

University of Groningen

Het EAB en politiek gevoelige zaken

Glerum, Vincent

Published in:

SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Glerum, V. (2019). Het EAB en politiek gevoelige zaken: beschouwingen over de EAB-beslissingen in de zaak Puigdemont. *SEW: Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, 2019(2), 53-65.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het EAB en politiek gevoelige zaken: beschouwingen over de EAB-beslissingen in de zaak Puigdemont

20

V.H. Glerum*

Hoe gaan rechterlijke autoriteiten om met beslissingen over de uitvaardiging en uitvoering van Europese aanhoudingsbevelen in politiek gevoelige zaken? De zaak Puigdemont is zo een zaak en de in die zaak genomen beslissingen staan bloot aan kritiek. Deze kritiek – de betrokken autoriteiten zouden zich niet aan het Unierecht hebben gehouden – raakt aan het fundament van het Europees aanhoudingsbevel: het wederzijds vertrouwen. Deze bijdrage onderzoekt of die kritiek terecht is.

I. Inleiding

Anders dan bij uitlevering, spelen bij overlevering op grond van het Europees aanhoudingsbevel (EAB) de *politieke* autoriteiten van de lidstaten geen rol. De hele EAB-procedure – van de uitvaardiging tot en met de tenuitvoerlegging – wordt uitgevoerd door van de uitvoerende macht te onderscheiden *rechterlijke* autoriteiten,¹ die voldoen aan de eisen van een *effectieve rechterlijke bescherming*² en die de overlevering aan een *strikt juridische controle*³ onderwerpen op basis van *beperkte* en – in beginsel – *limitatieve*⁴ *weigeringgronden*. Dat politieke autoriteiten en politieke overwegingen bij de besluitvorming over een EAB zijn uitgeschakeld, wil echter niet zeggen dat de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten nooit worden geconfronteerd met politiek gevoelige EAB's. De EAB's die tegen Carles Puigdemont zijn uitgevaardigd, bieden een mooi voorbeeld van zulke EAB's.

Puigdemont, de voormalige president van de Spaanse regio Catalonië wordt, samen met een aantal medeverdachten, in Spanje vervolgd voor strafbare feiten die samenhangen met het op 1 oktober 2017 onder zijn verantwoordelijkheid gehouden referendum over de onafhankelijkheid van Catalonië. Bij dat referendum is het tot gewelddadige botsingen gekomen tussen de Spaanse

politie en het publiek. Hij wordt beschuldigd van rebellie (een gewelddadige opstand met het oogmerk om een deel van het Spaanse grondgebied onafhankelijk te verklaren) en van verduistering van publieke gelden (het aanwenden van publieke gelden ten behoeve van het referendum). Omdat Puigdemont en enkele van zijn medeverdachten zich niet meer in Spanje, maar elders in de Unie bevinden, hebben Spaanse rechters EAB's uitgevaardigd met het oog op hun aanhouding en overlevering aan Spanje. Aan de strafvervolging van Puigdemont c.s. en dus aan de in verband met die strafvervolging uitgevaardigde EAB's kleven ontegenzeggelijk politieke aspecten, zoals de hoedanigheid van de verdachte (een gekozen volksvertegenwoordiger), de aard van de feiten (rebellie gericht tegen de territoriale integriteit van Spanje) en het motief van de verdachte (afscheiding van Spanje). Zulke politieke aspecten maken de besluitvorming over die EAB's politiek gevoelig.

Geen van de tegen Puigdemont c.s. uitgevaardigde EAB's heeft daadwerkelijk tot overlevering aan Spanje geleid. De eerste set EAB's, uitgevaardigd door een rechter van de *Audiencia Nacional*, is ingetrokken toen Puigdemont c.s. zich in België bevond en voordat de Belgische rechter een beslissing over de tenuitvoerlegging kon nemen. Niet alle feiten zouden naar Belgisch recht strafbaar zijn, zodat de Belgische rechter de overlevering niet voor alle feiten zou hebben kunnen toestaan. Op grond van het specialiteitsbeginsel zouden de Spaanse autoriteiten de betrokkenen dan na overlevering niet hebben mogen vervolgen

* Prof. mr. dr. Vincent Glerum is bijzonder hoogleraar internationaal en Europees strafrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en is stafjurist bij de Rechtbank Amsterdam.

1 HvJ EU 10 november 2016, C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861, punten 35-36 (*Kovalkovas*).

2 HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punt 56 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

3 Conclusie A-G D. Ruiz-Jarabo Colomer, C-303/05, ECLI:EU:C:2006:552, punt 45 (*Advocaten voor de Wereld*).

4 Zie bijv. HvJ EU, C-216/18 PPU, punt 41 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

voor de feiten waarvoor de overlevering is geweigerd,⁵ terwijl de feiten volgens de Spaanse rechter een onlosmakelijke eenheid vormen die om een uniforme behandeling vraagt. Bovendien zou in geval van een partiële weigering van de overlevering tussen de verdachten die in Spanje zijn gebleven en de verdachten die Spanje hebben verlaten en vervolgens zijn overgeleverd aan Spanje een ongelijkheid met betrekking tot de eventuele bestraffing kunnen ontstaan.⁶

De tweede set EAB's, uitgevaardigd door een rechter van het *Tribunal Supremo*, heeft evenmin tot overlevering geleid. In de zaken van de medeverdachten van Puigdemont die zich nog in België bevonden, heeft de Rechtbank van eerste aanleg Brussel de overlevering om een formele reden geweigerd: de Spaanse nationale beslissing die aan de EAB's ten grondslag ligt, zou geen nationaal 'aanhoudingsbevel of een andere voor tenuitvoerlegging vatbare gelijkwaardige rechterlijke beslissing' in de zin van art. 8 lid 1 onder c Kaderbesluit 2002/584/JBZ zijn.⁷ In de zaak van Puigdemont zelf, die in Duitsland werd aangehouden, heeft het *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* geoordeeld dat de nationale beslissing die aan het EAB ten grondslag ligt – dezelfde nationale beslissing waarover de Belgische rechter oordeelde – wél een nationaal 'aanhoudingsbevel' in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ is. Deze rechter heeft de overlevering geweigerd voor rebellie en de overlevering toegestaan voor verduistering van publieke middelen.⁸ De Spaanse rechter heeft vervolgens opnieuw alle EAB's ingetrokken. Wat het EAB tegen Puigdemont betreft, neemt hij, vanwege de samenhang tussen de feiten en de wenselijkheid van gelijkheid in de eventuele bestraffing van alle verdachten, opnieuw geen genoegen met een partiële overlevering.⁹ Het vertrouwen van de Spaanse rechter in zijn Belgische en Duitse collega's lijkt een gevoelige knauw te hebben opgelopen. Hij verwijt de Belgische rechter dat deze ten onrechte heeft geoordeeld dat de Spaanse nationale beslissing geen 'aanhoudingsbevel' in de zin van Kaderbesluit 2002/584/JBZ oplevert.¹⁰ De Duitse rechter zou de beoordeling van de dubbele strafbaarheid van rebellie niet in overeenstemming met Kaderbesluit 2002/584/JBZ hebben uitgevoerd.¹¹

Maar ook de Spaanse rechter worden verwijten gemaakt. Volgens de organisatie Fair Trials zou de Spaanse rechter zich schuldig hebben gemaakt aan misbruik van het EAB en aan forumshopping, door de eerste set EAB's in te trekken toen het erop leek dat de Belgische rechter een

voor Puigdemont c.s. gunstige beslissing zou nemen en door de tweede set EAB's uit te vaardigen toen Puigdemont zich buiten België bevond.¹² Puigdemont zelf vermoedt dat Spanje de strafvervolgning tegen hem zal misbruiken teneinde hem om politieke redenen te vervolgen.¹³

De lotgevallen van de tegen Puigdemont c.s. uitgevaardigde EAB's illustreren dat de beslissingen van uitvaardigende en uitvoerende rechterlijke autoriteiten in politiek gevoelige zaken negatieve gevolgen kunnen hebben voor de effectiviteit van het EAB-systeem. In wezen houden de verwijten in dat de bewuste lidstaat niet overeenkomstig het Unierecht handelt. De verwijten raken dus aan het fundament waarop het EAB-systeem rust. Dit systeem is immers gebaseerd op het vertrouwen dat de lidstaten het Unierecht – en dus de grondrechten – in acht nemen. Dit vertrouwen is op zijn beurt gegrond op de 'fundamentele premisse' dat alle lidstaten de gemeenschappelijke waarden waarop de Unie is gebaseerd (zie art. 2 VEU) met elkaar delen. Een en ander brengt mee dat de lidstaten bij het ten uitvoer brengen van het Unierecht – bijvoorbeeld bij het uitvaardigen of tenuitvoerleggen van een EAB – behoudens 'uitzonderlijke omstandigheden' niet mogen nagaan of een andere lidstaat in een concreet geval de grondrechten in acht neemt.¹⁴

In deze bijdrage zal worden nagegaan of deze verwijten terecht zijn. Hoewel vanwege de divergerende beslissingen over het nationale 'aanhoudingsbevel' ook de *Belgische* EAB-procedure van belang is, ligt de focus noodgedwongen op de *Duitse* EAB-procedure. De beslissingen van de Belgische rechter zijn namelijk niet gepubliceerd. Allereerst wordt aandacht besteed aan de kwestie van de dubbele strafbaarheid van rebellie (par. 2). Daarna komt het verwijt van misbruik van het EAB en forumshopping aan de orde. De intrekking van de eerste set EAB's en het uitvaardigen van de tweede set EAB's hangt namelijk samen met (het ontbreken van) de dubbele strafbaarheid van rebellie (par. 3). Vervolgens wordt besproken of de overlevering van Puigdemont aan Spanje een schending van zijn recht op een eerlijk proces zou meebrengen (par. 4). De bijdrage wordt afgesloten met een slotbeschouwing (par. 5).

5 Zie art. 27 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ en HvJ EG 1 december 2008, C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669, punt 44 (*Leymann en Pustovarov*): dit beginsel 'verleent de gezochte persoon het recht om enkel te worden vervolgd, berecht of anderszins van zijn vrijheid beroofd voor het strafbare feit dat de reden tot de overlevering is geweest'. Zie art. 27 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ voor de uitzonderingen op dat recht.

6 *Auto* 5 december 2017, beschikbaar op www.poderjudicial.es.

7 Beschikking van 16 mei 2018, BR16.EU.50/18, niet gepubliceerd. Zie over de eis van een van het EAB te onderscheiden en daaraan voorafgaand nationaal aanhoudingsbevel HvJ EU 1 juni 2016, C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385 (*Bob-Dogi*).

8 *Beschluss* 12 juli 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), beschikbaar op www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Presse.

9 *Auto* 19 juli 2018, beschikbaar op www.poderjudicial.es. Naar aanleiding van de intrekking van het EAB tegen Puigdemont heeft de Duitse rechter het geschorste bevel tot overleveringsdetentie opgeheven: *Beschluss* 20 juli 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), beschikbaar op www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Presse.

10 *Auto* 19 juli 2018, p. 10-11.

11 *Auto* 19 juli 2018, p. 11-19.

12 *Beyond Surrender. Putting human rights at the heart of the European Arrest Warrant*, p. 27, beschikbaar op www.fairtrials.org.

13 *Beschluss* 12 juli 2018, 1 Ausl (a) 18/18 (20/18), p. 4.

14 Zie bijv. HvJ EU 19 september 2018, C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:733, punten 34-35 (*R O*).

2. Dubbele strafbaarheid

2.1. Inleiding

2.1.1. Weigeringsgrond

In het uitleveringsrecht beheerst de regel van dubbele strafbaarheid de toelaatbaarheid van de uitlevering: een gedraging moet zowel naar het recht van de verzoekende staat als naar het recht van de aangezochte staat een strafbaar feit opleveren. Kaderbesluit 2002/584/JBZ voorziet in dit opzicht in twee belangrijke wijzigingen. Voor 32 categorieën van strafbare feiten – zoals omschreven in het recht van de uitvaardigende lidstaat en waarop naar het recht van die lidstaat een vrijheidssanctie van ten minste drie jaar is gesteld – geldt een verbod van toetsing van de dubbele strafbaarheid (art. 2 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Het gaat bij deze feiten – de zogenoemde lijstfeiten – om feiten die ‘hetzij naar de aard ervan zelf hetzij wegens de daarop gestelde straf met een maximum van ten minste drie jaar, strafbare feiten zijn die op zodanig ernstige wijze de openbare orde verstoren en de openbare veiligheid in gevaar brengen, dat weglating van de toetsing van de dubbele strafbaarheid gerechtvaardigd is’.¹⁵ Een feit als rebellie komt niet voor in de opsomming van de lijstfeiten.

Voor andere feiten dan de lijstfeiten kunnen de lidstaten de overlevering afhankelijk stellen van de voorwaarde dat het EAB ‘berust op een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit, ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan’ (art. 2 lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). De lidstaten zijn niet verplicht om deze voorwaarde te stellen, maar als de uitvoerende lidstaat de voorwaarde heeft gesteld, dan ‘kan’ de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren wanneer ‘het feit’ dat – dat wil zeggen de gedraging die¹⁶ – aan het EAB ten grondslag ligt naar het recht van de uitvoerende lidstaat niet strafbaar is (art. 4 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Een dergelijke weigeringsgrond biedt de lidstaten de mogelijkheid om wederzijdse erkenning te weigeren voor gedragingen ‘die door hen niet moreel verwerpelijk [worden] geacht en bijgevolg geen strafbaar feit vormen’.¹⁷ De weigeringsgrond vormt aldus de uitdrukking van de soevereiniteit van de uitvoerende lidstaat: hij is niet gedwongen mee te werken aan de handhaving

van buitenlandse rechtsnormen die in strijd zijn met zijn eigen rechtsopvattingen.

2.1.2. Beoordelingsmarge

Zoals volgt uit het opschrift van art. 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ¹⁸ en uit de formulering van de aanhef van die bepaling,¹⁹ gaat het hier om een *facultatieve* weigeringsgrond. Duitsland heeft inderdaad de voorwaarde gesteld dat een niet-lijstfeit naar Duits recht een strafbaar feit oplevert,²⁰ maar heeft de *facultatieve* weigeringsgrond van art. 4 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ omgezet als een *dwingende* weigeringsgrond: de overlevering is *alleen* toelaatbaar als het feit naar Duits recht een strafbaar feit oplevert.

Uit een arrest van het Hof van Justitie over een *andere* in art. 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ opgenomen facultatieve weigeringsgrond – de weigeringsgrond inzake de executieoverlevering van onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat (art. 4 punt 6 Kaderbesluit 2002/584/JBZ) – blijkt dat een (volledig) dwingende implementatie van die weigeringsgrond in strijd is met het facultatieve karakter daarvan. Bij de omzetting van art. 4 punt 6 Kaderbesluit 2002/584/JBZ moet aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit ‘een zekere marge’ worden gelaten ‘om te beoordelen of de tenuitvoerlegging van het EAB moet worden geweigerd’.²¹ De weigeringsgrond heeft dus een dubbel facultatief karakter (voor de lidstaten en, in geval van omzetting, voor de uitvoerende rechterlijke autoriteiten).²² De eis van een beoordelingsmarge volgt niet alleen uit de bewoordingen van de aanhef van art. 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, maar ook uit de omstandigheid dat een *uitzondering* op de verplichting tot wederzijdse erkenning *strikt* moet worden uitgelegd.²³ Een omzetting als dwingende weigeringsgrond zou van de uitzondering immers de hoofdregel maken.²⁴ Deze argumentatie is niet alleen van toepassing op art. 4 punt 6 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, maar ook op alle andere in art. 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ opgenomen weigeringsgronden²⁵ en dus op de weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid. De *dwingende* Duitse bepaling is daarom niet in overeenstemming met het *facultatieve* karakter van art. 4 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. De zekere beoordelingsmarge voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit brengt een zekere mate van onzekerheid voor de opgeëiste persoon mee. Overlevering voor een feit dat niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende

15 HvJ EG 3 mei 2007, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261, punt 57 (*Advocaten voor de Wereld*).

16 Vgl. andere taalversies: *die Handlung, the act, le fait*.

17 HvJ EU 11 januari 2017, C-289/15, ECLI:EU:C:2017:4, punt 45 (*Grundza*) ten aanzien van Kaderbesluit 2008/909/JBZ.

18 ‘Gronden tot facultatieve weigering van de tenuitvoerlegging’.

19 ‘De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan de tenuitvoerlegging van het [EAB] weigeren (...)’.

20 § 81 juncto § 3 van het *Internationales Rechtshilfegesetz*.

21 HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503, punt 21 (*Popławski*). Zie ook HvJ EU 13 december 2018, C-514/17, ECLI:EU:C:2018:1016, punt 33 (*Sut*).

22 Zie punt 3.2 van mijn noot bij het arrest *Popławski*, *SEW* 2018, afl. 1, p. 33-37.

23 HvJ EU, C-579/15, punt 19 (*Popławski*).

24 Conclusie A-G Y. Bot, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:116, punt 31 (*Popławski*).

25 In deze zin punt 3.2 van mijn noot bij *Popławski*, *SEW* 2018, afl. 1, p. 33-37. Zo kennelijk ook A-G M. Szpunar, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:317, punt 60 (AY).

lidstaat is echter niet in strijd met het in art. 49 lid 1 Handvest neergelegde legaliteitsbeginsel. Overlevering is immers niet een ‘veroordeling’ in de uitvoerende lidstaat,²⁶ maar een handeling die een strafvervolging of strafexecutie in de uitvaardigende lidstaat faciliteert. Het zijn de autoriteiten van die laatste lidstaat, waar de strafvervolging zal plaatsvinden of al heeft plaatsgevonden, die zich aan het legaliteitsbeginsel moeten houden.²⁷ De zekere mate van onzekerheid voor de opgeëiste persoon heeft overigens als voordeel dat de betrokkene minder makkelijk kan voorspellen in welke lidstaat hij wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid gevrijwaard zou kunnen zijn van overlevering. Die onzekerheid vermindert dus het risico dat de betrokkene door forumshopping straffeloos blijft (zie par. 3.3).

Ook voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft de zekere beoordelingsmarge iets onzekers. Op basis van welke criteria moet zij beslissen om al dan niet af te zien van weigering als de dubbele strafbaarheid ontbreekt? Bestaat niet het risico dat via de beoordelingsmarge politieke overwegingen binnensluipen en dat van een ‘strikt juridische controle’ dus geen sprake meer is? Kennelijk is de gedachte dat een *rechterlijke* autoriteit een *rechterlijke* toets zal aanleggen²⁸ en dat bij een dergelijke toets geen plaats is voor zulke overwegingen. Gelet op de ratio van de beoordelingsmarge – een *verplichte* weigering verdraagt zich niet met het *uitzonderings* karakter van de weigeringsgrond – ligt het overigens voor de hand dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit nagaat of er, ondanks het ontbreken van dubbele strafbaarheid, *objectieve* omstandigheden zijn die pleiten voor het afzien van weigering van de overlevering. De beoordelingsmarge biedt de uitvoerende rechterlijke autoriteit dus de mogelijkheid om uitdrukking te geven aan de *favor extraditionis* die aan het hele EAB-systeem ten grondslag ligt.²⁹

2.1.3. Beoordelingswijze

Het Hof van Justitie heeft zich nog niet rechtstreeks uitgelaten over de wijze waarop de dubbele strafbaarheid moet worden beoordeeld bij de toepassing van art. 4 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Wel heeft het Hof van Justitie in het arrest *Grundza* de weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid van Kaderbesluit 2008/909/JBZ (wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende sancties)³⁰ uitgelegd.

In het arrest *Grundza* was de vraag aan de orde of het besturen van een auto in *Tsjechië* in strijd met een

Tsjechisch rijverbod een strafbaar feit oplevert in *Slowakije*, omdat naar Slowaaks recht alleen het besturen van een auto in strijd met een *Slowaaks* rijverbod strafbaar is. Volgens het Hof is het niet nodig dat in beide lidstaten de *bestanddelen* van de strafbaarstellingen of de *benamingen of classificaties* ‘exact’ overeenkomen.³¹ Evenmin is vereist dat de strafbaarstellingen hetzelfde *rechtsbelang* beogen te beschermen.³² Dat is volkomen begrijpelijk, omdat een eis van ‘exacte’ overeenstemming van bestanddelen, benamingen, classificaties of rechtsbelangen een ernstige belemmering voor de wederzijdse erkenning zou vormen. Strafbaarstellingen in verschillende lidstaten komen zelden ‘exact’ overeen, zeker wanneer strafbaarstellingen niet een *particulier* rechtsbelang beogen te beschermen – zoals de strafbaarstelling van diefstal of mishandeling – maar een *publiek* rechtsbelang – zoals de strafbaarstelling van handelen in strijd met een beslissing van een autoriteit van die lidstaat.³³

Daarom is voldoende dat de ‘feitelijke elementen die de oorsprong vormen van het strafbare feit’ overeenstemmen met de ‘omschrijving van het strafbare feit overeenkomstig het recht van de tenuitvoerleggingsstaat’.³⁴ De beoordeling van de dubbele strafbaarheid strekt ertoe om ‘na te gaan of de feitelijke elementen die de oorsprong vormen van het strafbare feit, zoals die zijn weergegeven in het door de bevoegde autoriteit van de beslissingsstaat uitgesproken vonnis, ook op het grondgebied van de tenuitvoerleggingsstaat strafrechtelijk hadden kunnen worden bestraft, indien zij op dat grondgebied zouden hebben plaatsgevonden’.³⁵ In de zaak *Grundza* moest de verwijzende rechter dus nagaan of, als die feitelijke elementen ‘te weten het besturen van een motorvoertuig ondanks het bestaan van een officiële beslissing die een dergelijke gedraging verbood, zouden hebben plaatsgevonden op het grondgebied van de lidstaat waartoe deze rechter behoort, zij op grond van het nationale strafrecht van die staat hadden kunnen worden bestraft’. Zo ja, dan is aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid voldaan.³⁶ Er zijn belangrijke verschillen tussen de reikwijdte en de context van beide kaderbesluiten. Kaderbesluit 2008/909/JBZ heeft alleen betrekking op de wederzijdse erkenning van onherroepelijke veroordelingen, terwijl Kaderbesluit 2002/584/JBZ niet alleen ziet op overlevering ter fine van tenuitvoerlegging van een onherroepelijke veroordeling, maar ook op overlevering ter fine van strafvervolging. In de context van Kaderbesluit 2008/909/JBZ is het ontbreken van dubbele strafbaar-

26 Vgl. over art. 7 lid 1 EVRM en uitlevering: ECRM 6 juli 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0706DEC000751276 (*X/Nederland*); ECRM 6 maart 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0306DEC001219286 (*Polley/België*); ECRM 18 januari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0118DEC002729295 (*Bakhtiar/Zwitserland*). Over art. 7 lid 1 EVRM en overlevering: EHRM 7 oktober 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1007DEC004113805 (*Monedero Angora/Spanje*).

27 HvJ EG, C-303/05, punt 53 (*Advocaten voor de Wereld*).

28 Zie bijv. HvJ EU 10 november 2016, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, punten 44-45 (*Poltorak*).

29 Vgl. HvJ EU 10 augustus 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628, punten 96-97 (*Tupikas*); HvJ EU 10 augustus 2017, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629, punten 106-108 (*Zdziaszek*).

30 Kaderbesluit 2008/909/JBZ van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27, zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299/JBZ, *PbEU* 2009, L 81/24.

31 HvJ EU, C-289/15, punt 35 (*Grundza*).

32 HvJ EU, C-289/15, punten 48-49 (*Grundza*).

33 Zie in de context van uitlevering V.H. Glerum, in: A.L. Melai, A.H. Klip e.a., *WvSv/IISS*, II.5.4.6 (‘Analogische transformatie’).

34 HvJ EU, C-289/15, punt 37 (*Grundza*).

35 HvJ EU, C-289/15, punt 47 (*Grundza*).

36 HvJ EU, C-289/15, punt 53 (*Grundza*).

heid in het nadeel van de betrokkene (de vrijheidsstraf wordt niet ten uitvoer gelegd in de lidstaat waar dit gelet op de reclassering van de betrokkene is aangewezen), terwijl in de context van Kaderbesluit 2002/584/JBZ het ontbreken van dubbele strafbaarheid in het voordeel van de betrokkene is (zijn overlevering vindt geen plaats). Daar staat tegenover dat de weigeringsgrond van Kaderbesluit 2008/909/JBZ vrijwel gelijklopend is aan die van Kaderbesluit 2002/584/JBZ.³⁷ Bovendien is in beide gevallen sprake van een *uitzondering* op het beginsel van wederzijdse erkenning die *strikt* moet worden uitgelegd. Ondanks de verschillen, lijkt daarom de uitleg die het Hof in het arrest *Grundza* heeft gegeven ook van toepassing op de regeling van dubbele strafbaarheid van Kaderbesluit 2002/584/JBZ.³⁸

2.2. De Duitse beslissing

Het Duitse recht kent geen strafbaarstelling van rebellie tegen de lidstaat Spanje.³⁹ Het *Spaanse* publieke rechtsbelang van de territoriale integriteit van de staat *Spanje* wordt in Duitsland dus niet beschermd (zie par. 2.1.2). *Hochverrat gegen den Bund* is wel strafbaar naar Duits recht.⁴⁰ Daaronder valt ook het afscheiden van een deel van het grondgebied van de Bondsrepubliek.⁴¹ Volgens de Duitse rechter moet er om te beoordelen of sprake is van strafbaarheid naar Duits recht op grond van het *Internationales Rechtshilfegesetz* een *sinnegemäße Umstellung* van de feitelijke elementen plaatsvinden:

‘Der vorliegende Fall muss also gedacht werden, als habe etwa der Ministerpräsident eines deutschen Bundeslandes die Absicht, sein Bundesland in die Unabhängigkeit zu führen und habe hierfür mit weiteren Regierungsgliedern ein Referendum vorbereitet, in dem die Bürger des Bundeslandes über die Unabhängigkeit abstimmen soll. Weiter ist der Fall so zu denken, dass der Ministerpräsident sowohl davon weiß, dass das Bundesverfassungsgericht das beabsichtigte Referendum für verfassungswidrig erklärt hat, als auch aufgrund von Warnungen der Polizei damit rechnen muss, dass es am Wahltag

zwischen den Bürgern und aus dem ganzen Bundesgebiet entsandten Polizeibeamten zu gewalttätigen Auseinandersetzungen kommen werde.’⁴²

Uit deze feitelijke elementen valt volgens de Duitse rechter niet het bestanddeel ‘mit Gewalt’ af te leiden. Uit de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* leidt hij namelijk af dat de met het geweld uitgeoefende druk een zodanige intensiteit moet hebben bereikt, dat een regering die zich van haar verantwoordelijkheid bewust is, zich gedwongen ziet toe te geven aan de eisen van de geweldpleger.⁴³ De ratio van deze verhoogde drempel is dat in een democratische staat uit grondwettelijke overwegingen het strafrecht bij politieke botsingen terughoudend moet zijn en dat de staat en zijn instellingen in vergelijking met een individu nu eenmaal moeilijker te beïnvloeden zijn.⁴⁴ De Duitse rechter komt tot de conclusie dat het geweld niet de wettelijke drempel heeft overschreden, omdat dit geweld naar Duits recht niet geschikt was om het beoogde gevolg te veroorzaken.⁴⁵

Na te hebben geconcludeerd dat het feit naar Duits recht niet strafbaar is als *Hochverrat*, onderzoekt de Duitse rechter nog of het feit strafbaar is als *Landfriedensbruch*.⁴⁶ Ook dit onderzoek leidt tot een ontkenkende conclusie, onder meer omdat het Puigdemont zou hebben ontbroken aan de naar Duits recht vereiste ‘Tatwille’ tot het begaan van gewelddadigheden. Bovendien zou hij niet de vereiste ‘Möglichkeit der Kontrolle des Geschehens’ hebben gehad. Uit de door de Spaanse rechter verstrekte informatie blijkt namelijk niet dat hij planner, organisator of ondersteuner van voorzienbare gewelddadigheden was. De gewelddadigheden vonden spontaan en naar plaats, tijd en afloop onvoorzienbaar plaats, zodat hij deze gewelddadigheden niet zou hebben kunnen ondersteunen of anderszins beïnvloeden.⁴⁷

2.3. Waardering van de Duitse beslissing

Volgens de Duitse rechter heeft hij de toetsing van de dubbele strafbaarheid uitgevoerd conform de methode van de *sinnegemäße Umstellung des Tatbestands*, zoals de

37 Zie art. 7 lid 3 en art. 9 lid 1 onder d.

38 Tot dezelfde conclusie komen ook A. Falkiewicz, ‘The Double Criminality Requirement in the Area of Freedom, Security and Justice – Reflections in Light of the European Court of Justice Judgment of 11 January 2017, C-289/15, *Criminal Proceedings against Jozef Grundza*’, *EuCLR* 2017, p. 267; M. Heger, ‘Einige Anmerkungen zum Auslieferungshaftbefehl in der causa “Puigdemont”’, *ZIS* 2018, p. 188; Conclusie A-G Y. Bot, C-514/17, ECLI:EU:C:2018:672, punten 69-70 (*Sut*). Zonder rechtstreekse toepasselijkheid te bepleiten, volgt volgens L. Bachmaier uit *Grundza* dat ‘some flexibility could be warranted in assessing the double criminality requirement’: ‘European Arrest Warrant, Double Criminality and Mutual Recognition: A Much Debated Case’, *EuCLR* 2018, p. 156.

39 *Beschluss* 5 april 2018, p. 6.

40 § 81 Abs 1: ‘Wer es unternimmt, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt, (...) den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen (...)’.

41 § 92 Abs. 1 Strafgesetzbuch: ‘Im Sinne dieses Gesetzes beeinträchtigt den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, wer (...) ein zu ihr gehörendes Gebiet abtrennt.’

42 *Beschluss* 5 april 2018, p. 7.

43 *Beschluss* 5 april 2018, p. 10.

44 *Beschluss* 12 juli 2018, p. 10.

45 *Beschluss* 12 juli 2018, p. 11-13.

46 § 125 Abs 1 Strafgesetzbuch: ‘Wer sich an (...) Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen (...) die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden, als Täter oder Teilnehmer beteiligt oder wer auf die Menschenmenge einwirkt, um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu fördern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.’

47 *Beschluss* 12 juli 2018, p. 13-17.

Duitse wet hem voorschrijft.⁴⁸ Deze in het uitleveringsrecht gebruikelijke wijze van beoordeling – in de Nederlandstalige literatuur ook wel als analogische transformatie aangeduid – komt *materieel* overeen met de beoordeling zoals uiteengezet door het Hof van Justitie in het arrest *Grundza*: de feitelijke elementen worden in een gedachte-experiment verplaatst naar het grondgebied van de *uitvoerende* lidstaat (Duitsland) en worden beschouwd alsof zij gericht zijn tegen die lidstaat in plaats van tegen de *uitvaardigende* lidstaat (Spanje); vervolgens wordt nagegaan of deze feitelijke elementen de bestanddelen van een strafbaarstelling van de uitvoerende lidstaat vervullen.⁴⁹

De Duitse rechter zou de dubbele strafbaarheid ten onrechte niet *in abstracto*, maar *in concreto* hebben getoetst. Uit het arrest *Piotrowski* leidt de Spaanse rechter namelijk af dat die beoordeling *in abstracto* moet plaatsvinden. Kennelijk ziet de Spaanse rechter de toetsing van de feitelijke elementen aan de eisen die de Duitse rechtspraak aan het bestanddeel ‘mit Gewalt’ stelt als een toetsing *in concreto*. Het beroep op het arrest *Piotrowski* treft geen doel. Dit arrest betreft de dwingende weigeringsgrond inzake de leeftijd van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van minderjarigen naar het recht van de uitvoerende lidstaat (art. 3 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Zoals uit de formulering van deze weigeringsgrond volgt, is *alleen* de leeftijd van de minderjarige van belang. De uitvoerende rechterlijke autoriteit mag daarom niet nagaan of ‘in het *concrete* geval is voldaan aan de *aanvullende* voorwaarden inzake een gepersonaliseerde beoordeling die in het recht van de uitvoerende lidstaat *concreet* worden gesteld voor de vervolging of de eventuele veroordeling van een minderjarige’.⁵⁰ Toetsing aan de eisen die de Duitse rechtspraak stelt aan het bestanddeel ‘mit Gewalt’ is niet een toetsing aan *aanvullende* voorwaarden ten opzichte van de voorwaarde dat ‘het Europees aanhoudingsbevel berust op een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit, ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan’ als bedoeld in art. 2 lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Integendeel, toetsing aan die eisen vormt een onlosmakelijk onderdeel van de toetsing aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid. Zou de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid moeten abstraheren van haar nationale rechtspraak over het bestanddeel ‘mit Gewalt’, dan zou die beoordeling geen antwoord geven op de vraag of de feitelijke elementen ‘ook op het grondgebied van de tenuitvoerleggingsstaat strafrechtelijk hadden kunnen wor-

den bestraft, indien zij op dat grondgebied zouden hebben plaatsgevonden’. Los daarvan is er geen noodzaak voor een abstraherende benadering. Vanwege de beoordelingsmarge van de uitvoerende rechterlijke autoriteit mag het ontbreken van dubbele strafbaarheid immers *niet automatisch* tot weigering van de overlevering leiden. Het Spaanse verwijt dat de wijze van beoordeling van de dubbele strafbaarheid van rebellie niet in overeenstemming is met Kaderbesluit 2002/584/JBZ is dus niet terecht.⁵¹

De Duitse rechter heeft niet onderzocht of er redenen waren om weigering van de overlevering wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid achterwege te laten. Op de vaststelling dat rebellie naar Duits recht niet strafbaar is, volgt de conclusie dat de overlevering voor dat feit moet worden geweigerd. Dat is in overeenstemming met het Duitse recht, maar zoals hiervoor betoogd, in strijd met art. 4 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Uit de beslissing van de Duitse rechter blijkt niet dat hij zich bewust was van deze strijdigheid. Als hij dat bewust-zijn wel had gehad, dan had hij moeten onderzoeken of hij de Duitse bepaling kaderbesluitconform had kunnen uitleggen. Vermoedelijk zou hij een kaderbesluitconforme uitleg niet mogelijk hebben geacht, omdat een dergelijke uitleg – een uitleg die zou meebrengen dat een *verplichting* tot weigering wordt omgevormd in een *bevoegdheid* tot weigering – *contra legem* zou zijn.

2.4. What if?

Gesteld dat de Duitse wet wel een zekere beoordelingsmarge zou toekennen aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit, zouden er dan redenen zijn om *af te zien* van weigering van de overlevering voor rebellie?

Voorafgaand aan de beantwoording van deze vraag is het goed om erop te wijzen dat het Unierecht de klassieke, uitleveringsrechtelijke exceptie van het *politieke delict* niet erkent als grond tot weigering van de overlevering op grond van een EAB.⁵²

De rechtvaardigingen voor de exceptie van het politieke delict zijn onverenigbaar met de fundamentele premisse dat alle lidstaten de gemeenschappelijke waarden van de Unie, zoals vrijheid, democratie, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, erkennen en met elkaar delen.⁵³ Gelet op die gedeelde waarden is er geen ruimte voor een recht op gewelddadig verzet tegen een democratische rechtsstaat, gaat de wens om neutraal te blijven

48 Art. 3 Abs 1 *Internationales Rechtshilfegesetz*: ‘Die Auslieferung ist nur zulässig, wenn die Tat auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder wenn sie bei sinnemäßiger Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre.’

49 Zie punt 3.1 van mijn noot bij het arrest *Grundza*, *SEW* 2017, afl. 11, p. 478.

50 HvJ EU 23 januari 2018, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, punt 51 (*Piotrowski*) (mijn cursivering).

51 Ook M. Muñoz de Morales Romero komt tot deze conclusie: ‘Dual Criminality under Review: On the Puigdemont Case’, *EuCLR* 2018, p. 171. A. Nieto Martín, ‘The Foundation of Mutual Recognition and the Meaning of Dual Criminality’, *EuCLR* 2018, p. 164-165, is klaarblijkelijk van mening dat de Duitse rechter niet in overeenstemming met de arresten *Grundza* en *Piotrowski* heeft gehandeld. Ook L. Bachmaier, *EuCLR* 2018, p. 157, vindt dat de Duitse rechter te ‘strict’ heeft getoetst. Geen van deze auteurs snijdt het ontbreken van een beoordelingsmarge van de uitvoerende rechterlijke autoriteit aan.

52 Bij de overlevering op grond van de nog niet in werking getreden Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen betreffende de procedures voor overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie en IJsland en Noorwegen, *PbEU* 2006, L 292/2, kunnen de lidstaten en IJsland en Noorwegen voorzien in – een afgeslankte versie van – deze weigeringsgrond.

53 Dat IJsland en Noorwegen geen lidstaten zijn en dat deze premisse dus ten aanzien van deze lidstaten niet opgaat, verklaart waarom bij de overlevering door en aan deze staten de exceptie wel kan worden ingeroepen.

ten opzichte van interne politieke woelingen niet meer op – de aanval op een democratische rechtsstaat gaat alle andere lidstaten aan – en is het – onweerlegbare⁵⁴ – vermoeden dat een politieke delinquent in de lidstaat waartegen het politieke delict zich richt geen eerlijk proces zal kunnen krijgen misplaatst.⁵⁵ Kortom, de politieke aard van het feit – namelijk dat het gericht is tegen de veiligheid, het voortbestaan of de territoriale integriteit van een andere lidstaat – en/of de politieke motivatie van de verdachte zijn geen redenen voor terughoudendheid bij de overlevering.

Tegen deze achtergrond zou de Duitse rechter om de volgende redenen aanleiding hebben kunnen zien om af te zien van weigering van de overlevering voor rebelle. Ten eerste is dit feit geheel op Spaans grondgebied begaan en is dit feit gericht tegen een van de belangrijkste rechtsgoederen die het Spaanse strafrecht beschermt, te weten de territoriale integriteit van de lidstaat Spanje. Op de aanhouding in Duitsland na, zijn er geen aanknopingspunten met de Duitse rechtsorde. Ten tweede zou Puigdemont toch al moeten worden overgeleverd aan Spanje (namelijk voor verduistering van publieke middelen). Ten derde levert de reden om de EAB's in te trekken ook een reden op om af te zien van weigering van de overlevering vanwege het ontbreken van dubbele strafbaarheid: overlevering voor *beide* feiten zou bij een eventuele strafoplegging ongelijkheid tussen de verschillende verdachten kunnen voorkomen.

3. Misbruik van het EAB

3.1. Bevoegdheid tot intrekking van het EAB

Kaderbesluit 2002/584/JBZ bevat geen bepalingen over de intrekking van een EAB, maar het lijdt nauwelijks twijfel dat een uitvaardigende rechterlijke autoriteit de *bevoegdheid* heeft om een EAB in te trekken. In wezen betekent wederzijdse erkenning immers 'u vraagt, wij draaien'. Als de uitvaardigende rechterlijke autoriteit geen 'vraag' meer heeft, dan zou het zinloos zijn om de uitvoerende rechterlijke autoriteit te verplichten om te 'draaien'. In sommige gevallen bestaat zelfs een *verplichting* om het EAB in te trekken, bijvoorbeeld als de opgeëiste persoon in de uitvaardigende lidstaat een reëel risico loopt om te worden onderworpen aan een schending van zijn fundamentele rechten (bijvoorbeeld vanwege onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden).⁵⁶

De bevoegdheid en, in voorkomend geval, de verplichting tot intrekking van het EAB vinden bevestiging in het arrest AY. De aanleiding voor dit arrest vormt de strafvervolging in Kroatië van AY, een Hongaar die een hoge Kroatische ambtsdrager zou hebben omgekocht. Honga-

rije weigerde om een Kroatisch EAB ten uitvoer te leggen, omdat overlevering in strijd zou zijn met het *ne-bis-in-idem*-beginsel. In Hongarije was namelijk al een strafrechtelijke procedure gevoerd wegens dezelfde feiten – waarin AY als *getuige* was gehoord – en deze procedure was afgesloten met de vaststelling dat naar Hongaars recht geen sprake was van een strafbaar feit. Nadat AY in Kroatië in beschuldiging was gesteld, vaardigde een andere Kroatische autoriteit een nieuw EAB tegen AY uit wegens dezelfde feiten. Hongarije nam geen beslissing meer op dit tweede EAB.

Een overeenkomst met de zaak Puigdemont is dat de *uitvaardigende* rechterlijke autoriteit betwijfelt dat de *uitvoerende* rechterlijke autoriteit het Unierecht correct heeft toegepast (door de overlevering op grond van het eerste EAB te weigeren en door geen beslissing te nemen op het tweede EAB). De prejudiciële vragen stellen dus het wederzijdse vertrouwen ter discussie dat alle lidstaten zich aan het Unierecht houden.

Anders dan A-G M. Szpunar, achtte het Hof de prejudiciële verwijzing ontvankelijk, omdat de vragen waren gesteld met het oog op het nemen van een beslissing over de intrekking van het EAB, zodat niet kon worden gesteld dat zij geen verband hielden met een reëel geschil of dat zij van hypothetische aard waren. Dat de prejudiciële vragen betrekking hadden op de verplichtingen van de *uitvoerende* rechterlijke autoriteit, deed niet af aan de ontvankelijkheid. Een EAB-procedure kan namelijk tot een schending van grondrechten leiden. De *primaire* verantwoordelijkheid van de *uitvaardigende* lidstaat om die grondrechten te waarborgen, kan aanleiding zijn om het EAB in te trekken. Daarom moet een uitvaardigende rechterlijke autoriteit prejudiciële vragen kunnen stellen *met het oog op het al dan niet intrekken van het EAB*.⁵⁷

3.2. Effect van een beslissing tot weigering

Wanneer een uitvoerende rechterlijke autoriteit een beslissing tot weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB heeft genomen, ontslaat deze beslissing de rechterlijke autoriteiten van *dezelfde* lidstaat niet van de verplichting om te beslissen over de tenuitvoerlegging van een nieuw EAB dat betrekking heeft op dezelfde persoon en op dezelfde feiten. In het arrest AY heeft het Hof van Justitie namelijk geoordeeld dat art. 1 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ de lidstaten verplicht om op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van dat kaderbesluit *elk* EAB ten uitvoer te leggen. Daarom mogen de uitvoerende rechterlijke autoriteiten de tenuitvoerlegging van een EAB – behoudens in 'uitzonderlijke omstandigheden' – alleen weigeren op grond van de *limitatief* in Kaderbesluit

54 Onweerlegbaar, omdat de exceptie van het politieke delict een *dwingende* weigeringsgrond oplevert.

55 V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een inventarisatie en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 719-720.

56 Verdedigbaar is dat het Unierecht soms zelfs de *uitvaardiging* van een EAB verbiedt: zie punt 3.7 van mijn noot bij HvJ EU 5 april 2016, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*), SEW 2016, afl. 7/8, p. 352-358.

57 HvJ EU 25 juli 2018, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:602, punten 27-31 (AY).

2002/584/JBZ opgesomde weigeringsgronden.⁵⁸ Tot die limitatieve weigeringsgronden behoort niet de omstandigheid dat de tenuitvoerlegging is geweigerd van een eerder EAB dat betrekking heeft op dezelfde persoon en op dezelfde feiten.⁵⁹ Een uitvoerende rechterlijke autoriteit die geen beslissing neemt op een EAB handelt dus in strijd met Kaderbesluit 2002/584/JBZ.⁶⁰

Het is niet uitgesloten dat de beslissing op het nieuwe EAB *anders* uitvalt dan de beslissing op het eerste EAB. Er kan immers sprake zijn van gewijzigde omstandigheden. Zo kan het feit inmiddels wel strafbaar zijn gesteld naar het recht van de uitvoerende lidstaat.

De argumenten uit het arrest AY zijn naar hun aard evenzeer van toepassing op een geval waarin de overlevering van dezelfde betrokkene voor dezelfde feiten eerder door een rechterlijke autoriteit uit een *andere* lidstaat is geweigerd. Ook in een dergelijk geval ontslaat die eerdere weigering de uitvoerende rechterlijke autoriteiten niet van de verplichting om over de tenuitvoerlegging van het nieuwe EAB te beslissen.

Daarbij is ook van belang dat, alleen al vanwege het feit dat art. 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ voorziet in *facultatieve* weigeringsgronden, de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB van lidstaat tot lidstaat kan verschillen. Zo hebben niet alle lidstaten de weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid van niet-lijstfeiten omgezet (zie par. 2.1.1), kan wat in de ene lidstaat niet strafbaar is, in de andere lidstaat wel strafbaar zijn (zie par. 2.2) en kunnen de rechterlijke autoriteiten van de ene lidstaat anders omgaan met hun beoordelingsmarge dan de rechterlijke autoriteiten van de andere lidstaat (zie par. 2.1.2).⁶¹

De verplichting tot eerbiediging van het grondrecht van art. 50 Handvest (*ne bis in idem*) brengt niet mee dat een eerdere weigering van de overlevering in een andere lidstaat een ‘uitzonderlijke omstandigheid’ oplevert die – buiten de limitatieve weigeringsgronden om – tot het achterwege laten van overlevering van dezelfde persoon voor dezelfde feiten zou moeten leiden. De beslissing tot weigering uit een andere lidstaat heeft geen grensoverschrijdende *ne-bis-in-idem*-werking. Die beslissing is immers niet het resultaat van de toepassing van het strafrecht van een lidstaat dat andere lidstaten moeten aangaan, ook al zou hun eigen strafrecht tot een ander resultaat hebben geleid.⁶² De overleveringsprocedure in de *uitvoerende* lidstaat strekt er alleen toe om te beslissen of de toepassing van het strafrecht in de *uitvaardigende* lidstaat zal worden gefaciliteerd (vgl. par. 2.1.2). Deze procedure en de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB zijn dan ook geen ‘berechting of bestraffing in

een strafrechtelijke procedure’ in de zin van art. 50 Handvest.

Bovendien zou het toekennen van een grensoverschrijdend *ne-bis-in-idem*-effect aan een weigering van de tenuitvoerlegging van een EAB de betrokkene immuniteit van overlevering verlenen. Daardoor zou in strijd met de doelstelling van Kaderbesluit 2002/584/JBZ en met de opdracht van de Unie om haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen te bieden, waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot onder meer voorkoming en bestrijding van criminaliteit (art. 3 lid 2 VEU), een ernstig risico van straffeloosheid in het leven worden geroepen.⁶³

Uit het voorgaande volgt dat het verwijt van Fair Trials – de intrekking van de eerste set EAB’s voordat de Belgische uitvoerende rechterlijke autoriteit over de tenuitvoerlegging daarvan had kunnen oordelen levert misbruik van het EAB op – niet terecht is. Die intrekking frustrerende niet de Uniewijde werking van een verhoopde (volledige) weigering van de overlevering. Een dergelijke beslissing zou immers alleen een – beperkt – effect hebben gehad op het grondgebied van België. Daarbij komt dat die intrekking *materieel* hetzelfde gevolg had als de verhoopde (volledige) weigering van de overlevering: zolang geen nieuw EAB werd uitgevaardigd, hoefde Puigdemont niet te vrezen voor overlevering.

3.3. Strategische inzet van het EAB

Het vrije verkeer van personen in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen biedt een verdachte de mogelijkheid om zich naar een lidstaat te verplaatsen die de facultatieve weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid heeft omgezet en die het niet-lijstfeit waarvan hij wordt verdacht niet strafbaar heeft gesteld. Hij kan zijn recht van vrij verkeer dus strategisch inzetten. Minder positief geformuleerd: hij kan forumshoppen.⁶⁴ De omstandigheid dat de uitoefening van het recht van vrij verkeer de aanleiding vormt voor de uitvaardiging van een nieuw EAB tegen dezelfde persoon voor dezelfde feiten is niet een ‘uitzonderlijke omstandigheid’ die – buiten de limitatieve weigeringsgronden om – tot het achterwege laten van overlevering zou moeten leiden. Het vrije verkeer van strafrechtelijke beslissingen⁶⁵ en het vrije verkeer van personen zijn in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen onlosmakelijk met elkaar verbonden. Daarom kan men de uitvaardigende rechterlijke autoriteit niet ontzeggen dat zij het vrije verkeer van strafrechtelijke beslissingen strategisch gebruikt om straffeloosheid door de strategische inzet

58 HvJ EU, C-268/17, punt 33 (AY).

59 Conclusie A-G M. Szpunar, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:317, punt 37 (AY).

60 HvJ EU, punten 33-35 (AY).

61 De Europese Commissie is van mening dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit in geval van weigering van de overlevering het EAB mag handhaven, omdat het EAB mogelijk nog in een andere lidstaat ten uitvoer kan worden gelegd: *Handboek voor het uitvaardigen van een Europees aanhoudingsbevel*, C(2017)6389 final, p. 63.

62 Vgl. HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87, punt 33 (*Gözütok en Brügge*).

63 Vgl. HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, punt 86 (*Generalstaatsanwaltschaft (Detentieomstandigheden in Hongarije)*).

64 Zo ook J. Ouwkerk, ‘The Potential of Mutual Recognition as a Limit to the Exercise of EU Criminalisation Powers’, *EuCLR* 2017, p. 24-28.

65 Zie overweging 5 van de preambule van Kaderbesluit 2002/584/JBZ.

van het recht van vrij verkeer zoveel mogelijk te voorkomen.

Het strategische gebruik van het EAB om straffeloosheid te voorkomen vindt erkenning in het arrest *Radu*. In deze zaak verwierp het Hof de stelling dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit de betrokkene had moeten horen alvorens het (vervolgings-)EAB uit te vaardigen, met de overweging dat het EAB 'een zeker verrassingseffect moet hebben om te voorkomen dat de betrokkene vlucht'.⁶⁶

De tweede set EAB's tegen Puigdemont c.s is uitgevaardigd op een moment dat Puigdemont zich buiten België bevond, klaarblijkelijk in de hoop dat zijn aanhouding buiten België wel tot overlevering voor alle feiten zou leiden. Het verwijt van Fair Trials dat de uitvaardiging van de tweede set EAB's forumshopping oplevert, is dan ook niet terecht.

4. Recht op een eerlijk proces

4.1. Inleiding

Kaderbesluit 2002/584/JBZ bevat geen *algemene* weigeringsgrond met betrekking tot een dreigende schending van een grondrecht in de uitvaardigende lidstaat, terwijl de weigeringsgronden – in beginsel – *limitatief* zijn opgesomd in de art. 3-4bis. Een expliciete erkenning van de mogelijkheid dat lidstaten de grondrechten van verdachten of veroordeelden zouden schenden, zou niet stroken met de 'fundamentele premisse' waarop het Unierecht berust en die het onderlinge vertrouwen 'impliceert en rechtvaardigt' dat alle lidstaten de gemeenschappelijke waarden van art. 2 VEU erkennen en het Unierecht, dat die waarden ten uitvoer brengt, in acht nemen. Een uitdrukkelijke weigeringsgrond zou immers betekenen dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit steeds zou moeten onderzoeken of de opgeëiste persoon zou worden blootgesteld aan een schending van zijn grondrechten in de uitvaardigende lidstaat.

Toch verwijst zowel overweging 12 van de preambule van Kaderbesluit 2002/584/JBZ als art. 1 lid 3 van dat kaderbesluit naar de verplichting van de lidstaten om de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen te eerbiedigen, zoals deze onder meer in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn neergelegd. Grondrechten die overeenkomen met EVRM-rechten mogen niet *minder* bescherming bieden dan uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeit (art. 52 lid 3 Handvest). Een reëel risico van een onmenselijke of vernederende behandeling in de staat van bestemming en een reëel risico van een 'flagrant denial of justice' in de staat van bestemming leveren onder art. 3 EVRM respectievelijk onder art. 6 EVRM een beletsel voor verwijdering naar die staat op.⁶⁷ Art. 4 en art. 47 tweede alinea Hand-

vest moeten dus zo worden uitgelegd, dat zij op zijn minst dezelfde bescherming bieden.

Het Hof heeft dan ook erkend dat in 'uitzonderlijke omstandigheden' de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen kunnen worden beperkt. Tot voor kort waren zulke uitzonderlijke omstandigheden alleen aanwezig in geval van een reëel gevaar van vernederende of onmenselijke detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat.⁶⁸ In zaak C-216/18 PPU heeft een Ierse verwijzende rechter aan de orde gesteld of ook een reëel gevaar van een flagrante schending van het recht op een eerlijk proces een dergelijke uitzonderlijke omstandigheid oplevert.

4.2. Het arrest in zaak C-216/18 PPU

Evenals de zaak *Puigdemont*, is deze zaak politiek gevoelig. Die gevoeligheid zit niet in de aard van de feiten of in de persoon van de verdachte – de betrokkene wordt verdacht van drugsdelicten – maar in de omstandigheid dat de verwijzende rechter van oordeel is dat de rechtsstaat in Polen is geschonden. De wettelijke hervormingen die sinds 2015 zijn doorgevoerd zouden de onafhankelijkheid van Poolse rechterlijke macht aantasten. De verwijzende rechter baseert dit oordeel onder meer op het met redenen omklede voorstel van de Europese Commissie op grond van art. 7 lid 1 VEU, waarin de Raad wordt verzocht om te constateren dat een duidelijk gevaar voor een ernstige schending door Polen van de in art. 2 VEU neergelegde waarden bestaat.⁶⁹

Volgens overweging 10 van de preambule van Kaderbesluit 2002/584/JBZ berust de 'regeling van het EAB' op een 'hoge mate van vertrouwen' en kan toepassing van die regeling daarom alleen worden opgeschort wanneer de Europese Raad overeenkomstig de procedure van art. 7 VEU een 'ernstige en voortdurende schending' door een lidstaat van de in art. 2 VEU bedoelde beginselen heeft geconstateerd. Art. 7 VEU biedt mechanismen om het ontstaan van een ernstige en voortdurende schending van de gemeenschappelijke waarden van de Unie te voorkomen (lid 1) en om een eenmaal ontstane ernstige en voortdurende schending van die waarden te bestraffen (lid 2) door de rechten die de betrokken lidstaat aan het Unierecht ontleent te schorsen (lid 3). Het gaat hierbij niet om een door een *rechterlijke* autoriteit in een *concreet* geval toe te passen *weigeringsgrond*, maar om een door een *politiek* orgaan van de Unie uit te spreken *algemene buitenwerkingstelling* van de EAB-regeling in de verhoudingen met een bepaalde lidstaat.⁷⁰

In zaak C-216/18 PPU heeft het Hof vastgesteld dat een reëel gevaar van een schending van het grondrecht op een onafhankelijk gerecht – en dus een reëel gevaar van een aantasting van het grondrecht op een eerlijk proces *in de kern* – tot het achterwege laten van overlevering kan

66 HvJ EU 29 januari 2013, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, punt 40 (*Radu*).

67 EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).

68 HvJ EU, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU (*Aranyosi en Căldăraru*).

69 COM(2017)835 final.

70 Glerum 2013, p. 183, noot 786.

leiden.⁷¹ Het Hof maakt een onderscheid tussen een politieke en een rechterlijke beoordeling. Zolang de Europese Raad niet heeft geoordeeld dat sprake is van een ernstige en voortdurende schending van de in art. 2 VEU bedoelde waarden, is het aan de rechterlijke autoriteiten om van geval tot geval te beoordelen of de overlevering de betrokkene zou blootstellen aan een schending van de kern van zijn recht op een eerlijk proces.⁷² Bij die beoordeling is de *opvatting* van de Europese Commissie over het bestaan van een duidelijk gevaar voor een ernstige schending van de in art. 2 VEU bedoelde waarden niet bindend voor de rechterlijke autoriteiten, maar is de *informatie* die de Europese Commissie in een met redenen omkleed voorstel heeft verzameld ‘bijzonder relevant’.⁷³ Een reëel gevaar van een schending van het – *niet-absoloute* – grondrecht op een onafhankelijk gerecht kan volgens het Hof een overleveringsbeletsel opleveren, omdat de onafhankelijkheid van nationale rechters in het Unierecht van ‘primordiaal’ belang is. De bescherming van rechten die men aan het Unierecht ontleent, vindt immers vooral op nationaal niveau plaats. Daarbij komt dat die onafhankelijkheid even belangrijk is voor de justitiële samenwerking in het kader van het EAB. Het EAB-systeem is immers zo ingericht, dat de hele procedure onder controle staat van rechterlijke autoriteiten die voldoen aan de eisen van een effectieve rechterlijke bescherming, waaronder de waarborg van rechterlijke onafhankelijkheid. Bovendien tast een gebrek aan rechterlijke onafhankelijkheid de premisse aan dat de rechterlijke autoriteiten na de overlevering bij de strafvervolgning of strafexecutie in de uitvaardigende lidstaat het grondrecht van een onafhankelijke rechter – zoals neergelegd in het EVRM of in het nationale recht – zullen eerbiedigen. Juist op deze premisse berust de hoge mate van vertrouwen die de grondslag van het EAB-systeem vormt (zie ook par. 1).⁷⁴ Anders dan A-G Tanchev,⁷⁵ verwijst het Hof niet naar het EHRM-criterium van een ‘flagrant denial of justice’. Dit strenge criterium ziet niet op elke schending van het recht op een eerlijk proces, maar vereist een ‘nullification, or destruction of the very essence’ van dat recht.⁷⁶ Deze hoge drempel is de uitkomst van een afweging tussen de verplichting tot eerbiediging van een *niet-absoluut* recht en het belang van het vermijden van straffeloosheid. Toch lijkt het Hof niet zonder meer elke dreigende schending

van het recht op een eerlijk proces in de uitvaardigende lidstaat als een overleveringsbeletsel te aanvaarden. Het Hof *kwalificeert* immers het reële gevaar van een schending van het grondrecht op een onafhankelijk gerecht als een aantasting van *de kern* van het grondrecht op een eerlijk proces. Daarmee lijkt het Hof tegelijkertijd de eigenheid van het Unierecht te benadrukken en manoeuvreerruimte te scheppen voor de toekomst, terwijl het (vooral nog) toch zeer dicht in de buurt lijkt te blijven van het EHRM-criterium (vgl. ‘the very essence’).⁷⁷ In elk geval lijkt de bescherming die het criterium van het Hof biedt niet in strijd te komen met de bescherming die het Straatsburgse criterium geeft.⁷⁸

Evenals in zijn arresten over de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat,⁷⁹ werpt het Hof een drempel op voor de beoordeling van een verweer dat de betrokkene een reëel gevaar van schending van zijn grondrechten loopt. Aan een dergelijke beoordeling komt de uitvoerende rechterlijke autoriteit namelijk pas toe, nadat zij op grond van objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens heeft vastgesteld dat in het algemeen een reëel gevaar van schending van het recht op een eerlijk proces bestaat dat verband houdt met structurele of op zijn minst fundamentele gebreken die een nadelig effect op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in de uitvaardigende lidstaat kunnen hebben.⁸⁰ Deze drempel brengt het wederzijdse vertrouwen tot uitdrukking dat de lidstaten zich houden aan de in het Unierecht gegarandeerde grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen, dat gebaseerd is op de fundamentele premisse dat de lidstaten de gemeenschappelijke waarden van de Unie erkennen en delen.

Evenals bij detentieomstandigheden,⁸¹ moet de beoordeling *uitsluitend* aan de hand van de maatstaven van het Unierecht plaatsvinden, in dit geval dus aan de hand van art. 47 Handvest.⁸² Toepassing van het nationale beschermingsniveau is dus niet toegestaan.⁸³ Dit zou namelijk de balans tussen de verplichting tot eerbiediging van grondrechten en het belang van het voorkomen van straffeloosheid kunnen verstoren.

Als de uitvoerende rechterlijke autoriteit heeft vastgesteld dat er *in het algemeen* een reëel gevaar van een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht bestaat – en dat er dus reden is om een uitzondering op het wederzijd-

71 HvJ EU, C-216/18 PPU (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

72 HvJ EU, C-216/18 PPU, punten 69-73 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*). Zie voor kritiek P. Bárd & W. van Ballegooij, ‘Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*’, *NJEC* 2018, afl. 3, p. 360-363 en voor relativering van die kritiek punt 5 van de noot van J.W. Ouwkerk in *Ars Aequi* 2018, afl. 12, p. 1040-1046.

73 HvJ EU, C-216/18 PPU, punt 61 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

74 HvJ EU, C-216/18 PPU, punten 47-59 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

75 HvJ EU, C-216/18 PPU, punten 72-85 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

76 EHRM 17 januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909, § 260 (*Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk*). Volgens A-G E. Sharpston is het EHRM-criterium te streng: HvJ EU, C-396/11, ECLI:EU:C:2012:648, punten 82-83 (*Radu*).

77 Volgens K.A.M. van Kruisbergen en J. Krommendijk heeft het Hof van Justitie ervoor gekozen om niet de lagere EHRM-standaard te volgen: punt 4 van hun noot bij *ECHR* 2018/191. De verwijzende Ierse rechter is daarentegen van mening dat het Hof van Justitie niet heeft bedoeld om af te wijken van het criterium van een ‘flagrant denial of justice’: *The Minister for Justice and Equality v. Celmer No. 5* [2018] IEHC 639 (19 November 2018). Dat is ook de opvatting van het Engelse *High Court*: *Lis v. Regional Court in Warsaw* [2018] EWHC 2848 (Admin).

78 Vgl. HvJ 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, punt 62 (*Menci*).

79 HvJ EU, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, punt 88 (*Aranysosi en Căldăraru*).

80 HvJ EU, C-216/18 PPU, punten 60-61 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

81 HvJ EU, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, punt 88 (*Aranysosi en Căldăraru*).

82 HvJ EU, C-26/18 PPU, punt 62 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

83 Vgl. HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, punt 60 (*Melloni*).

se vertrouwen te maken – dan moet zij vervolgens nog in twee stappen het gevaar voor de *betrokkene* beoordelen.⁸⁴ Anders dan de verwijzende rechter, is het Hof dus van oordeel dat de vaststelling van een reëel gevaar *in abstracto* onvoldoende is om de overlevering te weigeren. Dat zou immers neerkomen op een opschorting van het EAB-systeem in de verhouding met Polen, waartoe alleen de Europese Raad bevoegd is. Het Hof houdt – begrijpelijkerwijs – geen rekening met het doemscenario waarin de algemene situatie zodanig ernstig is, dat blootstelling aan het algemene reële gevaar van een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht automatisch blootstelling aan een concreet reëel gevaar van een dergelijke schending betekent. In dat inktzwarte scenario rijst overigens de vraag of de autoriteit die het EAB heeft uitgevaardigd nog wel kan worden beschouwd als een ‘rechterlijke autoriteit’ in de zin van art. 6 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ die een effectieve rechterlijke bescherming kan bieden.⁸⁵ Een EAB dat niet is uitgevaardigd door een dergelijke ‘rechterlijke autoriteit’ is niet een ‘rechterlijke beslissing’ in de zin van art. 1 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, zodat daaraan geen gevolg hoeft te worden gegeven.⁸⁶

Bij de beoordeling van het reële gevaar *in concreto* moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit eerst onderzoeken of de structurele of fundamentele gebreken negatieve gevolgen kunnen hebben voor de rechterlijke instanties die bevoegd zijn voor de procedures waaraan de betrokkene ‘zal worden onderworpen’.⁸⁷ Zoals bij detentieomstandigheden algemene gebreken niet noodzakelijkerwijs meebrengen dat de betrokkene aan vernederende of onmenselijke detentieomstandigheden zal worden blootgesteld,⁸⁸ zo brengen structurele of fundamentele gebreken bij de gerechtelijke onafhankelijkheid niet noodzakelijkerwijs mee dat de betrokkene aan een oneerlijk proces zal worden blootgesteld. Met de woorden ‘zal worden onderworpen’ lijkt het Hof een grens te stellen aan de verantwoordelijkheid van de uitvoerende lidstaat voor de gevolgen van overlevering. In de concrete zaak wordt de betrokkene vervolgd bij een rechtbank van eerste aanleg. Na die procedure zijn verdere procedures in hoger beroep en cassatie en procedures bij het Constitutioneel Tribunaal *mogelijk*, maar men kan op het moment van de beslissing over de tenuitvoerlegging van het

EAB niet zeggen dat de betrokkene daaraan *zal worden onderworpen*. Deze verdere procedures lijken daarom uitsluitend onder de *primaire* verantwoordelijkheid van de uitvaardigende lidstaat te vallen. Een vergelijking dringt zich op met een op dezelfde dag gewezen arrest over detentieomstandigheden: de uitvoerende rechterlijke autoriteit hoeft niet de detentieomstandigheden in *alle* gevangenissen te onderzoeken waarin de betrokkene *mogelijk* terecht komt, maar alleen de detentieomstandigheden in de gevangenissen waarin de betrokkene *volgens een concreet voornemen* ‘zal worden gedetineerd’.⁸⁹

Blijkt inderdaad dat de structurele of fundamentele gebreken negatieve gevolgen kunnen hebben op het niveau van de bevoegde rechterlijke instanties, dan moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit nog onderzoeken of de betrokkene een reëel gevaar loopt, in het licht van wat hij daarover heeft aangevoerd en gelet op zijn ‘persoonlijke situatie’, de ‘aard van het strafbare feit’ en de ‘feitelijke context’ die aan het EAB ten grondslag liggen.⁹⁰

Bij de beoordeling van het reële gevaar *in concreto* moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit een ‘dialogue’ met de uitvaardigende rechterlijke autoriteit aangaan en op grond van art. 15 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ alle aanvullende *gegevens* – dus niet een garantie – opvragen die zij nodig acht. Als zij concludeert dat er inderdaad een reëel gevaar bestaat dat het grondrecht van de betrokkene op een onafhankelijk gerecht zal worden geschonden en dat dus zijn grondrecht op een eerlijk proces in de kern zal worden aangetast, dan *moet* de uitvoerende rechterlijke autoriteit ‘afzien’ van ‘gevolg te geven’ aan het EAB,⁹¹ hetgeen kennelijk een synoniem is van beëindiging van de procedure als bedoeld in het arrest *Aranyosi en Căldăraru*.⁹²

Het is de taak van de politieke organen van de Unie – en van die van de betrokken lidstaat – om een situatie als die in Polen te voorkomen en te doen ophouden, terwijl het de taak van de uitvoerende rechterlijke autoriteiten is om rechtsbescherming te bieden aan individuen die dreigen te worden blootgesteld aan een dergelijke situatie. De individuele rechterlijke toets zou de uitvaardigende lidstaat overigens kunnen stimuleren om de gewraakte situatie aan te pakken. Zolang het abstracte reële gevaar blijft bestaan, moeten de uitvoerende rechterlijke autoriteiten immers in elke (vervolgings)zaak uit de betrokken

84 Structurele of fundamentele gebreken zijn niet vereist om te mogen toekomen aan een beoordeling van het gevaar dat de betrokkene in geval van verwijdering uit een lidstaat loopt, als het de *overlevering zelf* is die een onmenselijke of vernederende behandeling zou kunnen opleveren, niet de behandeling die de betrokkene in de lidstaat van bestemming wacht: vgl. HvJ EU 16 februari 2017, C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127 (C.K. e.a.), in het kader van een overdracht op grond van de Dublin III-verordening. Het vertrouwen in de lidstaat van bestemming is dan niet in het geding.

85 Zie daarover K. Lenaerts, ‘The Court of Justice and National Courts: a Dialogue based on Mutual Trust and Judicial Independence’, p. 11-15, lezing van 16 maart 2018 bij het *Supreme Administrative Court of the Republic of Poland*, beschikbaar op www.minbuza.nl/ecer.

86 HvJ EU, C-452/16 PPU, punt 28 (*Poltorak*); HvJ EU, C-477/16 PPU, punt 29 (*Kovalkovas*).

87 HvJ EU, C-216/18 PPU, punt 74 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

88 HvJ EU, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, punt 93 (*Aranyosi en Căldăraru*).

89 HvJ EU, C-220/18 PPU, punt 87 (*Generalstaatsanwaltschaft (Detentieomstandigheden in Hongarije)*). Vgl. punt 8 van de noot van Van Kruisbergen en Krommendijk bij ECHR 2018/191.

90 HvJ EU, C-216/18 PPU, punt 75 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

91 HvJ EU, C-216/18 PPU, punt 78 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*).

92 HvJ EU, C-216/18 PPU, punt 47 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*) (‘net als bij (...)’). Dit wijkt dus af van het arrest *Aranyosi en Căldăraru*, dat spreekt van ‘beslissen of de overleveringsprocedure moet worden beëindigd’ (mijn cursivering). Anders dan het arrest *Aranyosi en Căldăraru*, verplicht het arrest in zaak C-216/18 PPU niet tot uitstel van de beslissing over de overlevering tot het moment waarop het concrete reële gevaar kan worden uitgesloten. Zie ook H. Satzger, ‘Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? An Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant’, *EuCLR* 2018, afl. 3, p. 326-327.

lidstaat een dialoog met de uitvaardigende rechterlijke autoriteit aangaan om na te gaan of de betrokkene een reëel gevaar van een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht loopt. Ook als de eindconclusie luidt dat de betrokkene zelf geen gevaar loopt, geeft zo een dialoog het signaal af dat er in het algemeen iets mis is met de rechtsstaat in de uitvaardigende lidstaat. Tot dusver hebben uitvoerende rechterlijke autoriteiten in Denemarken, Ierland, Nederland, Spanje en het Verenigd Koninkrijk geoordeeld dat er in Polen in het algemeen een reëel gevaar bestaat voor een schending van de kern van het recht op een eerlijk proces. In twee gevallen, waaronder de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest, hebben uitvoerende rechterlijke autoriteiten uiteindelijk geconcludeerd dat de opgeëiste persoon niet een dergelijk reëel gevaar loopt.⁹³

4.3. Waardering van de Duitse beslissing

Puigdemont heeft bij de Duitse rechter aangevoerd dat Spanje de strafprocedure zal misbruiken om hem *om politieke redenen* te vervolgen. Volgens overweging 12 van de preambule van Kaderbesluit 2002/584/JBZ staat niets in dit kaderbesluit eraan in de weg dat de overlevering kan worden geweigerd, als er objectieve redenen bestaan om aan te nemen dat het EAB is uitgevaardigd met het oog op *vervolg*ing of *bestraf*ing van de betrokkene op grond van – onder meer – zijn *politieke overtuiging* of dat de positie van die persoon kan worden aangetast om die reden. Deze zogenoemde non-discriminatieclausule, die ontleend is aan het uitleveringsrecht,⁹⁴ beoogt te voorkomen dat de strafvervolg

ing voor een dergelijk delict wordt misbruikt om politieke overtuigingen af te straffen. De non-discriminatieclausule komt niet voor in de – in beginsel – limitatieve opsomming van weigeringsgronden in Kaderbesluit 2002/584/JBZ.

Verdedigbaar is dat een reëel gevaar van discriminatoire vervolging of bestrafing in de uitvaardigende lidstaat een ‘uitzonderlijke omstandigheid’ oplevert die kan leiden tot een beperking van de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen. Het EHRM heeft niet uitgesloten dat een discriminatoire vervolging in strijd kan zijn met art. 3 EVRM,⁹⁵ dat overeenkomt met art. 4 Handvest.⁹⁶ Los daarvan kan men betogen dat de non-discriminatieclausule een algemeen beginsel van Unierecht vormt, dat voortvloeit uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben (art. 6 lid 3 VEU).⁹⁷ Ten slotte kan men aanvoeren dat het tot de kern van het grondrecht op een eerlijk proces behoort dat een strafproces niet wordt ingezet voor andere dan legitieme doeleinden. De omstandigheid dat naar Duits recht de non-discriminatieclausule een – dwingende – grond tot weigering

van de overlevering oplevert,⁹⁸ lijkt dus niet in strijd met Kaderbesluit 2002/584/JBZ te zijn.

Gelet op het beginsel van vertrouwen, ligt het voor de hand dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij de toepassing van deze weigeringsgrond pas overgaat tot een beoordeling of *voor de betrokkene* een reëel gevaar van schending van zijn grondrechten dreigt, nadat zij heeft geconstateerd dat in de uitvaardigende lidstaat *in het algemeen* een dergelijk gevaar dreigt (zie par. 4.2). Op dit punt kan ook de rechtspraak van het EHRM over het gebruik van het strafrecht voor politieke doeleinden als inspiratie dienen. Het EHRM gaat uit van het – weerlegbare – vermoeden dat de overheidsinstanties van de verdragspartijen te goeder trouw handelen. De drempel om dit vermoeden te weerleggen is hoog, omdat ‘high political status’ geen immunitet van strafvervolg

ing verleent.⁹⁹

De Duitse rechter heeft onderzocht of de non-discriminatieclausule moet worden toegepast en is tot een ontkennde conclusie gekomen. Daarbij heeft hij het vertrouwen in Spanje als lid van de EU-‘Wertegemeinschaft’ en van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht vooropgesteld: hij heeft er een ‘uneingeschränktes’ vertrouwen in dat Spanje het Unierecht in acht neemt. Dat Spanje Puigdemont in geval van overlevering in strijd met het Unierecht voor rebellee zou vervolgen, is dan ook ‘unvorstellbar’. Daarnaast vindt de Duitse rechter ook van belang dat het enige feit waarvoor de overlevering toelaatbaar is – verduistering van publieke middelen – geen politieke dimensie heeft.¹⁰⁰

Men kan de beslissing van de Duitse rechter zo lezen, dat hij geen aanleiding ziet om een uitzondering te maken op het vertrouwen dat de lidstaten het Unierecht in acht nemen. Hoewel hij ook acht heeft geslagen op de aard van het feit, een factor die alleen bij de vervolgstappen aan de orde kan komen, lijkt hij dus, achteraf bezien, *materieel* te hebben getoetst overeenkomstig het stappenplan van het Hof. Bij gebreke van objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en voldoende bijgewerkte gegevens die wijzen op structurele of fundamentele gebreken met betrekking tot het recht op een eerlijk proces in Spanje van personen die de onafhankelijkheid van Catalonië nastreven, kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit *a fortiori* niet toekomen aan het achterwege laten van overlevering. De Duitse rechter is dus adequaat omgegaan met het verweer van Puigdemont.

Zou de Duitse rechter hebben geoordeeld dat rebellee wel strafbaar is naar Duits recht, dan zou dat voor de beoordeling van het verweer geen wezenlijk verschil maken. De omstandigheid dat de politicus Puigdemont wordt verdacht van een strafbaar feit dat zich tegen de territoriale integriteit van Spanje richt, rechtvaardigt op zichzelf niet dat de overlevering wordt geweigerd. Anders zou

93 Ierland: *The Minister for Justice and Equality v. Celmer No. 5* [2018] IEHC 639 (19 November 2018); Nederland: Rb. Amsterdam 26 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8508.

94 In het uitleveringsrecht ziet de clausule op niet-politieke delicten.

95 EHRM 16 oktober 2006, ECLI:CE:ECHR:20061016DEC00010104 (*Burga Ortiz/Duitsland*). Zie verder Glerum 2013, p. 216-217, noot 958.

96 HvJ EU, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, punt 86 (*Aranyosi en Căldăraru*).

97 Zie verder Glerum 2013, p. 217.

98 § 6 Abs. 1 *Internationales Rechtshilfegesetz*.

99 EHRM 25 juli 2013, ECLI:CE:ECHR:20130725JUD00108206, § 899 en 903 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*) (met betrekking tot art. 18 EVRM).

100 *Beschluss* 12 juli 2018, p. 21.

immers de afgeschafte exceptie van het politieke delict weer worden ingevoerd. Ook in geval van een delict dat is begaan door een politicus en dat is gericht tegen de territoriale integriteit van de staat brengt het vertrouwensbeginsel mee, dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit pas aan de beoordeling van een verweer dat de betrokkene in geval van overlevering wordt blootgesteld aan een politieke vervolging mag toekomen, nadat zij heeft vastgesteld dat er in het algemeen een reëel gevaar van een dergelijke politieke vervolging bestaat. Pas dan zijn de aard van het feit en de hoedanigheid van de dader relevant.

5. Slotbeschouwing

Wat leren de voorgaande paragrafen nu over het EAB-systeem en politiek gevoelige EAB's?

Op het niveau van de Unieregeling is er een systeem waarin op adequate wijze de belangen van de uitvaardigende lidstaat bij vervolging van strafbare feiten (ook 'politieke' strafbare feiten) en van de betrokkene bij eerbiediging van zijn fundamentele rechten (zoals het recht om niet te worden onderworpen aan een 'politieke' vervolging) in evenwicht zijn gebracht. De uitvaardiging en uitvoering van een EAB staan onder rechterlijk toezicht. Politieke organen kunnen geen rechterlijke autoriteit zijn. De politieke aard van het strafbare feit is voor de rechterlijke autoriteit op zichzelf geen reden voor weigering van de overlevering. Het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat van zo een feit levert evenmin zonder meer een reden voor weigering op. Weliswaar kan een Unieburger gebruikmaken van zijn recht van vrij verkeer om zich te begeven naar een lidstaat waar het 'politieke' strafbare feit wegens het ontbreken van dubbele strafbaarheid mogelijk geen aanleiding tot overlevering geeft, maar een eventuele weigering van de overlevering om die reden staat er niet aan in de weg dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit gebruikmaakt van het vrij verkeer van strafrechtelijke beslissingen zodra de betrokkene die lidstaat verlaat. Niet kan worden ontkend dat de politieke aard en/of motivatie van het strafbare feit in uitzonderlijke omstandigheden risico's voor een eerlijk proces kunnen meebrengen. Het vertrouwen in de lidstaten staat echter voorop. Pas wanneer er bewijzen zijn dat er in de uitvaardigende lidstaat in het algemeen een reëel gevaar van een schending van de kern van het recht op een eerlijk proces bestaat, doet het vertrouwen een stap terug en moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit onderzoeken of de betrokkene een

dergelijk reëel gevaar loopt. Zo ja, dan moet zij de overlevering van de betrokkene achterwege laten.

Hoewel geen van de hiervoor besproken verwijten doel treft, legt de zaak *Puigdemont* op het niveau van de (toepassing van de) nationale regeling een aantal gebreken bloot. Zo verplicht de Duitse wetgeving de uitvoerende rechterlijke autoriteit om de overlevering zonder meer te weigeren als een niet-lijstfeit naar Duits recht niet strafbaar is. De Duitse rechter lijkt zich niet bewust te zijn van deze strijdigheid met de Unieregeling. Meer in het algemeen ontbreekt in zijn beslissing op het punt van de beoordeling van de dubbele strafbaarheid elke verwijzing naar het Unierecht. Hoewel hoogste rechter in dit soort zaken, heeft de Duitse rechter er geen blijk van gegeven te hebben overwogen om prejudiciële vragen te stellen. De Spaanse rechter heeft evenmin prejudiciële vragen gesteld. Op grond van de conclusie van A-G Szpunar in de zaak *AY* verkeerde hij in de veronderstelling dat hij de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen miste. Als hij in plaats van de EAB's in te trekken maar twee weken had gewacht, dan had hij in het arrest *AY* kunnen lezen dat hij die bevoegdheid wel heeft. Het is de Spaanse rechter ontgaan dat het probleem met de dubbele strafbaarheid niet zozeer zit in de wijze waarop de Duitse rechter deze heeft beoordeeld als wel in het ontbreken van de ruimte om af te zien van weigering van de overlevering als de dubbele strafbaarheid ontbreekt. Een en ander heeft tot gevolg dat de overlevering van *Puigdemont* ten onrechte is geweigerd voor één van de twee feiten en dat die onjuiste partiële weigering op basis van een onjuiste veronderstelling heeft geleid tot de intrekking van het EAB tegen *Puigdemont*. De gedachte dat in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht een onterechte weigering van de overlevering – een teveel aan rechtsbescherming – minder erg is dan een onterechte overlevering – een tekort aan rechtsbescherming – zou enige troost kunnen bieden. In elk geval staan de partiële weigering van de overlevering en de intrekking van het EAB niet in de weg aan de uitvaardiging van een nieuw EAB. De Spaanse rechter kan dus opnieuw proberen om de overlevering van *Puigdemont* voor beide feiten te verkrijgen. De uitvaardiging van een nieuw EAB geeft de betrokken rechterlijke autoriteiten de gelegenheid om te werken aan het herstel van vertrouwen in het EAB-systeem. Daarbij is wel problematisch dat veel lidstaten de weigeringsgrond van art. 4 punt 1 Kaderbesluit EAB hebben omgezet als een dwingende weigeringsgrond¹⁰¹ en dat zowel bij de lidstaten als bij hun rechterlijke autoriteiten nog het besef lijkt te ontbreken dat een dergelijke omzetting in strijd is met Kaderbesluit 2002/584/JBZ.¹⁰²

¹⁰¹ Volgens gegevens van de Europese Commissie zouden 25 lidstaten art. 4 punt 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ hebben omgezet, waarvan 16 als dwingende weigeringsgrond (waaronder Nederland): *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* [COM(2007)407 final]. Duitsland staat abusievelijk in het rijtje met facultatieve omzettingen.

¹⁰² Hetzelfde geldt voor de literatuur. In een recente serie artikelen in *EuCLR* 2018, afl. 2 over het EAB, dubbele strafbaarheid en de zaak *Puigdemont* roert geen van de auteurs het punt van de beoordelingsmarge aan.