

DE DENATIONALISERING VAN HET STRAFRECHT

René Barents[¥]

1 UITGANGSHYPOTHESE

1. Het doel van deze bijdrage is om vanuit het oogpunt van het recht van de EU¹ na te gaan wat de positie is van het nationale strafrecht in het juridische kader van het Europese integratieproces en welke gevolgen dat heeft voor dit vakgebied.² De uitgangshypothese blijkt uit de titel: in het kader van het EU-recht verliest het strafrecht zijn nationale karakter. Ter verduidelijking moet daarbij worden opgemerkt dat die hypothese iets anders impliceert dan een proces waarbij het nationale strafrecht in toenemende mate aan internationale invloeden is blootgesteld. Internationalisering van een bepaald rechtsgebied houdt niet in dat de nationale juridische en politieke zeggenschap over de inhoud en de toepassing daarvan verdwijnt. De onderhavige hypothese impliceert echter dat in het kader van het Europese integratieproces het nationale strafrecht wordt gecommunautariseerd, d.w.z. dat de inhoud en toepassing van het strafrecht wordt beheerst door het gemeenschappelijk interne recht van de EU.³ Anders gezegd, het strafrecht verliest zijn nationale karakter omdat het een onderdeel wordt van een transnationale, autonome rechtsorde. Dit specifieke karakter van het EU-recht vloeit voort uit de inhoud daarvan, dat vereist dat het in alle lidstaten onder gelijke omstandigheden wordt toegepast en uitgelegd.⁴ Op basis van de aldus gepreciseerde hypothese wordt in eerst nagegaan wat de bestaansgrond is van de bemoeienis van het EU-recht met het nationale strafrecht (het begrip 'Europese ruimte'). Vervolgens wordt uiteengezet welke algemene conclusies uit die bestaansgrond voor het nationale strafrecht kunnen worden getrokken. Deze conclusies worden nader uitgewerkt in opmerkingen over, ten eerste, de met het genoemde ruimteconcept samenhangende gevolgen van de coördinatie en de daarvoor ingezette instrumenten voor het nationale strafrecht (wederzijdse erkenning en harmonisatie), ten tweede de positie van de derde pijler in het geheel van het EU-recht in het algemeen en ten opzichte van de eerste pijler in het bijzonder en, ten derde, de aard van het derde pijlerrecht.⁵

[¥] Op persoonlijke titel.

¹ Onder EU-recht wordt verstaan het communautaire (EG-) recht en het recht van de tweede en derde pijler van de EU.

² Onder strafrecht wordt in dit verband verstaan het materiële en het procedurele strafrecht.

³ Op grond van die hypothese kan niet gesproken over 'Europees strafrecht'. Dit begrip dekt zowel de internationalisering (m.n. Raad van Europa) als de communautarisering van het strafrecht, waardoor de essentiële verschillen van beide ontwikkelingen uit het oog worden verloren. In die zin vormt 'Europees strafrecht' geen rechtsbegrip maar slechts een verzamelbegrip; zie ook P.A. Albrecht en S. Braun, *Deficiencies in the development of European criminal law*, *European Law Journal* 1999, p. 293, 297.

⁴ Zie over de inhoudelijke kenmerken van het communautaire recht, R. Barents en L. J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 12^e dr., Deventer, Kluwer, 2006, p. 81 e.v.

⁵ In deze bijdrage wordt bewust niet gesproken over 'EU-strafrecht'. Deze term kan betrekking hebben op het geheel van primair en secundair EU-recht over strafrechtelijke onderwerpen of daarnaast ook op het nationale recht tot omzetting en uitvoering van het primaire en secundaire EU-recht. Vgl. het begrip 'Europees bestuursrecht'. Het verbaast dat strafrechtjuristen spreken over 'EU-strafrecht'. Een dergelijke denominatie veronderstelt op zijn minst dat het gaat om een geheel van rechtsregels en beginselen dat op grond van zijn onderlinge samenhang en uitgangspunten een eigen identiteit vertoont. Dat is nu juist niet of nog niet het geval met het primaire en secundaire EU-recht over dit onderwerp, zoals ook blijkt uit het opschrift van Titel VI EU.

2. De verhouding tussen het EU-recht en het nationale strafrecht is verre van harmonieus. Dat kan ook moeilijk anders zijn omdat het samengaan van de rechtsorde van de EU en van nationale rechtsordes naar zijn aard niet zonder juridische en politieke conflicten kan plaatsvinden. Deze in beginsel conflictueuze relatie krijgt op het gebied van het strafrecht een extra dimensie zoals blijkt uit de vakliteratuur over dit onderwerp, waarin de gevolgen van het EU-recht voor het nationale strafrecht met grote reserves worden bejegend.⁶ Verwonderlijk is dit niet omdat het *ius puniendi* van oudsher een wezenlijk attribuut van de nationale staat vormt en dienovereenkomstig wordt opgevat als een uitdrukking van nationale identiteit.⁷ Communautarisering van het nationale strafrecht in de eerder aangegeven zin impliceert niets anders dan dat dit attribuut aan de exclusieve zeggenschap van de staat onttrokken wordt, een ontwikkeling die de soevereine staat in zijn wezen treft.⁸ Naast deze algemene overweging wordt de context van de onderhavige problematiek ook beïnvloed door het wantrouwen tegen alles wat met Europa te maken heeft zoals zich dit manifesteert in de post-referendumperiode. Niet zonder betekenis in dit verband is dat onlangs in een toch als degelijk aan te merken juridisch tijdschrift een bizar sciencefictionverhaal werd gepubliceerd over het strafrechtelijke Europa in een niet al te verre toekomst.⁹ Deze verdedigende en ook vaak negatieve houding van strafrechtsbeoefenaren verraadt het onvermogen of de onwil om in te zien dat door een grotendeels autonoom verlopend globaliseringsproces, waarvan ook de Europese integratie een afspiegeling vormt, de nationale staat het monopolie over het op zijn territorium van toepassing zijnde recht verliest.¹⁰ De weigering tot 'omdenken' is des te erger omdat met betrekking tot de invloed van de EU op het nationale strafrecht geldt 'you ain't seen nothing yet'.¹¹

2 HET BEGRIIP RUIMTE ZONDER GRENZEN

3. Het raakvlak tussen de EU en het nationale strafrecht wordt in het opschrift van Titel VI EU op maskerende wijze als 'samenwerking' op het gebied van het strafrecht omschreven. Uit artikel 29 EU volgt dat die samenwerking er mede toe strekt een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht tot stand te brengen. Zoals ook blijkt uit artikel 2, 3^e str. EU, vormt deze ruimte de bestaansgrond van het EU-optreden op dit terrein. Meer inzicht in de interactie tussen EU-recht en nationaal strafrecht vereist daarom een verduidelijking van dit begrip.

2.1 *Rechtshistorische achtergrond*

4. Vanuit rechtshistorisch oogpunt valt te vermelden dat het begrip ruimte in de jaren zeventig van de vorige eeuw werd geïntroduceerd in het kader van initiatieven om het toen vastgelopen

⁶ Zie bijv. G. J. Corstens, *Strafrechtspleging na het Verdrag van Amsterdam*, Nederlands Juristenblad 1999, p. 893.

⁷ Zie over de achtergronden o.m. H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3. Auflage, Heidelberg, Müller, 1999, § 1023-1034 en § 1205-1216.

⁸ Cf. M. Köhler, *Form und Inhalt europäischer Strafrechtsangleichung*. Beitrag zum Frankfurter Forum zur Wahrung rechtstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2001, p. 305.

⁹ W. F. Korthals Altes, *Europa... de toekomst?*, Nederlands Juristenblad 2006, p. 877.

¹⁰ Zie ook E. Hilgendorf, *Nationales oder transnationales Strafrecht? Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung*, in: *Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 333 e.v.

¹¹ Cf. A. van der Schans, *De gevolgen voor de Nederlandse strafrechtspraktijk*, in: *Europa en de Nederlandse rechtspraak: de praktische gevolgen*, *Rechtstreeks* 2006, p. 24.

Europese integratieproces opnieuw in de rails te zetten.¹² Tijdens de Europese Raad van 5 december 1977 in Brussel werd door de toenmalige Franse president Giscard d'Estaing het begrip 'espace judiciaire' op tafel gelegd.¹³ De achtergrond daarvan was de wens om de relatie tussen de onderdanen van de lidstaten en het integratieproces te versterken door de in het begrip interne markt besloten liggende functionele benadering van het individu als marktburger aan te vullen of te vervangen door aanknopings bij zijn status als burger.¹⁴ Het element 'vrijheid', dat gestalte zou krijgen door het tot stand brengen van een daadwerkelijk vrij verkeer van personen, werd in deze voorstellen rechtstreeks gekoppeld aan het element 'rechtshandhaving', door als eerste maatregel een door de lidstaten te sluiten verdrag over uitlevering van personen op te stellen. Deze achtergrond is interessant om dat daaruit een directe relatie blijkt tussen het begrip 'ruimte' en het strafrecht.¹⁵ Illustratief is de enige inleidende overweging in de preambule van de in 1980 ter ondertekening neergelegde 'Convention de coopération en matière pénale'. De verdragssluitende staten, aldus deze overweging 'souhaitent s'assurer que les délinquants ne demeurent pas impunis et se déplaçant d'un Etat à l'autre'. Door Nederlands verzet zag deze conventie overigens nooit het daglicht.

5. De aan het concept van 'ruimte' ten grondslag liggende gedachte van een plaats voor de burger in de Europese Unie¹⁶ werd verder uitgewerkt in een op verzoek van het Europees Parlement door Spinelli opgesteld ontwerp voor een Europese grondwet (1984).¹⁷ In artikel 46 daarvan werd als één van de taken van de te vormen Unie de schepping van een 'homogeen rechtsgebied' geformuleerd, te verwezenlijken door het nemen van maatregelen die 'het gevoel van de burger tot de Unie te behoren' zouden versterken in combinatie met een beleid gericht op het bestrijden van internationale vormen van criminaliteit. Daarop werd voortgebouwd door de voorstellen van het Dooge Comité dat het jaar daarop door de Europese Raad werd ingesteld om te rapporteren over een versterkte politieke eenheid van de lidstaten in het kader van een Europese Unie.¹⁸ In dit rapport werd een 'espace économique intérieur homogène' als fundament van deze politieke eenheid aangeduid. In deze ruimte zou de werkingssfeer van het vrije verkeer van personen niet alleen de marktburger omvatten, maar ook niet economisch actieve personen. Het vrije personenverkeer zou verder hand in hand moeten gaan met de vormgeving van een beleid op het terrein van justitie en binnenlandse zaken, geconcentreerd op het bestrijden van georganiseerde criminaliteit en terrorisme als eerste voorwaarde voor de stapsgewijze vorming van een eenvormige rechtsruimte.¹⁹

6. Politiek bleek het niet mogelijk te zijn om het in dit rapport voorgestelde begrip ruimte als samenhang tussen economische ruimte en rechtsruimte in de praktijk om te zetten. Een begin met de vrijmaking van het personenverkeer en de daarbij behorende zgn. compenserende maatregelen om de gevolgen van het wegvallen van de grenzen op te vangen kon slechts worden gemaakt in

¹² Zie uitvoerig E. Crabit, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Talence, 1988, Presses universitaires de Bordeaux, 1988.

¹³ Meer gegevens in: *La politique étrangère de la France*, 4^{ième} trimestre 1977, La Documentation française, p. 65.

¹⁴ J. Charpentier, *Vers un espace judiciaire européen*, *Annuaire française de droit international* 1978, p. 927.

¹⁵ Zie M. Franchimont, *L'espace judiciaire européen. Idée à la mode ou option politique criminelle*, *Annales de la faculté de droit de Liège* 1/1981, p. 61.

¹⁶ Zie over het begrip 'rechtsruimte' ook de resolutie van het Europees Parlement afgedrukt in Pb. 1982, C 238/83.

¹⁷ Pb. 1984, C 77/32.

¹⁸ Bull. EG 3/85, p. 102.

¹⁹ De Ruyt, J., *L'Acte Unique Européen: Commentaire*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1989, 2^{ième} ed, p. 150-151.

het kader van de Schengenovereenkomst (1985). Door de Europese Akte (1987) werd, op initiatief van de Commissie, het begrip ruimte gehanteerd als omschrijving van een interne markt, waarin de vier vrijheden, inclusief het personenverkeer volledig verwezenlijkt zijn (artikel 14, lid 2 EG). De daarvoor noodzakelijke stappen op strafrechtelijk gebied werden aangeduid in een verklaring in de Slotakte van de intergouvernementele conferentie.²⁰ Een volgende stap werd gezet bij het Verdrag van Maastricht (1993), waarin de maatregelen die noodzakelijk waren om een volledig vrij verkeer van personen tot stand te brengen in de (oude) derde pijler werden opgenomen.²¹ Weer een volgende stap volgde bij het Verdrag van Amsterdam (1999), waarin de al door het Dooge Comité voorgestelde uitbreiding van het ruimtebegrip tot alle aspecten van rechtshandhaving gestalte kreeg in de formule 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid'. Daardoor werd een basis verschaft voor de incorporatie van het Schengen-acquis in het EU-recht en vervolgens de uitsplitsing daarvan over Titel VI EU en Titel IV EG. In het kader van de werkzaamheden van de Europese Conventie (2003-2004) is de discutabele term 'rechtvaardigheid' als vertaling van 'justice' vervangen door 'recht'.

2.2 *Rechtsystematische achtergrond*

7. 'Ruimte' is een begrip dat een rol speelt in vele takken van wetenschap (o.m. fysica, astronomie, wiskunde, geografie, sociologie, economie, literatuur). Heel algemeen gesteld slaat deze term op een samenstel van factoren die een bepaalde graad van eenvormigheid vertonen en daardoor naar buiten zijn afgegrensd. In juridische zin gaat het om een bepaald grondgebied dat aan een eenvormig rechtsstelsel is onderworpen. Sinds de late middeleeuwen valt het begrip rechtsruimte grotendeels samen met de nationale staat. De symbiose van staat, volk, grondgebied en recht is zo sterk dat in nationaal verband de term ruimte niet wordt gehanteerd. Daarom speelt deze term wel een rol in het internationale recht in de zin dat daarmee wordt bedoeld op een oppervlak dat meerdere staten omvat die onderling zijn verbonden door een bepaalde mate van rechtseenheid als gevolg van of gericht op een politieke of economische eenvormigheid.²² Zo ontstond in het begin van de negentiende eeuw op het territoriaal sterk versnipperde Duitse grondgebied het begrip 'binnenmarkt' als tegenhanger van de bekende uitspraak dat elke wisseling van postkoets ook een wisseling van rechtstelsel inhield.²³ Dit binnenmarkt-begrip is inhoudelijk gezien hetzelfde als de termen 'gemeenschappelijke' of 'interne' markt, zoals ook blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het slaat op een situatie waarin er sprake is van een ruimte die dezelfde kenmerken vertoont als die van een nationale markt, d.w.z. een gebied gekenmerkt door een vrij verkeer zonder grenzen tussen nationale rechtstelsels.²⁴ Artikelen 1, 3^e al en 2, 1^e str. EU, in combinatie met artikel 14, lid 2 EG maken duidelijk dat het fundament van de EU wordt gevormd door de interne markt als ruimte zonder grenzen.²⁵

²⁰ Politieke verklaring van de regeringen van de lidstaten (nr. 13).

²¹ Zie de tekst van artikel K.1 EU (oud).

²² Het begrip 'ruimte' in relatie tot 'recht' heeft in zoverre een dubieuze achtergrond, dat daarmee wordt teruggerepen op concepten uit de nazi-ideologie en de in dat kader door C. Schmitt ontwikkelde grootruimtetheorie. In werkelijkheid gaat de relatie tussen beide begrippen veel verder terug in de tijd, zie o.m. H. Dreier, *Wirtschaftsraum-Grossraum-Lebensraum. Facetten eines belasten Begriffs*, in: *Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 47 e.v.

²³ Zie over de achtergronden van dit ruimtelijke markt-begrip R. Barents, *De communautaire rechtsorde – Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Europese Monografieën, n^o Deventer, Kluwer, hoofdstuk 6.

²⁴ Zie voor meer gegevens R. Barents en L. J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 12^e dr., Deventer, Kluwer, 2006, hoofdstuk 8.

²⁵ Zie voor een diepgaande beschouwing over het verband tussen 'ruimte' en territoriale eenheid, H. Lindahl, *Finding place for freedom, security and justice: the European Union's claim to territorial unity*,

8. Zoals de interne markt een ruimtelijke eenheid vormt, is conceptueel gezien ook de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht als een eenvormig begrip aan te merken. De ruimte in deze zin omvat volgens art. 2, 3^e str. EU, een volledig vrij verkeer van personen in combinatie met maatregelen van civiele, bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving. Aan deze conceptuele eenheid wordt geen afbreuk gedaan doordat het aspect van de politieke en justitiële samenwerking is geregeld in artikel 29 EU e.v. en alle overige met de ruimte samenhangende onderwerpen in artikel 61 EG e.v. In beide bepalingen wordt aan één en hetzelfde begrip ruimte gerefereerd. De regeling van het strafrechtelijke aspect van de ruimte in het kader van de derde pijler vormt een uitzondering op de eenvormige regeling van de ruimte in het EG-verdrag, zoals blijkt uit de inleidende zin van artikel 29 EU en uit de 'passerelle' van artikel 42 EU. In de Europese Grondwet wordt uit de eenvormigheid van het begrip ruimte van vrijheid, veiligheid en recht de logische conclusie getrokken door de inhoud daarvan volledig onder het communautaire model te brengen.²⁶

2.3 De Europese ruimte

9. Uit dit korte overzicht blijkt dat de begrippen 'ruimte zonder grenzen' (interne markt, vier vrijheden) en 'ruimte van vrijheid, veiligheid en recht' (vrij verkeer van personen, rechtshandhaving) samenvallen.²⁷ Uit artikel 2, 1^e en 3^e str. EU, volgt dat de EU zowel het een als het ander is of moet zijn. Men zou de interne markt als de economische ruimte kunnen kwalificeren en de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht als de rechtsruimte. Beide begrippen duiden een geografisch gebied aan waarin sprake is van vrijheid van resp. rechtsobjecten (goederen, diensten, kapitaal en arbeid) en rechtssubjecten (natuurlijke personen).²⁸ In het eerste geval wordt de vrijheid gewaarborgd door de fundamentele verkeersvrijheden, in het tweede geval door het Europees burgerschap en in samenhang daarmee de grondrechten als integraal onderdeel van het EU-recht.²⁹ Door deze vrijheden (negatieve integratie) neemt zowel juridisch als feitelijk het vermogen van de in territoriaal opzicht begrensde nationale rechtstelsels tot het behartigen van algemene belangen af. Het wegvallen van fysieke en administratieve grenzen vereist daarom een coördinatie van al het nationale recht waarvan de toepassing door de instelling en werking van de ruimte wordt beperkt of beïnvloed (positieve integratie). Voor wat betreft de economische ruimte komt de positieve integratie tot uiting in de economische en monetaire unie en de overige beleidsgebieden. In de rechtsruimte betreft de positieve integratie het beleid met betrekking tot het externe personenverkeer en de daarmee samenhangende onderwerpen en de 'samenwerking' op het gebied van het civiele recht en het strafrecht. Beide ruimtebegrippen geven een dimensie aan van één en hetzelfde: de 'Europese ruimte' als aanduiding van de

European Law Review 2004, p. 164.

²⁶ Zie R. Barents, *Een Grondwet voor Europa. Achtergrond en commentaar*, Europese Monografieën, n^o 80, Deventer, Kluwer, 2005, hoofdstuk 16.

²⁷ Het is niet zonder betekenis dat de gedachte van een Europese ruimte van personen in de zin van het individu dat overal in de EU zijn politieke, economische en sociale grondrechten kan uitoefenen al besloten lag in het EG-Verdrag. Artikel 3, lid 1(c) EG en het opschrift van titel III spreken over 'vrij verkeer van personen' zonder meer. De grondrechtelijke basis van het vrije verkeer van personen is al kenbaar in de eerste arresten van het Hof over het vrije verkeer van personen, zie o.m. arrest van 28 oktober 1975, Rutuli, 36/75, Jur. p. 1219, pt. 32.

²⁸ Zie A. Mattera, *Le Marché intérieur: Une brèche dans les dures murailles des souverainetés nationales*, Cahiers de droit européen 2002, p. 519, 525.

²⁹ Aldus de tweede overweging van de preambule van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; zie voorts de mededeling van de Commissie 'Naar een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht', COM(1998)459 def, p. 1-2.

zakelijke, personele en geografische werkingssfeer van de Europese verdragen, waarin met de in die verdragen neergelegde middelen van negatieve en positieve integratie de doelstellingen van artikel 2 EU en artikel 2 EG worden nagestreefd.³⁰ De eenheid van beide ruimtebegrippen komt goed tot uiting in artikel I-3, lid 2 Gw: 'De Unie biedt haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen en een interne markt waarin de mededinging vrij en onvervalst is'.³¹

10. Zo gezien brengt het begrip 'Europese' ruimte tot uitdrukking dat het fundament van het integratieproces niet meer alleen het economische proces omvat en alles wat daarmee rechtstreeks samenhangt ('markt'), maar dat deze grondslag is verbreed tot het totale maatschappelijk proces ('individu'), waarvan ook rechtshandhaving in alle vormen een integraal onderdeel vormt.³² In deze gemeenschappelijke ruimte kan de Europese burger zich vrij verplaatsen (vrijheid, artikel 17 EG) en overal zijn politieke, economische en sociale grondrechten uitoefenen (veiligheid en recht).³³ Een praktische illustratie van deze paradigmawisseling, waarover uiteraard veel meer te zeggen is, vindt men in het gebruik van het ruimtebegrip om het optreden van de EU op allerlei terreinen aan te duiden, zoals 'Europese' onderzoekruimte, onderwijsruimte, transportruimte, strafrechtsruimte, civiele ruimte, sociale ruimte, *e*-ruimte, etc. Voor het EU-recht is het begrip 'Europese ruimte' (zonder grenzen) van wezenlijk belang. De interne markt als economische ruimte impliceert het beginsel van markteenheid, dat als een rode draad door het gemeenschapsrecht heenloopt en waaruit alle essentiële karaktertrekken van dat recht voortvloeien.³⁴ Al datgene wat binnen de werkingssfeer van deze ruimte valt vereist in beginsel een eenvormige regeling door het gemeenschapsrecht, waarbij overigens moet worden aangetekend dat 'eenvormigheid' niet moet worden verward met unificatie en centralisatie dan wel federalisering en deelstatelijkheid. Op dezelfde wijze impliceert het begrip 'Europese ruimte' het beginsel van rechtseenheid op het totale terrein van het optreden van EU, ongeacht het kader waarin het betrokken optreden geregeld is.³⁵ Het begrip 'ruimte' brengt tot uitdrukking dat het recht dat die ruimte vormt en beheerst (het recht van de verdragen en de algemene rechtsbeginselen, inclusief grondrechten) inhoudelijk een 'communautaire' karakter heeft, d.w.z. dat het in alle lidstaten onder alle omstandigheden op dezelfde wijze moet worden toegepast en uitgelegd.³⁶

³⁰ Zie R. Barents en L. J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 12^e dr., Deventer, Kluwer, 2006, p. 313.

³¹ De menselijke persoon als bestaansgrond voor de Europese ruimte komt tot uiting in het verschil in volgorde van behandeling van de vier vrijheden in het EG-Verdrag (dat begint met het vrije verkeer van goederen) en de Europese Grondwet (die begint met het vrije personenverkeer).

³² Vgl. de uitspraak van het Hof in zaak 155/79, AMS/Commissie, Jur. 1982, p. 1575, pt. 18: 'het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de Lid-Staten.'

³³ Zie de Verklaring van Tampere van de Europese Raad (15 en 16 oktober 1999), Conclusies van het voorzitterschap, § 2. Over de ontwikkeling van 'marktburger' naar 'Europees burger', zie R. Barents en L. J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, 12^e dr., Deventer, Kluwer, 2006, p. 354 e.v.

³⁴ Zie voor een uitwerking R. Barents, *De communautaire rechtsorde – Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Europese Monografieën, n^o Deventer, Kluwer, hoofdstuk 6.

³⁵ Zie S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen, 2006, Europa Law Publishing, p. 24, die er terecht op wijst dat de functie van bindmiddel die de vier vrijheden in de interne markt vervullen, in de 'ruimte' wordt overgenomen door de grondrechten.

³⁶ Cf. arresten van 16 januari 1974, Rheinmühlen, 166/73, Jur. p. 33, pt. 2; 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jur. p. 629, pt. 14; 26 oktober 1982, Kupferberg, 104/81, Jur. p. 3641, pt. 14.

11. De precisering van het begrip Europese ruimte maakt het mogelijk om een aantal algemene conclusies te formuleren over de relatie tussen het EU-recht en het nationale strafrecht. Deze conclusies worden uitgewerkt in de § 3, 4 en 5.

3 DE EUROPESE RUIMTE EN HET NATIONALE STRAFRECHT

3.1 *Uitgangspunten*

12. De eerste conclusie betreft de grondslag van de bemoeienis van de EU met het nationale strafrecht. De in de doelstellingen van de EU (artikel 2) en EG (artikel 2) vervatte ruimte zonder grenzen vormt de bestaansgrond voor de toekenning van bevoegdheden aan de EU om ook op strafrechtelijk terrein op te treden.³⁷ Dit optreden is zowel noodzakelijk vanuit het oogpunt van negatieve als van positieve integratie. Op het punt van negatieve integratie moet het optreden van de EU er op gericht zijn dat door het enkele feit van grensoverschrijding de toepassing van nationaal strafrecht niet bemoeilijkt of onmogelijk wordt. Voor wat betreft de positieve integratie strekt het optreden van de EU tot het verwezenlijken van de doelstelling van een hoog niveau van veiligheid in de Unie, zoals vereist wordt door art. 29 EU. Conform het systeem van de verdragen, wordt met deze bestaansgrond het raam verschafte waarbinnen de uitoefening van de specifieke bevoegdheden op strafrechtelijk terrein (artikelen 30 en 31 EU) moet plaatsvinden, uiteraard met inachtneming van de grondrechten (artikel 6, lid 2 EU).³⁸ De laatste opmerking is belangrijk omdat daarmee het essentiële criterium wordt aangeduid dat door de Europese verdragen wordt gehanteerd voor het bepalen van de inhoud en grenzen van het optreden van de EU-wetgever met betrekking tot het nationale strafrecht. Evenals met soortgelijk geformuleerde bevoegdheden in het EG-Verdrag, kunnen de bevoegdheden van de artikelen 30 en 31 EU worden aangemerkt als discretionaire bevoegdheden, die de wetgever een bepaalde vrijheid toekennen bij het maken van keuzen en het nemen van maatregelen. Volgens vaste rechtspraak gaat het daarbij om *politieke bevoegdheden*: zij houden in dat de wetgever bij het verwezenlijken van de ruimte zonder grenzen politieke keuzen mag maken en op grond daarvan in kan grijpen in het strafrecht van de lidstaten. Anders gezegd, de beoordeling van het strafrechtelijke optreden van de EU is een aangelegenheid van *proportionaliteit*: alles wat naar het politieke oordeel van de wetgever noodzakelijk, geschikt en evenredig is voor het instellen van de ruimte zonder grenzen is rechtmatig.³⁹ Tegen deze achtergrond wordt duidelijk dat door de ruime werkingssfeer van artikel 29 EU ('voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde criminaliteit') en de in dat licht uit te leggen bevoegdheden van artikel 31 EU, de invloed van de EU op het nationale strafrecht althans potentieel zeer aanzienlijk is. Binnen de toch ruime grenzen die de grondrechten en andere beginselen van de rechtsstaat aan de EU-wetgever laten, kan deze bijvoorbeeld op rechtmatige wijze de politieke beslissing nemen om het 'hoge niveau van veiligheid' op te vatten als een machtiging voor een duidelijk repressieve strafrechtspolitiek.⁴⁰

³⁷ Arrest van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en C-385/01, Jur. p. I-1345, pt. 36; Zie verder A. H. J. Swart, Een ware Europese rechtsruimte. Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de Europese Unie, Deventer, Gouda Quint, 2001.

³⁸ Arrest van 16 juni 2005, Pupino, C-105/03, n.n.g., pt. 58.

³⁹ In het gemeenschapsrecht wordt daaraan altijd toegevoegd 'onder controle van het Hof'. Bij de derde pijler is dit slechts gedeeltelijk het geval. Dit geeft aan dat alleen al vanuit rechtsstatelijk oogpunt de beperkte rechtmatigheidscontrole in de derde pijler onaanvaardbaar is.

⁴⁰ Cf. J. Vogel, Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2003, p. 315, 333. Zie het artikel van Hijmans in dit nummer, pt. 15 e.v.

13. Met de voorgaande conclusie hangt een tweede gevolgtrekking samen die, zoals kan worden afgeleid uit de vele publicaties over dit onderwerp, voor strafrechtsbeoefenaren moeilijk te verteren is: *het strafrecht is niet bijzonder*. De positie van het strafrecht in het EU-optreden wordt niet of slechts in zeer beperkte mate bepaald door de al of niet terecht vermeende bijzondere karaktertrekken van dit recht, maar uitsluitend of in hoofdzaak door de algemene wijze waarop het integratieproces gericht op het totstandbrengen van een Europese rechtsruimte is geregeld. Bezien vanuit de doelstellingen en systematiek van het EU-recht neemt het strafrecht objectief gezien geen status aparte in, bijvoorbeeld tot uiting komend in een geheel andere wijze van regeling of besluitvorming. Zoals in § 4 nog aan de orde komt, is de zgn. bijzondere positie van het strafrecht door de regeling daarvan in het kader van de derde pijler grotendeels schijn, niet in het minst omdat het alles overkoepelende doel van de ruimte zonder grenzen voor het strafrecht in wezen de toepassing van het communautaire model impliceert. In het integratieproces is de positie van het strafrecht niet wezenlijk anders dan die van andere rechtsgebieden, zoals intellectueel eigendomsrecht, levensmiddelenrecht of milieurecht, waarvan de beoefenaren zich in het verleden sterk verzetten tegen communautaire bemoeienis. Het verschil is alleen dat deze rechtsgebieden thans door het EU-recht in sterke mate zijn gekolonialiseerd, terwijl het strafrecht (evenals het directe belastingrecht) zich nog in het begin van dit denationaliseringsproces bevindt.

14. De bedoeling van de voorgaande opmerkingen is niet om elk optreden van de EU met betrekking tot het nationale strafrecht a-priori te legitimeren of inhoudelijk te rechtvaardigen. Wel is het van belang de bestaansgrond van dit optreden niet uit het oog te verliezen omdat uit het ruimteconcept de plaats van het strafrecht in het totale EU-beleid en de aard en inhoud van dat optreden voortvloeien. Gebeurt dat toch, dan kan men zich terecht afvragen waarom de EU op strafrechtelijk terrein optreedt. In dergelijke gevallen ontstaat snel het oordeel dat dit optreden zijn grondslag alleen vindt in de bemoeizucht van op centralisatie van bevoegdheden en machtsuitbreiding gefixeerde instellingen. In combinatie met op een gedenuitbreidings gebaseerde subsidiariteitsbeginselen gebaseerde betogen is dan over elk strafrechtelijk optreden van de EU een negatief oordeel voorgeprogrammeerd. De voorbeelden daarvan zijn legio.⁴¹ Terecht kan men bepaalde opvattingen van de Europese wetgever over het strafrecht (zo die er al zijn!)⁴² bekritisieren.⁴³ Het volstaat te verwijzen naar de in dit verband gebruikte trefwoorden: papieren strafrecht,⁴⁴ executief strafrecht,⁴⁵ occasioneel strafrecht,⁴⁶ veiligheidsfixatie,⁴⁷ populistische benadering,⁴⁸ overschatting van handhavingsvermogen,⁴⁹ etc. Het uit het oog verliezen van de relatie tussen de ruimte zonder grenzen en het strafrechtelijke optreden van de EU leidt er echter

⁴¹ Exemplarisch voor deze oppervlakkigheid zijn de betogen van F. Kuitenbrouwer in zijn column 'Lex & Libertas' in de NRC; zie bijvoorbeeld zijn epistel in deze krant van 27 juni 2006 'Strafrecht sexy in Europa'.

⁴² Cf. A. H. Klip, Harmonisierung des Strafrechts – eine fixe Idee?, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2000, p. 626, 627.

⁴³ Inclusief het lage intellectuele niveau van voorbereidende documenten. Zie o.m. J. de Hullu, Ramen open? Kritische kanttekeningen bij een enkele positieve opmerking over het Groenboek van de Europese Commissie over procedurele waarborgen voor verdachten, in: Europeanisering van het Nederlandse recht. Opstellen aangeboden aan Mr. W. E. Haak, Kluwer, Deventer, 2004, p. 392 e.v.

⁴⁴ A.H. Klip, Uniestrafrecht, Deventer, Kluwer, 2005, p. 9.

⁴⁵ P-A. Albrecht, Europäischer Strafrechtsraum: ein Albtraum?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2004, p. 1.

⁴⁶ Het punctuele karakter van wetgeving geldt voor het totale bereik van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, zie het overzicht van H. Labayle, Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne, Cahiers de droit européen 2005, p. 591, 660-661.

⁴⁷ J. Lodge, EU homeland security: citizens or suspects? Revue d'intégration européenne 2004, p. 253.

⁴⁸ F. Zeder, Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU?, Juridikum 2001, p. 47, 50.

toe dat de fundamentele gevolgen van dat optreden voor het nationale strafrecht worden miskend. De ruimte zonder grenzen impliceert geen bemoeienis van de Europese wetgever met het nationale strafrecht volgens het klassieke schema van onderlinge samenwerking op basis van internationale verdragen. Integendeel, zoals hierna aan de orde komt, houdt dit concept voor het nationale strafrecht althans potentieel aanzienlijke structurele veranderingen in.⁵⁰ Door de vorming van deze ruimte komt het nationale strafrecht, één van de laatste bastions van de soevereine staat,⁵¹ volledig in de vuurlinie van het Europese integratieproces te liggen.⁵²

3.2 Coördinatie van nationaal strafrecht

15. De conceptie die aan het begrip Europese ruimte ten grondslag ligt (negatieve en positieve integratie) verklaart dat evenals alle andere rechtsgebieden die binnen de werkingssfeer van de verdragen vallen, de toepassing van de naar hun aard territoriaal begrensde strafrechtstelsels op elkaar moet worden afgestemd.⁵³ Voor deze coördinatie zijn verschillende modellen denkbaar die hierna besproken worden. Afgezien van het volstrekt theoretische alternatief van een grootschalige gelijkschakeling van het nationale strafrecht door unificatie daarvan (Europees wetboek van strafrecht en strafvordering),⁵⁴ houdt de ruimte zonder grenzen in dat de toepassing van de nationale strafrechtstelsels zodanig gecoördineerd moet worden dat nationale strafrechtelijke beslissingen van welke aard dan ook in de gehele ruimte identieke rechtsgevolgen hebben om aldus de doelmatige handhaving van het nationale strafrecht te verzekeren. Daarvoor komen twee coördinatiemethoden in aanmerking: het bestemmingslandbeginsel en het oorsprongslandbeginsel.

16. Het eerstgenoemde beginsel sluit aan bij de klassieke soevereiniteitsopvatting over het strafrecht volgens welke de toepassing van het strafrecht van een staat in andere staten niet reeds als zodanig rechtsgevolgen heeft.⁵⁵ Afhankelijk van de tussen staten bestaande betrekkingen, zoals uitleverings- en rechtshulpverdragen, wordt een strafrechtelijke beslissing van een staat in een andere staat slechts opgevat als een juridisch relevant feit ('vreemd recht') waaraan, onder de voorwaarden van het recht van die andere staat, rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Het bestemmingslandbeginsel houdt dus de toepassing in van meer dan één rechtsstel op hetzelfde feit. Anders gezegd, dat in een staat een bepaalde procedure is afgewikkeld die heeft geleid tot een bepaalde rechtssituatie (bijv. een vergunning of een rechterlijke beslissing), houdt niet in dat

⁴⁹ Zie A.H. Klip, *Neuere Entwicklungen im europäischen Strafrecht und in der europäischen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), Keulen, 1999, p. 39, 46.

⁵⁰ Zie m.n. J. Hecker, *Die Europäisierung der innern Sicherheit*, *Die Öffentliche Verwaltung* 2006, p. 273, 274.

⁵¹ Zie U. Nelles, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1997, p. 727.

⁵² Daarbij moet wel worden aangetekend dat dit beeld geen éénrichtingsverkeer van de EU naar de lidstaten inhoudt. Zie C. Fijnaut en M. Groenhuijsen, *Strafrecht in Europese Unie, een grote sprong voorwaarts of slechts een klein stapje?*, *Sociaal-Economische Wetgeving* 2004, p. 27.

⁵³ Zie m.n. H. Johannes, *Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften*, *EuropaRecht* 1968, p. 63, 120 e.v.

⁵⁴ Artikel 31 EU biedt daarvoor geen rechtsbasis. Zie over het unificatiestreven Ch. J. Enschedé, *Een uniform Europees strafrecht. Over grenzen en nationale identiteit*, Arnhem, Goude Quint, 1990. Unificatie van nationaal strafrecht moet niet verward worden met een eenvormig strafrecht ter bescherming van financiële belangen van de EU. Zie over dit laatste onderwerp de vijfde uitgave van M. Delmas-Marty en J. A.E. Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Antwerpen, etc. Intersentie, 2000.

⁵⁵ Zie A. Klip, *Soevereiniteit in het strafrecht*, in: *Rede en recht. Liber amicorum Nico Keijzer*, Deventer, Gouda Quint, 2000, p. 139.

in een andere staat die procedure of dat resultaat automatisch wordt erkend. In die andere staat zal in principe een soortgelijke procedure moeten worden gevolgd om een soortgelijk resultaat te verkrijgen (ex equatur beginsel). Op het stuk van het strafrecht komt het bestemmingslandbeginsel vooral tot uiting in het vereiste van dubbele strafbaarheid als voorwaarde voor bijstand bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, overname van strafvervolging en eventueel ten uitvoerlegging van strafvonnissen.⁵⁶

17. Het behoeft geen uitvoerig betoog dat de coördinatie van de toepassing van het nationale strafrecht op basis van het bestemmingslandbeginsel naar zijn aard onverenigbaar is met het concept van de ruimte zonder (juridische) grenzen. Als gezegd, heeft in die optiek een strafrechtelijke beslissing van een lidstaat in de andere lidstaten in principe slechts de status van een feit. Rechtsgevolgen in elk van de 24 andere lidstaten kan die beslissing alleen hebben als aan daaraan volgens elk van de verschillende rechtsstelsels rechtsgevolgen worden toegekend. Het wezenlijke gebrek van coördinatie van de toepassing van nationale rechtsstelsels volgens het bestemmingslandbeginsel is dat het geen vrij verkeer mogelijk maakt, niet van goederen, diensten, kapitaal en personen en evenmin van beslissingen van nationale autoriteiten en rechterlijke instanties. Naar zijn aard laat het bestemmingslandbeginsel de (juridische) grenzen in tact, nog geheel afgezien van de talloze praktische bezwaren die aan dubbele rechtstoepassing verbonden zijn. Daarmee is overigens niet gezegd dat op basis van het bestemmingslandbeginsel geen strafrechtelijke samenwerking tussen lidstaten zou kunnen plaatsvinden. Het volstaat te verwijzen naar de samenwerking op dit gebied op basis van de vele verdragen gesloten in het kader van de Raad van Europa. Waar het om gaat is dat deze methode ongeschikt is om gestalte te geven aan het concept van de ruimte zonder grenzen, zoals dit is vastgelegd in de Europese verdragen.⁵⁷ Tussen dit concept en het vereiste van dubbele strafbaarheid bestaat een inherente contradictie.

18. Deze situatie ligt anders met het oorspronglandbeginsel. Theoretisch gezien houdt dit beginsel in dat de toepassing van het recht van een lidstaat op een bepaalde situatie tot gevolg heeft dat overal in de ruimte de rechtsgevolgen van de toepassing van dat recht dezelfde zijn. Aldus leidt de wederzijdse erkenning van de rechtsstelsels van de lidstaten tot een 'grenzeloze' situatie omdat een dubbele of meervoudige toepassing van nationaal recht op één en dezelfde situatie uitgesloten is. De term 'situatie' in dit verband dekt alle feitelijke en juridische handelingen van grensoverschrijdende aard, van het rechtmatig in de handel brengen van een product of afgifte van een vergunning om een bepaalde dienst te verrichten tot de toekenning van een diploma of het nemen van een gerechtelijke of buiten-gerechtelijke beslissing of, om het anders te stellen, alle handelingen van feitelijke of juridische aard verricht door particulieren of door autoriteiten die een toepassing van het nationale recht van een lidstaat inhouden. Het voorgaande geeft aan dat het een misvatting is te denken dat het oorspronglandbeginsel alleen maar betrekking kan hebben op economische factoren (goederen, diensten, arbeid en kapitaal). Ook bestuursrechtelijke en gerechtelijke beslissingen komen daarvoor in aanmerking. Het is dan het vonnis of andere beslissing die vrij kan circuleren en overal in de ruimte de rechtsgevolgen kan ontplooien die het recht van de lidstaat van oorsprong voorziet. Toepassing van het oorspronglandbeginsel vormt daarom in theorie de ideale methode om het concept van de ruimte zonder grenzen ten uitvoer te leggen.⁵⁸ Dit verklaart de keuze van de Europese Raad in de Verklaring van Tampere om de wederzijdse erkenning van gerechtelijke en buiten-gerechtelijke

⁵⁶ Zie de notitie 'Dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht', Kamerstukken II 2003/04, 29451, nr. 1.

⁵⁷ Het gebruik van de term 'samenwerking' in het strafrechtelijke jargon houdt vaak een impliciete verwijzing in naar het zo vertrouwde bestemmingslandmodel, zoals ook nog tot uiting komt in het opschrift van Titel VI EU.

beslissingen op civiel- en strafrechtelijk terrein tot de hoeksteen van zijn beleid met betrekking tot de ruimte zonder grenzen te maken.⁵⁹ Ook de door het Haagse Programma aangekondigde uitwisseling van informatie op basis van het beschikbaarheidsbeginsel is op dit model gebaseerd.⁶⁰ Het oorsprongslidbeginsel geeft het wezenlijke kenmerk van het concept ruimte zonder grenzen aan: lidstaten verliezen de zeggenschap over het op hun grondgebied van toepassing zijnde recht. Voor het strafrecht, aldus het Hof, houdt dit beginsel in 'dat elke staat de toepassing van het in de andere overeenkomstsluitende staten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden.'⁶¹

19. Toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning impliceert altijd een bepaalde graad van harmonisatie van wetgeving.⁶² Die harmonisatie heeft drie functies. In de eerste plaats om op een bepaald terrein het beginsel van wederzijdse erkenning als coördinatiemiddel voor te schrijven. Dit is noodzakelijk omdat het bij dit beginsel niet gaat om een algemeen rechtsbeginsel waaruit voor de lidstaten de plicht voortvloeit om tot een onvoorwaardelijke erkenning van elkaars rechtsstelsel over te gaan, maar 'slechts' om een methode om het concept van de ruimte te optimaliseren.⁶³ In de tweede plaats kan wederzijdse erkenning niet toegepast worden zonder gemeenschappelijke regels over bepaalde te respecteren belangen. Een dergelijk fundament is vereist om te voorkomen dat door de te grote verschillen tussen wetgevingen fricties ontstaan die de doelmatigheid van het systeem ondermijnen, in het bijzonder dat een lidstaat gedwongen kan zijn om op zijn grondgebied de toepassing van 'inferieur' recht van andere lidstaten te tolereren.⁶⁴ In de derde plaats kan, al naar gelang de betrokken materie, harmonisatie noodzakelijk zijn om jurisdictiegeschillen te vermijden, anders gezegd, om aan te geven welk land als het oorsprongslid beschouwd moet worden.⁶⁵ Voor goed begrip moet daarbij wel worden opgemerkt dat de harmonisatie om het beginsel van wederzijdse erkenning te operationaliseren, in principe een minimaal karakter heeft. Ook al komt de wetgever de politieke keuze toe om het niveau van de noodzakelijke inhoudelijke en procedurele garanties te bepalen, wederzijdse erkenning vereist geen volledige harmonisatie.⁶⁶ Voor het strafrecht betekent dit dat de mate waarin het instrumentele en het waarborgkarakter van dit recht met elkaar in overeenstemming worden

⁵⁸ Zie over de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning in het strafrecht o.m. E. von Bubnoff, *Institutionelle Kriminalitätsbekämpfung in der EU: Schritte auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungs- und Strafverfolgungsraum*, *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 2002, p. 185; M. Böse, *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege in der EU: die 'Verkehrsfähigkeit' strafgerichtlicher Entscheidungen*, in: C. Momsen u.a. (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht*, Frankfurt a. M., Lang, 2003, p. 233; A. Weyembergh, *La reconnaissance et l'exécution des décisions pénales*, in: M. Storme en G. de Leval (eds.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, z.p., Die Keure, 2003, p. 457; A. M. C. Boerwinkel en P. M. M. van der Grinten, *Wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen*, *Justitiële Verkenningen* 2004, p. 51. M. Schauer, *Das Herkunftslandprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: *Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia súkromného práva*, Bratislava, Iura, 2005, p. 83.

⁵⁹ Conclusies van het voorzitterschap (15 en 16 oktober 1999), § 33 en 36. Zie verder het uitvoeringsprogramma inzake wederzijdse erkenning, Pb. 2001, C 12/10.

⁶⁰ Zie daarover het artikel van Hijmans in dit nummer.

⁶¹ Arrest van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, C-187/01 en C-385/01, Jur. p. I-1345, pt. 33.

⁶² Zie het standaardwerk van A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Brussel, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004.

⁶³ Arrest van 13 mei 1997, Duitsland/Parlement en Raad, C-233/94, Jur. p. I-2405, pt. 64.

⁶⁴ Zie uitvoerig G. De Kerchove en A. Weyembergh, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Brussel, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005.

⁶⁵ Zie o.m. D. Flore en S. de Biolley, *Des organes juridictionnels en matière pénale pour l'Union européenne*, *Cahiers de droit européen* 2003, p. 597, 610.

⁶⁶ Zie voor nader inzicht in de figuur van minimumharmonisatie Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht. Vormen, begrip en gevolgen*, Amsterdam, 2006.

gebracht een aangelegenheid van de EU-wetgever is in de uitoefening van zijn politieke keuzevrijheid bij het verwezenlijken van een hoog niveau van veiligheid in de zin van artikel 29 EU. Van belang is verder dat harmonisatiebevoegdheden een discretionair karakter hebben. Ook op strafrechtelijk terrein is de wetgever daarom niet verplicht om altijd en onvoorwaardelijk het beginsel van wederzijdse erkenning aan zijn handelen ten grondslag te leggen. De wetgeving en rechtspraak over artikel 95 EG (harmonisatie interne markt) laten zien dat de wetgever kan besluiten om in eerste instantie te kiezen voor een combinatie van het oorsprongslan- en het bestemmingslandbeginsel. Op strafrechtelijk vormt het kaderbesluit over het Europees aanhoudingsbevel daarvan een toepassing.

3.3 *Harmonisatie van nationaal strafrecht*

20. Vanuit de hoek van de strafrechtbeoefenaren wordt de keuze van de EU-wetgever voor het breed toepassen van het beginsel van wederzijdse erkenning als consequentie van het concept van de ruimte zonder grenzen met grote argwaan bekeken.⁶⁷ Globaal gesproken kunnen vier categorieën argumenten tegen de bemoeienis van het EU-recht met het nationale strafrecht worden onderscheiden.

21. De eerste categorie betreft argumenten van politieke en ideologische aard. Daartoe behoort de stelling dat de EU streeft naar een eigen zwaarmacht als onderdeel van een op staatsvorming gericht proces, soms in combinatie met visioenen van een Big Brother maatschappij waarin het strafrecht uitsluitend een instrumenteel-repressieve functie heeft.⁶⁸ Een weerwoord op die waanbeelden is zinloos. Een ander, althans op het eerste gezicht serieuzer argument in deze categorie is dat het strafrecht ten nauwste is verweven met bepaalde maatschappelijke en morele waarden, patronen en opvattingen.⁶⁹ Daarom, aldus deze redenering, roept elke mate van harmonisatie het gevaar op dat aan die specifieke aard van het strafrecht afbreuk wordt gedaan.⁷⁰ Dit argument is meerdere redenen niet operationeel. Om te beginnen roept het de vraag op over welke waarden het gaat, of die waarden daadwerkelijk zo specifiek nationaal zijn en of van die waarden een duidelijk normerend effect op het nationale strafrecht uitgaat.⁷¹ Wordt, om maar een voorbeeld te noemen, het bekende beginsel van strafrecht als ultimum remedium, nog ten volle in het Nederlandse strafrecht toegepast? Als de betrokken waarden zo uniek zijn dat zij een wezenlijke bemoeienis van de EU met het strafrecht uitsluiten, mag van de strafrechtswetenschap op zijn minst worden gevraagd dergelijke vragen duidelijk te beantwoorden.⁷² Ook theoretisch gezien is deze rechtsculturele argumentatie dubieus. Elk rechtsgebied is verweven met specifieke en per lidstaat in meer of mindere mate verschillende maatschappelijke opvattingen. Dat is

⁶⁷ Zie voor een overzicht F. Zieschang, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2001, p. 266. In Duitsland werd in 2003 een door 94 strafrechtsgeleerden ondertekend manifest 'Europäisierung der Strafverfolgung durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung' gepubliceerd, waarin werd betoogd dat wederzijdse erkenning in strijd is met de burgerlijke vrijheden, zie www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen.1s/schuenemann/Eur2.htm.

⁶⁸ Zie noot 9. Ook G. J. Corstens, Europeanisering van het strafrecht, in: Europeanisering van het Nederlandse recht. Opstellen aangeboden aan Mr. W. E. Haak, Kluwer, Deventer, 2004, p. 329, 337 zinspeelt daarop.

⁶⁹ Zie o.m. T. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtswissenschaft?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1993, p. 774, 786.

⁷⁰ Zie o.m. G. Corstens en J. Pradel, Europees strafrecht, Deventer, Kluwer, 2003, p. 501.

⁷¹ Zie de kritische opmerkingen van J. de Hullu, Internationale invloeden op het materiële strafrecht, in: Rede en Recht. Liber Amicorum Nico Keijzer, Deventer, Gouda Quint, p. 323, 333 e.v.

⁷² Cf. E. Bacigalupo, Die Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, in: B. Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin, Berlin, De Gruyter, 2001, p. 1361, 1373.

bijvoorbeeld een van de oorzaken waarom bij de harmonisatie van privaatrecht maar weinig vooruitgang wordt geboekt. Weliswaar noopt een uitlopende maatschappelijke fundering van het recht tot voorzichtigheid bij de harmonisatie van willekeurig elke nationale wetgeving, maar daaraan kan geen argument worden ontleend om dit middel in zijn geheel af te wijzen, in het bijzonder niet als het gaat om minimale harmonisatie. Ten slotte is dit argument positiefrechtelijk gezien van weinig waarde. Het gaat om een – op zich te respecteren – politiek standpunt dat in wezen is gericht tegen de onwenselijkheid van de gevolgen van het integratieproces voor het nationale strafrecht. Daarmee is het argument achterhaald omdat door de keuze van de verdragsgever voor het concept van de ruimte zonder grenzen de soevereine immuniteit van het strafrecht - althans in theorie - is opgeheven.

22. De tweede categorie van argumenten valt onder de slogan 'een arrestatiebevel is geen bier', waarmee gerefereerd wordt aan de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning in het goederenverkeer op grond waarvan 'vreemd' bier dat geen bier is in nationale zin, toch moet worden gedronken. In die redenering wordt een parallel getrokken met het politiek-economische begrip 'level playing field', waarvan de juridische transpositie wel wordt aangeduid als 'concurrentie tussen rechtsstelsels'. Door het wegnemen van de grenzen bewegen de productiefactoren zich naar de locatie waar de voorwaarden het gunstigst zijn met als gevolg dat om concurrentievoordelen te behouden, de lidstaten hun rechtsstelsels op elkaar moeten afstemmen zodat een 'race to the bottom' plaats vindt waardoor hoge niveaus van sociale en ecologische bescherming geleidelijk worden afgebroken. Toegepast op het strafrecht leidt dit tot het schrikbeeld dat lidstaten gedwongen zijn om beslissingen uit lidstaten met een inferieur strafrecht ten uitvoer te leggen, met als gevolg een latent 'infectiegevaar' voor de kwaliteit van het eigen strafrecht. In dergelijke redeneringen worden echter de essentiële karaktertrekken van het beginsel van wederzijdse erkenning miskend. Deze techniek is niet alleen geschikt voor het economische verkeer. Wetgeving en rechtspraak laten zien dat wederzijdse erkenning ook betrekking heeft op diploma's, geboortekten, naamrecht, om maar enkele dingen te noemen. Het vrije verkeer van gerechtelijke en buitengerechtelijke beslissingen in het civiele en handelsrecht op basis van wederzijdse erkenning is eveneens een al lang bestaande realiteit. Het valt niet in te zien waarom deze techniek niet op strafrechtelijke beslissingen zou kunnen worden toegepast. Het verschil bij dit type beslissingen is uiteraard dat het gaat om potentiële of daadwerkelijke aantastingen van individuele grondrechten. Op dit punt kan echter een adequaat beschermingsniveau worden gegarandeerd door inhoudelijke harmonisatie van wetgeving,⁷³ zoals overigens ook in de Verklaring van Tampere en in het Haags Programma⁷⁴ is aangegeven. De geschiedenis van de totstandkoming van de eerste verklaring toont duidelijk aan dat een 'blote' toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning is afgewezen. Bij de uitwerking van het beleidsprogramma voor de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht werd door het Britse voorzitterschap de algemene toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning gepresenteerd als alternatief voor harmonisatie om daardoor te voorkomen dat het common law systeem via harmonisatie van wetgeving zou worden blootgesteld aan invloeden van de continentale strafrechtssystemen. Voor de overige lidstaten was deze visie echter onaanvaardbaar, met als gevolg dat in de Verklaring van Tampere een duidelijk verband werd gelegd tussen wederzijdse erkenning en het in acht nemen van bepaalde minimumstandaarden.⁷⁵

⁷³ Zie S. Weber, Keine gegenseitige Anerkennung ohne Harmonisierung des nationale Strafrechts in der EU, Integration 2006, p. 49.

⁷⁴ Pb 2005, C 53/1.

⁷⁵ Zie H. G. Nilsson, The Justice and Home Affairs Council, in: M. Westlake en D. Galloway (eds.), The Council of the European Union, 3rd ed., p. 113, 121 e.v.

23. Door strafrechtjuristen wordt tegen het beginsel van wederzijdse erkenning onder meer aangevoerd dat de toepassing daarvan zou leiden tot de mogelijkheid dat de lidstaat van bestemming gedwongen zou zijn uitvoering te geven aan gerechtelijke of buitengerechtelijke beslissingen van een andere lidstaat die zijn genomen in strijd met grondrechten en algemene rechtsbeginselen. Deze stelling miskent echter het niveau van grondrechtelijke bescherming dat aan het EU-recht ten grondslag ligt en dat gecodificeerd is in artikel 6, lid 2 EU. Elke regeling van de Europese wetgever over de wederzijdse erkenning van gerechtelijke en buitengerechtelijke beslissingen van een lidstaat en de toepassing daarvan door de betrokken lidstaat is onvoorwaardelijk onderworpen aan een volledig respect van grondrechten. Afgezien daarvan is in de rechtspraak ondubbelzinnig erkend dat een regeling over de wederzijdse erkenning van gerechtelijke en buitengerechtelijke beslissingen een lidstaat niet verplicht om een dergelijke beslissing van een andere lidstaat te aanvaarden als blijkt dat er sprake is van een kennelijke en ernstige schending van fundamentele rechten.⁷⁶

24. Ten slotte wordt een beroep gedaan op het subsidiariteitsbeginsel. Als het gaat om harmonisatie van strafrecht kan op het subsidiariteitsbeginsel kan niet genoeg worden gehamerd, aldus een gezaghebbende auteur.⁷⁷ Toch is dit argument van weinig waarde. Nog geheel afgezien van het feit dat de derde pijlerbepalingen dit beginsel in het geheel niet noemen (!), kan de toepassing van daarvan in ieder geval geen afbreuk doen aan het verwezenlijken van de doelstellingen van de Europese verdragen, in dit geval dus van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Op grond van het eerder genoemde proportionaliteitsbeginsel is al datgene wat naar het oordeel van de EU-wetgever noodzakelijk, geschikt en evenredig is om het strafrechtelijke aspect van de ruimte gestalte te geven, in beginsel rechtmatig te achten. Uit het minimalistische karakter van de artikelen 30 en 31 EU ('gezamenlijk optreden...omvat'; 'de Raad bevordert...') vloeit voort dat het de verdragsgever is die de afweging heeft gemaakt wat minimaal noodzakelijk is om deze doelstelling te verwezenlijken, zodat voor een toetsing van Raadsbesluiten aan het subsidiariteitsbeginsel geen plaats meer is.⁷⁸ Het subsidiariteitsbeginsel is verder geen rechtsbeginsel, maar slechts een in artikel 5 EG op multi-interpretabele wijze omschreven politieke norm, waarvan vaststaat dat het in ieder geval niet het bestaan impliceert van een 'domaine réservé' of een soevereiniteitsvoorbehoud. Bij het aanroepen van dit heilige beginsel wordt steeds uit het oog verloren dat het naar zijn aard uiterst geschikt is voor de politicus, maar dat de jurist er niet veel verder mee komt.

3.4 *Zijn er alternatieven?*

25. De ingrijpende gevolgen van de ruimte zonder grenzen voor het nationale strafrecht roepen vanuit strafrechtelijke hoek de vraag op naar alternatieven: is het mogelijk om enerzijds een Europese strafrechtsruimte tot stand te brengen en anderzijds toch de Europese invloed op het nationale strafrecht te beperken? Deze vraag is op bevestigende wijze beantwoord door Prof. Klip, die daarover een aantal belangrijke bijdragen heeft gepubliceerd.⁷⁹ Volgens hem kan een oplossing worden bereikt door een combinatie van afbakening van nationale rechtsmacht en de

⁷⁶ Arrest van 28 maart 2000, Krombach, C-7/98, Jur. p. I-1935.

⁷⁷ G. J. M. Cortens, Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten en richtlijnen, Nederlands Juristenblad 2006, p. 2357.

⁷⁸ Zie arrest van 12 november 1996, VK/Raad, C-84/94, Jur. p. I-5755.

⁷⁹ A.H. Klip, Uniestrafrecht, Deventer, Kluwer, 2005; idem, The Constitution for Europe and criminal law: a step not far enough, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, p. 115; idem, Europese integratie en harmonisatie van het strafrecht, in: Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 2006, p. 105.

totstandbrenging van een Europees strafrechtstelsel. Het vermijden van rechtsmachtconflicten kan plaatsvinden door de beperking van de strafrechtelijke rechtsmacht tot strafbare feiten begaan op het eigen grondgebied. Het gevolg is dat negatieve en positieve competentieconflicten worden voorkomen. Op het eerste gezicht lijkt dit een eenvoudige oplossing; de nationale rechtsstelsels worden aan elkaar gekoppeld, zonder dat een inhoudelijke harmonisatie van die stelsels noodzakelijk is. In het gemeenschapsrecht staat deze methode bekend als coördinatie van wetgeving, met als bekendste voorbeeld de regeling van de sociale zekerheid van migrerende werknemers. Toch is de toepassing van deze techniek op het terrein van het strafrecht problematisch. Om te beginnen is het politiek gezien nagenoeg uitgesloten dat lidstaten bereid zullen zijn hun rechtsmacht over strafbare feiten begaan door hun onderdanen in andere lidstaten te beperken. Daarom is ook in de Raad van Europa een dergelijke coördinatie van strafrechtelijke rechtsmacht nooit gerealiseerd. Vervolgens zullen op een algemene coördinatieregeling altijd per lidstaat uiteenlopende uitzonderingen bestaan met betrekking tot bepaalde categorieën personen en delicten. Juist vanwege dergelijke uitzonderingen op de personele en zakelijke werkingssfeer is de coördinatieregeling voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers berucht geworden om zijn gecompliceerdheid en onoverzichtelijkheid, wat onder meer tot uiting komt in een zeer omvangrijke rechtspraak. Ten slotte – en dit is het belangrijkste bezwaar – past de toepassing van deze techniek op het strafrecht niet in de eerder omschreven conceptie die aan de ruimte zonder grenzen ten grondslag ligt. Immers, in deze conceptie is de bestaansgrond van de bemoeienis van de EU met het nationale strafrecht gelegen in het vrije verkeer van personen. Is nu in lidstaat A een feit wel strafbaar en in lidstaat B niet, dan is lidstaat A niet bevoegd om zijn onderdanen die dat feit in lidstaat B hebben begaan te vervolgen. Dergelijke dispariteiten leiden voor wat betreft de interne markt onvermijdelijk tot verstoringen in het goederen- en dienstenverkeer tussen de lidstaten. In het personenverkeer geldt echter hetzelfde. Als in lidstaat A de productie, verhandeling en consumptie van drugs wel strafbaar zijn, maar in lidstaat B niet, dan kan lidstaat A het strafbare drugsgebruik alleen voorkomen, opsporen en vervolgen door aan de grens personen- en goederencontroles in te voeren. Dit laatste tast de bestaansgrond van het vrije verkeer in zijn wezen aan. Het volstaat in dit verband te verwijzen naar het voortdurende beroep dat door Frankrijk wordt gedaan op de uitzonderingsclausule in de SUO om aan zijn noordgrenzen controles toe te passen tegen drugsinvoer uit Nederland. Coördinatie van rechtsmacht op basis van het handhaven van het territorialiteitsbeginsel is naar zijn aard onverenigbaar met het concept van de ruimte zonder grenzen.

26. Het tweede alternatief, al of niet in combinatie met het voorgaande, betreft het scheppen van een Europees strafrechtelijk stelsel.⁸⁰ De gedachte die daarachter schuil gaat is dat door een bepaalde categorie van strafbare feiten te communautariseren, de invloed van Europa op het nationale strafrecht beperkt kan worden. Deze op zich aantrekkelijke gedachte kent in het gemeenschapsrecht diverse toepassingsvormen, bijvoorbeeld op het terrein van de concurrentieregels voor ondernemingen, bescherming van bepaalde industriële eigendomsrechten, registratie van geneesmiddelen, schepen, vliegtuigen en het ondernemingsrecht. Ook bij dit alternatief rijzen echter politieke en fundamentele bezwaren. Zoals de eerder genoemde voorbeelden aantonen, vereist een dergelijke optie ook institutionele voorzieningen: behalve een communautair corpus juris moet er een Europees openbaar ministerie en een Europese strafrechter komen. Politiek gesproken is deze optie nagenoeg onhaalbaar als

⁸⁰ Onder meer voorgesteld door minister Donner. Door de Nederlandse regering werd deze optie ingebracht in de Europese Conventie, zie CONV 733/03 (12.05.2003), overigens zonder enig resultaat. Zie verder J. P. H. Donner, De toekomst van strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie, in: Europeanisering van het Nederlandse recht. Opstellen aangeboden aan Mr. W. E. Haak, Kluwer, Deventer, 2004, p. 342 e.v.

men acht slaat op de pogingen om een soortgelijk systeem tot stand te brengen voor strafbare feiten ten nadele van de EU-fondsen. Fundamenteeler, althans vanuit juridisch oogpunt bezien, is het criterium dat gehanteerd moet worden om de communautaire en de nationale penale jurisdictie af te bakenen. Volgens Prof. Klip zijn er drie samenhangende criteria om deze afbakening gestalte te geven. In de eerste plaats zou de communautaire strafrechtsmacht betrekking moeten hebben op strafbare feiten die samenhangen met beleidsgebieden van de EU. Dit is op zich een juist criterium omdat daardoor de uniforme ten uitvoerlegging van dat beleid wordt gehandhaafd. Maar wat verstaat men onder 'beleidsgebieden'. Als dat alles omvat wat met economische ordening te maken heeft, is er maar weinig dat nog exclusief nationaal blijft.⁸¹ Als dit begrip enger wordt opgevat rijst de vraag welk criterium voor de keuze van die beleidsgebieden moet worden gehanteerd. Het tweede en derde criterium hangen samen. Het moet gaan om grensoverschrijdende strafbare feiten, ten aanzien waarvan de uitoefening van communautaire rechtsmacht een meerwaarde heeft. Afgezien van de politiek onhaalbare gedachte van een echte Europese politie die in alle lidstaten moet kunnen opereren, wordt het zwakke punt van dit voorstel gevormd door het criterium van grensoverschrijding. De rechtspraak van het Hof van Justitie over de uitleg van de artikelen 28, 49 en 81 EG toont dit aan. Het ligt voor de hand te denken aan transnationaal georganiseerde criminele organisaties en bepaalde transnationale strafbare feiten waarbij de verplaatsing van personen, goederen en kapitaal een rol speelt (mensenhandel, witwassen, drugs, sigaretten, internetcriminaliteit). Maar hoe definieert men het grensoverschrijdende element als afzonderlijk bestanddeel van de delictsomschrijving? Verder ligt aan de toepassing van het criterium 'grensoverschrijdend' ten aanzien van het strafrecht een onjuiste premisse ten grondslag. Gedacht wordt aan een bepaalde vorm van fysieke grensoverschrijding, anders gezegd, zoals onder de eerder genoemde artikelen aan 'invoer' of 'uitvoer'. Maar het begrip grensoverschrijdend omvat veel meer. Ook binnenlandse productie en consumptie, zelfs op regionaal of lokaal niveau, kunnen belangrijke grensoverschrijdende effecten hebben. Een grootschalige binnenlandse productie van drugs heeft onvermijdelijk grensoverschrijdende effecten. Een nationaal liberaal beleid ten aanzien van prostitutie leidt tot het ontstaan van transnationale vrouwenhandel, een strikt bankgeheim tot grensoverschrijdende kapitaalvlucht, etc. Omdat het begrip 'grensoverschrijdend' een bevoegdheidscriterium voor de afbakening van nationale en communautaire penale jurisdictie vormt, leidt het multi-interpretabele karakter daarvan tot allerlei geschillen over bevoegdheidsafbakening. De hypothese van een van het nationale strafrecht losstaand Europees strafrechtstelsel komt in wezen neer op een partiële federalisering van het strafrecht op Europees niveau. De aan elke overheidsmacht inherente tendens tot centralisatie en bevoegdheidsuitbreiding leidt voor het nationale strafrecht tot een veel groter gevaar dan het concept van wederzijdse erkenning en minimumharmonisatie.⁸² Het volstaat te verwijzen naar de grote invloed die van het Europese mededingingsrecht is uitgegaan op het nationale concurrentierecht.

27. Als algemene conclusie kan daarom worden geformuleerd dat het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in combinatie met inhoudelijke minimumharmonisatie een proportioneel middel vormt om de ruimte zonder grenzen gestalte te geven. Noodzakelijk omdat het bestemmingslandbeginsel daarvoor naar zijn aard ongeschikt is. Geschikt omdat daardoor het vrije verkeer van gerechtelijke en buitengerechtelijke beslissingen wordt gegarandeerd onder handhaving van een gemeenschappelijk minimum aan waarborgen.

⁸¹ Zie voor een overzicht R. M. A. Guldenmund, *Strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht*, Arnhem, Goude Quint, 1992.

⁸² Cf. G. Corstens en J. Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 502-503.

Evenredig omdat deze techniek (anders dan die van een unificatie) niet verder ingrijpt in het nationale strafrecht dan noodzakelijk is voor het te bereiken doel.

28. Iets geheel anders is dat dit in het systeem van de Europese verdragen als proportioneel aan te merken middel wordt gezien als een (potentieel) wezenlijke aantasting van de zeggenschap over het eigen strafrecht. Die stelling is zonder meer juist. Het feit dat de combinatie van wederzijdse erkenning en harmonisatie van strafrecht er toe leidt dat op het eigen grondgebied rechtsgevolgen worden erkend die niet passen in het eigen rechtsstelsel vormt het wezenlijke element van de ruimte zonder grenzen, waarin de nationale staat zijn autonomie over het op zijn grondgebied van toepassing zijnde recht heeft verloren. Niet voor niets wordt het vereiste van dubbele strafbaarheid bij strafrechtelijke samenwerking – zoals eerder opgemerkt een toepassing van het bestemmingslandbeginsel - verklaard vanuit de soevereiniteit van de staat die daardoor niet kan worden gedwongen om handelingen te verrichten ten gunste van een andere staat die in strijd zijn met diens rechtsopvattingen. Het oorsprongslandbeginsel tast die vrijheid onherroepelijk aan en impliceert daardoor een denationalisering van het strafrecht op dezelfde wijze zoals dit al in veel verdergaande mate heeft plaatsgevonden met vele andere onderdelen van het nationale recht. Ook dierbaar gekoesterde of zelfs heilig verklaarde leerstukken van strafrecht zullen aan deze werking van het EU-recht niet kunnen ontsnappen.⁸³

4 HET NATIONALE STRAFRECHT EN DE DERDE PIJLER

4.1 *Uitgangspunten*

29. De tweede conclusie over de gevolgen van het concept van de ruimte zonder grenzen voor het nationale strafrecht betreft de werkingssfeer en betekenis van de bepalingen van de derde pijler (artikel 29 EU e.v.). Door strafrechtjuristen wordt (of werd?) de derde pijler gezien als een min of meer veilige haven voor het nationale strafrecht. Deze conclusie kan althans worden getrokken naar aanleiding van de felle reacties vanuit strafrechtelijke hoek op het arrest van het Hof over het milieustrafrecht.⁸⁴ De aan deze visie op de derde pijler ten grondslag liggende premisse is kennelijk dat door de verschillen tussen de derde pijler en de communautaire pijler het strafrecht tegen de (te) vergaande gevolgen van het EU-recht is gevrijwaard.⁸⁵ Maar is die premisse juist? Deze premisse kan niet anders gebaseerd zijn dan op de verschillen tussen de derde pijler en het communautaire model. Voor wat betreft het institutionele aspect gaat het daarbij in hoofdzaak om drie verschillen. Ten eerste het vereiste van eenparigheid van stemmen in de Raad voor het aannemen van alle besluiten gebaseerd op het primaire derde pijlerrecht (artikel 34, lid 2 EU), waarbij de Commissie geen exclusief recht van voorstel heeft en het Europees Parlement slechts wordt geraadpleegd. Ten tweede het niet rechtstreeks werkende kaderbesluit als maximale vorm

⁸³ In deze zin P.H.P.H.M.C. van Kempen, Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht, in: Glijdende Schalen, Liber Amicorum J. de Hullu, Nijmegen, Wolf 2003, p. 247 e.v. Het Europese mededingingsrecht biedt van dit 'gevaar' een goed voorbeeld. De uit 1956 stammende oude Wet Economische Mededinging was gebaseerd op het misbruikbeginsel, dat wel gezien werd als een typisch Hollands verschijnsel. Thans geldt onder invloed van het Europese mededingingsrecht het verbodsbeginsel.

⁸⁴ Arrest van 13 september 2005, Commissie/Raad, C-176/03 (n.n.g.).

⁸⁵ Zie G. J. M. Corstens, Criminal law in the first pillar?, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2003, p. 131 e.v.

van wetgeving en ten derde de beperkte rechtsmacht van het Hof van Justitie (artikel 35 EU).⁸⁶ Geen van die verschillen kan echter de genoemde premisse rechtvaardigen.

30. Het juridische *eenparigheidsvereiste* en de feitelijke variant daarvan in de vorm van politieke consensus komen in het gemeenschapsrecht ook voor. Besluitvorming wordt door dat vereiste uiteraard moeilijker dan gevallen waarin gekwalificeerde meerderheid is voorgeschreven, maar beslissend voor de potentiële invloed van het EU-recht op het nationale strafrecht is dit verschil niet. Waar het om gaat is het bestaan van politieke consensus en als die er is, kan zelfs in gevallen waarin eenparigheid is voorgeschreven, in snel tempo besluitvorming plaats vinden. In het gemeenschapsrecht is op die manier in de jaren zestig van de vorige eeuw in enkele jaren de gehele gemeenschappelijke landbouwpolitiek vorm gegeven. Voor wat betreft de derde pijler volstaat het te verwijzen naar het recordtempo waarin het kaderbesluit over het Europese aanhoudingsbevel uit de grond werd gestampt.⁸⁷ De stelling dat het eenparigheidsvereiste elke lidstaat een vetorecht geeft, waardoor de strafrechtelijke harmonisatie kan worden stopgezet, miskent volledig de realiteit van het *quid pro quo* mechanisme van de Brusselse besluitvorming en het feit dat ook en vooral in de materie van de derde pijler de Europese Raad als consensusmachine de grote roerganger is. Het volstaat te verwijzen naar de Verklaring van Tampere en het Haags Programma.⁸⁸ De figuur van het *kaderbesluit* is dezelfde als die van de communautaire richtlijn en vormt daarom, zoals de rechtspraktijk aantoonde bij uitstek een instrument van wetgeving. Juist vanwege deze overeenstemming heeft de verdragsgever bepaald dat deze besluiten geen rechtstreekse werking kunnen hebben. Ook het verschil met betrekking tot de bevoegdheden van het *Hof van Justitie* is relatief. Afgezien van het feit dat 's-Hofs rechtsmacht onder artikel 35 EU zelfs verder kan gaan dan die van artikel 68 EG,⁸⁹ illustreert het aantal nog beperkte arresten over derde pijler aangelegenheden dat de invloed van de rechter op deze materie niettemin aanzienlijk is. Met het voorgaande wil niet gezegd zijn dat de verschillen tussen beide pijlers onbelangrijk zijn. Integendeel, zowel vanuit het oogpunt van doelmatigheid en van rechtsbescherming is de derde pijler gebrekkig.⁹⁰ Wat deze verschillen echter niet rechtvaardigen is de premisse dat onder de derde pijler het strafrecht wezenlijk minder aan Europese invloeden is blootgesteld dan als het zou figureren in de eerste pijler.

31. Ook inhoudelijk gezien is de genoemde premisse niet houdbaar. Wat als het 'communautaire model' betiteld wordt betreft een integratieconcept dat niet in eerste instantie is gebaseerd op de institutionele opzet daarvan, maar op de inhoud. Het wezenlijke kenmerk van dit model is dat het is gefundeerd op een verdeling van bevoegdheden tussen lidstaten en de gemeenschappelijke entiteit.⁹¹ Omdat deze entiteit is bekleed met wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende bevoegdheden is er sprake van een gemeenschappelijke overheid van lidstaten en burgers. Deze

⁸⁶ Zie F. G. H. Kristen, Hoe Europa de strafrechter dirigeert, in: M. S. Groenhuisen en J. B. H. M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen*, Nijmegen, Wolf, 2003, p. 387, 403.

⁸⁷ Zie o.m. J. Wouters en F. Naert, *Of arrest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU's main criminal law measures against terrorism after '11 September'*, *Common Market Law Review* 2004, p. 909.

⁸⁸ Zie S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen, 2006, Europa Law Publishing, p. 21. Zij wijst op de overeenstemming tussen deze wetgevingsprogramma's en het witboek van de Commissie van 1985 over de voltooiing van de interne markt.

⁸⁹ Zie R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, *Europese Monografieën*, n° 45, 3^e dr., Deventer, Kluwer, 2005, hoofdstuk 11.

⁹⁰ Arrest van 16 juni 2005, Pupino, C-105/03 (n.n.g.), pt. 36. Zie het artikel van Hijmans in dit nummer, pt. 25 e.v.

⁹¹ Zie voor meer gegevens over de aard van het communautaire model, R. Barents, *Hoe constitutioneel is de Grondwet voor Europa?*, *SEW* 2004, p. 1.

typering gaat volledig op voor de derde pijler. Aan de EU zijn op strafrechtelijk gebied bevoegdheden toegekend die qua inhoud en effect niet verschillen van diverse communautaire bevoegdheden. Deze 'communautaire' achtergrond wordt verder bevestigd door de keuze die in de Verklaring van Tampere en het Haags Programma is gemaakt voor het beginsel van wederzijdse erkenning als voornaamste instrument voor de coördinatie van de nationale strafrechtssystemen om de ruimte zonder grenzen in te stellen. De ruimte zonder grenzen en het beginsel van wederzijdse erkenning zijn typisch communautaire doelstellingen en technieken.⁹² Dit alles toont aan dat de opzet van de derde pijler en vooral de toepassing van het recht daarvan dicht in de buurt komen van een communautair model dat gestoken is in een intergouvernementeel ogend jasje.

32. De heiligverklaring van de derde pijler miskent verder volledig de juridische en politieke realiteit. De derde pijler is, om artikel 1 EU te parafraseren, slechts een 'etappe' van een ontwikkeling uitlopend op volledige communautarisering van het strafrecht. In deze ontwikkeling werd de eerste etappe gevormd door de Trevi-periode (1975-1993), waarin elke rechtsbasis voor strafrechtelijk optreden ontbrak. Vervolgens de tweede etappe in de vorm van het volstrekt intergouvernementele kader van de oude derde pijler (1993-1999) en thans, derde etappe, de derde pijler in de vorm van het Verdrag van Amsterdam. In de Europese Grondwet – en dit zou men als de vierde etappe kunnen aanmerken – is het nationale strafrecht nagenoeg volledig gecommunautariseerd.

33. Ook in ander opzicht is de these dat strafrecht alleen in de derde pijler thuis hoort inconsequent. Zonder dit verder te onderbouwen, kan worden gesteld dat vooral het strafrecht als machtsinstrument van de overheid en vanwege zijn vrijheidsbeperkende effecten in alle opzichten moet voldoen aan eisen van rechtstatelijkheid. Juist op dit punt schiet de derde pijler volledig tekort: gebrekkige rechtsbescherming, zowel op Europees als op nationaal niveau, door de beperkte rechtsmacht van het Hof van Justitie en beperkte toetsingsmogelijkheden van de nationale rechter, niet-optimale grondrechtelijke bescherming en het ontbreken van wezenlijke invloed van het Europees Parlement. Kortom, factoren die het risico inhouden dat in de strafrechtelijke invloed van het EU-optreden het instrumentele karakter van het strafrecht prioriteit verkrijgt boven het waarborgkarakter daarvan. In dit verband moet er ook op worden gewezen dat het unanimitateitsvereiste naar zijn aard tot gevolg heeft dat besluiten altijd zijn gebaseerd op gecompliceerde minimumcompromissen, wat de kwaliteit van de wetgeving niet ten goede komt.⁹³

34. De voorgaande opmerkingen bevestigen dat de derde pijler zowel conceptueel (als onderdeel van de Europese ruimte) als inhoudelijk nauw verbonden is met het gemeenschapsrecht. Als gevolg van die positie kan de derde pijler worden gezien als een uitzondering op de eerste pijler, die zijn grondslag alleen vindt in politieke overwegingen met betrekking tot de plaats van het strafrecht in het algemene kader van de EU. Het karakter als uitzondering blijkt verder uit artikel 47 EU (onderschikking aan het *acquis communautaire*) en de politieke grondslag daarvan uit artikel 42 EU. De laatstgenoemde bepaling voorziet in een zgn. *passerelle*, op grond waarvan de Raad, als de politiek dit dicteert, kan besluiten tot een procedure tot opneming van een deel of het

⁹² Dit wordt miskend door A. H. J. Swart, Een ware Europese rechtsruimte. Wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen in de Europese Unie, Deventer, Gouda Quint, 2001, p. 9.

⁹³ Terecht stelt H. van der Wilt, Harmonisatie van strafrecht in Europa: gewogen en te licht bevonden, Nederlands Juristenblad 2002, p. 747, 748, dat vanwege deze gebreken de overheveling van strafrecht naar de eerste pijler geen slecht idee zou zijn, uiteraard met als gevolg een verdergaande erosie van nationale soevereiniteit op dat gebied.

geheel van de derde pijlermaterie in het communautaire recht. Dit vormt een duidelijke ontkenning van de these dat het unieke karakter van het strafrecht alleen in een in hoofdzaak intergouvernementeel opgezet regelingskader zou thuishoren. Het semi-communautaire karakter van de derde pijler heeft een aantal belangrijke gevolgen. In de eerste plaats wordt de werkingssfeer van de derde pijler niet bepaald door conceptuele of inhoudelijke verschillen tussen het strafrecht en andere EU-beleidsgebieden, maar enkel en alleen door politieke overwegingen. Dergelijke op zich legitieme overwegingen vormen echter geen argument om te betogen dat een materie die conceptueel en inhoudelijk een onderdeel vormt van het communautaire concept van de ruimte per definitie aan de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht onttrokken is. Ten tweede vloeit uit de positie van de derde pijler als onderdeel van het totale systeem voor de verwezenlijking van de Europese ruimte voort dat het recht van die pijler althans een deel van zijn karaktertrekken aan dat systeem ontleent. De normatieve waarde van deze twee gevolgtrekkingen is uiteraard beperkt, zoals in de meeste gevallen met aan een bepaalde systematiek ontleende argumenten. Zij verklaren wel dat in de rechtspraak deze benaderingswijze van het recht van de derde pijler niet uit de lucht komt vallen.⁹⁴

4.2 *Het gemeenschapsrecht en het strafrecht*

35. Dat in het systeem van de Europese verdragen het strafrecht geen bijzondere positie inneemt is al eerder vermeld. In dit opzicht is de positie van het strafrecht niet anders dan van het directe belastingrecht, openbare orde en veiligheid, inrichting van de strijdkrachten, gezins- en familielevens, bevolkingspolitiek, organisatie van de staat, etc. Voor deze en andere gebieden geldt het uitgangspunt dat de communautaire wetgever terzake niet als zodanig bevoegd is. Alleen voorzover de toepassing van de verkeersvrijheden, de aan de EG geattribueerde bevoegdheden en het respect voor grondrechten en algemene rechtsbeginselen dat vereisen, vloeien daaruit consequenties voort voor de autonomie van de lidstaten op de eerder genoemde gebieden. Deze functionele benadering ligt verankerd in het systeem van het EG-Verdrag, gebaseerd op algemene verbodsnormen (interne markt), specifieke bevoegdheidsattributies en bescherming van grondrechten. Daarom valt moeilijk in te zien dat als lidstaten voor de handhaving van het gemeenschapsrecht op grond van datzelfde recht strafrechtelijke sancties mogen toepassen (de zgn. minimum-trias) of niet mogen toepassen (bijv. wegens schending van fundamentele beginselen),⁹⁵ het gemeenschapsrecht de lidstaten niet zou mogen verplichten om strafsancities toe te passen. Het allesoverheersende criterium in het gemeenschapsrecht is immers dat een functioneel geredigeerde bevoegdheid van de wetgever in eerste instantie wordt uitgelegd aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel, d.w.z. dat de inhoud van de te nemen maatregelen afhangt van wat noodzakelijk, geschikt en evenredig is om het doel van die bevoegdheid te verwezenlijken. Als dat het geval is, is geen van de eerder genoemde onderwerpen immuun voor de werking van het gemeenschapsrecht. Tegen die achtergrond gezien is het milieustrafrechtarrest een consistent gevolg van de uit de aard en opzet van het EG-Verdrag voortvloeiende teleologische interpretatiemethode, waaruit een parallelie resulteert in de uitleg van verbodsnormen (negatieve integratie) en bevoegdheidsnormen (positieve integratie).

⁹⁴ Cf. H. Labayle, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, Revue trimestrielle de droit européen 2006, p. 1, 2 e.v.

⁹⁵ Zie voor een diepgaand overzicht van deze effecten C. Schröder, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht: eine Untersuchung über den Einfluss europäischer Richtlinien gemäss Art. 249 Abs. EGV auf das deutsche Strafrecht*, Berlin, de Gruyter, 2002.

36. Met betrekking tot de stelling dat het strafrecht niet in de eerste pijler behoort, maar slechts gekantonneerd kan worden in het kader van de derde pijler, verdienen twee specifieke punten de aandacht. In de eerste plaats berust deze opvatting op een strikte scheiding tussen handhaving door strafrechtelijke sancties en andere (bestuursrechtelijke en eventueel privaatrechtelijke) maatregelen. Dit verschil miskent dat de diverse bestuursrechtelijke maatregelen die de communautaire wetgever mag voorschrijven niettemin een duidelijk punitief karakter hebben.⁹⁶ Men immers moeilijk staande houden dat verbeurdverklaring van waarborgen (waardoor een handelaar in zijn bestaan kan worden bedreigd), uitsluiting van inkomenssubsidies (van vitaal belang voor het producenteninkomen)⁹⁷ of torenhoge boetes voor ondernemingen wegens overtreding van de mededingingsbepalingen⁹⁸ geen elementen vertonen van een 'criminal charge'.⁹⁹ Juist tegen die achtergrond zijn in de rechtspraak met behulp van het proportionaliteitscriterium allerlei strafrechtelijke beginselen op dit type maatregelen van toepassing verklaard. Waarom dan deze sancties wel en strafrechtelijke sancties niet in het gemeenschapsrecht toepassing kunnen vinden, is onduidelijk.¹⁰⁰ Ten tweede gaat dit onderscheid in tegen het concept van een integraal handhavingsbeleid.¹⁰¹ Als op nationaal niveau de wetgever een keuzemogelijkheid toekomt bij handhaving van communautaire normen, valt niet in te zien waarom de communautaire wetgever diezelfde keuze niet zou mogen maken voor de handhaving van de door hem vastgestelde regels.

4.3 *De afbakening tussen de eerste en derde pijler*

37. In het milieustrafrechtarrest ging het om een beroep van de Commissie tegen een door de Raad op grond van de derde pijlerbepalingen aangenomen kaderbesluit over milieudelicten waarvoor de lidstaten strafrechtelijke sancties moeten vaststellen.¹⁰² Hoewel de Commissie haar voorstel voor deze handeling had geformuleerd in de vorm van een op artikel 175 EG (milieu) gebaseerde richtlijn,¹⁰³ werd deze rechtsgrondslag door de Raad veranderd in artikel 34, lid 2(b) EU. Door het Hof werd dit kaderbesluit nietig verklaard op grond van, kort gezegd, de overweging dat artikel 175 EG voor dergelijke maatregelen wel een toereikende rechtsbasis biedt en dus een derde pijlerbepaling daarvoor niet mag worden gebruikt. Dit laatste vloeit voort uit artikel 47 EU op grond waarvan het niet-communautaire EU-recht geen afbreuk mag doen aan het EG-Verdrag.

⁹⁶ Zie o.m. G. Stessens, De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot het vaststellen van sancties: op weg naar een communautair strafrecht?, Rechtskundig Weekblad 1993, p. 137 e.v.

⁹⁷ Zie G. Corstens en J. Pradel, Europees strafrecht, Deventer, Kluwer, 2003, p. 522.

⁹⁸ Aldus reeds M. R. Mok, Europees economische strafrecht, Delikt en Delinkwent 1974, p. 268, 275.

⁹⁹ Niet voor niets bepaalt de concurrentiewetgeving dat de boeten voor overtreding van de concurrentieregels geen strafrechtelijk karakter hebben. Ook het Hof heeft in zijn rechtspraak over de sancties in de landbouw die benadering gevolgd. Door die opzet werd enerzijds vermeden uitspraak te doen over de politiek gevoelige vraag of de EG strafrechtelijke sancties kon opleggen, terwijl anderzijds door het punitieve karakter van die sancties te koppelen aan het proportionaliteitsbeginsel de noodzakelijke rechtsbescherming verschaft kon worden. Het artificiële karakter van die constructie komt onder meer tot uiting in een verspreking in het arrest van 25 september 1984, Könecke, 117/83, Jur. p. 3291, pt. 11 ('al dan niet strafrechtelijke sancties').

¹⁰⁰ Ook artikel 229 EG over de toekenning van volledige rechtsmacht aan het Hof spreekt over 'sancties' zonder verdere specificatie.

¹⁰¹ Een verdere uitwerking van dit punt blijft achterwege. Zie de nog steeds van fundamenteel belang zijnde introerede van J.A.E. Vervaele, Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht, Deventer, Kluwer, 1994 en A. Mulder, Handhaving van Europees economisch recht, in: Speculum Langemeijer, Zwolle, 1973, p. 345 e.v.

¹⁰² Kaderbesluit 2003/80/JBZ, Pb. L 29/55.

¹⁰³ COM(2001)139, Pb. C 180 E.

38. Het door het Hof aangelegde criterium voor de communautaire bevoegdheid tot het voorschrijven van strafrechtelijke maatregelen is dat dit naar de opvatting van de gemeenschapswetgever noodzakelijk is om de volledige doeltreffendheid van de door hem vastgestelde normen te verzekeren.¹⁰⁴ Een generatie terug werd op basis van hetzelfde proportionaliteitscriterium de communautaire wetgever bevoegd geacht tot het voorschrijven van verbeurdverklaring van waarborgsommen en in een later stadium van subsidieuitsluitingen.¹⁰⁵ Uit het decennia constante karakter van dit criterium blijkt nog eens dat ook in het gemeenschapsrecht het strafrecht geen bijzondere status geniet. Het verschil is alleen dat het proportionaliteitscriterium is 'aangedikt': het moet gaan om de 'volledige' doeltreffendheid. Al te veel betekenis kan daaraan echter niet worden toegekend. Hoewel uit deze term kan worden afgeleid dat de gemeenschapswetgever pas tot strafrechtelijke handhaving mag besluiten als zou blijken dat andere methoden van handhaving niet geschikt zijn, gaat het daarbij niet om een materieel maar om een formeel element. Gegeven het discretionaire karakter van (in dit geval) de milieubevoegdheid, kan de wetgever tot het politieke oordeel komen dat strafrecht wel en andere handhavingmethoden niet in aanmerking komen. Het volstaat dat dit oordeel al of niet expliciet in de motivering van de betrokken handeling tot uiting komt.¹⁰⁶ Wat niet vereist wordt door het proportionaliteitscriterium is dat de lidstaat geen enkele keuze wordt gelaten bij het type strafrechtelijke sanctie.¹⁰⁷ Dit alles leidt tot de conclusie dat als het gaat om de handhaving van het gemeenschapsrecht, de communautaire wetgever een ruime bevoegdheid heeft tot het voorschrijven van strafrechtelijke sancties.

39. Het milieustrafrechtarrest laat drie vragen open. In de eerste plaats of de communautaire wetgever naast het omschrijven van de strafbare feiten ook de strafmaat mag vaststellen, wat in praktisch opzicht inhoudt of er zgn. minimax-strafbedreigingen mogen worden geformuleerd.¹⁰⁸ Deze vraag vormt het voorwerp van het beroep dat de Commissie heeft ingesteld tegen het Kaderbesluit Scheepsverontreiniging. Het ligt voor de hand te betogen dat als de communautaire wetgever bevoegd is om strafbare feiten te omschrijven, hij ook bevoegd is om zich met de strafmaat te bemoeien als dit naar zijn discretionaire oordeel vereist is voor de doeltreffendheid van het betrokken gemeenschapsrecht. De politieke gevoeligheid van dit onderwerp laat echter ook een omgekeerde proportionaliteitsredenering open. De tweede vraag is of de betrokken communautaire bevoegdheid toelaat om in het betrokken besluit toepassing te geven aan 'horizontale' strafrechtstechnieken, zoals in casu uitlevering en het vestigen van rechtsmacht. Ten onrechte is betoogd dat uit het milieustrafrechtarrest volgt dat deze vraagstukken niet op basis van artikel 175 EG geregeld kunnen worden.¹⁰⁹ Op deze vraagstukken had het beroep van de Commissie tegen het kaderbesluit geen betrekking zodat het Hof zich daarover niet mocht uitspreken. De nietigverklaring van het besluit in zijn geheel vloeide voort uit de onscheidbaarheid van de daarin vervatte bepalingen.¹¹⁰ De derde vraag is het neteligst: vloeit uit het beginsel van de volle werking van het gemeenschapsrecht voort dat het een lidstaat vrij staat om op grond van het opportuniteitsbeginsel niet tot strafvervolgning over te gaan, resp. kan in een

¹⁰⁴ Punt 48.

¹⁰⁵ Arrest van 17 december 1970, IHG, 11/70, Jur. p. 1125; arrest van 27 oktober 1992, Duitsland/Commissie, C-240/90, Jur. p. I-5383.

¹⁰⁶ Zie punt 50. Daarom is ook niet vereist dat de communautaire wetgever pas tot dat oordeel kan komen als eerst uit de praktijk is gebleken dat andere vormen van handhaving niet doeltreffend zijn.

¹⁰⁷ Punt 49.

¹⁰⁸ D.w.z. het voorschrijven van een maximumstraf van tenminste...

¹⁰⁹ M. I. Veldt-Foglia, Toch strafrecht in de Eerste Pijler!, Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2006, p. 29, 31.

¹¹⁰ Punt 53.

communautair besluit het legaliteitsbeginsel worden voorgeschreven? De rechtspraak over dit beginsel en de verenigbaarheid daarmee van een gedoogbeleid geeft op zijn minste reden tot twijfel over de immuniteit van het opportuniteitsprincipe. Denkbaar is dat deze vraag aan de orde kan komen in het kader van een inbreukprocedure of in het kader van een prejudiciële procedure met betrekking tot een particulier die klaagt dat een lidstaat nalaat strafvervolgning in te stellen tegen strafbare gedragingen van derden die hem schade toebrengen. Het verbaast overigens niet dat de Commissie al deze vragen zonder aarzeling bevestigend beantwoordt.¹¹¹

40. In hoeverre het aangedikte proportionaliteitscriterium van het milieustrafrechtarrest op andere beleidsterreinen van het communautaire recht kan worden toegepast, hangt dus af van het al of niet discretionaire karakter van de betrokken bevoegdheid.¹¹² De werkingssfeer van de communautaire strafrechtsbemoeyenis is dan aanzienlijk. Naast het milieu kan men ook denken aan de volgende onderwerpen:¹¹³

- Non-discriminatierecht (artikel 13, lid 2, maar daarvoor geldt eenparigheid van stemmen);
- Landbouw (artikel 33);
- Betalingsverkeer en financiële diensten (artikelen 47, lid 2 en 57, lid 2);
- Diverse onderwerpen op het terrein van het externe personenverkeer (grenscontroles, illegale immigratie (artikel 61-63);
- Vervoer (artikelen 71 en 80);
- Mededinging (artikel 83);
- Indirecte belastingen (artikel 93, maar daarvoor geldt eenparigheid van stemmen);
- Harmonisatie voor de instelling en werking van de interne markt (art. 95);
- Valsemunterij (artikel 123, lid 4);
- Specifieke gevallen op basis van artikel 308.

Samengevat, kan op basis van dit lijstje gesteld worden dat – in theorie – de EG bevoegd is om naast het milieustrafrecht ook een economisch strafrecht¹¹⁴ tot stand te brengen, al lijkt een 'horizontale' richtlijn 'economische delicten' in het huidige stadium nog een gedachtespinsel. Een praktisch gevolg van het milieustrafrechtarrest is dat eerdere, reeds definitief geworden kaderbesluiten om redenen van rechtszekerheid in communautaire richtlijnen moeten worden omgezet.¹¹⁵ Het allesoverheersende criterium voor een strafrechtelijke competentie van de EG blijft niettemin het bestaan van een rechtsbasis. Om die reden kan bijvoorbeeld artikel 95 EG niet in aanmerking komen als grondslag voor maatregelen die direct de openbare veiligheid en de criminaliteitsbestrijding betreffen, met als praktische consequentie dat deze materie in het kader van de derde pijler geregeld moet worden.¹¹⁶ Gezien de politieke implicaties van het

¹¹¹ COM(2005)583 def/2 (24.11.2005), § 12.

¹¹² Onder de voorwaarde dat in toekomstige rechtspraak deze benadering gehandhaafd blijft.

¹¹³ Op het terrein van het douanerecht en van de bescherming van de openbare financiën van de EG wordt harmonisatie van strafrecht uitgesloten door resp. artikelen 135 en 280 EG.

¹¹⁴ Zie over dit onderwerp o.m. K. Tiedemann, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, Neue Juristische Wochenschrift 1993, p. 23 en de talrijke andere publicaties van deze auteur.

¹¹⁵ Zie daarover de mededeling van de Commissie, COM(2005)583 def/2 (24.11.2005). Vooralsnog lijkt de Raad daarvoor niet veel te voelen. Denkbaar is echter dat de uitvoering van een eerder vastgesteld kaderbesluit via een prejudiciële procedure op grond van artikel 234 of 68 EG kan resulteren in de ongeldigverklaring daarvan.

¹¹⁶ Arrest van 30 mei 2006, gev. zaken C-317/04 en C-318/04, Europees Parlement/Raad en Commissie, (n.n.g.) over de overdracht van PNR-gegevens door luchtvaartmaatschappijen aan de USA. Zie het artikel van Hijmans in dit nummer, pt. 31 e.v.

milieustrafrechtarrest en nog open gebleven vragen is terecht geconstateerd dat de ene competentiestrijd is beslecht, maar de volgende al weer voor de deur staat.¹¹⁷

4.4 *Strafrechtelijke gramschap*

41. Populair gezegd, is de strekking van het milieustrafrechtarrest dat het beeld van de derde pijler als veilige haven voor het strafrecht ruw is verstoord. Het 'heilig huisje' van het strafrecht is niet langer beschermd door besluitvorming bij eenparigheid van stemmen, maar is opengesteld voor 'vreemde' invloeden uit het Brusselse via de weg van gekwalificeerde meerderheid. Een deel van de felle kritiek uit strafrechtelijke hoek op dit arrest behoort tot de gebruikelijke vierschaar van reacties die na elk arrest van het Hof over een politiek gevoelig onderwerp geconstateerd kunnen worden: bevoegdheidsoverschrijding, rechterlijk activisme, gebrek aan kennis over het betrokken onderwerp en het niet rekening houden met de wil van de lidstaten.¹¹⁸ Een ander deel van de kritiek past in wat de retorische verleiding van het strafrecht wordt genoemd,¹¹⁹ waarbij moet worden aangetekend dat die retoriek in een aantal gevallen een professionalisering van onkunde inhield. 'De EU kan nu het nationale strafrechtbeleid bepalen', aldus een gewichtige commentator.¹²⁰ De domheid ten top werd gevormd door de uitspraak van een veel in de publiciteit komende hoogleraar dat Brussel nu ook strafrechtelijke kroonjuwelen van vaderlandse origine kan aanpakken, zoals drugsgebruik, euthanasie, abortus en prostitutie.¹²¹ 'Deskundologen' van deze allure kan men slechts aanraden een elementair leerboek over Europees recht open te doen en te lezen wat daar staat vermeld over het onderwerp rechtsbasis.

42. Drie argumenten verdienen meer aandacht omdat zij berusten op misvattingen over het gemeenschapsrecht.¹²² Het eerste punt is dat de onbevoegdheid van de EG op strafrechtelijk terrein voortvloeit uit de wil van de verdragsgever dit onderwerp exclusief aan de lidstaten voor te behouden.¹²³ Geheel afgezien van de vraag of die stelling juist is,¹²⁴ vormt de argumentatie dat het stilzwijgen van het EG-Verdrag ten gunste van de lidstaten moet worden uitgelegd een typisch volkenrechtelijke benadering, die in de rechtspraak van het Hof nooit is toegepast. De EG zou dan ook niet beschikken over impliciete externe bevoegdheden, om maar een van vele voorbeelden te noemen. Het tweede argument is dat volgens artikel 249 EG een richtlijn

¹¹⁷ M. J. Borgers, Het strafrecht in de eerste pijler. Van competentiestrijd naar competentiestrijd?, NJB 2006, p. 738.

¹¹⁸ Het laatste punt is juist. Dat doet het Hof al niet meer sinds zijn arrest in zaak 26/62, Van Gend & Loos, 26/62, Jur. p. 5. In die zaak werd door de alle tussenkomenende lidstaten het standpunt ingenomen dat rechtstreekse werking van verdragsbepalingen alleen uit nationale grondwetten kan voortvloeien.

¹¹⁹ Zie N. Rozemond, De retorische verleiding van het strafrecht, Nederlands Juristenblad 2005, p. 1182.

¹²⁰ F. Kuitenbrouwer, Onbescheiden rechters, NRC-Handelsblad van 7 februari 2006; zie verder de reactie daarop van W. T. Eijsbouts, De EU kaapt ons strafrecht niet, in dezelfde krant van 16 februari 2006.

¹²¹ Y. Buruma in het programma 'Buitenhof' van 12 februari 2006. Zie ook de Staatscourant van 17 januari 2006 (n^o 12) en het artikel van J. van Buuren, Europa en het strafrecht, Groene Amsterdammer van 27 januari 2006. De verdiende oorvijs werd toegediend door P. J. G. Kapteyn, Het strafrecht en het spook van 'Brussel', Nederlands Juristenblad 2006, p. 645.

¹²² Opvallend is dat door strafrechtjuristen niet de vraag is gesteld of artikel 31, lid 1 j^o 29 EU betrekking heeft op milieustrafrecht.

¹²³ Aldus M. I. Veldt-Foglia, Toch strafrecht in de Eerste Pijler!, Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2006, p. 29, 32.

¹²⁴ Als het strafrecht vanwege zijn bijzondere aard in het geheel niet onder de werkingssfeer van het EG-Verdrag zou vallen, rijst de vraag waarom de verdragsgever geen algemene negatieve competentie heeft geformuleerd, zoals met betrekking tot sociale zekerheid, loonpolitiek en stakingsrecht (artikel 137, leden 4 en 5) en interne en externe veiligheid (artikel 297 EG). Verder kan uit de specifieke uitsluitingsclausules van artikel 135 en 280 ook worden afgeleid dat de andere bevoegdheden het gebruik van strafrecht niet uitsluiten.

verbindend is ten aanzien van het resultaat, maar de lidstaten de bevoegdheid toekent vorm en middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken. De handhaving van recht is naar zijn aard een aangelegenheid van vorm en middelen, aldus deze redenering, en vormt daarom een exclusieve nationale bevoegdheid.¹²⁵ Waarom dan wel een kaderbesluit over milieustrafrecht, maar niet een richtlijn over datzelfde onderwerp mogelijk is, is niet duidelijk, hoewel artikel 34, lid 2(b) EU, op het punt van resultaat en middelen dezelfde formulering bezigt. Bovendien gaat het argument niet op voor een verordening, waartoe artikel 175 EG de communautaire wetgever ook bevoegd verklaart. Het wezenlijke punt van deze kritiek is echter de misvatting dat handhaving en in het bijzonder strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht per definitie een aangelegenheid is van vorm en middelen en dus nooit een 'resultaat' kan vormen in de zin van artikel 249 EG. De conclusie valt uit de tekst van deze bepaling niet af te leiden en vindt ook geen enkele steun in de rechtspraak.¹²⁶ Artikel 249 vormt geen bevoegdheidsnorm, maar omschrijft alleen wat een richtlijn is.¹²⁷ Het derde argument, ten slotte, wordt gevormd door het beroep op het toverwoord subsidiariteit: lidstaten kunnen beter dan de EG beslissen hoe het gemeenschapsrecht gehandhaafd moet worden. Waarom milieustrafrecht dan wel een kaderbesluit toelaat, maar geen richtlijn is ook hier niet duidelijk.¹²⁸ Deze kritiek berust op de bekende misvatting dat het subsidiariteitsbeginsel impliceert dat bepaalde aangelegenheden a-priori aan de lidstaten toebehoren, althans niet geregeld mogen worden in het kader van het gemeenschapsrecht. Verder wordt geheel uit het oog verloren dat het betrokken kaderbesluit een minimale harmonisatie van nationaal strafrecht inhield,¹²⁹ als gevolg waarvan op een richtlijn met dezelfde inhoud, het subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing kan zijn.¹³⁰ In werkelijkheid zijn overigens al deze en andere – in wezen politieke - argumenten erop gericht het strafrecht te kwalificeren als een 'bijzondere' materie die daarom niet voor regeling door middel van gekwalificeerde meerderheid in aanmerking komt.¹³¹ Al eerder is erop gewezen dat het gemeenschapsrecht een dergelijke aan de leer van het 'domaine réservé' ontleende opvatting niet kent.

5 DE COMMUNAUTAIRE AARD VAN HET DERDE PIJLERRECHT

5.1 *Uitgangspunten*

¹²⁵ Zie o.m. G. Corstens en J. Pradel, *Europees strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 502; zie G. J. M. Corstens, *Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten en richtlijnen*, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 2357.

¹²⁶ Zie n° 36. Onjuist is daarom het argument dat het milieustrafrechtarrest inhoudt dat het Hof een doctrine opgeeft volgens welke richtlijnen geen strafrechtelijke handhaving mogen voorschrijven, zie G. J. M. Corstens, *Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten en richtlijnen*, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 2357. De juiste uitspraak is dat de vraag of de EG strafrechtelijke competenties heeft, vòòr dit arrest nog niet was beslist. Deze opvatting is overigens typerend voor de inherente neiging om ook voor wat betreft de invloed van de EU het eigen vakgebied als bijzonder te beschouwen en in dat licht het EU-recht uit te leggen. Het enkele feit dat de meerderheid van doctrine een bepaald standpunt inneemt is in de rechtspraak nooit als beslissend aanvaard. Destijds werd in de literatuur bijvoorbeeld de rechtstreekse werking van richtlijnen uitdrukkelijk afgewezen.

¹²⁷ De keuze tussen een verordening of een richtlijn vormt een discretionaire aangelegenheid van de wetgever, zoals blijkt uit het gebruik van de term 'maatregelen' in o.m. artikelen 95 en 175 EG.

¹²⁸ Maar dat verklaart wel waarom het subsidiariteitsargument door de Raad en de lidstaten niet is aangevoerd.

¹²⁹ Aldus het Hof in punt 52.

¹³⁰ Arrest van 12 november 1996, C-84/94, VK/Raad, Jur. p. I-5755, pt. 55.

¹³¹ Zie o.m. Y. Buruma en H. Somsen, *Een strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming*, *NJB* 2001, p. 795, 797; D. E. Comijs, *Communautair strafrecht?*, *NTER* 2001, p. 267, 268-269; M. I. Veldt-Foglia, *(Nog) geen strafrecht in de Eerste Pijler?*, *SEW* 2002, p. 162; I. M. Koopmans, *Europa en de handhaving van het milieurecht: een pijler te ver?*, *NTER* 2004, p. 127.

43. In n° 31 is aangegeven dat de materieelrechtelijke en institutionele opzet van de derde pijler niet met elkaar corresponderen. Qua inhoud (doel en middelen) betreft deze pijler de uitoefening van bevoegdheden van het communautaire type. De doelstelling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, de daartoe aan de EU toegekende discretionaire bevoegdheden en het daarop gebaseerde beleid van wederzijdse erkenning en minimumharmonisatie vormen in alle opzichten een toepassing van de gemeenschapsrechtelijke methode. Daartegenover staat een institutionele structuur met een overwegend intergouvernementeel karakter. Alleen in dit laatste opzicht vormt de derde pijler een uitzondering op het communautaire model. Het inhoudelijk communautaire karakter van de derde pijler verklaart waarom in de rechtspraak, op dezelfde wijze als dit is gebeurd met het gemeenschapsrecht, de aard van het derde pijlerrecht in eerste instantie wordt bepaald aan de hand van de inhoud daarvan en niet door de vorm, anders gezegd, dat op grond van zijn inhoud de derde pijler niet wordt opgevat als een volkenrechtelijk kader, maar als een structuur met communautaire elementen. Tegen die achtergrond gezien vormt het Pupino-arrest geen uiting van rechterlijk activisme, maar slechts een bevestiging van het in beginsel communautaire karakter van het recht van de derde pijler.

44. In deze zaak werd het Hof gevraagd zich uit te spreken over de vraag of nationale rechterlijke instanties gehouden zijn het nationale strafrecht uit te leggen conform de inhoud van een kaderbesluit. Het bevestigende antwoord op deze vraag werd door het Hof afgeleid uit het doel en inhoud van de derde pijler.¹³² De vervulling van de daarin aan de EU opgedragen taken kan zonder het bestaan van een plicht tot loyale samenwerking analoog aan die van artikel 10 EG niet op doeltreffende wijze plaatsvinden, aldus de gemeenschapsrechter. Uit die plicht vloeit voor de nationale rechter als orgaan van de lidstaat de plicht voort het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het derde pijlerrecht uit te leggen. Met deze uitspraak is de door veel lidstaten verdedigde opvatting terzijde geschoven dat de derde pijler slechts een volkenrechtelijke constructie is in het kader waarvan alleen rechten en plichten tussen staten en de EU kunnen bestaan.

45. Voor het recht van de derde pijler is het Pupino-arrest zowel theoretisch als praktisch van groot belang. Zoals als elders uiteengezet,¹³³ volgt uit dit arrest dat het recht van de derde pijler voldoet aan de constitutionele karaktertrekken van het gemeenschapsrecht: het duurzame en bindende karakter, de voorrang boven afwijkend nationaal recht, de door de aard en inhoud van dat recht bepaalde inroepbaarheid voor de nationale rechter, het loyaliteitsbeginsel en integrale binding aan de grondrechten. Korter gezegd, het recht van de derde pijler is naar zijn aard bedoeld om zonder meer in de nationale rechtsordes te worden toegepast.¹³⁴ De interpretatie van het recht van de derde pijler aan de hand van de doelstellingen en inhoud daarvan bevestigt dat het concept van de ruimte zonder grenzen een communautair karakter heeft en daarom alleen kan worden verwezenlijkt door rechtsregels die in alle lidstaten onder alle omstandigheden op dezelfde wijze worden uitgelegd en toegepast. Vanwege de erkenning van het in beginsel communautaire karakter van het derde pijlerrecht kan de betekenis van dit arrest worden vergeleken met die van het arrest van Gend & Loos voor het gemeenschapsrecht. Ook in praktisch opzicht is het Pupino-arrest illustratief voor de invloed van het EU-recht op het nationale recht. Deze uitspraak werd gedaan naar aanleiding van prejudiciële vragen in een

¹³² Punten 41 en 42.

¹³³ R. Barents, noot onder het Pupino-arrest, Sociaal-Economische Wetgeving 2006, p. 74, 77 e.v.

¹³⁴ Het feit dat rechtstreekse werking van kaderbesluiten heeft is uitgesloten, geeft aan dat deze in de opvatting van de verdragsgever inhoudelijk gezien dat karakter wel zouden kunnen hebben.

'gewone' strafzaak, waaruit nog eens blijkt dat het nationale strafrecht geen andere positie ten opzichte van het EU-recht inneemt dan willekeurig welk ander nationaal rechtsgebied.

5.2 *Consequenties van het loyaliteitsbeginsel*

46. De potentiële gevolgen van het communautaire loyaliteitsbeginsel voor het nationale strafrecht leveren stof voor proefschriften. Op een aantal punten wordt hier de aandacht gevestigd. In de eerste plaats de gevolgen die uit dit arrest voortvloeien voor de personele werkingssfeer van het derde pijlerrecht. Op grond van de rechtspraak over dit beginsel in de communautaire context (artikel 10 EG) kan worden gesteld dat alle ambten van het strafrechtelijke apparaat van een lidstaat, de strafrechter, het openbaar ministerie en opsporingsdiensten, etc. rechtstreeks gehouden zijn om de volle werking van het primaire en derde pijlerrecht te verzekeren, een en ander op straffe van aansprakelijkheid. In zakelijk opzicht houdt het beginsel in dat op de genoemde ambten de positieve plicht rust al datgene te doen waardoor de nakoming van het derde pijlerrecht 'verzekerd' wordt en de negatieve plicht al datgene na te laten wat het goed functioneren van de betrokken regelingen in gevaar kan brengen. Hoewel deze verplichtingen een algemeen karakter hebben, zijn zij niettemin bindend en kunnen zij in concrete gevallen tot rechtsgevolgen leiden. Deze plicht strekt zich verder niet alleen uit tot het handelen van de staat en zijn onderdelen in hun verhouding tot de instellingen en organen van de derde pijler. Ook houdt deze plicht in dat de lidstaten en hun onderdelen onderling moeten samenwerken om de integrale toepassing van het derde pijlerrecht te garanderen.¹³⁵ Van de loyale samenwerkingsplicht kan daarom een belangrijke invloed uitgaan op de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning. Lidstaten en hun strafrechtelijke autoriteiten kunnen op grond daarvan gehouden zijn om de toepassing van dit beginsel op actieve wijze te bevorderen en dat op een wijze die kan uitstijgen boven het louter accepteren van strafrechtelijke beslissingen van autoriteiten van andere lidstaten. Dezelfde opmerking geldt voor andere samenwerkingsvormen (informatieuitwisseling, onderlinge bijstand, etc.).

47. In het licht van de uit het loyaliteitsbeginsel voortvloeiende plicht voor de nationale rechter tot conforme interpretatie van het nationale recht aan het derde pijlerrecht doen strafrechtjuristen er goed aan zich te verdiepen in de vele en soms vergaande gevolgen die uit deze plicht kunnen voortvloeien.¹³⁶ Deze consequenties gelden overigens niet alleen voor kaderbesluiten, maar ook voor het in de derde pijler opgenomen strafrechtelijke deel van het Schengen-acquis.¹³⁷ Ook andere uit het loyaliteitsbeginsel voortvloeiende leerstukken kunnen voor de nationale strafrechter een rol gaan spelen. De overeenstemmende juridische aard van richtlijnen en kaderbesluiten rechtvaardigt de conclusie dat een particulier voor de nationale rechter ook vergoeding kan vorderen van de schade geleden door het niet, te laat of onjuist omzetten van kaderbesluiten in nationaal recht. Ook deze plicht vindt zijn grondslag in het loyaliteitsbeginsel.¹³⁸ Op grond van dezelfde overweging kan ook worden verondersteld dat het niet naleven van kaderbesluiten kan leiden tot het doorbreken van de formele rechtskracht van definitief geworden overheidsbeslissingen en rechterlijke uitspraken.¹³⁹

¹³⁵ Vgl. De 'full faith and credit clause', in artikel 4 US Constitution.

¹³⁶ Zie o.m. B-R. Killmann, Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung im Strafrecht vor dem EuGH, Juristische Blätter 2005, p. 566.

¹³⁷ Waarvoor de uitsluiting van de rechtstreekse werking niet van toepassing is.

¹³⁸ Arrest van 19 november 1991, Francovich en Bonifaci, C-6/90 en C-9/90, Jur. p. I-5357, pt. 36.

¹³⁹ Arrest van 13 januari 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, Jur. p. I-837, pt. 27.

48. Een ander voor het strafrecht belangrijk punt betreft de autonome interpretatie van het derde pijlerrecht. Deze aan het communautaire recht eigen interpretatiemethode houdt in dat de regels van het primaire en secundaire derde pijlerrecht niet worden uitgelegd aan de hand van opvattingen en interpretaties die in het nationale recht gangbaar zijn, maar alleen in het licht van het doel en de inhoud van de betrokken regels. In het communautaire internationale privaatrecht, dat eveneens een onderdeel van de ruimte zonder grenzen vormt, is deze interpretatiemethode volledig ingeburgerd.¹⁴⁰ Het ligt daarom voor de hand dat deze methode ook op de strafrechtelijke voorschriften van de derde pijler zal worden toegepast, zoals valt af te leiden uit de rechtspraak over het in artikel 54 SUO vervatte ne bis in idem beginsel. Bestanddelen van delictsom beschrijvingen en begrippen uit procedureel strafrecht zullen in die benadering in hoofdzaak los van de nationale context worden geïnterpreteerd. Het behoeft geen betoog dat de autonome interpretatiemethode belangrijke consequenties zal kunnen hebben voor het geharmoniseerde nationale strafrecht en indirect ook voor de onderdelen van het strafrecht die daarbuiten vallen.

5 CONCLUSIES

Op grond van het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden geformuleerd:

1. De plaats van het nationale strafrecht in het recht van de EU wordt geheel bepaald door het concept van de ruimte zonder grenzen. Dit concept heeft naar zijn aard een communautair karakter in de zin dat de daarop betrekking hebbende rechtsregels in alle lidstaten in alle omstandigheden op gelijke wijze worden uitgelegd en toegepast. Het gevolg daarvan is dat het nationale strafrecht niet alleen in het kader van de EG, maar ook in het kader van de derde pijler wordt gecommunautariseerd en als zodanig een onderdeel gaat vormen van de autonome communautaire rechtsorde.
2. Het beginsel van wederzijdse erkenning van alle strafrechtelijke beslissingen in combinatie met een bepaalde graad van harmonisatie van het nationale strafrecht vormt een noodzakelijk, geschikt en evenredig middel voor het verwezenlijken van de ruimte zonder grenzen.
3. Uit de opzet van de Europese verdragen en de onderschikking aan het concept van de ruimte zonder grenzen volgt dat het nationale strafrecht in het EU-recht geen bijzondere plaats inneemt, maar evenals alle andere gebieden van nationaal recht op dezelfde wijze is blootgesteld aan de doordringende werking van het EU-recht.
4. De neiging van strafrechtjuristen om het eigen vak als bijzonder te beschouwen, resulteert in een miskennis van de aard van het EU-recht over dit onderwerp en een onderschatting van de gevolgen van het EU-recht voor dat rechtsgebied.
5. De denationalisering van het strafrecht is een onomkeerbare ontwikkeling. In dit perspectief gezien dient de strafrechtwetenschap geen verdedigende houding aan te nemen ten opzichte van het communautariseringproces, maar zich op pro-actieve wijze voor te bereiden op een qua omvang en intensiteit sterke beïnvloeding door het EU-recht.

¹⁴⁰

Zie uit de vele literatuur over deze methode, o.m. A. Mathias, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, Journal de droit international 2004, p. 789.