uitlevering wordt gevraagd. In al deze gevallen beslist de minister door een aanwijzing aan het Openbaar Ministerie te geven aan welk van de vervolgingen voorrang wordt gegeven en daarmee is hij in deze gevallen invloedrijker dan op het eerste gezicht lijkt.²³ De controle op dit handelen van de minister en overigens via de ministeriële verantwoordelijkheid ook op dat van het Openbaar Ministerie kan door het parlement worden uitgevoerd.

Overgangsprikelen

Status van het Kaderbesluit

Uitlevering kan krachtens artikel 2, lid 3 Grondwet slecht plaatsvinden als daaraan een verdrag ten grondslag ligt. De Uitleveringswet definieert ‘uitlevering’ als “*verwijdering van een persoon uit Nederland met het doel hem ter beschikking te stellen van de autoriteiten van een andere Staat ten behoeve van hetzij een in die Staat tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek, hetzij de tenuitvoerlegging van een hem in die Staat opgelegde straf of maatregel.*” Deze definitie is onverkort van toepassing op de overlevering. In artikel 1, sub a Overleveringswet wordt overlevering dan ook in woorden van gelijke strekking gedefinieerd. Een logische consequentie van dit verband zou zijn dat ook voor overlevering een verdragsgrondslag aanwezig moet zijn. Aangezien een overlevering uitsluitend gebaseerd zou zijn op de Overleveringswet rijst de vraag of aan deze voorwaarde voldaan is. Het Kaderbesluit heeft immers geen rechtstreekse werking, zodat justitiabelen zich daarop niet kunnen beroepen²⁴ en is bovendien nadat de Overleveringswet van kracht is geworden een lege huls worden. Het verplicht immers slechts de lidstaten van de EU tot het aanpassen van hun nationale wetgeving aan de in het Kaderbesluit gestelde eisen. Toch oordeelde de Raad van State desgevraagd dat de vorm van het rechtsinstrument Kaderbesluit geen strijd oplevert met de Grondwet omdat er sprake is van een regeling met een voor de lidstaten bindend supranationaal karakter en dat de totstandkoming van het Kaderbesluit niet leidt tot afwijking van artikel 2, lid 3 Grondwet.²⁵ Deze redenering is naar onze mening onnavolgbaar. De overlevering van een opgeëiste persoon wordt sinds het van kracht worden van de Overleveringswet slechts beheerst door die wet. Daaraan ligt geen enkel (geldend) verdrag ten grondslag en dus volgt uit de redenering zoals wij die aan het begin van deze alinea hebben toegepast dat de overlevering in strijd is met de Grondwet.

Laten wij deze problematiek buiten beschouwing dan verdienen een tweetal punten over de overgang van uitlevering naar overlevering nog een korte nadere bespreking.

Rechtsvacuüm?

²² Zie m.n. de artikelen 9, 14, 31 en 36 Overleveringswet

²³ Zie voor de mogelijke consequenties van de nieuwe rol van de minister: Jonk, Malewicz en Hamer, “Uitleveren of vervolgen in Nederland?”, *Strafblad* 2004, afl. 1, p. 27-33

²⁴ Art. 34, tweede lid onder b, Verdrag betreffende de Europese Unie

²⁵ Brief van de Minister van Justitie, *Kamerstukken II* 2001-2002, 23490, nr. 209, p. 3

Allereerst het vermeende rechtsvacuüm dat heeft bestaan tussen 1 januari 2004 en de dag van het van kracht worden van de Overleveringswet, 12 mei 2004. Artikel 34 lid 1 van het Kaderbesluit verplicht de lidstaten van de EU voor 1 januari 2004 hun nationale wetgeving aan te passen. Bovendien bepaalt het Kaderbesluit in artikel 31 lid 1 dat per dezelfde datum vrijwel alle bestaande uitleveringsverdragen tussen de lidstaten vervallen. Dat zou kunnen betekenen dat staten die niet per 1 januari 2004 hun nationale wetgeving hadden aangepast geen uitleveringsverkeer meer zouden kunnen hebben met andere lidstaten van de EU. De uitleveringsverdragen tussen de lidstaten zouden immers per die datum vervallen terwijl de wetgeving voor het Europees aanhoudingsbevel nog niet was geïmplementeerd.

Dit is echter niet het geval zo blijkt uit een recente uitspraak van de Hoge Raad.²⁶ Het Kaderbesluit heeft immers geen rechtstreekse werking en dus vervallen de verdragen per lidstaat op het moment dat zij dat in hun eigen nationale wetgeving bepalen. Artikel 74 lid 1 van de Overleveringswet bepaalt wel dat de OW de oude Europese uitleveringsverdragen vervangt, maar bepaalt in lid 4 van dat artikel dat verzoeken die voor de implementatie (dus voor 12 mei 2004) zijn ontvangen worden beheerst door het oude uitleveringsregime. Bovendien heeft de Nederlandse wetgever nog bepaald dat het vervallen van de uitleveringsverdragen niet geldt in de relaties tot lidstaten die hun nationale wetgeving nog niet hebben aangepast.²⁷

Geen uitlevering wel overlevering

Het tweede punt betreft het feit dat het uitleveringsrecht vanwege de eigen aard van dat recht geen ne bis in idem-regeling kent.²⁸ Althans niet in de zin dat slechts éénmalig iemands uitlevering mag worden verzocht. Het is de verzoekende staat toegestaan een tweede uitleveringsverzoek ter zake van dezelfde feiten te doen nadat het eerste door Nederland (of een andere staat) is afgewezen.²⁹ Deze doctrine is door de minister uitdrukkelijk ook van toepassing verklaard op de Overleveringswet.³⁰ Een Europees aanhoudingsbevel kan dus ondanks een voorafgaand afgewezen uitleveringsverzoek gewoon in behandeling worden genomen. Nu voor de zogenaamde lijstfeiten de toetsing van dubbele strafbaarheid is afgeschaft, kan dit tot situaties leiden die voor de opgeëiste persoon moeilijk te accepteren zullen zijn. Het kan immers best zo zijn dat de uitlevering in het verleden ontoelaatbaar is verklaard, maar dat de overlevering voor dezelfde feiten nu toelaatbaar wordt verklaard omdat niet meer aan de dubbele strafbaarheid getoetst mag worden. In bepaalde gevallen kan het zelfs onwaarschijnlijk zijn dat de buitenlandse rechter tot een veroordeling komt³¹, maar zal toch overgeleverd moeten worden. Ter verduidelijking het volgende (overigens uit de praktijk afkomstige) voorbeeld.

In 2000 ontvangt Nederland een uitleveringverzoek van de Franse autoriteiten. Het uitleveringsverzoek is gebaseerd op het invoeren in Frankrijk van 16.000 XTC-tabletten. Omdat XTC als zodanig niet strafbaar is gesteld in Nederland (maar de werkzame stof

²⁶ HR 1 juni 2004, LJN-nummer AO9133. Let ook op overweging 7 van de conclusie

²⁷ Zie artikel 74, lid 2 Overleveringswet; op het moment van schrijven van dit artikel geldt dat bijvoorbeeld voor de relatie met Duitsland.

²⁸ Dat overigens door die eigen aard er beslissingen genomen zijn die in een strafzaak niet goed voorstelbaar zijn blijkt naar onze mening uit de toelaatbaar verklaarde uitlevering naar Litouwen in HR 11 februari 2003, NJ 2003, 540, waarin na een bij de opgeëiste persoon opgewekt vertrouwen (nota bene door de rechtbank) dat hij niet zou worden uitgeleverd, de Hoge Raad de uitlevering toch toelaatbaar verklaarde nu niet alleen de belangen van de procesdeelnemers (OM en OP), maar ook die van de verzoekende staat in het uitleveringsrecht een belangrijke rol spelen.

²⁹ Sjöcrona en Orie, "*Internationaal strafrecht vanuit Nederlands perspectief*", Deventer 2002, p. 162

³⁰ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II 2002-2003*, 29042, nr. 3, p. 26

³¹ Dit is iets anders dan het aantonen van de kennelijke onschuld als bedoeld in artikel 26, lid 4 Overleveringswet

MDMA) wordt de Franse autoriteiten verzocht extra informatie te verschaffen, met name de hoeveelheid MDMA aangetroffen in de tabletten. De Franse autoriteiten antwoorden hierop dat zij die vraag niet kunnen beantwoorden aangezien de XTC nooit in beslag is genomen. De verdenking tegen de opgeëiste persoon is uitsluitend gebaseerd op de belastende verklaring van een medeverdachte die stelt de XTC van hem te hebben ontvangen. De Nederlandse uitleveringsrechter verklaart de uitlevering vervolgens ontoelaatbaar wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid. In 2004 ontvangt de Officier van Justitie te Amsterdam een overleveringsverzoek ter zake van dezelfde feiten als hierboven genoemd. Op het Europees aanhoudingsbevel is als verdenking aangevinkt de ‘illegale handel in verdovende middelen en psychotrope stoffen’. De rest van de feiten blijft hetzelfde als bovenstaand en zonder andere weigeringsgronden kan de opgeëiste persoon overgeleverd worden aan Frankrijk, terwijl zijn uitlevering vier jaar eerder door de(-zelfde) rechter ontoelaatbaar is verklaard en het bovendien zeer onwaarschijnlijk is dat hij veroordeeld zal worden gezien het ontbreken van de XTC-tabletten.

De rechter zal bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de overlevering niet kunnen toetsen aan de dubbele strafbaarheid. Met het aankruisen van het delict op de lijst in het EAB is de dubbele strafbaarheid gegeven. Daarbuiten gold ook volgens standaard jurisprudentie in het uitleveringsrecht dat de strafbaarheid van gepleegde feiten werd beoordeeld naar het geldend recht op het moment waarop de uitleveringsbeslissing moest worden genomen.³² Deze jurisprudentie zal naar het zich laat aanzien onverkort van toepassing zijn op de Overleveringsprocedure.

Op welke wijze de opgeëiste personen die in het verleden niet werd uitgeleverd en die vervolgens wel kan worden overgeleverd zijn kwetsbare positie succesvol aan de rechter duidelijk kan maken, en of en op welke wijze de rechter op een dergelijk verweer zal responderen is nog onduidelijk, nu de OW de betrokken procespartijen daarin geen ruimte lijkt te bieden.

Het zou uit het oogpunt van rechtszekerheid volgens ons goed zijn indien het OM te Amsterdam in een protocol vastlegt om de opgeëiste personen wiens uitlevering in het verleden ontoelaatbaar is verklaard wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid te beschermen tegen een Europees aanhoudingsbevel ter zake van dezelfde feiten. Bijvoorbeeld doordat de Officier van justitie in dat geval “*aanstonds van oordeel is dat de overlevering niet kan worden toegestaan op grond van het voorliggende EAB*”.³³

(Toekomstige) uitbreiding van de EU en mensenrechten

Op 1 mei 2004 heeft de EU een historische uitbreiding meegemaakt. Tien nieuwe lidstaten traden op die datum toe tot de EU. Om toegelaten te worden tot de EU dienen de kandidaat-lidstaten te voldoen aan een scala van politieke, economische en bestuurlijke voorwaarden. Bovendien moeten de kandidaat-lidstaten het ‘acquis communautaire’ overnemen. Dit houdt in dat alle bestaande EU-regelgeving moet worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving en effectief moet worden gehandhaafd. Afgezien van de vraag of de nieuw toetredende staten aan deze laatste verplichting voldaan hebben voordat zij toetraden tot de

³² Dat feiten op het moment van plegen naar Nederlands recht nog niet strafbaar waren doet niet ter zake aldus vaste jurisprudentie, het gaat er namelijk om dat Nederland geen medewerking verleent aan vervolging dan wel strafoplegging van feiten die naar Nederlandse opvatting niet strafbaar *zijn*. Zie bijvoorbeeld recent nog 18 november 2003, LJN nummer AH-8601.

³³ overeenkomstig artikel 23 lid 1 Overleveringswet. Daarop stelt de ovj (overeenkomstig dit artikel) de uitvaardigende autoriteit daarvan onmiddellijk in kennis.

EU, betekent dit dat Nederland in de relaties met alle nieuwe (en toekomstige) lidstaten op enig moment de Overleveringswet zal moeten toepassen. De vraag is echter of al die nieuwe lidstaten zullen en kunnen voldoen aan de eisen die door de EU gesteld worden voor toetreding als het gaat om respect voor de mensenrechten en het niet discrimineren van minderheden. De rapporten van Amnesty International zijn in dat verband zorgwekkend te noemen.³⁴ In de rapportages van Amnesty over de nieuw toegetreden landen wordt melding gemaakt van slechte detentieomstandigheden, buitensporig veel geweld door de politie, discriminatie van ‘Roma’ en geweld tegen vrouwen en kinderen. In de landen die het verst zijn in de toetredingsonderhandelingen, Bulgarije³⁵ en Roemenië is de situatie nog nijpender. Talloze meldingen van mishandeling en marteling en straffeloosheid voor de hierbij betrokken politieambtenaren.

Een dreigende schending van mensenrechten is zoals hierboven al uiteen gezet onder de Uitleveringswet geen kansrijk verweer. De minister is niet snel geneigd een uitlevering te weigeren en de Hoge Raad heeft de rechter alleen onder heel strikte voorwaarden toegestaan de uitlevering ontoelaatbaar te verklaren vanwege een mensenrechtenschending.³⁶

In de nieuwe procedure zou dit kunnen veranderen aangezien niet de minister, maar uitsluitend de rechtbank beslist over een dreigende schending van mensenrechten. De rechter kan zich dus niet meer met een onbevoegdheidargument achter de minister verschuilen. Artikel 11 Overleveringswet, dat de imperatief geformuleerde mensenrechtenexceptie bevat luidt: *“De overlevering wordt niet toegestaan in gevallen, waarin naar het oordeel van de rechtbank een op feiten en omstandigheden gebaseerd vermoeden bestaat, dat inwilliging van het verzoek zou leiden tot flagrante schending van de fundamentele rechten van de betrokken persoon, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome tot stand gekomen Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.”* Tijdens de totstandkoming van de Overleveringswet is een aantal malen gediscussieerd over de term ‘flagrant’ in deze bepaling. Met deze term heeft de wetgever immers aan de mensenrechtenschending nog aanvullende eisen gesteld. Zowel de Eerste Kamer als de Tweede Kamer hebben bij deze extra eis vraagtekens gezet.³⁷ Een mensenrechtenschending als zodanig zou immers voldoende moeten zijn om de overlevering te weigeren, ook als deze niet flagrant is. Bovendien vereist het kaderbesluit deze aanvullende eis aan een beweerde mensenrechtenschending niet. De minister heeft echter vastgehouden aan de formulering zoals die uiteindelijk in de Overleveringswet is opgenomen.

Het zal afhankelijk zijn van de manier waarop de rechtbank Amsterdam om zal gaan met (vermeende) schendingen van mensenrechten of de opgeëiste persoon in een betere positie komt te verkeren dan onder de Uitleveringswet. Die rechtbank –en niet langer de Minister van Justitie– zal in de overleveringsprocedure zelfstandig alle mensenrechtenschendingen en daarover gevoerde verweren beoordelen. Anders dan de minister is de rechtbank niet gebonden aan het algemeen belang. Onlangs nog heeft waarnemend Advocaat-Generaal Keijzer een pleidooi gehouden om ook in de uitleveringsprocedure de rechtbank en niet de Minister over mensenrechtenschendingen te laten oordelen.³⁸ Het is te hopen dat de rechtbank

³⁴ Bron: www.amnesty.nl/landeninfo

³⁵ Zie voor een treurige schending: Nachova e.a. vs. Bulgarije, EHRM 26 februari (Appl. nrs. 43577/98 en 43579/98).

³⁶ Zie o.a. HR 15 oktober 1996 en HR 17 december 1996, NJ 1997, 533 en 534 (Babayasin), HR 16 december 1997, NJ 1998, 388 HR 21 maart 2000 NJ 2000, 540 (Murillo) en HR 11 maart 2003, NJ 2004, 42.

³⁷ Voorlopig verslag, *Kamerstukken I* 2003-2004, 29042, nr. B en Wetgevingsoverleg, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29042, nr. 27

³⁸ Conclusie bij HR 25 mei 2004, LJN-nummer AO8387

Amsterdam de mogelijkheden van de imperatief geformuleerde mensenrechtenexcectie zal benutten en met de nodige argwaan zal oordelen over Europese aanhoudingsbevelen waar door de opgeëiste persoon een verweer krachtens artikel 11 Overleveringswet wordt gevoerd. Zeker nu die rechtbank de sluitpost is voor de feitelijke overlevering.³⁹

Meer wederzijdse erkenning

Overweging zes van de preambule bij het Kaderbesluit stelt: “*Het Europees aanhoudingsbevel waarin dit kaderbesluit voorziet, vormt de eerste tastbare toepassing op strafrechtelijk gebied van het beginsel van wederzijdse erkenning, welk beginsel de Europese Raad als hoeksteen van de gerechtelijke samenwerking beschouwt.*” In deze overweging over de eerste tastbare toepassing is tussen de regels heel goed te lezen dat het niet de laatste tastbare toepassing zal zijn. Het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel is zeker niet het laatste geweest dat invulling moet geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning. Op het gebied van de bestrijding van drugs, terrorisme, corruptie, witwassen en de justitiële samenwerking zijn kaderbesluiten vastgesteld of in voorbereiding. Daarbij is het echter wel zaak dat de positie van verdachten gewaarborgd blijft. De Europese Raad heeft veel oog voor de snelle en doeltreffende bestrijding van criminaliteit, maar moet daarbij de basisbeginselen van het strafrecht wel in tact laten. Zo is in het voorstel voor het Kaderbesluit betreffende het Europees Bewijsverkrijgingsbevel voor rechtspersonen **uitdrukkelijk** niet voorzien in een beroep op het nemo tenetur-beginsel⁴⁰ en dat is onaanvaardbaar.

De toekomst zal naast een verdere uitbreiding van het aantal lidstaten voor het overleveringsrecht een nog verdere vereenvoudiging van de procedure brengen. Uiteindelijk zal er in het kader van één Europese ruimte van rechtvaardigheid geen procedure meer nodig zijn voor de overlevering van personen aan lidstaten van de EU. Een aanhoudingsbevel van een Officier van Justitie in Portugal, Letland of wellicht Turkije zal dan zonder meer door de Nederlandse autoriteiten ten uitvoer worden gelegd. Al bij het totstandkomen van de Overleveringswet erkende de Minister van Justitie dat dit de toekomst van het overleveringsrecht in de EU zal zijn.⁴¹

Conclusie

Het van kracht worden van de Overleveringswet is voor de uitleveringspraktijk in Nederland een grote verandering. Niet alleen door de inhoudelijke veranderingen die de wet met zich brengt, maar ook vanwege het feit dat het overgrote deel van de vroegere uitleveringsverzoeken nu in de vorm van een Europees aanhoudingsbevel zullen zijn. Bij de totstandkoming van het Kaderbesluit bestond de angst dat de rechtswaARBorgen voor de opgeëiste persoon geheel zouden verdwijnen. Die angst heeft dan ook tot veel kritiek geleid.⁴² Gelukkig is het zover niet gekomen en zijn bijvoorbeeld de meeste weigeringsgronden uit de uitleveringsprocedure in de Overleveringswet overgenomen.

³⁹ Zie hierover ook Alette Smeulders & Jan de Vries, *Het Europees aanhoudingsbevel: gerechtvaardigd vertrouwen?* in: NJCM-bulletin, jrg. 28 (2003) nr. 4.

⁴⁰ Trotman, “I trust the French, but not always”, *Advocatenblad* 2004, afl. 8, p. 378-379

⁴¹ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2002-2003, 29042, nr. 3, p. 8

⁴² Zie voor vele kritische noten: R. Blekxtoon, *Checks and Balances van het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel*, DD 2004, 43; en R. Blekxtoon, *Haastige spoed is zelden goed (of het Europees aanhoudingsbevel “EAB”)*, NTER nr. 1/2, februari 2004; en R. Blekxtoon, “*Europees arrestatiebevel*”, NJB 2002, afl. 22, p.1058-1061.

Toch is er voor de opgeëiste persoon vooralsnog geen reden tot vreugde over het van kracht worden van de Overleveringswet. Een tweetal veranderingen hebben een bijzonder nadelige invloed op zijn positie. Ten eerste de afschaffing van het cassatieberoep. Het is het op zijn minst vreemd dat over een simpele overtreding in twee instanties geprocedeerd kan worden, terwijl over een overlevering (met bijbehorende inbreuk op het recht op vrijheid) slechts in één instantie wordt beslist. De tweede nadelige verandering is de beperking van de toetsing aan de dubbele strafbaarheid. Het is daarbij overigens niet alleen de voormalig opgeëiste persoon die zich over deze wijziging zorgen moet maken. Wat in Nederland als een doodnormale hobby beschouwd wordt kan in een andere EU-lidstaat als terrorisme strafbaar zijn gesteld. De ‘Griekse vliegtuigspotters’-casus van eind 2001 heeft dit pijnlijk duidelijk gemaakt.

Naast deze inhoudelijke veranderingen in het uitleveringsrecht is ook de EU in beweging. De EU en daarmee de werking van de Overleveringswet breidt zich steeds verder uit. Terwijl door mensenrechtenorganisaties grote vraagtekens worden gezet bij de bescherming van de meest fundamentele rechten van burgers door de nieuwe lidstaten, wordt het makkelijker gemaakt om verdachten en veroordeelden naar die staten over te brengen. Daartegenover staat dat de rechtbank Amsterdam zich kritisch kan gaan opstellen jegens deze landen. Of de rechtbank Amsterdam zich inderdaad kritisch zal opstellen zal de toekomst leren. Het zal in ieder geval een tijdelijke verbetering voor de opgeëiste persoon zijn, aangezien het hoogstwaarschijnlijk is dat de overleveringsprocedure in de komende decennia volledig zal verdwijnen⁴³.

⁴³ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II 2002-2003*, 29042, nr. 3, p. 8