

Samenvatting

AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

Op 25 april 2018 werden vanuit de Tweede Kamer vragen gesteld aan de Minister van Justitie en Veiligheid over het al dan niet in de wet opnemen van strafverzwarende omstandigheden bij geweld met een racistisch, antisemitsch of homofob oogmerk. In zijn reactie stelt de minister voor rechtsvergelijkend onderzoek te laten verrichten naar het bestaan en gebruik van een discriminatoir motief in de strafrechtspleging van andere landen. Met het onderhavige onderzoek wordt aan de door de minister gedane belofte gestalte gegeven.

ONDERZOEK EN METHODE

In dit onderzoek beantwoorden we de volgende onderzoeksvraag:

Op welke wijze wordt in enkele andere lidstaten van de Europese Unie discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid betrokken bij de straftoemeting en tot welke voor- en nadelen leidt dat in de (rechts)praktijk?

De onderzoeksvraag valt in een aantal deelvragen uiteen:

1. *In hoeverre en op welke wijze is in de onderzochte lidstaten van de EU in wet en/of (lagere) regelgeving voorzien in het betrekken van het discriminatoire aspect bij de straftoemeting (anders dan de strafbaarstelling van discriminatoire belediging, haat zaaien, verspreiden van discriminatoire geschriften et cetera)?*
 - a. *Is er sprake van een wettelijke regeling? Zo ja,*
 - i. *hoe wordt het discriminatoire aspect in die wettelijke regeling benoemd? Gaat het enkel om een motief of wordt het breder geformuleerd?*
 - ii. *in hoeverre geldt het discriminatoire aspect als strafverhogende omstandigheid?*
 - iii. *geldt het discriminatoire aspect voor alle strafbare feiten?*
 - iv. *zo nee, voor welke feiten geldt het dan? Geldt het ook voor belediging, smaad en laster?*

- b. *Is er sprake van een wettelijke regeling? Zo nee,*
 - i. *wordt het discriminatoire aspect op andere wijze bij het bepalen van de straf betrokken? Zo ja, hoe?*
 - ii. *wordt het betrekken van het discriminatoire aspect aan de rechter overgelaten? Zo ja, is er sprake van rechterlijk beleid?*
 - c. *In hoeverre moet het discriminatoire aspect bij de straftoemeting worden betrokken? Is het betrekken ervan verplicht, of geldt er een discretionaire ruimte?*
 - d. *Indien het discriminatoire aspect bij de straftoemeting wordt betrokken, welke bewijsstandaard dient de rechter te hanteren?*
2. *Tot welke voor- en nadelen leiden de gemaakte keuzes in de (rechts)praktijk?*
 - a. *Wordt gebruik gemaakt van de wettelijke regeling (of het beleid)?*
 - b. *Welke voordelen worden gesignaleerd? Zijn dat de voordelen die ook door de wetgever (of beleidsmaker) werden gesignaleerd?*
 - c. *Zijn er ook nadelen? Of knelpunten? Zo ja, welke worden gesignaleerd? Hoe beïnvloeden die de werking van de regeling in de (rechts)praktijk?*

Ten behoeve van het onderzoek maakten we gebruik van juridische bronnen: wetgeving, parlementaire stukken en jurisprudentie, aangevuld met wetenschappelijke literatuur. We stelden een vragenlijst op die naar verschillende mensenrechtenorganisaties in de onderzochte landen is verzonden. Het verzoek om de vragenlijst in te vullen werd door een Belgische en een Italiaanse organisatie gehonoreerd. Van de andere organisaties ontvingen we geen reactie of werd ons gemeld dat ten gevolge van de coronacrisis beantwoording van de gestelde vragen onmogelijk was. Als gevolg daarvan hebben wij met behulp van de door de mensenrechtenorganisaties uitgegeven jaarrapporten, digitaal beschikbare informatie van diverse NGO's (non-gouvernementele organisaties) en wetenschappelijk onderzoek de voor de beantwoording van diverse vragen benodigde informatie verkregen.

Om inzicht te bieden in de context waarbinnen de EU-lidstaten functioneren, wordt in Hoofdstuk 2 het internationaal kader geschetst. Dat kader is mede van belang gelet op de invloed van het internationaal recht en internationale mechanismen op de vormgeving van het recht in de onderzochte landen, voor zover het discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid betreft.

Vervolgens richt het onderzoek zich op vijf landen: Frankrijk, België, Italië, Duitsland en Ierland. De keuze voor deze landen vloeit voort uit het onderscheid dat de Europese Commissie in 2014 maakte ten aanzien van het betrekken van discriminatie in de straftoemeting. De onderzoeksvragen zijn per land beantwoord in landenrapporten (Hoofdstuk 3 tot en met 7). In ieder rapport wordt allereerst een schets gegeven van het in het land geldende sanctie- en straftoemetingsrecht, inclusief enkele relevante procesrechtelijke aspecten. Vervolgens wordt ingegaan op discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid en daarna worden ervaringen (inclusief voor- en nadelen) daarvan in

de (rechts)praktijk belicht. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie waarin antwoord wordt gegeven op de deelvragen.

Hoofdstuk 8 bevat een antwoord op de onderzoeksvraag en de deelvragen en geven we een algemene reflectie op onze bevindingen.

In het vervolg vatten we onze bevindingen met betrekking tot de deelvragen samen.

Onderzoeksvraag 1

België, Frankrijk en Italië kennen een wettelijke regeling op basis waarvan het mogelijk is om een delict, begaan met een discriminatoir motief, zwaarder te bestraffen. De wijze waarop dit motief wordt omschreven verschilt per land. Het discriminatoire motief wordt telkens tamelijk objectief omschreven. Dat is in het ene land sterker (Frankrijk) dan in het andere land (Italië). Door de telkens relatief objectieve omschrijvingen van het beoogde doel, is de bewijsbaarheid wellicht minder problematisch dan waar zou worden volstaan met een louter subjectieve omschrijving. Overigens voorziet alleen de Belgische bepaling in een specifieke kwalificatie indien sprake is van een discriminatoir motief. Zodra dit motief kan worden bewezen, wordt het delict gekwalificeerd als 'haatmisdrijf'.

De wettelijke regeling in België, Frankrijk en Italië is zo vormgegeven dat het discriminatoire motief een strafverhogende omstandigheid is. De strafverhoging kan erin bestaan dat het strafmaximum en/of het strafminimum wordt verhoogd. Ook in Italië heeft aanwezigheid van het discriminatoire aspect een verhoging van ten hoogste de helft van de door de rechter in concreto bepaalde straf tot gevolg.

De strafverhogende omstandigheden hebben in het Franse recht algemene werking. Zij zijn in beginsel van toepassing op alle misdaden en delicten (*crimes en délits*), maar niet op de overtredingen (*contraventions*). Bij delicten waarin het discriminatoire aspect reeds in de delictsomschrijving is opgenomen geldt deze omstandigheid niet als strafverhogend. Diezelfde uitzondering is terug te vinden in de Italiaanse regeling. Ook heeft het discriminatoire motief geen werking in geval van strafbare feiten die worden bestraft met een levenslange gevangenisstraf. De verzwarende omstandigheid heeft in de Belgische wetgeving geen algemene gelding. De verzwarende omstandigheid is ook niet telkens op dezelfde wijze geformuleerd; voor wat betreft delicten als doodslag en mishandeling valt op dat die omschrijving dwingender geformuleerd is dan voor de andere (groepen) delicten. De verzwarende omstandigheid kan bij moord niet (meer) worden toegepast, omdat op moord reeds de zwaarste straf die het Belgisch recht kent kan worden opgelegd (levenslange opsluiting).

Het vaststellen van het discriminatoire motief van de dader maakt in Frankrijk deel uit van de kwalificatie van het feitencomplex. Indien het discriminatoire motief kan worden bewezen, wordt het wettelijke strafmaximum

verhoogd. Dit is dus niet overgelaten aan de discretie van de strafrechter. De wet geeft de rechter enkele inhoudelijke criteria bij het bepalen van de straf. Dat neemt niet weg dat de Franse rechter een grote discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de straftoematingsbeslissing heeft. Hetzelfde geldt voor de Belgische rechter. Ook waar toepassing van deze strafverhogende omstandigheid wel in een verplichtende vorm is opgenomen in de wet, blijkt de Belgische strafrechter feitelijk de ruimte te nemen, waar het de toepassing van de regeling betreft. Dat neemt overigens niet weg dat het belang om toepassing te geven aan deze regeling ook door de rechtspraak wordt onderkend.

De Italiaanse rechter is gelet op de strafrechtelijke beginselen 'bepaaldheid' (tassatività) en 'verplichte toepassing' (obbligatorietà) verplicht om de door de wetgever geformuleerde strafbeïnvloedende omstandigheden, waaronder het discriminatoire motief, vast te stellen en vervolgens door te laten werken in de straf, op de door de wet voorgeschreven wijze. Zelfs als de strafverhogende omstandigheid door de aanklager onjuist is gekwalificeerd, moet de rechter deze onderzoeken, vaststellen en meenemen in de strafmaat.

Het Duitse *Strafgesetzbuch* bevat geen specifieke bepaling waarin het discriminatoire motief als zodanig als strafmaximumverhogende omstandigheid is opgenomen. In de wet wordt bepaald dat het 'mensminachtende motief' door de rechter bij de straftoemeting kan worden betrokken. Het geldt als verzwarende omstandigheid voor in principe alle strafbare feiten. Dat wil zeggen dat binnen het strafmaximum het mensminachtende motief een reden vormt een hogere straf op te leggen. Tevens kan het motief invloed hebben op de kwalificatie van een strafbaar feit. Zo kan een 'mensminachtend motief' van invloed zijn op de vraag of sprake was van moord en kan het van betekenis zijn bij de vraag of sprake was van een zwaardere vorm van doodslag. Die invloed is echter beperkt; de bestanddelen van een delict moeten de ruimte bieden om dat motief daarin te betrekken. Wanneer het motief bij de kwalificatie wordt betrokken, kan het niet nogmaals bij de straftoemeting worden meegenomen. De wet verplicht de rechter op geen enkele wijze om het motief in de straftoematingsbeslissing te betrekken.

In Ierland ontbreekt het (vooralsnog) aan een wettelijke regeling. De Ierse strafrechter heeft een grote discretionaire ruimte ten aanzien van de straftoematingsbeslissing. Ruimer dan in de andere in dit rapport beschreven landen, en ruimer dan zijn collega-common law rechters vanwege het ontbreken van zogeheten *sentencing guidelines*. Door deze ruimte is het aan de strafrechter zelf om te bepalen of het discriminatoire aspect al dan niet een strafverhogende werking heeft. Het feit dat dit motief of aspect niet in een wettelijke bepaling wordt voorgeschreven betekent echter wel dat de rechter die een hogere straf wil opleggen vanwege deze omstandigheid, nooit hoger zal kunnen straffen dan het wettelijke strafmaximum. Uit Ierse rechtspraak blijkt dat discriminatie wel een rol speelt bij de straftoemeting, van een duidelijk stelsel is geen sprake.

Voor alle onderzochte landen, met uitzondering van Ierland, geldt dat de bewijsstandaard die de rechter dient te hanteren om het discriminatoire motief

vast te stellen, min of meer gelijk wordt gesteld aan de bewijsstandaard die wordt gehanteerd voor het (tenlastegelegde) feitencomplex in een strafzaak. Ook in Duitsland worden aan het bewijs van het discriminatoire motief geen andere eisen gesteld dan aan het bewijs van de andere strafbeïnvloedende omstandigheden. Voor wat betreft Ierland geldt dat de rechtspraak geen specifieke standaard heeft bepaald voor het bewijzen van het discriminatoire motief. Duidelijk is wel dat een enkel vermoeden dat een discriminatoir motief waarschijnlijk aanwezig is niet voldoende is om het motief aan te nemen en bij de straftoemeting te betrekken. Wat dan wel voldoende is, blijft onduidelijk.

Onderzoeksvraag 2

In alle onderzochte landen staat de aanpak van discriminatie door middel van het strafrecht duidelijk op het netvlies van nationale (en in Duitsland ook regionale) overheden. Dat blijkt allereerst op het niveau van wetgeving. Zo werd de Franse wettelijke regeling uit 2003 in 2017 herzien. Wellicht de belangrijkste wijziging daarbij is dat de reikwijdte van de strafverhogende omstandigheid is verruimd door van het discriminatoire motief een algemene strafverzwarende omstandigheid te maken, die voor een groot aantal strafbare feiten (*crimes en délits*) geldt, met uitzondering van de strafbare feiten waarin het discriminatoire aspect reeds in de delictsomschrijving besloten ligt. Daarnaast is onduidelijkheid weggenomen over de rol van de geobjectiveerde omschrijving. Ook in België werd de wetgeving diverse malen herzien en maakt een nieuwe herziening van de regeling deel uit van het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek. In dat wetsvoorstel wordt de verzwarende omstandigheid overigens niet langer als strafverhogende omstandigheid omschreven. In Italië is een wetsvoorstel tot uitbreiding van de discriminatiegronden in het parlement aanhangig. In Duitsland werd onlangs een wetsvoorstel aangenomen waarin antisemitisme expliciet als mensminachtend motief in de wet wordt opgenomen. Ierland besloot een nieuwe wettelijke regeling tot stand te brengen waarin het discriminatoire aspect als *'aggravating offence'* aan bestaande wetgeving wordt toegevoegd.

Ook in de (rechts)praktijk wordt aandacht geschonken aan het discriminatoire motief. Dat kon ten aanzien van België goed zichtbaar worden gemaakt. Niet alleen is beleid ontwikkeld dat onder meer tot doel heeft strafrechtelijk onderzoek te doen naar de aanwezigheid van de verzwarende omstandigheid, tevens blijkt dat in de correctionele rechtspraak gebruik wordt gemaakt van de strafverhogende omstandigheid. Het gebruik van deze omstandigheid betekent niet dat duidelijk hogere straffen worden opgelegd. De toepassing ervan wordt wel gewaardeerd in de literatuur die de toepassing ervan ook als een vorm van normbevestiging of norminprenting ziet. Ook in Italiaanse rechtspraak wordt van de verzwarende omstandigheid gebruik gemaakt. Van beleid ter zake is ons echter niet gebleken. In Duitsland is wel sprake van beleid, zowel

bij de politie als bij het Duitse Openbaar Ministerie. Dat beleid is bedoeld om de opsporing van het discriminatoire motief te verzekeren. De invloed van dit beleid lijkt echter betrekkelijk. We vonden weinig rechtspraak waarin gebruik werd gemaakt van het mensminachtend motief in de straftoemeting. Uit de statistische gegevens van het Franse Ministerie van Justitie blijkt dat de verzwarende omstandigheden van het discriminatoire motief van de dader in de (rechts)praktijk worden toegepast. Het ontbreekt echter aan informatie om uitspraken te kunnen doen over de vraag of de wettelijke regeling daadwerkelijk bijdraagt aan het verwezenlijken van de doelstelling om discriminatoir geweld te bestrijden.

In de onderzochte landen is het oordeel hoe wordt omgegaan met een discriminatoir motief wisselend. In Frankrijk en België lijkt men over het algemeen tevreden met de huidige vormgeving van de regeling. Vanuit de andere onderzochte landen worden geen expliciete voordelen gesignaleerd. Over Italië vonden we geen kritische opmerkingen over het geldende recht. Zo er al verdere wijzigingen in de aanpak van discriminatie moeten plaatsvinden, liggen die meer op het niveau van de politie en het Openbaar Ministerie. Ook in Frankrijk en België werden enkele knelpunten gesignaleerd met betrekking tot de toepassing van de regeling in de (rechts)praktijk. Zo zijn er drempels voor slachtoffers om discriminatoir gemotiveerde strafbare feiten te melden bij de politie. Ook worden gedane meldingen niet altijd doorgestuurd naar het Openbaar Ministerie. Daardoor komen deze zaken niet bij de rechter. Als deze daar wel komen, kan het discriminatoire motief vaak moeilijk worden bewezen, ondanks de geobjectiveerde wijze waarop deze in de wet is opgenomen. Dit knelpunt wordt vooral veroorzaakt door een gebrek aan diepgaand onderzoek en dus aan deugdelijke bewijsmiddelen en een tekort aan gespecialiseerde onderzoekers. Daarnaast wordt in Frankrijk kritiek geuit op het opleggen van vrijheids- en gevangenisstraffen in plaats van alternatieve straffen met een educatief doel, in het bijzonder de burgerschaps cursus. Het gebrek aan aandacht voor het discriminatoire motief heeft in Frankrijk geleid een circulaire van de Franse Minister van Justitie, waarin onder meer wordt opgeroepen tot een waakzame en proactieve houding van het Openbaar Ministerie, tot het geven van specifieke instructies aan opsporingsdiensten over de opvang van slachtoffers en inzet van opsporingsmiddelen en tot het opleggen van een onmiddellijke en passende strafrechtelijke reactie. Ook in België worden enkele knelpunten gesignaleerd, waaronder de beperkte competentie van de correctionele rechtbanken ten aanzien van discriminatiemisdrijven. Daarnaast wordt een aantal knelpunten gesignaleerd in de bestaande wettelijke regeling, in combinatie met de nadere eisen die op grond daarvan worden gesteld door het Hof van Cassatie. Daarvoor komt mogelijk een oplossing met de voorgenomen herziening van het Strafwetboek. Hoewel het niet als knelpunt is benoemd, voorziet de nieuwe regeling ook in een wijziging van de werking van het discriminatoire motief op de wettelijke strafminima en -maxima. In de nieuwe regeling zal het discriminatoire motief slechts

invloed hebben op de strafmaat *binnen* de bestaande wettelijke kaders, zonder dat deze op basis van het discriminatoire motief worden verruimd. In Duitsland wordt het opnemen van het mensminachtende motief in de wet vooral als symboolwetgeving beschouwd.

Kritiek op de bestaande (rechts)praktijk is er vooral in Ierland. Het ontbreken van een wettelijke regeling wordt als groot knelpunt genoemd. Hierdoor wordt het discriminatoire motief niet alleen onvoldoende opgepakt door de strafopleggende rechters, het wordt ook genoemd als een belangrijke reden waarom de politie en het Openbaar Ministerie zo weinig aandacht schenken aan misdrijven met een discriminatieaspect. Inmiddels heeft de nieuwe Ierse regering besloten wetgeving te realiseren. Hoe die nieuwe wetgeving eruit zal zien, is op dit moment onbekend.

Conclusies

Aan het eind van hoofdstuk 8 worden enkele algemenere conclusies geformuleerd.

Ten eerste is het van belang om in ogeschouw te nemen op welke wijze de wettelijke regels op het terrein van de straftoemeting zijn vormgegeven en hoe groot de discretionaire ruimte van de rechter is bij het bepalen van de straf. Óf het opnemen van het discriminatoire aspect als wettelijke strafverhogingsgrond het gewenste effect zal hebben, is voor een belangrijk deel afhankelijk van het nationale wettelijk stelsel en de straftoemetingstradities en -praktijken die op basis daarvan zijn ontstaan. Hoe sterk de invloed van een wettelijke regeling over het discriminatoire aspect op de straftoemeting daadwerkelijk is, is mede afhankelijk van de reeds bestaande verhoudingen tussen wetgever en strafopleggende rechter.

Ten tweede geldt dat hoe een zaak aan de rechter wordt voorgelegd en óf deze de rechter überhaupt bereikt zeer bepalend is voor de vraag of het discriminatoire aspect wordt betrokken of kan worden betrokken bij de straftoemeting. Het opleggen van de straf vindt plaats aan het einde van de strafrechtsketen. Het onderzoek geeft voldoende grond voor de conclusie dat het uitermate belangrijk is om bij het beantwoorden van de vraag of het discriminatoire aspect als strafverhogende omstandigheid in de wet zou moeten worden opgenomen, ook de wet- en regelgeving, het beleid en de praktijk van de schakels voorafgaand aan de straftoemeting nadrukkelijk te betrekken. Een wettelijke status van het discriminatoire aspect als strafverhogende omstandigheid biedt geen garantie dat dit aspect (voldoende) wordt betrokken bij het bepalen van de straf.

Het onderhavige onderzoek illustreert hoe belangrijk het is om de ene schakel steeds te bezien vanuit de voortdurende wisselwerking tussen alle andere schakels in het strafrecht, zoals de politie, het Openbaar Ministerie en het slachtoffer. Invloed via een wettelijke regeling die ziet op de rechterlijke

strafvoetingsbeslissing kan een signaal en stimulans zijn voor die andere schakels om voldoende aandacht te besteden aan het discriminatoire aspect. Andersom kan specifiek beleid in eerdere delen van de keten, bijvoorbeeld ten aanzien van de aangiftemogelijkheden voor het slachtoffer, het verzamelen van specifieke bewijsmiddelen door de politie of het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie, de rechter in staat stellen om bij het bepalen van de straf voldoende aandacht te besteden aan het discriminatoire aspect. Alle schakels overziend, biedt de gehele keten een beeld van de aandacht die binnen een land bestaat voor de aanpak van discriminatie – of de actie die in een land ondernomen zou moeten worden om het tegengaan van discriminatie de aandacht te geven die het verdient.